

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA (UFPB)

REVISTA DO PROGRAMA
DE PÓS GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS



Seção corpus:

**DIREITOS HUMANOS E
DESENVOLVIMENTO**

v.21, nº 47
quadrimestral 1
maio. - ago.-2022

CONSULTOR:

Gustavo Barbosa de Mesquita Batista
(Universidade Federal da Paraíba, Brasil)



Expediente

A revista quadrimestral eletrônica Prim@Facies: Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, é um periódico da área de Direito com interfaces voltadas para os Direitos Humanos, Direito ao Desenvolvimento e História do Direito. Reconhece-se que a perspectiva jurídica está em constante diálogo com a dimensão temporal e política da vida em sociedade, assim, não é possível compreender o direito em separado dos interesses sociais e econômicos. Desta forma, a publicação visa propiciar debates atualizados sobre problemas do Brasil e do mundo contemporâneo com a participação de pesquisadores de diversas universidades nacionais e estrangeiras. QUALIS B1 (Direito).

Endereço: Prim@Facies – Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba - Campus I, Castelo Branco, CEP: 58.051-900 - João Pessoa, PB - Brasil. Telefone: (83) 32167627

URL da Homepage: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacies>

EXPEDIENTE DESTE NÚMERO

Coordenador do PPGCJ:

Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Editor Gerente da Prim@Facies:

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Editores de área:

Profa. Dra. Alana Ramos Araújo – UFCG, Campina Grande, Brasil

Prof. Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Assistentes Editoriais:

Andréa Neiva Coelho – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Iasmin Madeiro Cordeiro – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Jadgleison Rocha – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Juan de Assis Almeida – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Marcelo Bedoni – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Maria Aurora Medeiros L. Costa – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Maria Isabel Santos – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Samara Taiana de Lima Silva – PPGCJ, UFPB, João Pessoa, Brasil

Diagramação de capa, chamadas e redes sociais:

Matheus Victor Sousa Soares – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Social Media:

Jaqueline Rosário Santana – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

Editorial:

Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista – PPGCJ, UFPB, João Pessoa-PB, Brasil

ISSN 1678-2593

Conteúdo licenciado por Creative Commons (Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International – CC BY-NC-ND 4.0)



PRIM@ FACIE

International Journal

Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

SEÇÃO *CORPUS*

Direitos Humanos e desenvolvimento

Quadrimestral 2: maio – ago., 2022

v. 21, n. 47

Universidade Federal da Paraíba – PPGCJ

Consultor da Edição – Direitos humanos e desenvolvimento

Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista – PPGCJ, UFPB, Brasil

Editor-Gerente:

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo – UFPB, Brasil

Coordenador do PPGCJ:

Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista – PPGCJ, UFPB, Brasil

Catálogo na Publicação

P952 Prim@ facie [recurso eletrônico] : International Journal: Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas / Universidade Federal da Paraíba. – V.1, n. 1 (2002)- . – João Pessoa : PPGCJ/CCJ/UFPB, 2002-

Quadrimestral.

Editor Gerente: Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo.

Editorial: Direitos Humanos e Desenvolvimento / Consultor: Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista.

Modo de acesso: Internet.

Link: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie>

Descrição baseada no fascículo: v.21, n. 47 (maio/ago. 2022).

ISSN 1678-2593

1. Direito - periódicos. 2. Direitos humanos. 3. Decolonialidade. 4. Oriximiná - PA. 4. Democracia deliberativa. 5. Trânsito em julgado. 6. Direitos da personalidade. 7. Direito civil-constitucional. 8. Blockhain. 9. Cartórios. I. PPGCJ/UFPB. II. Araújo, Jailton Macena de. III. Batista, Gustavo Barbosa de Mesquita.

CCJ/UFPB

CDU – 34(05)

Elaborada pela bibliotecária Vânia Maria Ramos da Silva – CRB

15/0243

Sumário

Editorial, 5

GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA

ARTIGOS

Participação Indígena E Construção Normativa Decolonizante: Um Estudo De Caso Da Elaboração Do Plano Diretor De Oriximiná/Pa (2015 A 2016)

URIEL ALMEIDA VASCONCELOS, WAGNER OLIVEIRA RODRIGUES

Participação Popular Enquanto Elemento Essencial Da Democracia E O Constitucionalismo Latino-Americano

TIAGO BRUNO BRUCH, JANRIÊ RODRIGUES RECK

Tolerância E A Vinculação Entre O Direito Constitucional E Internacional

GUILHERME CAMARGO MASSAÚ

A Prisão Em Segunda Instância: Uma Insegurança Jurídica Que Persiste

EDSON LUIZ FACCHI JUNIOR, ANDRÉ PEIXOTO DE SOUZA

A Suscitação De Falsas Memórias Pela Família E A Relativização Da Dignidade Humana: Reflexos Da Crise Ética Contemporânea?

JULIANI BRUNA LEITE SILVA, MARCUS GEANDRÉ

Transformações Da Dicotomia Público E Privado: Da Revolução Francesa À Sociedade Da Informação

RICARDO LIBEL WALDMAN, CAMILLA ALBUQUERQUE

Lacunas E Mecanismos De Integração Sob A Perspectiva Civil-Constitucional: Análise A Partir De Julgados Do Superior Tribunal De Justiça

CARLOS NELSON KONDER

A Tecnologia Blockchain Representaria O Fim Dos Cartórios Extrajudiciais?

ANDRÉ STUDART LEITÃO, CAMILA FECHINE MACHADO, TAÍS
VASCONCELOS CIDRÃO

RESENHA CRÍTICA

A Sociedade Contemporânea E Sua Transfiguração: Uma Análise Da Obra De Ulrich Beck “A Metamorfose Do Mundo: Novos Conceitos Para Uma Nova Realidade”

GILMAR ANTONIO BEDIN, ALINE LEVES

Table of Contents

Editorial, 5

GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA

ARTICLES

Indigenous Participation And Decolonializing Normative Construction: A Case Study Of The Development Of The Master Plan Of Oriximiná/Pa (2015/2016)

URIEL ALMEIDA VASCONCELOS, WAGNER OLIVEIRA RODRIGUES

Popular Participation As An Essential Element Of Democracy And Latin American Constitutionalism

TIAGO BRUNO BRUCH, JANRIÊ RODRIGUES RECK

Tolerance And Binding Among Constitutional And International Law

GUILHERME CAMARGO MASSAÚ

Prison In Second Instance: A Persisting Legal Insecurity

EDSON LUIZ FACCHI JUNIOR, ANDRÉ PEIXOTO DE SOUZA

The Suscitation Of False Memories By The Family And The Relativization Of Human Dignity: Reflections Of The Contemporary Ethical Crisis?

JULIANI BRUNA LEITE SILVA, MARCUS GEANDRÉ

Transformations Of Public And Private Dicotomy: From French Revolution To The Information Society

RICARDO LIBEL WALDMAN, CAMILLA ALBUQUERQUE

Legal Gaps And Mechanisms Of Integration Under The Civil-Constitutional Perspective: Analysis Of Decisions Of The Brazilian Superior Court Of Justice

CARLOS NELSON KONDER

Would Blockchain Technology Represent The End Of Extrajudicial Registries?

ANDRÉ STUDART LEITÃO, CAMILA FECHINE MACHADO, TAÍS VASCONCELOS CIDRÃO

RESENHA CRÍTICA

A Sociedade Contemporânea E Sua Transfiguração: Uma Análise Da Obra De Ulrich Beck “A Metamorfose Do Mundo: Novos Conceitos Para Uma Nova Realidade”

GILMAR ANTONIO BEDIN, ALINE LEVES

EDITORIAL

Direitos Humanos e Desenvolvimento

Apresentamos, ao público científico e acadêmico, a Revista PRIM@FACIE em seu volume 21, n. 47 sobre o título: Direitos Humanos e Desenvolvimento. O Periódico Acadêmico e Científico vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, recomendado com o indicador QUALIS CAPES A4 de alto estrato, vem se tornando, sob o cuidado e a Coordenação de Equipe Editorial liderada pelo Professor Doutor Jailton Macena de Araújo, uma leitura científica obrigatória para as discussões sobre direitos humanos, direitos sociais e econômicos e direito ao desenvolvimento, confluindo com temáticas que perpassam direito constitucional, civil e penal, novos direitos, direitos especiais e direito ambiental. Essa edição selecionou excelentes artigos com temáticas alinhadas à proposta editorial do número e volume da revista, a partir de uma rigorosa avaliação por pares que auxiliou na classificação dos textos adequados e em sua disposição.

A edição se compõe de 08 (oito) artigos científicos e uma resenha dispostos, portanto, em 09 (nove) subtítulos, na seguinte sequência (ordem) textual, conforme os respectivos autores:

1. Participação Indígena e Construção Normativa Decolonizante: um Estudo de Caso da Elaboração do Plano Diretor de Oriximiná/PA (2015 A 2016) - Uriel Almeida Vasconcelos e Wagner Oliveira Rodrigues

2. Participação Popular Enquanto Elemento Essencial da Democracia e o Constitucionalismo Latino-Americano – Thiago Bruno Bruch e Janriê Rodrigues Reck.
3. Tolerância e a Vinculação entre o Direito Constitucional e Internacional - Guilherme Camargo Massaú.
4. A Prisão em Segunda Instância: uma insegurança jurídica que persiste – Edson Luiz Facchi Júnior e André Peixoto de Souza
5. A Suscitação de Falsas Memórias pela Família e a Relativização da Dignidade Humana: reflexos da crise ética contemporânea – Juliani Bruna Leite Silva e Marcus Geandré Nakano Ramiro.
6. Transformações da dicotomia público e privado: Da Revolução Francesa à Sociedade da Informação Ricardo Libel Waldman Camilla Albuquerque
7. Lacunas e Mecanismos de Integração sob a Perspectiva Civil-Constitucional: análise a partir de julgados do Superior Tribunal de Justiça – Carlos Nelson Konder
8. A tecnologia blockchain representaria o fim dos cartórios extrajudiciais? - Taís Vasconcelos Cidrão, Camila Fechine Machado e André Studart Leitão
9. RESENHA – A Sociedade Contemporânea e sua Transfiguração: uma análise da Obra de Ulrich Beck “A Metamorfose do Mundo: novos conceitos para uma nova realidade” – Gilmar Antonio Bedin e Aline Leves.

Os autores são, em geral, professores-doutores vinculados a diversos Programas de Pós-Graduação espalhados por todo o Brasil, produzindo os referidos textos em publicação individual ou em coautoria com pós-graduandos vinculados a Programas de Pós-Graduação, enquanto mestrandos ou doutorandos. Os artigos representam resultados de produções dos Grupos de Pesquisa aos quais se vinculam os diversos autores, dando conta de que os textos respectivos são alinhados a uma produção científica relevante por parte de todos os autores/pesquisadores envolvidos na redação final.

Tratar de Direitos Humanos e Desenvolvimento é indispensável no atual contexto político e econômico após a PANDEMIA DA COVID-19. A disruptividade provocada pelo emprego das novas tecnologias nos chama a refletir sobre vários aspectos em que se faz necessário uma regulação condizente com as possibilidades de ampliação da participação política e do exercício da cidadania e a prevenção e redução dos riscos e vulnerabilidades sociais que se apresentam no atual cenário histórico e social.

A crítica aos processos civilizatórios coloniais de matriz europeia e a busca, por meio do direito, de assegurar a participação de identidades que habitem fora dos “limites urbanos das cidades” serve de tônica ao artigo que abre o presente número. O foco é na participação política das etnias indígenas, quilombolas e ribeirinhas em território amazônico, superando exclusões decorrentes do fato de não se habitar dentro de um centro urbano específico. É dessa maneira que o Mestrando da Universidade Federal de Pernambuco Uriel Almeida Vasconcelos e o Professor-Doutor Wagner Oliveira Rodrigues, da Universidade Estadual de Santa Cruz, por intermédio desse artigo, descrevem as experiências participativas de indígenas, quilombolas e ribeirinhos que resultaram no primeiro Plano Diretor Pluriétnico e Multiterritorialista escrito no Brasil no município paraense de Oriximiná.

No segundo artigo, Thiago Bruno Bruch, doutorando em direito na Universidade de Caxias do Sul em convênio com a Universidade de Santa Cruz do Sul e Janriê Rodrigues Reck, professor Doutor do Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul, buscam compreender se o modelo normativo do novo constitucionalismo latino-americano se coaduna com os parâmetros da Democracia Deliberativa? Respondem afirmativamente, observando que o fato das normas desse novo constitucionalismo procurarem representações mais diversificadas sócio-culturalmente, isso não se torna um obstáculo para manutenção de padrões “universalistas” para o funcionamento democrático.

Quanto ao terceiro artigo, o professor-doutor Guilherme Camargo Massaú, do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Pelotas (RS) emprega um modelo analítico a fim de apresentar o princípio da tolerância, construindo um diálogo entre a maneira como esse princípio se apresenta na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e em normas internacionais. Trata-se de uma reflexão sobre como o Estado de Direito se apresenta, interna e externamente, no que diz respeito ao alcance prático e normativo do princípio da tolerância.

O quarto artigo foi escrito por Edson Luiz Facchi Júnior, Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UNINTER-CURITIBA e André Peixoto de Souza, professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNINTER-CURITIBA. O texto trata da prisão após a confirmação da sentença em segunda instância e as modificações jurisprudenciais ocorridas entre 2016 a 2020 com o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54. A problemática da antecipação da execução da pena em correlação com a extensão do princípio da presunção de inocência onde somente se pode ser considerado culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O artigo dá conta das divergências jurisprudenciais recentes sobre o tema, declarando que é necessário um posicionamento mais estabilizado com relação ao tema por parte dos tribunais de sobreposição, sobretudo o Supremo Tribunal Federal (STF).

Para o quinto artigo, as autoras Juliani Bruna Leite Silva, Mestre em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UNICESUMAR – Maringá - Paraná e Marcus Geandré Professor-Doutor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UNICESUMAR- Maringá/Paraná, escolheram um tema atual e importante, tratando das relações familiares e da suscitação de memórias falsas que perturbam a consciência psíquica e o direito de personalidade das vítimas de tais abusos. O objetivo do texto era analisar se a “crise ética contemporânea” é um dos elementos

ocasionadores dessa prática abusiva no meio familiar? É um trabalho inovador que merece desdobramentos, tratando de mecanismos e instrumentos de prevenção e proteção contra tais abusos praticados no seio da família.

O sexto artigo, escrito por Ricardo Libel Waldman, professor-doutor e coordenador do Mestrado em Ciência da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo e Camila Albuquerque, Mestranda do Mestrado em Ciência da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo, trata do fenômeno de fluidez entre a esfera pública e privada, observado na Sociedade da Informação. Consideram a possibilidade do uso das redes para discussão de temas da esfera pública, embora não pretendam ser conclusivos quanto aos potenciais de uso e mecanismos empregados. Categorizam o ativismo digital e proporcionam uma visão de possibilidades quanto à articulação desse com pautas e agendas das esferas públicas e privadas da vida social.

No sétimo artigo, o professor-Doutor Carlos Nelson Konder, professor associado do Departamento de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), proporciona uma excelente reflexão sobre a questão das lacunas normativas exposta pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, expondo os limites integrativos disponibilizados pela lei: analogia, costumes e os princípios gerais do direito. Aponta, então, a existência de possíveis contradições entre as premissas disponíveis na lei e o emprego de uma metodologia civil-constitucional para a integração normativa. Matéria relevante para discussão da interpretação e aplicação do direito no contexto brasileiro.

O oitavo artigo, escrito por André Studart Leitão, professor-doutor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus e Camila Fachine Machado e Taís Vasconcelos Cidrão, mestrandas do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus, trata da tecnologia blockchain e o seu

risco para o funcionamento dos Cartórios Extrajudiciais. A blockchain retrata um protocolo de segurança para operacionalizar transações no meio digital e se apresenta como uma tecnologia disruptiva apta a lidar com diversos procedimentos cotidianamente operados em cartórios. Os autores sugerem que a operação por tecnologia blockchain não exclui, por completo, a necessidade de avaliação humana e cuidadosa de documentos, bem como a averiguação digital dos atos, embora vislumbrem, dessa forma, que os cartórios terão que se reinventarem a medida em que essas tecnologias sejam popularizadas e utilizadas no dia-a-dia da população.

Quanto à resenha, compondo o nono produto textual da presente Revista, escrita por Gilmar Antônio Bedin, professor-doutor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIJUÍ – Rio Grande do Sul em coautoria com Aline Leves, Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIJUÍ – Rio Grande do Sul, lança interessantes reflexões sobre a obra de Ulrich Beck “A Metamorfose Do Mundo: Novos Conceitos Para Uma Nova Realidade”. Trata-se do “último e inacabado” livro de Ulrich Beck, conforme os autores, traduzido e publicado no Brasil em 2018 que procura distinguir transformações sociais que ocorrem normalmente em razão de processos históricos de “metamorfozes do mundo” que são fenômenos singulares e cujo impacto é sentido por todos os atos políticos e sociais do planeta. Um questionamento sobre processos civilizatórios e “a instabilidade” comum aos modelos, susceptíveis a profundas mudanças de percepção, sobretudo, no que diz respeito à democracia e aos direitos. Resenha tratando de um texto instigante e que merece ser lida como esforço inicial e introdutório para a compreensão da referida obra de Ulrich Beck.

Os títulos revelam as dificuldades que perpassam os Direitos Humanos rumo ao desenvolvimento. Questões relacionadas aos limites de interpretação normativa e alcance de princípios constitucionais ou universais de direitos humanos intercaladas com questões relativas ao uso de novas tecnologias e sua aptidão para

desestabilização dos cenários de controle social e civilidade estabelecidos pela modernidade. Ao mesmo tempo em que se discute inclusão de identidades à cidadania, questiona-se o próprio alcance das escolhas políticas e da cidadania e a preservação de direitos humanos fundamentais frente ao avanço de novas tecnologias. A perda de certeza e estabilidade dos modelos, somada a flexibilidade e possibilidades de soluções que permitam preservar a essência da dignidade da pessoa humana. Novos conflitos, novas percepções, vítimas difusas e indeterminadas, novos direitos e novas soluções.

É nesse emaranhado de “sensibilidades” e “reinterpretações” que tentamos produzir uma cognição minimamente capaz de expandir os direitos humanos, protegendo a dignidade da pessoa humana, o Estado Democrático de Direito e as condições de convivência harmônica, confiante, protetiva socialmente e pacífica, sem desistir da aproximação, velocidade e eficiência proporcionadas pelo emprego das novas tecnologias disruptivas. O cenário pode ser de “metamorfose”, mas quem disse que às “lagartas” não podem seguir belíssimas “borboletas”? Pensemos com elas alcançarmos novos horizontes sem perder a consciência da origem das coisas e das dificuldades enfrentadas para reposicionar ideias e conceitos, preservando direitos e densidade interpretativa e científica.

Boa Leitura e bom proveito daquilo que a PRIM@FACIE oferece no presente número da Revista!

João Pessoa, 10 de setembro de 2022.

Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista

Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB

DOI: [https://doi.org/ 10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n47.64269](https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n47.64269)

Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)



Participação Indígena E Construção Normativa Decolonializante: Um Estudo De Caso Da Elaboração Do Plano Diretor De Oriximiná/PA (2015 a 2016)


Uriel Almeida Vasconcelos*

Universidade Federal de Pernambuco, Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife-PE, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0001-7243-2329>

Wagner Oliveira Rodrigues**

Universidade Estadual de Santa Cruz, Departamento de Ciências Jurídicas, Ilheus-BA, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0001-6826-0122>

Resumo: O diálogo feito sobre o acesso à cidade, do ponto de vista hegemônico, pavimenta uma dualidade espacial que invisibiliza populações não urbanas e, em regiões específicas do Brasil, povos e comunidades tradicionais que vivem não apenas nas periferias e bordas das cidades, como no interior do Município sobre o qual estas se assentam. Tal realidade é fruto de um dualismo institucional no território, travado especialmente no Direito Urbanístico pátrio, em que os mundos rural e urbano são separados, por absoluto, fruto de uma legislação colonizada pela lógica eurocêntrica nos espaços citadinos e responsáveis direta por privar direitos a todos que vivem fora das cidades. O trabalho, apoiado em enorme lastro de campo e estruturado na observação participante com produção de tecnologias jurídicas locais, demonstra Oriximiná, um ente federado local situada no Estado do Pará, como uma realidade peculiar que pode ser espelho e contraponto a redução do direito à cidade enquanto prerrogativa exclusiva de quem habita o centro das urbes. Assim, propicia-se um panorama decolonizador a partir das vivências que resultaram no primeiro Plano Diretor pluriétnico e multiterritorialista escrito no país, aprovado por lei municipal em 2018.

Palavras-chave: **Palavras-chave:** Decolonialidade; Territorialidades; Acesso à Cidade; Oriximiná.

* Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Pernambuco (UFPE). Membro do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC). E-mail: urielvasconcelos@hotmail.com

** Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (PPGSD). Professor Adjunto do Departamento de Ciências Jurídicas na Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Líder do Grupo CNPq de Pesquisa em Direitos Humanos e Fundamentais na UESC (GPDH/UESC). E-mail: worodrigues@uesc.br



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n47.62490>

Participação Indígena E Construção Normativa Decolonizante: Um Estudo De Caso Da Elaboração Do Plano Diretor De Oriximiná/Pa (2015 a 2016)

Uriel Almeida Vasconcelos

Wagner Oliveira Rodrigues

1 INTRODUÇÃO

A construção de um novo discurso jurídico voltado a dar vazão ao protesto técnico e acadêmico (dado ao insucesso latente na confecção de planos diretores para municípios com características pluriétnicos e multiterritoriais diante de modelos exógenos dos grandes centros brasileiros – utilizados, aqui, como um *standard* urbanoide estruturante) é um dos principais desafios da contemporaneidade acerca da ideia ampliada de “acesso à cidade” – especialmente em terras amazônicas.

Sob a ótica urbanística crítica identifica-se, no Direito ocidental moderno e periférico, uma forte matriz colonial no qual, sob uma doxa reducionista, se julga e se define o que se enquadra ou não na “moldura do jurídico” para a chamada “produção geoeconômica das cidades”. Tal enfoque privilegiou cenários urbanoides, corroborou com a marginalização de povos e comunidades tradicionais em face dos distritos centrais dos entes políticos municipais e ressignificou a própria noção de cidadania local e reconhecimento social, diante de todo um histórico de produção socioeconômica na periferia do capitalismo contemporâneo.

Com efeito, pensadores de diversas áreas visualizam na colonização/decolonização um grande evento prolongado, corporificando etapa histórica ainda não superada – pela justa utilidade que tal ontologia do poder provoca nos Estados nacionais situados ao sul do planeta. De fato, o fenômeno colonizante influencia enormemente nas administrações políticas de determinadas áreas do globo – enquadradas em uma lógica de dominação e controle dos demais povos. Inclusive, o caso brasileiro materializa exemplo clássico na forma com que os cidadãos subalternos percebem a ética de como se agir à luz dos seus próprios opressores.

Indeclinavelmente, o ordenamento normativo no país não escaparia a tal prisma, subsumindo este às mais distintas formas de manifestação socioespacial um caráter primitivo, subalterno e invisibilizador – além de segregar, na própria estrutura subjetiva de seu acesso, povos e comunidades urbanas e rurais, tradicionais ou não, às migalhas de cidadania dispostas pelas elites políticas, jurídicas e sociais, as quais ditam uma lógica colonial da civilização tardia neste país.

As críticas, portanto, vão encontrar nos estudos decolonialistas uma forma de propor uma ruptura desse modelo de cidadania prática e, com ela, o rompimento do paradigma institucional imposto pelo Norte sob a lógica eurocêntrica e estadunidense da produção do Direito que, raramente, valoriza o pensamento regional onde tal ordem é imposta. A produção de novos conhecimentos, somada a toda uma literatura que discute o tema entre os processos colonizatórios e o pensamento decolonialista, perfez toda uma observação participante em torno de tecnologias jurídicas singulares, cuja compreensão de um direito urbanístico - que é, em essência, pluriétnica, multiterritorial e inerente as mais longínquas terras do centro político deste país – assumiu relevo extraordinário.

Em Oriximiná, município situado na Calha Norte do Estado do Pará, foi lograda uma experiência vívida entre etnias indígenas, quilombolas, ribeirinhos e planaltinos – associada à Administração local (constrangida por instâncias supranacionais) que tinha o dever de

entregar um “Plano Diretor” de mote participativo, mas que, por circunstâncias várias, teve uma janela de criatividade decolonialista ao implantar a primeira lei municipal de ordenamento espacial e estratégico local com conotações voltadas a povos e comunidades ali estabelecidas – e, aqui, ele será um cenário ilustrativo de tantos outros para futuros estudos comparativos.

A matriz multifacetária ao fenômeno jurídico foi justamente o produto de desdobramentos da vivência, em campo de doutoramento no município de Oriximiná, cuja construção de seu Plano Diretor Municipal Participativo (PDMP) corporificou uma vívida ferramenta decolonial, apta a viabilizar a autodeterminação territorial e identitária dos distintos povos do interior citadino e, assim, inspirar a perspectiva de orientações internacionais voltadas aos indígenas e povos tribais diretamente às unidades políticas locais – desviando-se do controle institucional supranacional sobre tais direitos autóctones e, assim, gerando uma esperança decolonial que será abordada ao longo deste trabalho.

2 O CONTRATO “AUTÓCTONE” E A COLONIALIDADE HEGEMÔNICA

Todos os integrantes de uma comunidade indígena, em tese, compreendem seu arranjo social por meio de orientações etnossociais que, em sua cosmologia própria (dada a infinidade de etnias existentes) vivem uma ordem harmônica e promovem eventuais soluções de conflitos entre si no âmago de sua cultura. Contudo, quando se expõe o trato político entre os mesmos e os *kauaras* (termo *wayrama* – etnia indígena presente na porção nordeste da Amazônia brasileira para designar os estrangeiros étnicos na Amazônia) percebe-se um dos clássicos tipos de conflitos socioambientais que exigirá, por parte dos Estados nacionais (em princípio e por vontade política), uma forma *sui generis* de composição destes litígios, cuja inclusão

socioambiental perpassa pelo reconhecimento da dignidade dos autóctones à sua (re)existência espacial, cosmológica e tradicional.

Mencionar a possibilidade de um “contrato” *autóctone* – ainda que não seja exatamente este o instrumento hábil à readequação de grupos sociais marginalizados – pode acarretar formas inusitadas de inovação jurídica, como se o envolvimento de povos tribais e de mote tradicional, por si só, fosse a base de uma resposta ao modo clássico de diálogo do Direito com o todo social, frente todo um histórico de pressões e ressentimentos construídos na disputa histórica da biodiversidade. Em questão está, de fato, a sobrevivência (também política) dos próprios indígenas e povos tradicionais – não apenas no espaço amazônico em tela, mas a todo o país - que demanda o respeito e a efetiva integração jurídica dos seus modos originários de vida à verdadeira realização de sua cidadania plena.

Assim, independente da forma jurídica com o qual se define a estirpe da presença permanente dos indígenas com as demandas exógenas dos *kauaras*, tal “contrato” jamais poderá adotar uma orientação individualista e pautada apenas pelo dualismo espacial de cidadania – e há que se entender que qualquer orientação sobre a coexistência de grupos sociais tão divergentes, ainda que por mote puramente econômico, deve observar, acima de tudo, o tecido social nativo anterior à invasão estrangeira, além das devidas reflexões sobre práticas colonizadoras ainda presentes no inconsciente social, eliminando-se, de uma vez por todas, a reprodução das violências culturais que, de mal a mal, se desbandam no rumo de etnocídios/genocídios institucionalizados, mesmo que por omissão do Estado do “branco”.

Não obstante o cenário histórico de invasão, colonização e reprodução de um saber jurídico hegemônico, ainda não se atribui o devido relevo à problemática em apreço, pondo-se em xeque a própria capacidade do Direito pátrio em se assegurar a continuidade existencial e cultural de indígenas e das demais minorias etnossociais existentes em território brasileiro (LUNELLI, 2015). Tal contexto, inevitavelmente, segue se sofisticando ao devir do poder capital, o

qual, desde o período colonial português sobre o Brasil “achado” até os dias atuais, segue aprimorando a manutenção hegemônica em nome de “Deus”, do “Rei” e do “vil metal”.

A imposição de um imperativo europeu de cosmologia, sociedade e economia desestrutura, diuturnamente, as formas sociais autônomas tradicionais, levando-os a situações reativas em todos os sentidos – dificultando o diálogo de pacificação territorial que não seja diverso do mote “guerra – é paz na estrada” (ou na floresta). Não se trata, apenas, de uma defrontação racional reativa contra o colonialismo em perspectivas distintas – mas, em essência, são os termos gerais sobre a lógica do colonizador que, por meio de instrumentais religiosos, virais e metais, adota uma mecânica perversa, racista e genocida, ao se descaracterizar (em corpo e alma) qualquer dignidade dirigida aos autóctones.

Na redação jurídica, por exemplo, há muito se reservara a condição de sujeitos sem alma, ou semoventes – ou, em medida a menos, de relativamente incapazes – em face da ojeriza social sobre os indígenas se consolida com a aniquilação dos rebeldes, de um lado, ou a assimilação à cultura *kauara*, por outro, satisfazendo-se a sanha colonialista que é marca, até hoje, da forma com que boa parte da cultura brasilianista ainda encara a realidade do “índio natural” – ou na do “bom selvagem”, de Claude Lévi-Strauss (1989).

As sociedades colonizadas nas Américas guardam uma dívida social perpétua e quase impagável em face de uma das maiores máculas de sua História no qual, orientada sob uma desorganização cultural estruturante, os nativos e os seus costumes, mitos e valores, passam a sofrer um trato degradante enquanto “quintessência do mal” e, com ela, o desaparecimento etnossocial é um dado fático futuro inconsequente (FANON, 1963, p. 3).

Quando se é temperada de cientificidade a dominação ontológica e histórica do colono – essência moral dos etnocídios em terras americanas – fica ainda mais claro como a guerra colonialista lança as bases, ainda profundas na atualidade, do desprezo de

qualquer cosmologia que não seja aquela hegemônica – levando-se, via de consequência, à desmoralização e ao adestramento dos demais saberes – apenas úteis quando essenciais à sobrevivência em ambientes hostis (como nas florestas amazônicas, nos quilombos, nos terreiros, nos fundos de pasto etc.). A experiência colonial, assim, acarreta na reprodução da perspectiva eurocêntrica no planeta, não apenas fruto de toda uma construção epistemológica ocidental como integrante de uma lógica de dominação ética do europeu sobre a natureza (DAMÁZIO, 2011).

Em tais cenários, portanto, a dominação colonial avançou para além de um imperativo cultural, instituindo também uma concepção de realidade que valoriza a superioridade do ocidente europeu – onde os povos indígenas foram forçados, desde o início, ao acultramento em nome da própria sobrevivência local. Como resultado, instaurou-se um contínuo processo de silenciamento etnossocial, privando os nativos de qualquer significação histórica às suas tradições a partir de um quadro de desigualdade entre os indivíduos (brancos *versus* autóctones).

Com efeito, esta histórica sobreposição da perspectiva europeia na determinação de um padrão de ética social influenciou na determinação de uma matriz de poder denominada “colonialidade”, cujos reflexos sobreviveram aos projetos coloniais e são levados a cabo até os dias atuais pelos países soberanos nas Américas, impactando enormemente nos modos de ser e agir em todas as instituições de Estado, inclusive na seara jurídica (LUNELLI, 2015).

Assim, a independência política das colônias nas Américas, por si só, não se mostrou capaz de libertar a coletividade suprimida das amarras colonialistas – visto que o que ocorreu, em boa parte destes territórios, foi a mudança de regência elitista que já marcara a presença excludente da organização social e econômica dos povos autóctones, perpetuada na atualidade sob novos arranjos mais sofisticados. Deste modo, as raízes culturais da legislação hegemônica continuam a dar realce a um tipo de paradigma jurídico centrado na objetividade e na reprodução de um senso comum que será, em

essência, instrumental para sustentar a realidade colonizadora das elites regionais entre os países das Américas – relegando a população, em grande massa, à subalternidade e ao ajuste à lógica econômica e política do momento.

O Estado e, por meio de suas instituições políticas e jurídicas, os grupos sociais hegemônicos que nele se expressam, manterão a afirmação da dominação eurocêntrica e expressará, por outros modos igualmente nefastos, a colonialidade histórica que alija o conjunto do povo – mesmo porque “o europeu jamais concordaria em se submeter ao direito autóctone extraeuropeu” (SACCO, 2013, p. 83).

Dito isto, vê-se que a legalidade oficial, igualmente inspirada na cosmologia europeia, afirmou ser antijurídica qualquer organização social dos povos tradicionais (edificada na riqueza de práticas etnoambientais espontâneas). Bem verdade, os próprios parâmetros constitutivos do legalismo desenvolvido no Brasil foram assentados sob um limbo jurídico autóctone, destinando a qualquer população nativa um “eterno devir” de submissão servil e escravagista - caso ainda quisesse, com dificuldades, dialogar dentro do sistema legal vigente. Há que se dizer, portanto, que o pluralismo jurídico e o pleno exercício de uma cidadania participativa restaram cerceados do cotidiano colonizante que estruturou/estrutura o etnocídio institucional sobre os povos originários.

Destarte, haja vista uma persistente regulamentação de matriz formalista e centralizadora, por vezes a-jurídica e socialmente invisibilizadora, impossibilita-se o Direito, tal qual como está, de promover qualquer tipo de justiça – com ou sem “contrato autóctone” – em prol dos indígenas e demais povos tradicionais no Brasil, assim como nas Américas (WOLKMER, 2012).

3 COSMOVISÕES E O “DIREITO RESENTIDO” NA COLONIALIDADE ATUAL

Com o avanço dos direitos de cidadania de terceira e quarta geração no globo e, especialmente nas Américas, a partir dos anos 1980, foi deflagrado um processo de grito dos excluídos que projeta, até hoje, a voz das minorias classicamente relegadas à invisibilidade institucional por parte do Estado e suas elites hegemônicas. Sejam nas militâncias de base ou em outros espaços físicos/virtuais, as lideranças ressurgidas da obscuridade buscaram a consciência coletiva que, particularmente no alvorecer do Século XXI, também estava conhecendo os efeitos concretos da afirmação da cidadania por meio de regimes democráticos recém-implantados após décadas de opressão institucional (mormente por ditaduras militares).

Na América Latina, inclusive, a ascensão de partidos políticos com orientação de base popular daria, no mesmo tom, o ambiente útil para o desenvolvimento de um substrato teórico essencial à compreensão da lógica que a subalterniza – e que traria esperanças da materialização de sua cidadania marginal também nas Ciências Jurídicas. Com isto, logrou-se o surgimento de um pensamento crítico autointitulado de estudos “decoloniais”, envolvendo autores como Aníbal Quijano, Ramón Grosfóguel, Walter D. Mignolo e outros mais.

Em comum, o diálogo sobre os processos de colonialidade que constituíram os diversos estratos marginalizados e, entre estes, as similitudes de estruturas que exortaram o negro e o indígena à escória da estrutura comunitária – sem se descurar de temas como gênero, homossexualidade e justiça ambiental. Ao agregar, portanto, diversas experiências em prol do desmonte do atual escol opressivo e lançar as bases epistêmicas rumo no combate da primazia da cultura eurocêntrica, historicamente responsáveis pela invisibilidade de grupos vulneráveis, tais autores lançaram o pensamento “decolonizante” do/no Direito (VIANA, 2019).

Tal modo de figurar a lógica contra hegemônica nas Ciências Jurídicas realça a necessidade de enfrentar a retórica assente do positivismo jurídico - que se mantém a base filosófica da construção dos direitos de cidadania na atual modernidade. Desprendendo-se do

saber eurocêntrico, enquanto essência de se pensar o Direito, não apenas como resistência, mas “(re)existência”, ilumina-se as obscuridades e o silenciamento orgânico oriundos de uma visão de mundo sob a égide imperialista (GROSFOGUEL; MIGNOLO, 2008, p. 34).

Desenvolvido originalmente por Aníbal Quijano (2005), o aludido conceito (o de decolonialidade) exprime uma constatação simples: o fim das administrações coloniais, por si só, não findou as relações de colonialidade – muito o contrário, aprofundou-as sob o mote da constituição dos Estados nacionais e o liame estabelecido entre as elites locais e os novos arranjos hegemônicos globais que mantiveram a cosmologia europeia como a única fonte legítima de justificação ontológica. Assim, o conceito de decolonialidade propõe o reconhecimento da continuidade de modelos excludentes, bem como dispõe de “uma capacidade explicativa que atualiza e contemporiza processos que supostamente teriam sido apagados, assimilados ou superados pela modernidade” (BALLESTRIN, 2013, p. 100).

Os pensadores decoloniais carregaram um novo olhar crítico acerca das problemáticas associadas ao fenômeno desenvolvimentista na América Latina, frente à manutenção de uma sistemática exploratória em desfavor de populações camponesas, negras, indígenas e periféricas (CONCEIÇÃO, 2018). A principal força motriz dos estudos decoloniais é a contínua reflexão do cenário político e cultural latino-americano, incorporando-se categorias essenciais à sua compreensão. Tais estudos propiciam a problematização de um *locus* de enunciação privilegiado (eurocêntrico), bem como seu impacto na construção das relações de conhecimento, introduzindo uma nova linguagem/concepção em velhos arranjos sociopolíticos.

Nesta feita, supera-se a simples inclusão de pensamentos a serem assimilados pela lógica colonial do saber, dispondo-se de uma potencialidade disruptiva à formação de um “pensamento outro” de fronteira com a lógica assente – já que com o opressor não se discute. Esse novo saber não reivindica ao nativo o “status” do colonizador,

mas questiona, a partir da pluriversalidade, a posição de superioridade ontológica e epistêmica reservada ao europeu, com o intuito de demonstrar como esses conceitos científicos e conjunturais são criações discursivas do invasor a fim de classificar a humanidade e assim instituir uma diferença colonial (DAMÁZIO, 2011). Nesse sentido:

[...] O potencial epistemológico do pensamento liminar, de “um outro pensamento”, tem a possibilidade de superar a limitação do pensamento territorial (isto é, a epistemologia monotópica da modernidade), cuja vitória foi possibilitada por seu poder de subalternizar o conhecimento localizado fora dos parâmetros das concepções modernas de razão e racionalidade. [...] uma maneira de pensar que não é inspirada em suas próprias limitações e não pretende dominar e humilhar; uma maneira de pensar que é universalmente marginal, fragmentária e aberta; e, como tal, uma maneira de pensar não etnocida (MIGNOLO, 2003, p.103-104).

Dito isto, e sob a ótica autóctone indígena, as ferramentas teóricas do pensamento decolonial descortinam as contínuas violações vividas pelos nativos das Américas, revelando as contradições entre os direitos humanos empregados nos discursos oficiais dos Estados nacionais que os tutelam e a efetividade de seu cotidiano tradicional. O fortalecimento do movimento indigenista evidencia, assim, um claro embate entre a colonialidade do poder e do saber e a ordem sobre a autodeterminação espacial, cosmológica e epistêmica em todas as suas expressões.

Trata-se de uma verdadeira reformulação na estrutura institucional do Estado, haja vista que a atual concepção de cidadania não se mostra apta a proporcionar a plena inclusão dos indígenas, bem como de outras minorias igualmente relegadas no todo social. É importante perceber que este é um ressentimento que não ocorre apenas nos espaços não urbanos – pois as cidades brasileiras são, em si, um missal institucional de violências sociais.

Atentos aos mecanismos de dominação e manutenção de uma lógica sectária, os pensadores do substrato teórico decolonial facilitam e instrumentalizam a compreensão de um Direito na cosmovisão nativa, a qual sequer apresenta um sentido uníssono, tendo em vista

que o próprio termo “índio” é fruto de uma generalização etnicamente desconstrutiva. Os povos indígenas representam, indissociavelmente, um mosaico etnodiverso de agrupamentos humanos que, a despeito de sua variedade humana e cultural, partilham uma experiência comum de subjugação aos Estados nacionais ao serem hostilizados na mesma métrica racista autóctone.

Sendo assim, o conceito tradicional de índio é associado à mesma categoria (jurídica), empreendida a todos os povos ameríndios pré-colombianos existentes no Brasil e nas Américas – notadamente exógena e que dissolve qualquer elemento cultural distinto entre as etnias e suas culturas (o que marca uma diferença assaz desqualificadora e inferiorizante) e, por isto mesmo, o termo “autóctone” ou “tradicional” é mais pontual e democrático e menos colonialista que aquele (RESENDE, 2014).

Posto isso, indaga-se: o que seria então o “Direito” na visão nativa? Grupos integrados à política indigenista provavelmente replicariam o conceito assente traduzido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mencionando, inclusive, os dispositivos sobre a temática. Esse fato demonstra uma contínua tentativa de assimilação dos conceitos tradicionais à perspectiva hegemônica, metonímia de distintas conjunturas em que o indígena precisou conformar-se à cultura dominante. Com efeito, a colonialidade do poder e do conhecimento inferiorizam a condição do nativo, fomentando no imaginário coletivo uma crença nefasta de que a apropriação, do autóctone, aos instrumentos de poder do *kauara* seria suficiente – o que, decerto, além de não o ser, inviabiliza a ação decolonial.

Nações derivadas de Estados modernos com forte matriz colonial, o que inclui o Brasil, tendem a ignorar a existência de um Direito próprio que prescindem do Estado, a exemplo dos povos originários, bem como seu papel na construção das bases legais que compõem o ordenamento pátrio (MACHADO, 2009). Os autóctones possuem normas próprias, baseadas em usos e costumes conforme a

tradição de cada sociedade. Por sua vez, tal realidade é desconsiderada por quase a totalidade dos juristas brasileiros, impondo aos nativos os preceitos de uma cultura jurídica alienígena e desvinculada de suas demandas e discussões.

Diante da colonização do saber e da desumanidade do autóctone por meio deste - onde o Direito surge como produto colonizador - a concepção autóctone e de outras minorias tradicionais sobre o Direito ainda não ocupa seu espaço legítimo enquanto fonte válida de conhecimento, o que influencia nas inúmeras violações observadas no cotidiano.

Atenta à complexidade da problemática, a decolonialidade questiona e confronta os reflexos desse raciocínio jurídico hegemônico segregatório, tendo em vista a histórica dificuldade em dar voz aos sujeitos que fogem da lógica ocidental epistêmica – os quais igualmente dispõem de “padrões de ensino e potencial contribuição ao direito em âmbito nacional” (CONCEIÇÃO, 2018, p. 383) - gerando-se, potencialmente, uma espécie de “direito ressentido” ou um direito calcado na base do ressentimento político dos subalternizados diante do Estado oficial que legisla, coordena e condiciona a sua existência social, cidadã e, igualmente, tradicional (dentro ou fora de parques humanos país afora).

4 DECOLONIALISMO EM ORIXIMINÁ? O PLANO DIRETOR KAUARA

Questionando-se acerca dos desdobramentos da égide colonialista na América Latina, o pensamento decolonial dedica os seus esforços à compreensão das múltiplas realidades que o engloba, produzindo um saber que sustente práticas alternativas contra hegemônicas (SOBRINHO; PIRES, 2018) – inovando-se na medida em que fagulhas conjunturais se mostram oportunas. Uma destas fagulhas surge, justamente, através de um trabalho de campo doutoral

que irá ocorrer no município de Oriximiná – situado na Calha Norte do Estado do Pará.

Tido como o décimo maior município do país (em espaço territorial que reuniria, facilmente, os Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santos num único perímetro) a oportunidade da revisão da legislação de saneamento urbano, enquanto pedido inicial feito pela Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano, deu azo ao auxílio da Universidade Federal Fluminense – que possui *campus* avançado por lá – e da participação de um dos autores deste trabalho a decolonizar o saber urbanístico através das realidades pluriétnicas e multiterritoriais desta terra “de muitas praias” – como é a etimologia autóctone do nome deste município.

Com fronteiras nacionais no Amazonas e Roraima, além de internacionais no Suriname e na Guiana, Oriximiná, a “Princesa do Trombetas” (nomenclatura empregada em razão da bacia do rio Trombetas, afluente direto do rio Amazonas), apresenta um contingente populacional significativo que entrelaça demandas de povos tradicionais e autóctones, situados em regiões interioranas e uma demografia urbana (a sede municipal é, também, a única urbe do lugar) e industrial (uma *city-factory* da Mineradora Rio do Norte, extratora de bauxita) singulares, o que fomenta a urgência de sua visibilidade estratégica ante a elaboração de políticas públicas inclusivas na região.

Neste sentido, portanto, o objeto que inspirou a presente pesquisa é a consideração de um interior socioambiental que se dialoga frontalmente com o urbano (a sede do município é, também, escoamento da produção industrial, agrofamiliar e etnoeconômica do interior) e o seu legítimo espaço no debate público, *in casu*, através da construção coletiva de um Plano Diretor Municipal Participativo (PDMP). Em nível de doutoramento, portanto, Rodrigues (2018) traduziu a relevância do ordenamento citadino à concretização de um novo sentido epistemológico, consolidando a riqueza do espaço local e

suas multiterritorialidade associadas à cosmologia política presente entre populações tradicionais de todo o município em estudo.

Por linhas gerais, a qual será feita uma rápida passagem pelas reflexões decolonialistas aqui expressas, os Planos Diretores Municipais Participativos (PDMP's) são, ao mesmo tempo, uma exigência constitucional federal brasileira e um instrumento tecnolegal voltado, essencialmente, à racionalização normativa da produção do espaço urbano no Brasil – e, neste desiderato, têm cumprido eficazmente sua missão institucional. São, originalmente, normas voltadas a “ordenar” a produção do espaço municipal, através do ente federativo local e sob preceitos urbanistas manifestas via diretrizes sociopolíticas e instrumentos jurídicos, administrativos, econômicos e financeiros – embora a História tenha demonstrado, no caso nacional, a abrangência espacial ficar restrita, apenas, às áreas urbanas dos municípios.

Também, os atuais PDMP's possuem a exigência de implementar algum nível de participação popular (portanto, também são democráticos desde a sua gênese até a concretude de suas propostas no cotidiano municipal) que não fica por conta, obviamente, restrito apenas ao diálogo político entre a população local e os seus governantes. Bem verdade, a forma tradicional de arena – em que há uma fase de leitura social e outra de leitura técnica, essencialmente nessa ordem – coloniza as demandas das populações marginalizadas no processo de (re)produção do espaço local em prol dos interesses econômicos exógenos hegemônicos.

Assim, contrapondo-se ao panorama segregatório vigente, a nova lei do PMPD, em revisão normativa ao plano de 2006, configura uma “carta aberta à decolonialidade” – presente, inclusive, na mensagem enviada ao Legislativo local pelo Prefeito meses antes da deliberação junto ao Edil local (RODRIGUES, 2018, p. 310). Atenta aos anseios das populações não urbanas do município de Oriximiná, a lei promove o reconhecimento local das territorialidades ante um processo metodológico de integração jurídica do interior, reconhecendo a autodeterminação territorial dos povos indígenas –

ainda que, para efeitos de competência normativa local, a mesma tratou de se visibilizar um espaço que é de lida e litígio diretos dos entes suprafederativos.

Para tanto, a lei edilícia local reformula diretrizes das políticas públicas cidadinas, fomentando a autodeterminação territorial de povos tradicionais e indígenas oriximinaenses, em contraponto ao histórico de intervenção exógena dos *kauaras* pelo cerceamento da sociobiodiversidade – ainda em atividade no município.

Dialogando com as territorialidades, a inovação jusurbanística vivenciada coaduna com o pensamento decolonial, introduzindo uma dilação epistêmica em favor de uma ruptura dos atuais paradigmas de planejamento estratégico, centralizados unicamente na dinâmica urbana da *polis*. Contextualizar o interior, para além da exigência legal, é contornar o passado político de invisibilidade institucional da sociobiodiversidade, essencial à consecução de um modelo de ordenamento futuro que reconhece etnoterritórios em confluência contínua e ininterrupta com espaços centrais do município (RODRIGUES, 2018).

Nos últimos anos as dinâmicas da presença humana no conjunto da biosfera ensejaram reflexões de grande vulto em torno do socioambientalismo. Agregar o biológico à conformação da diversidade humana assumiu um relevo extraordinário e produziu um vasto substrato teórico acerca da sociobiodiversidade. Tal fenômeno reforçou a existência de elementos antropocizados à conservação da natureza, ínsitos a qualquer ambiente de interação vívida entre comunidades e recursos naturais, a exemplo do que ocorreu na Calha Norte paraense. Oriximiná corporifica um caleidoscópio de sociobiodiversidade, recheada de vastas unidades de conservação (UC's) e sítios de povos e comunidades tradicionais (PCT's) – e este espaço de sociobiodiversidade não pode ser ignorado quando o Estado é o maior regente político destes espaços (SANTILLI, 2012).

A confluência espacial de tamanha pluralidade entre povos autóctones reservou a este singular sítio da Amazônia imensurável

matriz poliétnica. Não obstante a riqueza da dinâmica social ali presente, a qual, inclusive, influencia o constructo espacial de sociedades ao seu redor, o município de muitas praias não se atinava ao quadro de invisibilidade e, até, aniquilamento etnocida da sociobiodiversidade local, manifestada, dentre outras formas, a partir de movimentos diversos de dominação e incorporação à cultura hegemônica, reverberados a nível nacional.

Ao menos no plano jurídico, os indígenas enfrentaram uma política estatal precipuamente assimilacionista até o final da década de 80, a qual visava enquadrar os nativos nos valores e padrões hegemônicos, a despeito da mácula de abandono de suas cosmovisões e práticas socioculturais. Institucionalmente, tal perspectiva só foi alterada em Oriximiná, bem como no restante do país, com o reestabelecimento da ordem democrática e a vigência da Carta Magna de 1988 (artigos 231 e 232), a qual conferiu aos nativos, para além de direitos originários às terras e respeito às tradições, um poder decisório sobre intenções de empreendimentos sobre os recursos ambientais situados em seus domínios (RODRIGUES, 2018, p. 61).

Todavia, a previsão constitucional, por si só, não se revelou suficiente à concretização das demandas de regularização fundiária e promoção das necessidades básicas e de autodeterminação identitária autóctone, o que, inclusive, pauta movimentos normativos internacionais.

A demanda sociopolítica dos nativos é temática da “Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas”, de 2006, bem como da “Declaração Interamericana dos Povos Tribais estabelecida pela Organização dos Estados Americanos”, as quais defendem a inserção de direitos de cidadania autóctone no bojo legislativo de cada Estado nacional.

Em consonância com a aludida legislação, aponta-se o pioneirismo da vivência jurídica em Oriximiná pelo desenvolvimento de um Plano Diretor Municipal Participativo (PDMP). Utilizando-se de processos colaborativos e intensa participação social de povos indígenas e quilombolas na dinâmica da governança local, deu-se

visibilidade a sujeitos olvidados pelo poder público local, promovendo um verdadeiro resgate territorial e político de toda população oriximinaense (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2008).

4.1 As “Trombetas” do Plano Diretor

Na geografia de Oriximiná, o rio Trombetas, afluente direto do Amazonas, materializa um vínculo natural entre todas as comunidades e ecossistemas do município, constituindo-se no principal berçário fluvial de toda sociobiodiversidade da região. Todavia, para além da hidrografia local, o espaço físico igualmente embasará a formatação de um neologismo reflexivo acerca de categorias efetivamente “trombetadas” em face da lógica predominante.

“Trombetar” corporifica um mecanismo neoverbal para expressar a saga de camadas não urbanas oriximinaenses, marcadas por um histórico latente de invisibilidade socioambiental no espaço da *polis*, reivindicando observância e respeito à todas as territorialidades no ordenamento citadino. Assim, menciona-se o rio Trombetas enquanto uma verdadeira força vívida, a qual “grita” e “ecoa” vozes de protesto de todos os povos do interior do município de muitas praias. É, sobretudo, uma defesa à existência etnoterritorial, aclamando um olhar das estruturas federativas do país à complexidade da urbe (RODRIGUES, 2018).

O caso oriximinaense deflagra uma administração pública local que não dialoga com o formato amazônico de produção das urbes, tão próximo quanto peculiar ao restante do país, exigindo uma releitura funcional do próprio “acesso à cidade”, erigido à categoria de direito humano fundamental desde 2001. Tradicionalmente, as zonas urbanas sempre detiveram a titularidade desse princípio jurídico, conduzindo parcela significativa das orientações jusurbanísticas e o planejamento estratégico da *polis* – por onde o interior, salvo raras exceções, detém acesso às políticas públicas. O paradigma jurídico do

direito positivo reproduz uma perspectiva hegemônica no substrato teórico e nas estruturas de decisão municipal, cujos instrumentos oficiais acabam por reproduzir tradicionais formas de segregação socioespacial (CAFRUNE, 2009).

Em regra, municípios brasileiros promovem uma redução lógica do ordenamento ao espaço urbano, o que, para além de apequenar o seu significado, acaba relegando às demais populações uma marginalidade igual ou piorada ao contexto das periferias espalhadas pelo país. Evidencia-se que a segregação socioespacial não se restringe às periferias das cidades brasileiras, constituindo-se também pela invisibilidade política e etnoambiental de populações residentes no interior municipal, cujos modos tradicionais de vida e a inexorável comunicação cultural com a urbe sequer são reconhecidos (RODRIGUES, 2018).

Nesse sentido, contrapondo um entendimento acerca das “dimensões da cidadania” aos reais espaços políticos de poder em favor da consecução do chamado “acesso à cidade”, mostra-se vital agregar universalidade aos planos diretores, propiciando que todas as territorialidades sejam compreendidas no panorama citadino. Ao pleno exercício da cidadania à nível local, faz-se imperativo combater o uso do elemento urbano enquanto redutor de uma região poliétnica, promovendo a visibilidade socioambiental do interior (BRANDÃO; AMARAL, 2016). Nesse sentido:

[...] a participação popular propicia uma nova relação entre o Estado e a sociedade, onde a cidadania ativa se transforma no elemento condicionante para o estabelecimento das leis, políticas e instrumentos inerentes às funções do governo e administração. A sociedade, com práticas de cidadania ativa, forma novas posturas e comportamento perante o Estado, assumindo a corresponsabilidade de políticas públicas destinadas a garantir os direitos da coletividade (SAULE JÚNIOR, 1997, p. 143).

Para não incorrer em um quadro de “analfabetismo urbanístico” (como se a isto fosse possível de se concluir, dada a colonialidade do saber urbanístico adotado no Brasil), de fato, a própria omissão de demandas e anseios coletivos dentre prerrogativas

atribuídas ao campo geopolítico municipal fere frontalmente direitos sociais preconizados pelo ordenamento pátrio, bem como declarações socioambientais internacionais, a exemplo da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a qual possui o Brasil enquanto um dos seus maiores signatários (MARICATO, 2015).

Destarte, a experiência em Oriximiná pautou-se por: a) reconhecer a questão urbana em paralelo à questão territorial como componentes do ordenamento territorial no município em cena; b) visibilizar as etnoterritorialidades e outras áreas marginalizadas para além das zonas urbanas e as suas demandas socioambientais e sociourbanas; c) dar voz e protagonismo político às lideranças políticas do interior – ressignificando a presença destas nas arenas de políticas públicas sitas na sede urbana; e d) ampliar, epistemicamente, os instrumentos ditos urbanísticos voltados, a priori, à realização do acesso à cidade dando sentido final para o chamado “município que queremos” abranger todo o território político local (RODRIGUES, 2018, p. 129).

Compreender a totalidade da urbe no plano estratégico do ordenamento local passou a ser uma análise categórica cada vez mais urgente, pela própria necessidade de suportar a existência cidadina dos indivíduos residentes de áreas urbanas em conformidade com sujeitos que se comunicam culturalmente aos demais espaços antrópicos interioranos.

Diante desse fenômeno de imposição exógena, o qual transcende a própria realidade amazônica, defender uma perspectiva pluriterritorialista do planejamento estratégico municipal escancara a visão “metropolizante” de cidadania, onde o direito fundamental à cidade é revestido por um velado e institucional “inacesso”, tolhendo os próprios modos de vida e tradicionalidades de populações que, a princípio, não se coadunam aos estereótipos geopolíticos de utilização do espaço citadino.

Tal marca, portanto, só foi possível porque, nas arenas rurais de leitura social que o Plano Diretor exigia para a sua revisão, a Administração Pública (por meio da Comissão Executiva de estudos da nova lei substitutiva à atual, de 2006) se deparou com a manifestação de povos tradicionais nas oficinas comunitárias “rurais” – feitas em aldeias indígenas e barracões quilombolas – que exigiam uma lei que dissesse “o urbano para as comunidades”, ou seja, fora dos perímetros urbanos. Já sob o apoio da Universidade Federal Fluminense, nesta etapa, foi possível se descurar do viés positivista-legalista de tal ação de planejamento estratégico – da mesma forma que a Ciência Jurídica decolonizada desamarra óbices ao reconhecimento de direito achado nos territórios tradicionais e dá, neste sentido, nova roupagem hermenêutica sobre como fundamentar as instituições legais a favor de povos autóctones.

4.2 Das iniciativas decoloniais aprovadas através da revisão do Plano

Descortinando a invisibilidade socioambiental do interior, a vivência comunitária em Oriximiná perpassou (e muito) a acepção normativa de revisão do plano diretor de 2006, figurando os atores sociais como verdadeiros protagonistas de uma mudança institucional na calha norte paraense - até então objetos paralelos ao contexto urbanístico.

A experiência oriximinaense atribuiu um novo sentido às populações não urbanas no ordenamento local, não mais constituído enquanto letra legal inerte, subserviente aos interesses exógenos. Isto é, na medida da viabilidade técnico-orçamentária disponível, a metodologia decolonial do novo Plano reclamou a inclusão do interior socioambiental nas arenas de revisão da maneira mais democrática possível, evitando-se ingerências políticas ou econômicas por determinada seletividade subjetiva.

Atribuindo-se uma real representatividade à população do município de muitas praias, a reflexão coletiva em torno do melhor desenvolvimento do PDMP contemplou significativo envolvimento comunitário, cuja composição das propostas, minutas e eventos não olvidou do pluralismo étnico oriximinaense. Tanto o é que, à vista da Audiência de Lançamento do projeto de Revisão do PDMP, o Comitê Gestor do processo iniciou uma série de encontros com lideranças das áreas urbanas, rurais e indígenas, criando-se, conjuntamente, uma agenda de leituras comunitárias e a devida “[...] metodologia de escolha dos delegados para as etapas de deliberação das propostas e das minutas do futuro Plano” (RODRIGUES, 2018, p. 193).

Além disto, a princípio, pontuou-se pela necessidade de promover, ao menos, duas audiências públicas para ratificar o fito democrático do processo revisional em relevo, lançando as bases da elaboração do plano e a aprovação de diagnósticos e Grupos de Trabalhos (GT’S), responsáveis por avaliar a lei vigente e sugerir alterações textuais na minuta em curso. Aparentemente, materializavam-se assim os empreendimentos de formulação coletiva da futura lei.

Todavia, os diversos desafios de aporte logístico, técnico e financeiro evidenciaram que o pleno atendimento da complexidade territorial do interior oriximinaense exigiria um número ainda maior de instrumentos e estratégias metodológicas, haja vista as centenas de comunidades situadas na zona rural do município. As próprias oficinas comunitárias saltaram do número original previsto (04) para o dobro (08), a fim de, ante os recursos disponíveis, contemplar a máxima complexidade geográfica etnossocial existente, incluindo-se os indígenas residentes nos mais distantes rincões do campo de estudo.

Não obstante as preocupações expostas acima, em sede de reunião com as lideranças comunitárias rurais, deflagraram-se reclamações acerca da localização das oficinas comunitárias e as dificuldades de locomoção para o comparecimento – compreensível

frente às significativas adversidades logísticas na conexão do interior com a cidade, quiçá nas comunidades entre si.

À nível prático, imagina-se a precariedade da comunicação telemática e a dificuldade de efetivar um diálogo direito, em tempo real, entre as lideranças e o executivo local, exigindo a presença dos sujeitos na sede urbana às notificações de praxe, sem mencionar o deslocamento às comunidades mais afastadas, cujo trajeto de barco durava dois ou três dias.

Ante tamanho enredamento, recorrente, em grande parte, pela omissão do poder público frente aos desafios logísticos do cenário amazônico, fez-se imperativa a promoção de uma reunião resolutiva multiterritorial que aglutinasse, em um único encontro, as reivindicações e delegações comunitárias às audiências de formulação do PDMP, com tudo lavrado em Ata, no mesmo dia.

Deste modo, na data de 10 de agosto de 2015, o auditório da Secretaria de Cultura de Oriximiná (SECULT) sediou a reunião entre o executivo local, delegado pelo Comitê Gestor da revisão do PDMP, e doze caciques e três mulheres indígenas, representantes de associações etnoambientais das regiões dos Vales do alto Trombetas e seus afluentes (Mapuera e Cachorro), além da Associação Indígena Kaxuyana, Tunayana e Kahyana (AIKATUK), Associação das Mulheres Indígenas da Região de Oriximiná (AMIRMO), Associação dos Indígenas dos Povos do Mapuera (APIM) e a Associação dos Povos Indígenas do Trombetas-Mapuera (APITM) – “onde, para a ocasião, fizeram suas propostas, reivindicaram políticas públicas e se elegeram, ali mesmo, delegados em nome de toda a população indígena de Oriximiná” (RODRIGUES, 2018, p. 193).

Ao abordar o interior não urbano (Executivo municipal, via SEMDURB e a atuação do Comitê Gestor de revisão do plano), fundamentalmente, combatem-se as diversas formas de segregação socioespacial, situadas em uma agenda estrutural carente de políticas públicas voltadas aos direitos de cidadania e autodeterminação autóctone. O lema “o município que queremos”, para além da participação singular de atores locais da sociobiodiversidade de

Oriximiná, exigiu um complexo de pautas sociais, atendendo a peculiaridade de vasta sociedade etnoambiental. O caráter político-institucional do município de muitas praias, permeado, indeclinavelmente, pelos múltiplos contextos socioambientais em que está inserido, não pode velar o exercício constitucional da etnicidade e/ou tradicionalidade, historicamente segregado do cotidiano indígena.

A par disto, o PDMP oriximinaense, dentro dos limites fático-jurídicos de planejamento e dotação orçamentária (*v.g.*), concentrou-se na especificidade de cada estrato setorial em relevo, onde a construção de propostas compatibilizou-se com a viabilidade do ente federativo local notabilizar direitos sociais à real concretização de uma percepção de cidadania entre os munícipes.

Assim, engendrar esforços à compreensão de um quadro novel na forma como o planejamento estratégico poderia ser encarado, após o “trombetamento” por parte da Administração local, foi necessário para que nos anos seguintes – especialmente entre 2016 e 2017 – a pauta autóctone e tradicional permanecesse sendo integrada, no plano da lei municipal, através de dois modos.

Um deles, que não contou essencialmente com uma anotação própria dos autóctones (mas de uma percepção estratégica de segmento espacial), foi produzir uma espécie de *etnozoneamento estratégico* para cada segmento tradicional do município. Destarte, quilombolas, planaltinos, ribeirinhos e indígenas tiveram *macrozoneamentos* de mote etnoambiental que, por meio de mapas anexos na Lei Complementar nº 9.105, de 24 de julho de 2017 (o Plano Diretor Municipal Participativo de Oriximiná), visibilizassem – normativamente e por meio de mapas “percebidos”, ou seja, forjados pelos próprios locais – seus etnoterritórios e contemplassem as futuras ações voltadas às demandas destas populações em matéria de políticas públicas locais ou interseccionadas com esferas suprafederativas (como o Estado do Pará e, quiçá, o Governo Federal) (vide “Tabela 01, abaixo).

O emprego desta estratégia, inédita na legislação urbanística e socioambiental de todo este país, tem a ver com o atendimento antecipado do preceito internacional a que o Brasil se tornara signatário desde 2016 e que lançaria Oriximiná, neste sentido, a observar suas políticas públicas dentro de uma acepção espacial que respeite as demandas tradicionais oriundas de seu imenso interior – além de conferir o sentido econômico territorial com vistas a contemplar um olhar privilegiado (e inclusivo) da sociobiodiversidade local. A isto, portanto, a marca da pluriethnicidade e multiterritorialidade já se iniciava na borda do processo – e, assim, a lei do PDMP passou a ter ineditismo singular em todo o país.

O outro modo de abordagem legal tem a ver, especificamente, com o campo vivido e as formas múltiplas de inserção de delegados indígenas e participantes posteriores à reunião monocrática havida junto à Secretaria de Cultura do Município – antes das oficinas em si. A concreção das oficinas temáticas, em paralelo aos encontros de caciques, lideranças quilombolas e ribeirinhas/planaltinas com o corpo revisor da lei – que já havia tomado parte da situação não só dos indígenas, mas, também, dos demais povos tradicionais do Município a partir de nossas abordagens pluriépistêmicas – deu um tom bastante diferente para o que parecia ser o momento de “pôr para fora” todos os gargalos sociais que não haviam sido dialogados antes, face, inclusive, à própria cultura de invisibilidade etnossocial que as populações do interior oriximinaense travam, até os dias atuais, diante da própria forma classista que a elite local emprega ao não se considerar o espaço do diferente nas políticas públicas locais.

TABELA 01 - Macrozoneamentos Enoterritoriais de Oriximiná, zoneamentos e mapas diante da Lei 9.105/2017

Nº	DESCRIÇÃO	SIGLA	MAPA ANEXO	SITUAÇÃO
25	Macrozoneamento Indígenas	MZIN	-	Instituído
26	Zona de Territórios Indígenas	ZTI	Anexo 08	Revisar/Instituir
27	Zona de Conflitos Etnoambientais Indígenas	ZCEI	Anexo 09	Revisar/Instituir
28	Macrozoneamento Quilombolas	MZQ	-	Elaborar/Instituir
29	Zona de Territórios Quilombolas	ZTQ	Anexo 10	Revisar/Instituir
30	Zona de Conflitos Etnoambientais Quilombolas	ZCEQ	Anexo 11	Revisar/Instituir
31	Zona de Agricultura Quilombolas	ZACQ	-	Elaborar/Instituir

32	Zona de Pecuária	ZPEQ	-	Elaborar/Instituir
33	Zona de Pesca e Piscicultura	ZPPQ	-	Elaborar/Instituir
34	Zona Extrativista	ZEXQ	-	Elaborar/Instituir
35	Zona Turística	ZQTUR	-	Elaborar/Instituir
36	Macrozoneamento Ribeirinho	MZRI	-	Elaborar/Instituir
37	Zona de Territórios Ribeirinhos	ZTR	Anexo 12	Revisar/Instituir
38	Zona de Conflitos Etnoambientais Ribeirinho	ZCER	-	Elaborar/Instituir
39	Zona de Agricultura Ribeirinho	ZACR	-	Elaborar/Instituir
40	Zona de Pecuária Ribeirinho	ZPER	-	Elaborar/Instituir
41	Zona de Pesca e Piscicultura Ribeirinho	ZPPR	-	Elaborar/Instituir
42	Zona Extrativista Ribeirinho	ZEXR	-	Elaborar/Instituir
43	Zona Turística	ZRTUR	-	Elaborar/Instituir
44	Macrozoneamento Planaltino	MZPL	-	Elaborar/Instituir
45	Zona de Territórios Planaltino	ZTP	Anexo 13	Revisar/Instituir
46	Zona de Conflitos Etnoambientais Planaltino	ZCEP	-	Elaborar/Instituir
47	Zona de Agricultura Planaltino	ZACP	-	Elaborar/Instituir
48	Zona de Pecuária Planaltino	ZPEP	-	Elaborar/Instituir
49	Zona de Pesca e Piscicultura Planaltino	ZPPP	-	Elaborar/Instituir
50	Zona Extrativista Ribeirinho	ZEXP	-	Elaborar/Instituir
51	Zona Turística	ZPTUR	-	Elaborar/Instituir

Fonte: Prefeitura Municipal de Oriximiná, 2017.

A partir, portanto, da tabela acima – aprovada em legislação local aqui comentada – verificou-se o aproveitamento das demandas sociais de lideranças indígenas (que já ocorriam em outros fóruns de debates sobre políticas sociais voltadas a esta população de outros órgãos – especialmente os vinculados ao Estado do Pará) e, somando-se àquelas, a necessidade de se mapear (por meio de mapas sociais feitos nas oficinas do Plano Diretor local) as zonas de interesse que, para um futuro além da promulgação desta norma, se faria possível a implementação de medidas administrativas e técnicas voltadas à melhoria das condições de vida das aldeias situadas ao meio-norte do território local.

Para o reforço do zoneamento acima destacado foi registrado, também na igual legislação planificadora, a noção decolonizada das “Políticas Setoriais Indígenas” figurada no Título V e Capítulo XI. Apesar das propostas aprovadas durante a realização da Conferência Municipal do Plano Diretor de abril de 2016, houve uma grande preocupação com a capacidade técnica e, até, política (vislumbrada, hoje, pelo silêncio da Prefeitura local em dar azo a estas medidas por conta própria) de se obter boa parte das propostas vindas, diretamente, das falas destes autóctones.

Contudo, e desde o início do processo, suas lideranças caciques pautaram as demandas etnoambientais em paralelo a questionar a capacidade (a médio e longo prazo) do município, sozinho, de dar conta dos reclames de cidadania percebida nas aldeias. O resultado é que boa parte das demandas manifestas nas minutas anteriores foi, inclusive, mantida ao longo do artigo 74 da futura lei (ORIXIMINÁ, 2016) – conforme segue o texto, infra.

CAPÍTULO XI DAS POLÍTICAS SETORAIS INDÍGENAS

Art. 74 Sem prejuízo do atendimento das diretrizes previstas para todos os moradores das áreas urbanas e rurais do Município, e buscando a articulação entre os governos municipal, estadual e federal para a garantia dos princípios de autodeterminação dos povos indígenas em Oriximiná, as diretrizes das políticas indígenas em âmbito municipal são as seguintes:

I – colaboração para a consecução de escolas e centros de ensino em todos os níveis e em todas as aldeias, com auxílio para a produção de material didático e audiovisual na língua materna da etnia de origem, além do português, garantindo aos povos indígenas o direito de estabelecer e controlar seus sistemas e instituições docentes, com educação em seus próprios idiomas, em consonância com seus métodos culturais de ensino e aprendizagem;

II – a garantia de concurso público para a contratação dos professores indígenas, monitoras indígenas para creches, sabedores indígenas, interpretes, agentes de zeladoria, agentes de alimentação, barqueiros, vigias, todos de origem étnica indígena;

III – o fortalecimento do Conselho de Educação Escolar Indígena e o Conselho de Pais e Mestres Indígenas nas aldeias do Município;

IV – apoio no transporte dos professores indígenas e não-indígenas de Oriximiná para a Cachoeira Porteira e, dali, para outros lugares do Município;

V – garantia de que os povos indígenas terão direito a exercer livremente sua própria espiritualidade e crenças e, em virtude dessas, praticar, desenvolver, transmitir e ensinar suas tradições, costumes e cerimônias, e a realizá-las tanto em espaços públicos como em espaços privados, individual ou coletivamente;

VI – auxílio na implantação de disciplinas de Educação Ambiental e na capacitação de professores indígenas em monitoramento ambiental (formação de agente ambiental), tendo em vista que os povos indígenas têm direito a viver em harmonia com a natureza e com um ambiente ecologicamente equilibrado, seguro e sustentável, condições essenciais para o pleno gozo do direito à vida, à espiritualidade, à cosmovisão e ao bem-estar coletivo;

VII – auxílio na implantação de programas municipais de destinação do lixo produzido pelas aldeias indígenas, com

programas de saneamento alternativo e participativo, de acordo com a realidade local;

VIII – reconhecimento de que os povos indígenas, em particular aqueles que vivem em áreas de fronteiras de Oriximiná com a Guiana e com o Suriname, têm direito a transitar, manter, desenvolver contatos, relações e cooperações diretas, incluídas as de caráter espiritual, cultural, político, econômico e social, com seus membros e com outros povos;

IX – promover políticas culturais municipais que concorram para que os povos indígenas não sejam objeto de racismo, discriminação racial, xenofobia nem outras formas conexas de intolerância;

X – promover medidas necessárias, em conjunto com os povos indígenas, para prevenir e erradicar, em todo o território, todas as formas de violência e discriminação, em particular contra as mulheres, idosos, crianças e adolescentes.

[...] (ORIXIMINÁ, 2016).

Mais importante, contudo, do que o peso das medidas acima aprovadas foi a construção metodológica e a importância institucional que o Comitê Gestor de revisão deu a estas populações – o que não foi diferente no caso havido com os quilombolas, os ribeirinhos e planaltinos (que, também, ganharam destaques próprios no texto da lei).

Desde o princípio – ante a realização do etnozoneamento das TI's do segmento étnico *wayrama* em 2012, ainda com uma forte participação do Governo do Pará – os indígenas se lançaram a apresentar, amparados tecnicamente ou não, as suas propostas de desenvolvimento humano e social pautados, justamente, na autodeterminação de suas aldeias na espacialidade política a qual estão inseridos. Embora eles não tivessem uma clareza a respeito das limitações federativas ligadas às micro e macropolíticas – que são, em essência, definições metodológicas de ordem política no nosso atual cenário democrático – a sua percepção enquanto protagonistas de uma territorialidade e a sua inserção como coautoria jussocial em item específico aos seus reclamos já é de grande valia no contexto normativo então vigente.

Isto se faz observar os ditames do Preâmbulo dispostos na Declaração das Nações Unidas para os Povos Indígenas – que já abordamos alhures e que, aqui, comentamos mais detidamente diante

do contexto de protagonismo político em nome do direito humano ao território e autodeterminação tradicionais. Neste sentido se anota, abaixo, seus principais aspectos que – julga-se de passagem – foram plenamente observados para a ocasião:

Reconhecendo a necessidade urgente de respeitar e promover os direitos intrínsecos dos povos indígenas, que derivam de suas estruturas políticas, econômicas e sociais e de suas culturas, de suas tradições espirituais, de sua história e de sua concepção da vida, especialmente os direitos às suas terras, territórios e recursos,

Reconhecendo também a necessidade urgente de respeitar e promover os direitos dos povos indígenas afirmados em tratados, acordos e outros arranjos construtivos com os Estados,

Celebrando o fato de os povos indígenas estarem organizando-se para promover seu desenvolvimento político, econômico, social e cultural, e para pôr fim a todas as formas de discriminação e de opressão, onde quer que ocorram. Convencida de que o controle, pelos povos indígenas, dos acontecimentos que os afetam e as suas terras, territórios e recursos lhes permitirá manter suas instituições, culturas e tradições e promover seu desenvolvimento de acordo com suas aspirações e necessidades [...] (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2008, p. 04).

Como já se observou alhures, estes mesmos direitos humanos previstos em outras legislações nacionais e alienígenas foram apresentados à plenária, com o intuito de se tornarem mais abrangentes as propostas aprovadas em Conferência e de se inserir outras novas que reforçassem o respeito étnico e pluriterritorial dos povos originários que vivem em Oriximiná. Dotando-se de igual relevância ao cenário interamericano de direitos humanos, destaca-se ainda a inserção de propostas que contemplassem, neste desiderato, a liberdade de espiritualidade e crença religiosa, o direito à locomoção livre entre os Estados nacionais, o combate a todas as formas de discriminação étnica, xenofóbica e outras formas de intolerância e o combate a todas as formas de violência e discriminação geracionais e de gênero.

Ambas tiveram inspiração no novel instrumento de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (datada de 15 de junho de 2016 – à época, novel no cenário de revisão do PDMP de 2006 oriximinaense) que foi incorporada na minuta final – e utilizada

como o fio da medida para que fosse possível cotejar, naquele momento de direto embate, a visão mesclada de políticas públicas entre os caciques e os limites administrativos e jurídicos os quais o poder público local estava inserido. À vista disso, significativa parcela das pretensões indígenas ali expostas foram contempladas, sem afetar, sobretudo, a autodeterminação política e identitária em relevo.

5 CONCLUSÃO

O caráter pluriétnico do tecido social brasileiro, por si só, não garantiu o respeito às tradicionalidades e a inclusão de minorias interioranas, a exemplo da autóctone e da tradicional, na organização do espaço público. Os desdobramentos de um passado colonialista, ante a imposição de perspectivas hegemônicas exógenas, ainda ecoam no cotidiano pátrio, o que, indeclinavelmente, irradia na seara jurídica.

O discurso oficial pela confluência de direitos de participação e autodeterminação territorial aos nativos, por vezes, permanece no plano utópico, gerando graves questionamentos acerca da real capacidade de o ordenamento pátrio assegurar a continuidade existencial e cultural de tamanha sociobiodiversidade, inerente a seu espaço geográfico.

Contrapondo-se ao atual cenário segregatório, faz-se imperativo pontuar o papel do pensamento decolonial à reformulação de tal panorama. Desenvolvendo um substrato teórico à compreensão da lógica que subalterniza os mais diversos povos, a decolonialidade propicia um quadro de resistência e inversão dessa hegemonia perversa, transcendendo historicamente a lógica colonial. Corporificando esse espírito libertário, a experiência jurídica em Oriximiná materializou uma “carta aberta à decolonialidade”, revertendo o paradigma de invisibilidade política e institucional reservado às necessidades socioambientais do interior local.

A partir de um processo colaborativo de revisão do aparato normativo anterior, atribuiu-se efetividade às disposições do Estatuto da Cidade, o qual reclama uma política pública que abranja a totalidade do ente federativo local. No bojo do planejamento estratégico cidadão, faz-se imperativo promover a inclusão de comunidades não urbanas, historicamente marcadas por um grave cenário de isolamento socioambiental.

Ante as múltiplas formas de organização comunitária e a presença de espacialidades dotadas de uma intrínseca relação com o natural, o Plano Diretor Municipal Participativo (PDMP) se mostrou um instrumental normativo diferenciado, apto a atender os anseios de uma sociobiodiversidade ceifada do seu legítimo espaço no debate público.

Na medida da viabilidade decolonialista, oferecida pela conjuntura de então, espera-se que a construção coletiva dos processos de revisão do PMDP de 2006 tenha fomentado uma maior integração de atores sociais, tais como as comunidades rurais, indígenas, quilombolas e o protagonismo do executivo local frente às medidas adotadas pela legislação – que ficou aprovada e sancionada em 2018 – diante do que se espera para os próximos anos.

Agora, o movimento político será o de se conferir a aplicabilidade jurídica e institucional ao aludido instrumento, o que, a despeito das nuances da realidade amazônica, reverbera por todo o território pátrio frente à necessidade de propiciar visibilidade socioambiental às multiterritorialidades do interior de Oriximiná – num pequeno enorme lastro de medidas que ainda deverão ser tomadas para que o Direito e os demais saberes também se descolonizem e ofereçam a todas e todos um sistema vívido, inclusivo e comprometido a reduzir as desigualdades sociais de baixo para cima – num verdadeiro envolvimento popular que dá sentido de ser às medidas de cidadania à atual realidade global.

Data de Submissão: 09/03/2022

Data de Aprovação: 18/06/2022

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Assistente Editorial: Juan de Assis Almeida

REFERÊNCIAS

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. **Revista Brasileira de Ciências Políticas**. 2013, n.11, p. 89-117. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n11/04.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRANDÃO, Rita Corrêa e AMARAL, Manuela de Almeida Castor do. Indicadores de cidadania do IBASE: instrumentos à participação cidadã. In: **Ciência e Trópico**. Vol. 40, n. 01, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.fundaj.gov.br/CIC/article/view/1584/1288>>. Acesso em 25 nov. 2019.

CAFRUNE, Marcelo Eibs. **Pluralismo Jurídico e Acesso à Cidade**: o planejamento urbano e a resistência em Florianópolis. 2009. 120 f. Florianópolis: Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.

CONCEIÇÃO, Keyla Francis de Jesus da. Direito na perspectiva indígena e o colonialismo do poder no ensino do direito. In: Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Ener Vaneski Filho *et al.* (Orgs.). **Indígenas, Quilombolas e outros Povos Tradicionais**. Curitiba, PR: CEPEDIS, 2018. 574 p.

DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. **Colonialidade e Decolonialidade da (Anthropos)logia Jurídica**: da universalidade a pluri-versalidade epistêmica. Tese (Doutorado). Orientadora: Thaís Luzia Colaço. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, SC, 2011.

FANON, Frantz. **Los condenados de la tierra**. Tradução de Julieta Campos. México: Fondo de Cultura Económica, 1963.

GROSGOUEL, Ramón; MIGNOLO, Walter. Decolonial Interventions: A Brief Introduction. **Tabula Rasa**, 2008, n. 9, p. 29-38.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Mito e Significado**. Lisboa: Edições 70, 1989.

LUNELLI, Isabella Cristina. **Pluralismo Jurídico no Brasil: Diálogos entre Direito Estatal e Direito Indígena**. Orientador: Antônio Carlos Wolkmer. Coorientadora: Thaís Luzia Colaço. 2015. 257 f. Dissertação (mestrado em direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, 2015.

MACHADO, Almires Martins. **De Direito indigenista a Direitos indígenas: desdobramento da arte do enfrentamento**. Orientador: José Heder Benatti. Coorientadora: Jane Felipe Beltrão. 2009. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Belém. 2009.

MARICATO, Ermínia. **Para entender a crise urbana**. São Paulo: Expressão Popular, 2015: 21.

MIGNOLO, Walter. **Histórias locais/ projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar**. Tradução de Solange Ribeiro de Oliveira. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008.

ORIXIMINÁ. Lei nº 9.105, de 24 de julho de 2017: Dispõe sobre o Plano Diretor Municipal Participativo, que define o sistema e o processo de planejamento e a gestão do desenvolvimento sustentável de Oriximiná, Estado do Pará, substitutivo à Lei Municipal nº 6.924/2006 e determina outras providências. Disponível em: <http://www.oriximina.pa.gov.br/arquivos/leis/20170810140930_Lei%20%209.106-2017%20subst.%20a%20Lei%20do%20PDM-2017.pdf>. Acesso em 30 nov. 2019.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais - Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.p. 227-278. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/lander/pt/lander.html>>. Acesso em 29 jun. 2020.

RESENDE, Ana Catarina Zema de. **Direitos e autonomia indígena no Brasil (1960-2010): uma análise histórica à luz da teoria do sistema-mundo e do pensamento decolonial**. Orientador:

Profa. Dra. Albene Miriam Menezes Klemi. 2014. 360 p. Tese (doutorado em história) - Universidade de Brasília, Instituto de Ciências Humanas - Departamento de História, Programa de Pós-Graduação em História, 2014.

RODRIGUES, Wagner de Oliveira. **Ordenamentos territoriais sob a ótica da sociobiodiversidade**: o caso da revisão do plano diretor de Oriximiná, no Pará. 2018. 446f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2018.

SACCO, Rodolfo. **Antropologia Jurídica**: Contribuições para uma macro-história do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Editora Peirópolis, Instituto Socioambiental e Instituto de Estudos Brasileiros, 2012, 389 p.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro. Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 143.

SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; PIRES, Nara Suzana Stainr. Biodemocracia: uma leitura a partir da decolonialidade do saber. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**. V. 8 n. 1. P 7-23, 2018.

VIANA, Gabriela Japiassú. A importância da perspectiva decolonial no Combate ao racismo. In: Emanuel Fonseca Lima *et al* (Org.). **Ensaio sobre racismo**. São José do Rio Preto, SP: Balão Editorial, 2019. 153 p.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

Indigenous Participation And Decolonializing Normative Construction: A Case Study Of The Development Of The Master Plan Of Oriximiná/Pa (2015/2016)

Uriel Almeida Vasconcelos

Wagner Oliveira Rodrigues

Abstract: The dialogue carried out on access to the city, from a hegemonic point of view, paves the way for a spatial duality that makes non-urban populations invisible and, in specific regions of Brazil, traditional peoples and communities that live not only on the peripheries and edges of cities but also in the interior of the municipality which they are based. This reality is the result of an institutional dualism over the territory, especially in the Urban Law of the country, where the rural and urban worlds are separated, absolutely, as a result of legislation colonized by the Eurocentric logic - making rights invisible to all who live outside the cities but who have fatal access to it. The work, supported by huge field ballast and structured in participant observation with the production of local legal technologies, demonstrates Oriximiná, located in the State of Pará, as a peculiar reality that can be a mirror and counterpoint to the reduction of the right to the city as a right only to those who live in the middle of the municipalities. Thus, makes a decolonizing proposal based on the experiences that resulted in the first multi-ethnic and multi-territorial Master Plan written in the country, and approved by municipal law, in 2018.

Keywords: Decoloniality; Territorialities; Access to the City; Oriximiná.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n47.62490>

Conteúdo sob licença *Creative Commons*: [Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) (CC BY-NC-ND 4.0)



Participação Popular Enquanto Elemento Essencial Da Democracia E O Constitucionalismo Latino-Americano

Tiago Bruno Bruch*

Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Caxias do Sul-RS, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0002-6586-3697>

Janriê Rodrigues Reck**

Universidade de Santa Cruz do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Santa Cruz do Sul-RS, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0001-9162-8941>

Resumo: Este artigo faz uma relação entre participação popular em ambientes democráticos, constitucionalismo latino-americano e Democracia deliberativa. O problema que move este artigo é: o constitucionalismo latino-americano pode ser interpretado e compreendido à luz da Democracia deliberativa? A hipótese é a de que sim, as categorias da Democracia deliberativa amoldam-se e servem à interpretação da Democracia no constitucionalismo latino-americano, com a importante observação que, como qualquer fenômeno, a Democracia está conectada com uma representação cultural local, o que implica em práticas e teorias próprios, mas que não impede, por outro lado, leituras universalistas. Inicialmente é feito um resgate histórico-conceitual da própria noção de democracia, em enfoque na participação popular enquanto elemento essencial e indissociável desse sistema de governo. Em seguida, são analisados alguns ordenamentos constitucionais da América Latina, enquanto exemplares do constitucionalismo latino-americano, em que são reconhecidas formas de ampla participação popular, para finalmente realizar-se a conexão com a Democracia deliberativa habermasiana. Trata-se de pesquisa qualitativa, realizada por meio de método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental.

Palavras-chave: Democracia deliberativa; participação popular; constitucionalismo na América Latina.

* Doutorando em Direito na Universidades de Caxias do Sul (UCS). Doutorando em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestre em Direito da Universidade La Salle. Analista judiciário no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. E-mail: tiagobbruch@gmail.com

** Doutor em Direito pela Unisinos. Professor do Programa de Pós-Graduação e Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Procurador federal. E-mail: janriereck@gmail.com



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n47.61938>

Participação Popular Enquanto Elemento Essencial Da Democracia E O Constitucionalismo Latino-Americano

Tiago Bruno Bruch¹

Janriê Rodrigues Reck

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Vivemos em uma sociedade que, de modo geral, preza pouco pela participação popular nas grandes decisões estatais. Embora a democracia representativa brasileira assegure o direito de voto e de escolha dos governantes e legisladores, os mandatos não ficam vinculados ou determinados por projetos políticos de gestão de médio e longo prazos. Assim, não raro as decisões dos eleitos democraticamente não condizem com a promoção dos direitos sociais da maioria da população ou mesmo com o que fora prometido no cenário pré-eleição.

Nesse sentido, a participação popular na criação, desenvolvimento e implementação de políticas públicas é essencial à (e na) democracia. Essa assertiva encontra amparo significativo quando feita uma análise mais aprofundada sobre democracia e políticas públicas. O presente artigo busca verificar a importância da participação popular na organização estatal, partindo de uma interpretação histórica sobre democracia e reflexões sobre o papel das

¹ Bolsista de Doutorado PROSUC/CAPES - Modalidade II na Universidade de Caixas do Sul (UCS).

políticas públicas nas constituições de países latino-americanos, conectando-a com a noção de Democracia deliberativa, de Jürgen Habermas.

O problema que move este artigo é: o constitucionalismo latino-americano pode ser interpretado e compreendido à luz da Democracia deliberativa? A hipótese é a de que sim, as categorias da Democracia deliberativa amoldam-se e servem à interpretação da Democracia no constitucionalismo dos países latino-americanos, com a importante observação de que, como qualquer fenômeno, a Democracia está conectada com uma representação cultural local, o que implica em práticas e teorias próprias, mas que não impede, por outro lado, leituras universalistas.

O objetivo geral deste artigo é precisamente o estabelecimento das relações entre Democracia deliberativa e constitucionalismo latino-americano. Para tanto, objetiva-se de forma específica, em um primeiro momento, o resgate do conceito de Democracia. O segundo objetivo específico é demarcar os traços conceituais do constitucionalismo latino-americano. Finalmente, o último objetivo específico consiste em relacionar o constitucionalismo latino-americano com a Democracia deliberativa de Habermas.

Nesse rumo, em termos de estrutura de desenvolvimento, inicia-se com um resgate histórico-conceitual da própria noção de democracia, em enfoque na participação popular enquanto elemento essencial e indissociável desse sistema de governo. Em seguida, são analisados alguns ordenamentos constitucionais de países da América Latina, sobretudo os que melhor exemplificam os traços do constitucionalismo latino-americano, entendido como aquele em que são reconhecidas formas de ampla participação popular, para, finalmente, realizar-se a conexão com a Democracia deliberativa habermasiana.

A pesquisa adotou uma metodologia qualitativa, realizada por meio de método hipotético-dedutivo (a hipótese era a relação entre Democracia deliberativa e constitucionalismo latino-americano, o

qual será testado argumentativamente) e de procedimento técnico bibliográfico e documental.

2 DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO POPULAR

Aristóteles (2006), já no século IV a.C, definia o Estado como sendo uma sociedade em que se busca o “bem social”. Para ele, a “célula social” era composta pela família – união do homem e da mulher, bem como do senhor e dos escravos. É claro que o conceito de família daquela época está superado, sendo reconhecido em alguns países (Brasil e Chile, por exemplo) o direito ao casamento de pessoas do mesmo sexo, razão pela qual família não se limita à união entre homem e mulher. Nada obstante, *mutatis mutandi*, a ideia de célula social ainda pode ser aproveitada. Para o filósofo, o Estado é formado pela sociedade, que, por sua vez, é a reunião de várias aldeias, objetivando conservar a existência do grupo e o bem-estar de todos. Além disso, a educação também é vista como elemento essencial do Estado, devendo ela servir para a coletividade: “como não há senão um fim comum a todo o Estado, só deve haver uma mesma educação para todos os súditos”. (ARISTÓTELES, 2006, p. 48).

O autor já apontava, naquela época, a tripartição das funções estatais, identificando três “poderes” essenciais ao equilíbrio do Estado. “Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas”. (ARISTÓTELES, 2006, p. 75). O primeiro poder delibera sobre os negócios do Estado, o segundo da realização das funções, ou seja, a administração propriamente dita, e o terceiro, da jurisdição. A partir disso, o filósofo traz uma crítica bastante substancial dos diversos regimes de governo monárquico, aristocrático e republicano, digressando longamente sobre conceitos de igualdade e justiça, virtudes a serem perseguidas na consolidação e administração do bem geral.

Em linhas gerais, a democracia seria um conjunto de regramentos fundamentais que estabelecem legitimidade e forma na tomada de decisões. Em uma sociedade regida pela democracia, de regra, a maioria é que decide as questões importantes, vinculando toda coletividade. A cidadania, por sua vez, em um ambiente democrático, implica no dever, no direito e na responsabilidade de um povo autogovernar-se, pelo que é incompatível com qualquer forma de omissão. A partir dessa noção, Gorczewski e Martin (2018) pontuam que a democracia, da forma como conhecemos, é uma invenção norte-americana, sendo esse marco registrado na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e na Declaração da Independência Americana, ambas de 1776. Contudo, apenas no pós Segunda Guerra Mundial, que se alastrou a ideia de que povo em geral podia tomar decisões efetivas, de cunho político, de participação na Administração Pública, de propor leis e até mesmo emendas constitucionais.

A cidadania, ainda segundo Gorczewski e Martin (2011), não deve ser compreendida como o centro de direitos e deveres entre cidadão e Estado, mas sim, como um estatuto indefinido e difuso, atingindo os direitos humanos, a democracia e a participação. Em linhas gerais, a democracia é uma “forma de governo” e um sistema de decisão coletiva. Para Dahl (2001), a democracia exige, pelo menos, cinco elementos: participação efetiva, igualdade de voto, entendimento esclarecido, controle do programa de planejamento e inclusão dos adultos.

A igualdade política, enquanto princípio, pressupõe que os membros tenham a mesma qualificação para participar das decisões, desde que tenham as mesmas oportunidades de aprendizado. A cidadania é responsável por definir o modo de pertencimento dos indivíduos na comunidade política onde estão inseridos, recebendo diversas classificações, consoante o grau e modo de participação dos cidadãos.

Entre suas variadas formas, destacam-se a democracia *representativa*, a *democracia direta* e a *democracia deliberativa*. A

modalidade *representativa*, largamente difundida na atualidade, pauta-se “no sufrágio universal, livre, direto e secreto, no império da lei, na divisão de poderes e no respeito aos direitos humanos”. (GORCZEVSKI; MARTIN, 2018, p. 114). Assim, elementos como igualdade, regulação democrática da vida pública e a necessidade de garantir a possibilidade de participação são essenciais na democracia.

No século XX, vários regimes com ideais democráticos colapsaram, dando espaço aos regimes autoritários. Ao mesmo tempo, também foi uma época de considerável sucesso democrático, especialmente no final do século, através da difusão mundial e da influência de instituições, práticas e ideias. (DAHL, 2001). De acordo com Dahl (2001), quando há uma cultura política democrática, os cidadãos acreditam que a igualdade política e a democracia são fins desejáveis, que o controle do exército e da polícia deve se restringir aos eleitos, que as instituições democráticas devem ser preservadas e que os desacordos e diferenças entre cidadãos devem ser protegidos e tolerados.

No século XXI, a democracia encontra desafios para se manter hígida, dentre os quais a “desobediência ao direito, a democracia na ordem global, a problemática do “discurso de ódio” e dos nacionalismos”. (GORCZEVSKI; MARTIN, 2018, p. 136). A expressão “crise da democracia”, atualmente em voga, pode ser interpretada em sentido amplo, ou seja, como crise econômica, jurídica e de valores. Quando se discute a crise da democracia representativa se está a falar em crise de representação política, com a fragilização da participação dos cidadãos nas questões importantes ao Estado. Por isso, a educação se mostra cada vez mais importante, pois é responsável pela emancipação dos indivíduos para liberdade e autonomia, estimulando-os a exercer seus direitos políticos e civis.

Nesse contexto, a participação popular e política é essencial na (e para a) democracia. O termo deriva do latim “*participare*”, significando tomar parte em algo, pertencer a, mas também significa fazer saber, informar, anunciar, comunicar. Participação política seria, pois, tomar parte na sociedade política, informar e fazer todos saberem

de suas opiniões”. (GORCZEVSKI; MARTIN, 2018, p. 148). Impende referir que a participação política não está circunscrita ao voto, como é frequente e equivocadamente associada, mas pressupõe elementos como “referência a indivíduos como cidadãos, a alusão a uma atividade, a presença de uma ação volitiva e a referência à política e ao governo”. (GORCZEVSKI; MARTIN, 2018, p. 152). Assim, é evidente que o voto é a modalidade de participação política por excelência, porém existe uma obrigação, inclusive de natureza moral, de informação para poder votar, de voto consciente. Sobressai, nesse contexto, a importância de combate às *Fake News* e ao fenômeno da difusão de desinformação, sempre destinadas à consolidação de mentiras e ao engano dos eleitores.

No mais, a democracia participativa também é compreendida como um contrapeso para impedir que partidos e *lobbys* econômicos exerçam monopólio sobre a política. Com ela, é possível a melhora da gestão pública, pois os recursos tendem a ser usados de modo mais eficiente e transparente. Tanto grupos de interesse quanto movimentos sociais podem influir na agenda política e também ocupar espaços de fala e de poder anteriormente reservados apenas às organizações partidárias. Além disso, a possibilidade de iniciativas legislativas populares possibilita que os interesses do povo se sobreponham aos interesses partidários.

A par disso, o reconhecimento do direito de participação no governo e em assuntos públicos já tem previsão em documentos internacionais e em constituições de Estados Modernos. Por meio da participação política, o indivíduo é transformado em cidadão. (GORCZEVSKI; MARTIN, 2018). Bobbio (2000), no entanto, refere a existência de promessas não cumpridas para justificar que a democracia não conseguiu cumprir plenamente com seus objetivos. A presença da elite no poder não elimina a diferença entre regimes autocráticos e democráticos. A democracia se torna incapaz de ocupar todos os espaços sociais e, nesse sentido, Bobbio refere que para saber se houve “desenvolvimento da democracia num dado país, o certo é

procurar perceber se aumentou não o número dos que têm o direito de participar nas decisões que lhes dizem respeito, mas os espaços nos quais podem exercer este direito” (BOBBIO, 2000, p. 66).

Bobbio (2000) ainda constata que a política é apenas uma das atividades fundamentais do homem e não deve invadir as individualidades do cidadão. O Estado democrático protege a vida privada, prevendo, inclusive, como ilícito penal a violação das comunicações, da intimidade e da manifestação do pensamento. Democracia é governo das leis (por excelência) e deve haver observância a elas, sob pena de sucumbir o ideal democrático. Isso porque as democracias evoluem para o exercício de poder tecnocrático, tendo como condições cidadãos ativos, com educação, civilidade, informação, direito (e dever) de voto. Quando esses requisitos (ideais) estão ausentes e os poderes são enfraquecidos, observa-se um enfraquecimento da própria democracia. (LAPIERRE, 2003).

Assentadas essas considerações sobre a participação popular na democracia, a seguir será analisado como ela ocorre nas constituições contemporâneas de países da América Latina.

3 CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

A América Latina abrange vinte países: Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela. Para Avritzer (2016), o constitucionalismo que se desenvolveu na região possui algumas especificidades. À medida que as nações latino-americanas iam conquistando sua independência política e amadurecendo seus sistemas políticos, eclodiram tendências antagônicas nos processos constitucionais: uma corrente argumenta que não existem diferenças em relação à tradição liberal do ocidente e outra que busca o rompimento com quaisquer continuidades conceituais e argumenta no

sentido de total especificidade da formação político-social latino-americana.

Nada obstante, a despeito das divergências, é forçoso reconhecer que a construção das democracias latinas passa por premissas próprias, das quais, O'Donnell tece considerações relevantes:

As democracias delegativas se fundamentam em uma premissa básica: o que ganha uma eleição presidencial é autorizado a governar o país como lhe parecer conveniente e, na medida em que as relações de poder existentes permitam, até o final de seu mandato. Tipicamente, os candidatos presidenciais vitoriosos nas democracias delegativas se apresentam como estando acima de todas as partes; isto é, dos partidos políticos e dos interesses organizados. Nessa visão, outras instituições — como o Congresso e o Judiciário — são incômodos que acompanham as vantagens internas e internacionais de ser um presidente democraticamente eleito. A ideia de obrigatoriedade de prestar contas (*accountability*) a essas instituições, ou a outras organizações privadas ou semiprivadas, aparece como um impedimento desnecessário à plena autoridade que o presidente recebeu da delegação de exercer” (O'DONNELL, 1994, p. 30).

O constitucionalismo latino-americano se origina na elaboração de novas Constituições (Brasil: 1988; Colômbia: 1991; Paraguai: 1992; Peru: 1993; Venezuela: 1999; Equador: 2008; e Bolívia: 2009). Há três características principais que marcam este recente processo constitucional: a ampliação de direitos de comunidades tradicionais (Brasil, Colômbia, Bolívia, México e Equador), a ampliação das formas de participação e a criação de um novo papel do Poder Judiciário, equilibrando os poderes. (AVRITZER, 2016).

Assim, o dito novo constitucionalismo latino-americano surge mudando paradigmas e implementando parâmetros de reaproximação e descolonização de características originárias dos povos em sua essência, valorizando a representação do Estado Plurinacional. Esse novo modelo de constitucionalismo é resultado de reivindicações comunitárias, tentando manter a identidade sociocultural de cada país no cenário global. (NASCIMENTO, MARTINS, IRIGARAY, 2016). O movimento tem a tendência de se

identificar com causas sociais e com o redirecionamento jurídico às populações sonegadas de suas necessidades fundamentais (MARTÍNEZ DALMAU; VICIANO PASTOR, 2010).

O Estado Plurinacional da Bolívia é um exemplo latino-americano que adota um governo ocidental, mas que também reconhece a autonomia dos povos e nações indígenas e legitima as tradições e costumes desses povos, no que se incluem as formas de seu autogoverno e aplicação da justiça. De acordo com Avritzer (2016), em seu artigo primeiro, a Constituição boliviana estabelece o princípio do Estado plurinacional, ampliando a pluralidade como cultural, política, econômica, linguística e jurídica. Seu artigo 256² compatibiliza a tradição de direitos plurais com tratados internacionais. Nesse sentido:

A ideia de Estado Plurinacional pode superar as bases uniformizadoras e intolerantes do Estado nacional, onde todos os grupos sociais devem se conformar aos valores determinados na constituição nacional em termos de direito de família, direito de propriedade e sistema econômico entre outros aspectos importantes da vida social. Como vimos anteriormente o Estado nacional nasce a partir da uniformização de valores com a intolerância religiosa. [...] A grande revolução do Estado Plurinacional é o fato que este Estado constitucional, democrático participativo e dialógico pode finalmente romper com as bases teóricas e sociais do Estado nacional constitucional e democrático representativo (pouco democrático e nada representativo dos grupos não uniformizados), uniformizador de valores e logo radicalmente excludente. O Estado Plurinacional reconhece a democracia participativa como base da democracia representativa e garante a existência de formas de constituição da família e da economia segundo os valores tradicionais dos diversos grupos sociais (étnicos e culturais) existentes fundamentais para a inclusão efetiva de tais povos na sociedade, como de políticas públicas a serem executadas que criam mecanismos visando da mesma forma, a inclusão social. (MAGALHÃES, 2010, p. 17/18).

² Art. 256.

I. *Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.*

II. *Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.* (BOLÍVIA, 2008).

A Constituição boliviana, um bom exemplo latino-americano, preceitua, em seu artigo 11³, que a forma de governo é a democracia participativa, representativa, comunitária. O artigo 26⁴ prevê outras formas de participação. A participação de movimentos indígenas dentro de comunidades autônomas se mostra importante socialmente. Conforme Avritzer (2016), na Bolívia existe uma tentativa de instituir o pluralismo jurídico, com autonomia forte dos indígenas, pautada em uma justiça alternativa⁵. A partir da Constituição, o Estado é unitário social de direito plurinacional comunitário. Alguns conflitos jurídicos

³ Art. 11.

I. *La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres.*

II. *La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley: 1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a Ley.*

2. *Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley.*

3. *Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley. (BOLÍVIA, 2008).*

⁴ Art. 26.

I. *Todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva. La participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres.*

II. *El derecho a la participación comprende:*

1. *La organización con fines de participación política, conforme a la Constitución y a la ley.*

2. *El sufragio, mediante voto igual, universal, directo, individual, secreto, libre y obligatorio, escrutado públicamente. El sufragio se ejercerá a partir de los dieciocho años cumplidos.*

3. *Donde se practique la democracia comunitaria, los procesos electorales se ejercerán según normas y procedimientos propios, supervisados por el Órgano Electoral, siempre y cuando el acto electoral no esté sujeto al voto igual, universal, directo, secreto, libre y obligatorio.*

4. *La elección, designación y nominación directa de los representantes de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo con sus normas y procedimientos propios.*

5. *La fiscalización de los actos de la función pública. (BOLÍVIA, 2008).*

⁵ Art. 2. *Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley. (BOLÍVIA, 2008).*

aguardam decisões da Corte boliviana, como é o exemplo da alegada inconstitucionalidade da Lei Corta (Lei 180, de outubro de 2011), que é fruto da denominada “oitava marcha indígena”, que gerou a necessidade de realização de plebiscito entre os indígenas e que violou o caráter prévio da consulta e a parcialidade da representatividade. Assim, o país é exemplo de pluralização do direito com ativismo judicial.

Nesse sentido, Chivi Vargas (2010) ensina:

Quién puede negar que Bolivia esta conformada por 36 naciones indígenas catalogadas como tales em los registros oficiales y particulares de ONG's y agencias de cooperación internacional (BID, BM, FMI). Nadie... Quien puede negar que debido a la inexistência del Estado em las áreas rurales, sus habitantes (indígenas, originários o campesinos) tuvieron que dotarse de mecanismos institucionales propios e efectivos. Tuvieron que mantener mecanismos que viniendo del período pre colonial se mezclaron com practicas coloniales de los españoles y aún hoy persisten, aunque reconceptualizadas o que fueron reconceptualizadas desde una apreciación por la vida em común, em colectivo, porque solo así era posible sobrevivir a um Estado hostil, um Estado eurocêntrico o norteamericanizado (CHIVI VARGAS, 2010).

De outra banda, no ordenamento jurídico do Brasil, os povos originários não têm a mesma valorização encontrada em países vizinhos. Avritzer (2016) considera que os direitos dos povos indígenas insculpidos nos artigos 20, 22, 129, 216, 231 e 232, todos da CF/1988, são insuficientes para garantir a sua proteção e efetiva emancipação, notando-se que são tratados, frequentemente, como objetos e não como sujeitos de direito. Aos indígenas não são garantidos direitos de autogoverno e de autolegislação, o que também ocorre com comunidades quilombolas.

Nada obstante, para o mesmo autor, as formas de participação em matéria de políticas públicas foram alargadas, citando-se a CF/88 do Brasil e a Constituição colombiana de 1991 como exemplos de participação de comunidades negras, além das Constituições boliviana de 2009 e equatoriana de 2008. Quando se fala em organização da participação e da soberania, a Constituição brasileira rompeu com a tradição de baixa participação social e redefine o exercício da

soberania, restando evidente desde seu primeiro artigo que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

A cidadania ampla tem previsão em outros artigos da Carta Magna brasileira, quando trata de direitos sociais e da organização dos poderes, permitindo a convocação de audiências públicas com entidades da sociedade civil. Surge, a partir daí, a institucionalidade participativa brasileira. Outrossim, não somente a legislação constitucional que ampliou a participação popular, afinal, a legislação infraconstitucional também foi responsável pela importante ampliação. Exemplificativamente, cita-se a Lei 9.868/99, que possibilitou a realização de audiências públicas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade. (AVRITZER, 2016).

Na Venezuela e no Equador também há participação popular, a partir da lógica *top-down*, já se originou do próprio processo constituinte desses países. A Constituição venezuelana afirma que o governo deve ser “[...] democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”. No artigo 70, a Constituição prevê instrumentos de participação democrática como o *referendum*, a revocatória do mandato, a consulta popular e as iniciativas legislativas. A partir disso, surgiram outras iniciativas infraconstitucionais, como os “conselhos ciudadanos” (AVRITZER, 2016).

A Constituição equatoriana se assemelha à da Venezuela. A República do Equador é regida por um governo republicano e descentralizado, com modos de participação previstos constitucionalmente. Também introduz formas de participação *top-down*, que estão sendo consideradas pouco efetivas ou não democráticas, a exemplo do plebiscito de revisão da Constituição de 2011. (AVRITZER, 2016). Além de proteger a natureza, considerando os recursos naturais propriedade estatal, a Constituição equatoriana possibilita ao Presidente a destituição da Assembleia Nacional, e à Assembleia Nacional a destituição do Presidente, convocando eleições

gerais. Também há aumento do Poder da Corte Constitucional e existe um sistema universal de previdência, que abrange até desempregados. No país é permitida a união civil de pessoas do mesmo sexo, o que é nota do constitucionalismo latino. (ECUADOR, 2008). Na referida Carta, também existe referência expressa ao Estado plurinacional:

Art. 1. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible. (ECUADOR, 2008).

Na Venezuela existem cinco poderes consagrados pelo texto constitucional: Executivo, Legislativo, Judiciário, Cidadão e Eleitoral. Observa-se que os poderes Eleitoral e Cidadão permitem a atuação direta da população na política, especialmente por meio de conselhos comunais. Esses grupos propõem e aprovam leis, a exemplo da Lei de Terras e lei dos conselhos comunais. (NASCIMENTO, MARTINS, IRIGARAY, 2016). Pelo modelo de Estado, também há defesa das populações indígenas:

*De los derechos de los pueblos indígenas
Actualmente habitan en Venezuela, al igual que en el resto del continente americano, pueblos cuya existencia antecede a la llegada de los primeros europeos, así como a la formación de los estados nacionales, razón por la cual se les denomina pueblos indígenas. Sus antepasados ocuparon durante miles de años estas tierras, desarrollando formas de organización social, política y económica, culturas, idiomas y tecnologías muy diferentes entre sí y respecto a las conocidas por los europeos de entonces. Ante la invasión, conquista y colonización europea, los indígenas defendieron heroicamente sus tierras y vidas. Durante más de quinientos años han mantenido su resistencia y lucha por el reconocimiento pleno de su existencia como pueblos, así como del derecho sobre sus tierras, lo cual hoy se materializa con la refundación de la República. (VENEZUELA, 1999).*

Assim, para Avritzer (2016), o novo constitucionalismo latino-americano consagra a participação política e popular na definição de soberania e de governo, em contraste com a tradição europeia de constituições de separar nitidamente as relações governo-governado. A soberania passa a se desdobrar em forma de participação como conselhos “*consejos comunales*”, orçamento participativo, autonomia dos indígenas, dentre outras formas emancipatórias do cidadão. O Poder Judiciário também tem seu papel ampliado. A judicialização transfere decisões sobre políticas públicas que até então eram tomadas pelo Legislativo, para o Judiciário. Houve o aumento das prerrogativas do Poder Judiciário, abrindo espaço para o seu protagonismo.

Para Nascimento, Martins e Irigaray (2016), Venezuela, Equador e Bolívia têm as características principais do constitucionalismo latino-americano, ou seja: amplitude, originalidade, rigidez e complexidade. Outros países têm essas características, mas não na integralidade. Essas constituições apresentam preâmbulos que dão atenção às explorações de dizimações e às desigualdades, seus capítulos estabelecem conceitos, princípios e normas princípios, além de preceitos axiológicos e teleológicos como valores superiores ou princípios ético-morais como igualdade, dignidade, bem-estar, justiça social, dentre outros. (WOLKMER; FAGUNDES, 2013).

A atuação do Poder Judiciário também foi influenciada pelo constitucionalismo latino-americano a partir do final do século XX. No Brasil, o controle de constitucionalidade foi aprimorado a partir de 1988, com a ampliação do papel da sociedade civil nas ações diretas de inconstitucionalidade e na outorga de efeitos vinculantes a decisões judiciais em sede de controle difuso/concreto. Na Colômbia, a Suprema Corte, após a constituição de 1991, passou a desempenhar funções muito importantes, como possibilitar a oitiva de ações ou apelos que podem ser iniciadas por iniciativa de qualquer indivíduo. Também houve a judicialização do tratamento dos direitos humanos

pela Corte, que passou a vincular decisões com base nos tratados internacionais. (AVRITZER, 2016).

Entretanto, o fim de mais de uma década de governos de viés social predominando na América Latina, somado ao crescimento econômico, coloca alguns dilemas à democracia latino-americana, sobretudo em torno da atuação dos Poderes Executivo e Judiciário, além da estrutura de equilíbrios de poder. (AVRITZER, 2016).

4 DEMOCRACIA DELIBERATIVA E CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

A criação do Direito depende de condições exigentes derivadas dos processos e pressupostos da comunicação racional mediada pelo procedimento (HABERMAS, 2020). O procedimento é o espaço no qual, nos dizeres de Habermas, será possível o manejo de argumentos de cunho moral (com teor universalista), éticos (relacionados com questões de bem viver) e pragmáticos (vinculados ao auto interesse).

Note-se que a concepção habermasiana de Democracia é deliberativa e procedimental, além de normativa. Significa dizer que Habermas não estabelece um tipo ideal de Democracia, mas sim modelos de como a Democracia deve ser. Em princípio, as normas do constitucionalismo latino-americano estão conectadas com esta noção de participação via procedimento. Note-se que há uma dimensão de conteúdo no constitucionalismo latino-americano, que é precisamente a reprodução da cultura das diversas comunidades indígenas. Isto casa com a noção habermasiana de algum grau de abertura ética no procedimento democrático.

A teoria da democracia a partir do discurso percebe a política de maneira mais normativa que o viés liberal – entendido este último como um ideário estatuidor e defensor de uma separação rígida entre sociedade civil tomada como mercado e um Estado reputado opressor. Por outro lado, a Democracia deliberativa não exige, como no republicanismo, uma cidadania motivada e politizada (HABERMAS,

2018). Para uma teoria do discurso é essencial a existência de procedimentos capazes de realizar a ligação entre a linguagem jurídica e as redes informais de comunicação que formam a esfera pública (HABERMAS, 2020). Há de se notar, contudo, que a constitucionalismo latino-americano, apesar de não ser incompatível com a noção deliberativa de Habermas, pressupõe e valoriza mais fortemente a questão comunitária, não só ao alocar os procedimentos em nível comunitário, mas também ao ligar o direito produzido com as comunidades dotadas de autonomia.

A esfera pública – espaço de construção de comunicações políticas – é destituída de sujeitos, isto é, não há classe ou categoria capitaneadora da sociedade. Pelo contrário, a descentralização possibilita o engate intersubjetivo e a formação de uma opinião “mais ou menos racional” (HABERMAS, 2020). O modelo de política procedimental detecta uma teia de opiniões esparsas que, através do procedimento, são transformadas em poder comunicativo, os quais irão, de um modo ou outro, transformar-se em linguagem do Direito e programar o sistema administrativo. Mesmo com o corte mais comunitário no constitucionalismo contemporâneo não se consegue visualizar um novo sujeito privilegiado da história, já que as comunidades tradicionais não demandam privilégio e ascendência, mas sim reconhecimento.

Nesse contexto, é importante destacar:

É Habermas que, novamente, vem desenhar os quadrantes desta realidade, ao dizer que desde o modelo mais liberal do Estado de Direito, nós constatamos que a soberania popular não se encontra mais encarnada no conjunto de cidadão reunidos em assembleias de forma autônoma e perfeitamente identificáveis, mas ela migra para outros espaços, verdadeiros círculos de comunicação de instituições e corporações, *locus* em que os sujeitos se encontram despersonalizados (sem faces nem corpo definidos). Com esta forma anônima que o poder se comunica, delimitado pelo sistema jurídico de forma geral, conectando interesses multifacetados e por vezes antagônicos, é que o Estado Democrático de Direito vai surgir, como espaço político e jurídico de gestão comunicacional e, pela via do seu corpo administrativo, desenvolvendo ações políticas de gestão ainda e tradicionalmente forjadas em manifestações monológicas,

não afetas à maturação interlocucional com os demais atores sociais envolvidos ou alcançados por suas deliberações. (LEAL, 2006, p. 28).

Esse procedimento produz solidariedade, funcionando em paralelo com os outros mecanismos de integração social, como o poder e o dinheiro. Por outro lado, a transformação das comunicações políticas em Direito permite a comunicação daquela com todos os demais sistemas sociais, uma vez que o Direito, na linha de Habermas, é língua franca entre os diferentes sistemas sociais. Note-se que, na linha do constitucionalismo latino-americano, a solidariedade é decorrência do pertencimento comunitário, de modo que as demandas de produção de solidariedade não aparecem tão drásticas como no espaço ocidental tradicional.

Uma indagação fundamental, ligada com a problemática sobre pluralismo visto logo atrás, é a de como, através do procedimento (HABERMAS, 2020), é possível gerar solidariedade entre estranhos a partir de uma instituição social criada por decisão e que pode se modificar a qualquer momento, como o Direito, em uma sociedade pluralista e descentralizada.

Um procedimento que se pretende inclusivo na pluralidade regula-se, a partir do princípio do discurso, por uma ideia de que os (a) procedimentos são argumentativos, bem como (b) inclusivos e públicos, além da (c) necessidade de não-coação externas e (d) internas, ou seja, igual chance de contribuição. Imperativos políticos exigem ainda que, sob o aspecto da legitimidade, as discussões possam sempre ser (e) revisadas, mas, por outro lado, concluídas, de modo a possibilitar a ação pelo Direito. Ainda as (f) contribuições não estão circunscritas e (g) as deliberações políticas permitem as contribuições variadas, inclusive aquelas que se fundam nas formas particulares de vida. Os procedimentos, mais importante, devem ser sensíveis à esfera pública espontaneamente formada. Pelo visto, estas demandas parecem incorporadas parcialmente no constitucionalismo latino-americano.

Uma esfera pública em que um procedimento onde a ação

comunicativa, e não a ação irracional ou uma ação instrumental, seja regra, permite a construção de uma expectativa de racionalidade dos procedimentos em sede de esfera pública. Isso ocorre uma vez que o fluxo de opiniões é do conhecimento de todos, torna-se mais difícil que aqueles com intenções duvidosas exponham suas opiniões. O modelo de fluxo comunicativo habermasiano utiliza-se da metáfora das comportas, ou seja, os procedimentos são vistos como procedimentos de abertura e seleção dos fluxos comunicacionais das periferias, os quais garantem a não-ocorrência da autoprogramação e do corporativismo.

A esfera pública, como *locus* de produção das demandas sociais, não é uma estrutura normativa e tampouco uma instituição ou organização (vez que não traz normas ou competências). Desta maneira, “a esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões (HABERMAS, 2020), sendo que, nela, os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. As interações em sede de esfera pública ocorrem a partir da ação comunicativa, requerendo apenas o domínio da linguagem e pragmática naturais, as quais se apresentam como não-especializadas e por isso disponíveis ao entendimento geral. Assim, existe esfera pública em qualquer encontro societal regido por uma comunicação além da auto-observação recíproca onde se tematizam assuntos a partir de sua liberdade pública. Isso caminha na conceituação de esfera pública como abstração e generalização dos foros concretos de atuação política. Nessa esfera pública se luta por influência, a qual vai se formando a partir do convencimento acerca das razões.

A esfera pública não pode ser produzida ao bel-prazer de um ator social qualquer, porque é a conjunção complexa de vontades negociadas e às vezes contraditórias. Nesse sentido, a esfera pública pode ser manipulada por um tempo, mas nunca comprada, porque essa “compra” teria que ser pública. A partir disso:

A teoria do discurso conta com a *intersubjetividade de ordem superior* dos processos de entendimento que se efetuam pelos procedimentos democráticos ou nas redes de comunicação de esferas públicas políticas. Essas comunicações sem sujeito, dentro e fora do complexo parlamentar e de suas corporações programadas para tomar decisões, geram arenas em que uma formação mais ou menos racional da opinião e da vontade pode se realizar sobre matérias que são consideradas relevantes para o conjunto da sociedade e carecem de regulação. (HABERMAS, 2020, p. 382).

Porque é uma teia capaz de captar discursos que irão confluír na transformação em Direito, a esfera pública não pode deixar de se formar a partir dos contextos das pessoas virtualmente atingidas. Na medida em que os atingidos confluem em opinião em interações cotidianas em uma esfera privada e espontânea, determinadas opiniões emergem à esfera pública, tornando-se disponíveis ao debate. A “fronteira” entre esfera pública e esfera privada é cambiável a partir de condições de comunicação modificadas. De um lado, a intimidade; de outro, a publicidade – ambas com uma membrana porosa, que puxa uma à outra.

O conceito de sociedade civil, para Habermas, não coincide exatamente com o de esfera pública ou privada. É, por assim dizer, a própria “membrana” pela qual os fluxos comunicativos trafegam de um lado a outro, estando ainda pressionada pelos sistemas de ação específicos do poder e do dinheiro. Assim, o sociólogo alemão explica:

A esfera pública pode ser mais aproximadamente descrita como uma rede para a comunicação de conteúdos e tomadas de posição, isto é, de *opiniões*; nela os fluxos são filtrados e sintetizados de modo a se condensar em opiniões *públicas* voltadas a temas específicos [...], mas a esfera pública não se especializa [...]. (HABERMAS, 2020, p. 458).

A existência da sociedade civil está ancorada na garantia de direitos fundamentais, alguns facilmente perceptíveis, como a liberdade de expressão, o direito de reunião, outros direitos fundamentais, além de, principalmente, o pluralismo. Obviamente as Organizações da Sociedade Civil, sem dúvida nenhuma, protagonizam

os debates de hoje em dia, o que, por outro lado, não autoriza a assunção desses sujeitos como motores da emancipação social, uma vez que, para Habermas, isso é problema de racionalidade, e não de sujeito.

A esfera pública, em sociedades complexas, relaciona-se com um número incontável de arenas de comunicação que se superpõem e que adquirem identidade a partir de critérios variados como funções, temas, círculos. Em termos de densidade, Habermas diferencia a esfera pública em três níveis: *episódica* (pequenos encontros espontâneos), *organizada* (encontros de maior envergadura organizados) e *abstrata* (produzida pelos meios de comunicação, difusamente estruturada). Importa dizer que as esferas públicas dificilmente se especializam de tal maneira a fugir do entendimento cotidiano, de modo que se torna possível uma ligação conceitual entre todas as esferas públicas e todas elas parecem compreensíveis umas às outras. (HABERMAS, 2020).

Dentre os modelos comunicação, Habermas apresenta o modelo de *acesso interno* (geração de demandas e julgamento dentro dos poderes instituídos), *acesso externo* (geração de demandas internas, mas com mobilização da esfera pública) e o *modelo de iniciativa* externa. Habermas prefere este último. Neste modelo, a iniciativa e a pressão partem de fora do sistema, confluindo para a seleção de demandas.

Esse sistema vai ajudar a compreender a solução dada à sobrecarga que os programas do Estado Democrático de Direito, o qual contraria a autocompreensão liberal da divisão de funções dentro do Estado Democrático de Direito. Aliás, ainda conforme Habermas, a Administração deveria tomar apenas decisões pragmáticas; no entanto, ela jamais se restringiu a este modelo. Essa sobrecarga da Administração Pública faz com que, se quiser se legitimar, ela tenha de se abrir a discursos de justificação e aplicação.

Essas condições do Estado democrático são justamente a abertura cognitiva em termos de princípio do discurso! Esses

mecanismos de participação não são meramente acessórios à legitimidade da Administração Pública, mas sim processos destinados à legitimação de decisões, eficazes *ex ante*, os quais, julgados de acordo com seu conteúdo normativo, substituem atos da legislação ou da jurisdição. Isso parece ser um argumento que pode gerar uma fundamentação suficiente para a necessidade de participação na Administração Pública:

Na medida em que, por exemplo, a implementação de programas finalistas sobrecarrega a administração com a percepção de que, ao organizar suas tarefas, ela ao menos implicitamente desenvolve e aplica as leis, a base de legitimação das estruturas tradicionais da administração passa a não ser mais suficiente. A lógica da separação de poderes precisa então ser realizada em outras estruturas [...] (HABERMAS, 2020, p. 252).

O constitucionalismo contemporâneo, como observado anteriormente, é prenhe destas oportunidades de participação. Como é possível notar, em conclusão, há sim a possibilidade de amplos diálogos entre o constitucionalismo latino-americano e a noção deliberativa de democracia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia tem relação direta e indissociável com a participação popular, sendo que o direito e o acesso à educação também constituem significativa importância no cenário democrático, emancipando as pessoas para a autonomia e para a liberdade. Nesse sentido, a participação efetiva dos cidadãos não está circunscrita ao direito (e dever) de votar, mas deve ser interpretada em sentido mais amplo, dando aos cidadãos o acesso às informações necessárias a fim de que o voto seja feito conscientemente.

Como visto, são variadas as formas de democracia, sendo discutidas as suas crises, fragilidades e, inclusive, fracassos do passado (que deram espaço aos regimes autoritários que, ainda hoje, são defendidos por parcela desinformada da população), mas sem olvidar que o regime democrático é o mais adequado de todos. Por meio dele, a participação popular se torna possível.

A conformação do constitucionalismo latino-americano foi enfoque do presente artigo. A América Latina abrange duas dezenas de países e o novo constitucionalismo está presente nos ordenamentos constitucionais, especialmente, a partir de 1988 com a ampliação de direitos, ampliação das formas de participação e a modelação de novo papel ao Judiciário. Alguns países latinos reconhecem a autonomia dos povos originários, o que, inclusive deveria ser mais abrangente. Nesse sentido, a Bolívia é um excelente exemplo ao dar forte autonomia aos indígenas, diferentemente do que ocorre no Brasil, onde há falta de reconhecimento e, ainda, baixa efetividade dos direitos positivados e ainda poucos direitos dos indígenas são insuficientes.

As principais características do constitucionalismo latino, ou seja, amplitude, originalidade, rigidez e complexidade estão presentes nas Constituições latinas, por vezes integralmente, por outras parcialmente. As cartas políticas de Bolívia, Equador, Venezuela e Colômbia oferece exemplos muito interessantes de participação popular, sendo característico o reconhecimento da autonomia dos povos originários, legitimando as tradições e costumes desses povos, no que se incluem as formas de seu autogoverno e aplicação da justiça, também combinando com as noções de Democracia deliberativa e procedimental. Portanto, a hipótese arguida para o problema inicial, ou seja, se o constitucionalismo latino-americano pode ser interpretado e compreendido à luz da Democracia deliberativa, é verdadeira. Isso não significa se desviar do Estado de Direito ou a enfraquecer a soberania nacional, mas reconhecer em grau elevado, a

possibilidade de exercício da dignidade e cidadania na forma e costume próprios dos povos originários.

Data de Submissão: 19/01/2022

Data de Aprovação: 05/04/2022

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Assistente Editorial: Samara Taiana de Lima Silva

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. 6^a ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

AVRITZER, Leonardo. Democracia na América Latina: da inovação institucional ao velho problema do equilíbrio entre os poderes.

Revista USP. São Paulo, n. 109 p. 75-86 abril/maio/junho 2016.

Disponível em:

<<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/download/123144/119510/231333>>. Acesso em: 10 jun. 2022.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Editora Paz e Terra, 2000.

BOLÍVIA, **Constitución Política Del Estado Plurinacional De Bolivia**. Disponível em

<<http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=469>>. Acesso em: 17 jul. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2022.

CHIVI VARGAS, Idón M. **Nueva constitución y desarrollo normativo. Agencia latino americana de información América en movimiento.** Disponível em: <<http://alainet.org/active/35872&lang=es>>. Acesso em: 18 jul. 2022.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia.** Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001.

ECUADOR. **Constitución Política Del Ecuador.** Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2022.

GORCZEWSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Beloso. **A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática.** - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011. Disponível em: <https://www.unisc.br/images/upload/com_editora_livro/e_book.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

GORCZEWSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Beloso. **Cidadania, Democracia e Participação Política: os desafios do século XXI.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2018. Disponível em: <https://www.unisc.br/images/upload/com_editora_livro/E-book_Cidadania-democracia-e-participacao-politica.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

LAPIERRE, Jean-Willian. **Qué es ser ciudadano.** Madrid: Biblioteca Nueva, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro.** São Paulo: Editora Unesp, 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade.** São Paulo: Editora Unesp, 2020.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Revista Jus Navigandi,** Teresina, ano 15 , n. 2386, 12 jan. 2010 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14151> . Acesso em: 30 jul. 2022.

MARTÍNEZ DALMAU, Rúben; VICIANO PASTOR, Roberto. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino-americano. In: **El nuevo constitucionalismo en América Latina: memorias del encuentro internacional el nuevo constitucionalismo: desafíos e retos para el siglo XXI.** Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010, p. 9-44.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do; MARTINS, Evilhane Jum; IRIGARAY, Micheli Capuano. O constitucionalismo latino-americano: desafios para uma maior aproximação brasileira através da lei nº. 13.123/2015. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul.-Dez. p. 542-567.

O'DONELL, Guillermo A. Delegative Democracy. **Journal of Democracy** 5, n. 1, 1994. pp. 55-69. Disponível em <https://muse.jhu.edu/article/225426/pdf> Acesso: 17 jul 2022.

VENEZUELA. **Constitucion de la República Bolivariana de Venezuela**. 1999. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_venezuela_1006.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2022.

WOLKMER, Antonio Carlos. FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v16n2_artigo1.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2022.

Popular Participation As An Essential Element Of Democracy And Latin American Constitutionalism

Tiago Bruno Bruch

Janriê Rodrigues Reck

Abstract: The present study investigates the correlation between popular participation in democratic environments, Latin American constitutionalism and deliberative democracy. The question at hand is: can Latin American constitutionalism be interpreted and understood in the light of deliberative democracy? The hypothesis is complying, the categories of Deliberative Democracy shape and serve the interpretation of Democracy in Latin American constitutionalism, with the important observation that, like any phenomenon, Democracy is connected with a local cultural representation, which implies its own practices and theories, but it does not, on the other hand, prevent Universalist understandings. Initially, a historical-conceptual rescue of the very notion of democracy is made, focusing on popular participation as an essential and inseparable element of this system of government. Then, some constitutional orders in Latin America are analyzed, as examples of Latin American constitutionalism, in which forms of broad popular participation are recognized, in order to finally make the connection with Habermasian deliberative democracy. This is a qualitative research, carried out using a deductive method and a bibliographic and documentary technical procedure.

Keywords: Deliberative democracy; popular participation; Latin American constitutionalism.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n47.61938>


Conteúdo sob licença *Creative Commons*: [Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) (CC BY-NC-ND 4.0)



Tolerância E A Vinculação Entre O Direito Constitucional E Internacional

Guilherme Camargo Massaú *

Universidade Federal de Pelotas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Pelotas-RS, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0001-5955-4292>

Resumo: O objetivo do texto é situar o princípio da tolerância no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente, na Constituição Federal (CRFB) de 1988 e no ordenamento jurídico internacional. Com isso, buscar-se-á identificar pontos similares entre o direito nacional (basicamente o constitucional) e o direito internacional. Por conseguinte, ter-se-á uma perspectiva de desdobramento de comandos normativos que convergem ao âmbito interno e internacional no sentido do posicionamento dos Estados tanto interna como externamente. Desta forma, a exigência normativa da postura interna deve refletir, também, na postura externa do Estado de Direito. Para realizar a pesquisa, foram empregados os métodos analítico e hipotético-dedutivo. O primeiro foi utilizado visando esmiuçar as categorias jurídicas do princípio tolerância. O segundo auxiliou na busca do resultado da incidência desse princípio jurídico. Devido à natureza do tema e da pesquisa, utilizou-se de fontes bibliográficas.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Direito Internacional; Princípio; Tolerância.

* Professor da Faculdade de Direito e do Mestrado em Direito e do Mestrado e Doutorado em Ciência Política; Pós-Doutor (PUCRS); Doutor em Direito (Unisinos). E-mail: uassam@gmail.com



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n47.61886>

Tolerância E A Vinculação Entre O Direito Constitucional E Internacional¹

Guilherme Camargo Massaú

1 INTRODUÇÃO

A complexidade e a pluralidade da sociedade contemporânea exigem da dinâmica social e, por conseguinte, do ordenamento jurídico elemento que possibilite a coexistência de inúmeras diferenças em um mesmo espaço. Antanho as fronteiras do Estado delimitavam a pluralidade das relações, contemporaneamente a globalização inseriu maior diversidade e ampliou o espaço das relações interindividuais. As tecnologias da comunicação difundiram e amplificaram o contato entre as diferentes culturas. Desta forma, como antes, mas com maior necessidade no agora, a tolerância passa a ser um dever de respeito e de compreensão da multiculturalidade existente no mundo. O problema a ser respondido circunscreve-se ao fato de como os Estados, tal qual se apresentam atualmente, podem agir de forma semelhante uns aos outros na comunidade internacional? Para responder a esta pergunta, optou-se pelo referencial do princípio da tolerância.

A esfera do Direito assume papel estratégico no que se refere à determinação do agir tolerante. Com isto, a tolerância constitui-se, normativamente, em elemento conector entre os ordenamentos Estatais e o ordenamento internacional. Destarte, não se trata de

¹ O título e o artigo alicerçam-se no artigo KOTZUR, Markus. Toleranzdenken und internationalen Ordnung. Überlegungen zur Systemrelevanz von Toleranz für das Völkerrecht. In: **Archiv des Völkerrechts**. 48 Band. Mohr Siebeck: Tübingen, 2010.

reconhecê-la como um suprapositivo imperativo categórico (*kantiano*), mas de um imperativo derivado da normatividade jurídica, principalmente, das Constituições dos Estados que constituem a comunidade internacional.

A exigência jurídica interna de determinada dinâmica de tolerância pode e deve refletir no âmbito internacional, como parte da unidade do sistema jurídicos do Estado de Direito constitucional. Embora na esfera internacional o que prevalece são os tratados, acordos, pactos e declarações em que os Estados ratificam. No entanto, a ação no campo internacional do Estado de Direito constitucional é legitimada pela constituição (e ordenamento jurídico) que, condiciona, em última instância, as decisões do Estado em suas relações internacionais.

Destaca-se que os princípios da hierarquia da norma constitucional, da força normativa da constituição – interpretação sistemática, da concordância prática e da unidade da constituição conduzem o Estado a se portar, interna e externamente, de forma coerente com o seu próprio sistema jurídico. Por isto, os princípios jurídicos que vinculam a política de Estado devem compor *sine qua non* as ações jurídico-políticas do governo do Estado. Desta feita, *e.g.*, se a tolerância é princípio jurídico interno do Estado, não há fundamento nem legitimidade jurídica para que o Estado assumira posição contrária à de tolerância.

O problema posto é como convergir a diversidade de características dos diferentes Estados a um sentido comum ou similar no que se refere à compreensão e à efetivação da tolerância, sem que se rompa com os princípios da soberania e de independência dos Estados. Propõem-se, inicialmente, dois momentos. O primeiro por característica o alicerce; o segundo consiste na interpretação do primeiro momento. Ambos referem-se à compreensão da tolerância no sentido de torná-la similar entre os Estados, a fim de aplicá-la como fosse um princípio do direito comunitário ou internacional.

2 TOLERÂNCIA

Neste tópico tratar-se-á do significado da palavra tolerância (em termos gerais) e seu emprego no Direito. Ressalta-se que o significado de tolerância vai variar conforme as esferas do conhecimento humano nas quais é empregada. Assim, seu significado em filosofia tem uma acepção diferente do que em política, economia, religião, ética, moral dentre outras áreas que a utilizam. Contudo, a ressonância jurídica do termo tolerância é o que interessa a este estudo, já que em uma sociedade aberta, complexa e pluralista exige-se tolerância (KAUFMANN, 2004, p. 440, 485-486).

2.1 Sentido moral e político da tolerância

A tolerância carrega a ação de admitir, condescender, suportar, permitir, ter paciência, sem se opor à atitude de outrem em exprimir e viver conforme opiniões e valores divergentes, independente das variações que o ato de tolerar possa apresentar. Há tolerância nas relações intermediada por objeto – que recaia a discordância essencial – entre dois ou mais sujeitos individuais e/ou coletivos (tolerante/tolerado). O ambiente que cerca o tolerante e o tolerado deve ser heterogêneo, pluralista nos valores e na cultura (GAMEIRO, 2018, p. 3266-3269, 3273). A tolerância encontra-se entre a absoluta aceitação e a oposição imoderada. Existem limites para que se caracterize a tolerância sem admitir atos criminosos (SCANLON, 2009, p. 31).

No que concerne ao viés liberal, o significado contém a ideia de respeito e consideração com as opiniões e as práticas interindividuais, mesmo que possam causar desconforto aos que não comungam da mesma visão de mundo (CALDANI, 1977, p. 501). Na tolerância existe o reconhecimento e o respeito para com o(s) outro(s). Isto significa que o respeito para com o outro deve advir em todas as dimensões da manifestação humana, sendo abstrata ou concreta, no tempo e no

espaço. Por conseguinte, consoante a dinâmica de respeito mútuo, deve existir pluralidade no tempo e espaço, A tolerância compatibiliza verdades contrapostas, sendo um remédio contra a defesa de verdades absolutas. Ao enfraquecer o preconceito no meio social, ela se apresenta também como um instrumento contra qualquer tipo de discriminação que possa existir (MALISKA; WOLOCHN, 2013, p. 42).

A tolerância abrange o “conceito de contraposição” – uma *praxe* ou atitude em uma situação de conflito de interesses ou de concepções na arena político-democrática (ARAUJO, 2013, p. 314-315) –, desarmando os antagonismos, a fim de possibilitar um convívio no dissenso (ZIPPELIUS, 1994, p. 255). Embora se possa tentar situar um significado geral para a ideia e o conceito de tolerância, reconhecem-se os múltiplos (KOTZUR, 2010, p. 168) empregos e significações que ambos podem assumir nas diferentes realidades culturais que incide. A tentativa de aproximação de uma determinação da tolerância conduz não só à ideia de alternatividade, mas também, com relativa indeterminação, à mutação do antagonismo destrutivo em dissenso construtivo. Por conseguinte, a dinâmica de um dissenso construtivo remete à perspectiva de inclusão do outro com o reconhecimento da diferença (KOTZUR, 2010, p. 169-170).

Trata-se da marca da sociedade democrática que tem como base a liberdade do sujeito operada pelo reconhecimento dos outros, levando em consideração a diversidade cultural. O tolerante é capaz de assimilar e lidar com a complexidade contemporânea do mundo (KAUFMANN, 2004, p. 503-504). Nesse talante, a tolerância é o meio de compreender a interdependência entre a diversidade e a unidade na sociedade democrática moderna. Há, por meio da razão democrática, associação entre liberdade e identidade em um mundo em que as identidades nacionais ou étnicas resistem às transformações da globalização (TOURAINÉ, 1996, p. 188, 190, 193) e com elas convivem. Cabe ao ordenamento jurídico nacional e internacional reconhecer, implícita ou explicitamente, a tolerância e proteger e estimular suas dinâmicas sociais.

2.2 Sentido jurídico

O sentido jurídico da tolerância é extraível de forma indireta, pois ela não é uma categoria normativa – nem no sentido de pretensão ao reconhecimento nem na forma de autorização, por si só². Falta-lhe um espaço de cobertura normativa de um *dever ser* próprio (KOTZUR, 2010, p. 170). No entanto, na esfera jurídica, a tolerância pode ser projetada conforme o ramo jurídico na qual se insere a análise. Pode-se dizer, *e.g.*, no direito constitucional, ela se referirá às pessoas, às potências e às razões; no direito internacional privado, ela abrange o espaço; no direito civil, concentrar-se nas pessoas³; e no direito ambiental, ela referir-se aos animais, à natureza e ao ambiente artificial (CALDANI, 1977, p. 502).

A tolerância está vinculada à liberdade de cada um desenvolver-se a seu modo, sem interferência de outrem, dentro dos limites jurídicos (ENDERS, 2009, p. 271). Nesse âmbito, encontra-se a perspectiva de igualdade entre os seres humanos, ou seja, inicialmente, o reconhecimento da igualdade formal, como o da igualdade material (MALISKA; WOLOCHN, 2013, p. 40-41) entre indivíduos diferentes (SCANLON, 2009, p. 34). Onde há o reconhecimento jurídico, encontra-se um direito subjetivo com o seu correspondente dever. A tolerância a partir do respeito, em mútua relação de igualdade (VITA, 2009, p. 65), assenta-se em um sistema jurídico pautado pela liberdade pensada no sentido do imperativo categórico de Kant, fundada em uma decisão valorativa. Salienta-se que a referida liberdade é a base do Estado de Direito democrático e das relações internacionais que formam o direito internacional (KOTZUR, 2010, p. 172), que se pretenda ser pluricultural.

A dimensão normativa da tolerância pode ser traduzida como *a possibilidade de convívio no dissenso*. Esse dever pode se realizar por

² A tolerância é um pressuposto do Estado de Direito. *Vide*: ENDERS (2009, p. 271). Embora existam ordenamentos jurídicos que a positivaram.

³ *E.g.*, o Art. 1144 do Código Civil italiano ao se referir à aquisição da posse (PATTI, 1992, p. 701-714).

meio da formulação jurídica de normas anti-discriminação. Tais normas são modelos típicos de direitos semelhantes e traduzem deveres correspondentes ao mandamento de tolerância (KOTZUR, 2010, p. 165). Contudo, a extensão da incidência da tolerância no mundo jurídico encontra limites na intolerância. Nesse domínio, cabe estabelecer até que ponto se pode ser tolerante para com os intolerantes. Destaca-se que a liberdade do intolerante que é limitada, pois sua ação, ao contrário daquela do tolerante, fere a liberdade dos outros (KAUFMANN, 2004, p. 494-495). Isso requer a igualdade em termos de cidadania (RAWLS, 2002, p. 235-240). Em que pese a ideia de justiça ligada à extensão da tolerância, cabe ao Direito, por meio de suas normas (regras e princípios), fixar os direitos e os deveres que traduzem a liberdade dos indivíduos.

Tal contexto acaba por refletir na interpretação do dispositivo normativo, a qual ocorre por meio do significado das palavras. Por consequência, cada realidade cultural-estatal retira do princípio da tolerância o seu próprio significado normativo. Os espaços de ponderação e de consideração estão ligados à generalidade do texto normativo. Contudo, esse espaço varia conforme o âmbito – estatal ou internacional – no qual se interpreta a tolerância. A *margin of appreciation* projeta-se para os direitos humanos (PEREIRA, ADEODATO, 2019, p. 21-24) e/ou os direitos que estão em conflito. Destarte, tem-se no *tipo da tolerância*, um modo de evitar ou de resolver o conflito. Sem a generalidade da tolerância, a ponderação não é possível (KOTZUR, 2010, p. 172-173), dificultando o encontro da melhor solução possível ao caso concreto.

3 DIREITO CONSTITUCIONAL

A noção tolerância manifesta-se explícita e implicitamente no direito constitucional (HÄBERLE, 2013, p. 17, 19, 20). A forma explícita condiz com a menção do princípio da tolerância nos textos constitucionais, ou seja, existe um *suporte fático* específico (ZANON;

ADEODATO, 2020, p. 384-386). Entre as 199 constituições pesquisadas, 48 apresentam expressamente a palavra tolerância⁴, demonstrando que, aproximadamente, um quarto dos textos constitucionais explicitam o princípio da tolerância. Contudo, como se pode observar na concepção de tolerância (tópico 1), infere-se que, mesmo implicitamente, a forma do Estado de Direito democrático pressupõe o princípio da tolerância, por se admitir a igualdade em liberdade que constitui o pluralismo de pensamento e de cultura. Trata-se de um regime jurídico-político de tolerância, o qual possibilita que a pluralidade de indivíduos possa coabitar no mesmo espaço de forma coesa e com níveis de conflitos suportáveis à manutenção da paz social.

Acham-se alguns tipos de expectativas de tolerância em constituições de características liberais. Geralmente, eles se constituem em direitos fundamentais, contextualizadores do pluralismo democrático, *e.g.* pluralismo político (KOTZUR, 2010, p. 173) e cultural (Art. 1º, V, da CRFB). Por consequência, encontra-se a tolerância no objetivo fundamental constitucional do Art. 3º, IV, da CRFB que preconiza o bem de todos sem qualquer forma de

⁴ Essas são as constituições que explicitamente trazem a palavra tolerância: Albania (1998), Preamble; Andorra (1993), Art. 1, 2; Angola, (2010), Preamble, Art. 22, 3, b; Austria (1920), A, Art. 14, 5A; Benin (1990), Art. 36; Bhutan (2008), Art. 3, 1, Art. 8, 3; Bosnia and Herzegovina (1995), Preamble; Bulgária (1991), Preamble, Art. 31, 1; Burkina Faso (1991), Chapter of the transition, Art. 1; Burundi (2005), Preamble, Art. 67; Cape Verde (1980) Art. 77, 2, Art. 81, Art. 82; Central African Republic (2016), Preamble; Congo (Democratic Republic of the) (2005), Art. 66; Congo (2015), Art. 51; Côte d'Ivoire (2016), Preamble; Ecuador (2008), Art. 66, 8; Egypt (2014) Art. 19; Eritrea (2014), Art. 19; Gambia (1996), 216, 1; Ghana (1992), 35, 9; Guinea (2010), Art. 22; Guyana (1980), 212D, d; Kosovo (2008), Art. 548, 2; Liberia (1986), Preamble; Malawi (1994), 12, 2; Maldives (2008), 36, c, 67, b; Mexico (1917) Art. 123, A, XXII; Moldova (1994), Art. 31, 1; Montenegro (2007), Preamble; Morocco (2011) Preamble; Mozambique (2004) Art. 11, Art. 12, 4, Art. 44, Art. 45, d; Nepal (2015), Preamble, Part. 4, 50, 2, 51, a, 2; Niger (2010) Art. 158; Nigéria (1999), 23; Pakistan (1973), Preamble, Annex; Portugal (1976), Art. 73, 2; Romania (1991), Art. 29, 2; Rwanda (2003), Preamble, Art. 46; Serbia (2006), Art. 81; Seychelles (1993), 49; South Africa (1996) Part. c, 185, 1, b; South Sudan (2011), 36, 2, c, 46, 2, b; Sudan (2005), Preamble, 23, 2, b, 156, a; Swaziland (2005), 58, 6; Togo (1992), Art. 48; Tunisia (2014), Art. 6, Art. 42; Uganda (1995), Political Objectives, III, IIII; Zimbabwe (2013), Preamble. A pesquisa foi realizada no sítio <https://www.constituteproject.org/search?lang=en>, no dia 17 mar. 2020. A palavra de busca foi *tolerance*. Foram encontradas 48 constituições de 199 que utilizam a referida palavra.

discriminação, o que requer o movimento de inclusão de minorias (FROTA, FERNANDES, 2020, p. 89-91) na concepção de *bem-estar* em que o Estado brasileiro se propõe a promover.

A liberdade religiosa (Art. 5º, VI e VIII, da CRFB) é um exemplo clássico de exigência de tolerância, a qual historicamente foi sendo estabelecida por meio da relativização das verdades religiosas (Art. 210, §1º, da CRFB c/c ADI, 4.439 do STF)⁵. Tal movimento possibilitou a coexistência de múltiplas religiões e, inclusive, agnósticos em um Estado constitucional⁶. Destarte, há a garantia por parte do Estado de que ele não irá interferir na liberdade religiosa dos cidadãos (ENDERS, 2009, p. 272) (dentro dos limites estabelecidos pela lei) e os irá proteger contra a interferência de terceiros (Art. 208 da Código Penal).

Imerso no contexto da tolerância pela pluralidade, no regime democrático de reconhecimento da alteridade, das verdades do outro ou dos outros (KOTZUR, 2010, p. 171-172) situam-se as liberdades de expressão (Art. 5º, IX, da CRFB), de pensamento (Art. 5º, VI, da CRFB) e de manifestação (Art. 5º, IV, da CRFB) (ENDERS, 2009, p. 269), sem as quais não há democracia, nem pluralidade, nem alteridade. Verificam-se, igualmente, nas diretrizes constitucionais concernentes à educação (ENDERS, 2009, p. 268), alguns princípios cuja base é a tolerância, tais como os estabelecidos no Art. 206, II (liberdade de aprender, ensinar, pesquisa e divulgar), III (pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas) e VI (gestão democrática do ensino público), da CRFB.

Esses exemplos demonstram que por de trás de alguns direitos de liberdade, há dinâmicas de tolerância no ordenamento jurídico interno. Destarte, cabe delimitar, de forma exemplificativa, como ela se manifesta no direito internacional.

⁵ SUPREMO Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.439, rel. p/ o ac min. Alexandre de Moraes, j, 27-9-2017, p, *informativo* 879.

⁶ Vide: KOTZUR (2009, p. 268).

4 DIREITO INTERNACIONAL

Os conflitos contemporâneos possuem reverberações diversas daquelas de antanho⁷. Atualmente, no mundo globalizado do século XXI, os problemas locais afetam o âmbito global e os globais, por conseguinte, afetam o local. Essa mútua influência acaba por diluir as fronteiras entre a tolerância intra e intercultural, estando ela evidenciada na sociedade moderna de característica aberta. Contudo, no direito internacional, a tolerância não tem densidade suficiente a ponto de ser realizada. Isso pode levar a um antagonismo simplista: enquanto o Estado constitucional liberal tem suas expectativas de tolerância, deixando, cada vez menos, espaço livre da normatividade, a ordem internacional está essencialmente reduzida ao regime de tolerância. O direito internacional é, despretensiosamente, tolerante de direito, porque sua consideração negativa suporta, muitas vezes, o fato de não se ter como aplicar sanções aos Estados – por isso, não é raro encontrar, no contexto da repreensão, elementos sobre a relatividade cultural no texto da norma (KOTZUR, 2010, p. 165-166).

A tolerância destaca-se, no direito internacional moderno, como uma condição normativa para a manutenção do próprio sistema jurídico. A tolerância projeta-se, contextualmente, mais como um sentido funcional do que como forma material. A tolerância atua como modelo de formação de ordem supra-estatal, como condição de uma gestão de diversidade sobre os limites jurídico-culturais exteriores. Por conseguinte, existe um reflexo no âmbito internacional, das constituições que promovem o pluralismo democrático. Com base nisso, referenciam-se os tratados de proteção aos direitos humanos e o debate no direito internacional em torno do direito à *governança democrática* (KOTZUR, 2010, p. 166-167, 173).

⁷ No passado, a tolerância protagonizou, por meio da religião, a construção, ainda que precária, de tratados de paz no âmbito internacional. Cita-se a *Westfälische Frieden* de onde derivou o Estado *westfaliano*. Vide: KOTZUR (2010, p. 168).

4.1 Tolerância como princípio ordenador

O princípio da tolerância é estratégico na seara do direito internacional. Ele possui, no contexto contemporâneo, uma função ordenadora na medida em que possibilita a coexistência pacífica e o direito internacional de cooperação entre os diferentes Estados soberanos (KOTZUR, 2010, p. 179-180). A seara da proteção dos direitos humanos fundamenta-se sob a perspectiva de tolerância transnacional, impactando, decisivamente, a pluralidade religiosa e o sistema de proteção das minorias, pensadas de forma individual e coletiva. Desta feita, os atores da tolerância, na seara internacional, não são os indivíduos, mas são os povos e os Estados (KOTZUR, 2010, p. 170, 176).

O modelo de cooperação necessita não só do puro modelo da mútua tolerância, mas também da tolerância como respeito entre todos (KOTZUR, 2010, p. 181), já que, na esfera internacional, o princípio basilar é a independência dos Estados. O fato de os Estados serem considerados soberanos e independentes exige-lhes a adoção da tolerância, já que a igualdade (ao menos formal) e a ausência de um ente superior em mandamento são elementos que regem o direito internacional.

4.2 Dispositivos de direito internacional

Tratados⁸, pactos⁹ e declarações¹⁰ internacionais são as principais fontes do direito internacional. Encontram-se, nesses

⁸ A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Art. 2, 1, a) considera tratado um acordo concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional. BRASIL. Decreto n. 7.030/2009. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 19 jul. 2022.

⁹ Pacto designa a redução ao objeto político de um tratado, *e.g.*, o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* (1966) (MAZZUOLI, 2011, p. 179).

¹⁰ A palavra declaração é utilizada para designar os atos que estabelecem regras ou princípios de direito internacional indicativos de posição política de interesse coletivo (MAZZUOLI, 2011, p. 183).

documentos, dispositivos normativos que tendem a estabelecer situações de tolerância entre os pactuantes. Destaca-se, porém, que o princípio do consenso cada vez mais é criticado (KOTZUR, 2010, p. 181-182, 183), justamente pela possibilidade de surgir o dissenso e oportunizar a denúncia de um Estado ao tratado. Em termos de direito internacional é possível ressaltar, explicitamente, em suas normas, o princípio da tolerância. O preâmbulo da Carta das Nações Unidas de 1945 apresenta a tolerância, de uns com os outros¹¹, como valor a ser observado no cenário internacional.

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 da ONU expressa no Art. 26, 2, a palavra tolerância como um modo de manter a paz entre todas as nações e grupos raciais e religiosos¹². Algo semelhante ocorre no Art. 10 da Declaração de Direitos da Criança de 1959, que busca evitar práticas discriminatórias raciais, religiosas e outras formas de discriminação¹³. A Declaração divulgada pela *World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance*, sediada em Durban, África do Sul, em 2001¹⁴, enumera diversos tipos de práticas de intolerância em relação a diversos grupos de pessoas.

A declaração Universal de Direitos Humanos da Organizações das Nações Unidas contém, indiretamente, a concepção de tolerância, ao declarar, no artigo primeiro, que todos os serem humanos nascem livres e iguais em direitos e dignidade e devem agir uns com os outros

¹¹ “to practice tolerance and live together in Peace with one another as good neighbours”. UNITED NATIONS. **Charter of the United Nations**. <https://www.un.org/en/sections/un-charter/preamble/index.html>. Acesso em: 22 jan. 2020; BRASIL. Decreto 19.841/1945. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em: 22 jan. 2020; KOTZUR (2010, p. 163).

¹² UNITED NATIONS. **The Universal Declaration of Human Rights**. <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em 22 mar. 2020.

¹³ UNITED NATIONS. **Declaration of the Rights of the Child**. [https://www.ohchr.org/EN/Issues/Education/Training/Compilation/Pages/1DeclarationoftheRightsoftheChild\(1959\).aspx](https://www.ohchr.org/EN/Issues/Education/Training/Compilation/Pages/1DeclarationoftheRightsoftheChild(1959).aspx). Acesso em: 22 mar. 2020.

¹⁴ UNITED NATIONS. **World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance**. <https://www.un.org/WCAR/durban.pdf>. Acesso em 22 mar. 2020.

com espírito de fraternidade¹⁵. O espírito de fraternidade requer o agir tolerante devido às iguais liberdade e dignidade entre os seres humanos. Sem o mútuo tolerar não há condições de haver fraternidade. Em 1994, foi organizado o “Encontro sobre a Tolerância na América Latina e no Caribe”, em que se projetou um viés sociopolítico referente à tolerância, considerando as questões econômicas e políticas da região, no que se refere à desigualdade econômica, mas também à identitária. Em 1995, a UNESCO elaborou a Declaração de Princípios sobre a Tolerância¹⁶.

Realça-se o Art. 38 do *Statute of the International Court of Justice*¹⁷ o qual estabelece os critérios que embasam suas decisões nas disputas internacionais. O princípio da tolerância flutua entre as previsões do Art. 38, 1, a, b e c. Giza-se que o Estado brasileiro, *e.g.*, internalizou o *Statute* por meio do Decreto n. 19.841/45. No tangente ao direito comunitário, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação e formas correlatas de intolerância¹⁸ e a Convenção Interamericana contra toda forma de discriminação¹⁹ destacam-se pelo viés de tolerância.

¹⁵ Art. 1º. UNITED NATIONS. **The Universal Declaration of Human Rights**. <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 07 jul. 2021.

¹⁶ UNITED Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. **Declaration of Principles on Tolerance**. http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13175&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. Acesso em: 07 jul. 2021; MALISKA; WOLOCHN (2013, p. 43-45).

¹⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Statute of the International Court of Justice**. https://www.icj-cij.org/en/statute#CHAPTER_II. Acesso em: 06 fev. 2020; BRASIL. Decreto n. 19.841/45. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 06 fev. 2020; KOTZUR (2010, p. 166).

¹⁸ ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. **Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação e formas correlatas de intolerância**. https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-68_Convencao_Interamericana_racismo_POR.pdf. Acesso em: 23 nov. 2020.

¹⁹ ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. **Convenção Interamericana contra toda forma de discriminação**. https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_disciminacao_intolerancia_POR.pdf. Acesso: 23 nov. 2020.

5 RELAÇÕES NORMATIVAS: A FORMAÇÃO DA NORMA

Neste tópico, busca-se evidenciar as relações normativas entre a ordem jurídica interna do e a externa a ele. Não se trata de adotar ou defender teorias jurídicas monistas que submetem o direito interno dos Estados ao internacional nem a dualista, que adota a total cisão entre o direito interno e o internacional. Pretende-se destacar o que se denomina aqui de *constitucionalismo diatópico*, cujo viés é pôr em evidência normas constitucionais similares entre os Estados e os Estados e o direito internacional. Por isto, propõem-se que se pense sobre os efeitos normativos da tolerância do Estado em direção ao direito internacional e não ao contrário. Têm-se como pressuposto decisivamente condicionante os princípios da soberania e da independência dos Estados.

5.1 Constitucionalismo diatópico

O denominado *constitucionalismo diatópico*²⁰ significa o conjunto de constituições que possuem textos normativos similares uns aos outros, proporcionando uma *possibilidade* de semelhança nas respectivas práticas jurídicas. Há Estados que se coadunam quanto aos institutos jurídicos, aos valores e às normas que disciplinam o Estado de Direito constitucional. Por conseguinte, *e.g.*, se ‘x’ Estados possuem a previsão do princípio da tolerância em seu ordenamento, existe a tendência de que, por meio dessa previsão normativa, a tolerância seja dever/garantia do Estado aos indivíduos. Assim, se terá a dinâmica social da tolerância garantida em ‘x’ Estados.

O problema está relacionado à efetivação da tolerância que pode ocorrer, de forma similar, nos ‘x’ Estados, já que as interpretações, os sistemas jurídicos e os costumes/valores são díspares. Há como equacionar, ao menos em parte, o problema, sem recorrer os artifícios de estabelecer uma constituição internacional e/ou comunitária. Ao

²⁰ Vide material de MASSAÚ (2021).

interpretar o texto normativo, o intérprete pode levar em consideração três fatores, separada ou conjuntamente: 1) a interpretação de dispositivo internacional semelhante, se existir; 2) o diálogo entre os Tribunais dos Estados; 3) a similitude da dimensão cultural (HÄBERLE, 2013, p. 20-29).

5.2 Ponto inicial

O ponto inicial e final são texto legal (LARENZ, 1997, p. 454), referente às constituições²¹. Trata-se de extrair, por meio da interpretação, o significado de tolerância para a realidade do Estado em que princípio será aplicado. Os Estados citados acima possuem em seus textos constitucionais, *e.g.*, a palavra tolerância. Por meio da interpretação literal do *suporte fático*, o intérprete pode delimitar a compreensão da definição legal e outras determinações do legislador (ZIPPELIUS, 1971, p. 53) no que se refere à norma do princípio da tolerância. Isto implica dizer que se inicia a interpretação na base verbal do texto legal. Por conseguinte, as informações primárias como a representação do fato, do valor e do dever são extraídas dos limites de sentido da *letra da lei*, cuja linguagem empregada é a geral e, quando necessário, a técnica-jurídica (LARENZ, 1997, p. 450-452). No entanto, as várias palavras são polissêmicas. Por conseguinte, o intérprete (ZIPPELIUS, 1971, p. 54-56) irá determinar o significado a ser considerado no caso específico a ser decido.

Estabelecido os limites de sentido geral e amplo do texto legal e da palavra tolerância, o intérprete, se achar necessário, vai recorrer aos outros métodos de interpretação como o histórico, o sistemático, o teleológico, o comparatístico dentre outros. Destarte, o intérprete estabelecerá a norma jurídica que passará ao segundo momento que consiste em dialogar com outros sistemas jurídicos para que se possa

²¹ Pressupõe-se que os sistemas jurídicos dos Estados citados estejam baseados em um Estado de Direito constitucional cuja fonte principal do sistema jurídico se expresse por meio de textos legais.

alinhar a norma – quando possível – que irá incidir no caso decidendo a outras realidades nacionais e internacional.

5.3 Diálogo interinstitucional

O diálogo interinstitucional tem como base os Poderes do Estado, podendo, pois ser realizado em distintos níveis: o do Executivo, o do Legislativo e o do Judiciário. Observou-se que, em termos do Legislador constituinte, este diálogo ocorreu, devido à assimilação textualmente por diversos Estados do princípio da tolerância ou de direitos que expressam a dinâmica de tolerância. O próximo passo é a concretização, na prática, deste diálogo, o que pode ocorrer de três formas: 1) por meio do Poder Executivo, no que compete à administração pública; 2) por meio do Poder Judiciário, ao decidir as demandas que o interpelam; 3) por meio da dinâmica social nas relações interpessoais. Analisa-se, de forma geral, o diálogo que o Poder Judiciário pode promover para efetivar o princípio da tolerância o mais próximo possível da prática de outros Estados e do direito internacional, mas, principalmente, em consonância com as características locais.

Por conseguinte, há que se levar em conta os polos da relação dialógica. Tem-se o tribunal emissor e o receptor. Tanto um quanto o outro podem ser tribunal estatal ou internacional. O(s) tribunal(ais) emissor(es) é(são) o(s) que, com suas decisões, influencia(am) de alguma forma o tribunal receptor. O tribunal receptor utiliza precedentes estrangeiros para fundamentar racionalmente suas decisões. A influência do tribunal emissor sobre o tribunal receptor pode ocorrer por meio de resistência, referência, assimilação e incorporação. A recepção por meio de resistência tende a se manifestar pela repulsa do tribunal receptor à jurisprudência do emissor (MORAES, 2015, p. 7, 24).

Identifica-se a influência por meio de referência pela repetição da jurisprudência do tribunal emissor pelo receptor, em forma de

alusão à jurisprudência estrangeira. A assimilação ocorre quando há o alinhamento de jurisprudência do receptor ao emissor, por meio do desenvolvimento de fundamentos perfilados com a jurisprudência estrangeira. A incorporação manifesta-se pela absorção de jurisprudência do tribunal emissor pelo receptor. Neste caso, além de haver alusão à jurisprudência estrangeira, ela também é utilizada como argumento *decidendi* (MORAES, 2015, p. 25-26).

Nestes termos, o diálogo entre tribunais pode contribuir para alinhar a compreensão e aplicação do princípio da tolerância nas diferentes realidades culturais e estatais e, ainda, na esfera internacional. Desta feita, se manteriam intactos os princípios da soberania e da independência dos Estados sem causar fissuras nas vigas do direito interno e do internacional. Por conseguinte, há que se ter dos tribunais receptores dialogantes a abertura necessária para consultar, analisar e decidir sobre as fundamentações e as decisões dos tribunais emissores. O movimento de uniformização das decisões no tangente à compreensão da abrangência, do significado e da aplicação do princípio da tolerância vai redundar em uma prática jurídica similar entre as distintas realidades e diferentes patamares da comunidade internacional. Isto guiará à dinâmica interacional entre os Estados pretendida pelos defensores de uma constituição global/internacional.

6 CONCLUSÃO

A palavra tolerância possui amplo espectro semântico. Fixar uma definição sem admitir ampliações ou reduções de significados é ignorar a vagueza da compreensão da ideia de tolerância. Ela varia conforme a cultura de quem a interpreta, residindo aí a problemática da unificação da aplicação do princípio da tolerância. Contudo, conforme a compreensão geral do próprio princípio indica, tolerar implica reconhecer o espaço de ação de outrem, mesmo quando a ação é considerada contrária aos costumes predominantes no meio social.

Destaca-se que o princípio da tolerância é presença explícita e implícita nos ordenamentos jurídicos e nas relações sociais, fundamentadas na liberdade e na igualdade. Reconhece-se a necessidade da dinâmica da tolerância na manutenção do equilíbrio das relações sociais, no condizente ao respeito mútuo da realização dos direitos de cada indivíduo. É na tolerância que as diferenças se enfraquecem e surge a condição da coexistência com grau menor de conflito interpessoal. De modo similar, isso ocorre no âmbito internacional, entre os Estados e as distintas nacionalidades e culturas.

Constatou-se que o princípio da tolerância se encontra em diversas realidades jurídico-estatais e na esfera internacional, à qual os Estados estão, de alguma forma, vinculados. Por conseguinte, propôs-se a equalização das diferenças de compreensão e de aplicação do princípio da tolerância a partir do diálogo interinstitucional entre tribunais. Desta forma, obter-se-á similaridade na compreensão e na aplicação do princípio da tolerância sem que sejam afetados os princípios da soberania e da independência dos Estados, os quais são a viga que sustenta as esferas internacional e a interna dos Estados.

Data de Submissão: 11/01/2022

Data de Aprovação: 01/08/2022

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Assistente Editorial: Maria Isabel Santos

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto 19.841/1945.**

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm. Acesso em: 22 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto 7.030/2009.**

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 19 jul. 2022.

CALDANI, Miguel Angel Ciuro. Tolerância. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 501-507.

ENDERS, Christoph. Toleranz im Recht. Die Anerkennung geistiger Diversität zwischen Akzeptanzgebot und Rücksichtnahmepflichten. In: **Zeitschrift für evangelische Ethik**, n. 53, De Gruyter, 2009. p. 268-278.

FROTA, Hidemberg Alves da, FERNANDES, Solange. Tolerância em Norberto Bobbio: reflexões em tempos de radicalização. In: **Caderno de direito e políticas públicas**. a. 2, v. 2, n. 2, Rio de Janeiro, 2020. p. 87-129.

GAMEIRO, Ian Pimentel. A tolerância e o direito: possibilidade, projeções e limites na perspectiva jurisprudencialista. In: **Quaestio Iuris**. v. 11, n. 4, Rio de Janeiro, 2018. p. 3263-3295.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Statute of the International Court of Justice**. https://www.icj-cij.org/en/statute#CHAPTER_II. Acesso em: 06 fev. 2020.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004.

KOTZUR, Markus. Religionsfreiheit als Thema der Völkerrechtsordnung. In: JAECKEL, Liv; ZABEL, Brenno und ZIMMERMANN (Hrsg.). **Grundrechtspolitik und Rechtswissenschaft**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 129-141.

KOTZUR, Markus. Toleranzdenken und internationalen Ordnung. Überlegungen zur Systemrelevanz von Toleranz für das Völkerrecht. In: **Archiv des Völkerrechts**. 48 Band. Mohr Siebeck: Tübingen, 2010. p. 163-188.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamago. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MALISKA, Marcos Augusto e WOLOCHN, Regina Fátima. Reflexões sobre o princípio da tolerância. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 58, 2013. p. 37-52.

MASSAÚ, Guilherme. **Diatopic constitutionalism: opening to global constitutionalism**. Texto inédito. 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5 ed. São Paulo: RT, 2011.

MORAES, Guilherme Peña de. **Constitucionalismo multinacional**. Uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2015.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. **Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação e formas correlatas de intolerância**.

https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-68_Convencao_Interamericana_racismo_POR.pdf. Acesso em 23 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. **Convenção Interamericana contra toda forma de discriminação**.

https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_discriminacao_intolerancia_POR.pdf. Acesso em 23 nov. 2020.

PATTI, Salvatore. Toleranza. In: **Enciclopedia del diritto**. v. XLIV. Milano: Giuffrè, 1992. p. 701-714.

PEREIRA, Caleb Salomão, ADEODATO, João Maurício. Ética da tolerância e seus inimigos: imprecisão conceitual de pluralismo, permissivismo e relativismo como obstáculo a seus próprios ideais. In: **Revista Opinião Jurídica**. a. 17, n. 26, Fortaleza, 2019. p. 13-41.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SCANLON, Thomas M. A dificuldade da tolerância. Trad. Mauro Victoria Soares. In: **Novos Estudos CEBRAP**. e. 84, v. 28, n. 2, Fundação Carlos Chagas, 2009. p. 31-45.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

UNITED Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. **Declaration of Principles on Tolerance**.

http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13175&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. Acesso em: 07 jul. 2021.

UNITED NATIONS. **Charter of the United Nations**.

<https://www.un.org/en/sections/un-charter/preamble/index.html>. Acesso em: 22 jan. 2020.

UNITED NATIONS. **Declaration of the Rights of the Child**.

<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Education/Training/Compilation>

/Pages/1DeclarationoftheRightsoftheChild(1959).aspx. Acesso em: 22 mar. 2020.

UNITED NATIONS. **The Universal Declaration of Human Rights**. <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 22 mar. 2020.

UNITED NATIONS. **World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance**. <https://www.un.org/WCAR/durban.pdf> . Acesso em: 22 mar. 2020.

VITA, Álvaro de. Sociedade democrática e tolerância liberal. In: **Novos Estudos CEBRAP**. e. 84, v. 28, n. 2, Fundação Carlos Chagas, 2009. p. 61-81.

ZANON, Pedro Henrique Nascimento, ADEODATO, João Maurício. A ética da tolerância como possibilidade de abertura hermenêutica do direito: uma análise sobre a jurisdição constitucional brasileira. In: **Revista Juris Poiesis**. v. 23, n. 33, Rio de Janeiro, 2020. p. 375-394.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Allgemeine Staatslehre**. 12 Auf. München: Beck, 1994.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Einführung in die juristische Methodenlehre**. München: C.H.Beck, 1971.

Tolerance And Binding Among Constitutional And International Law

Guilherme Camargo Massaú

Abstract: The aim of this paper is to situation the principle tolerance in the Brazilian legal system and in the international law. Thus, it will be tried to identify similar points between national (basically in the Constitution) and international law. Consequently, there will be a perspective of normative commands deployment that converge internally and externally in the direction of the two sides positioning of States. The normative requirement of the internal action must be reflected also the external action of the rule of law. In order to carry out the research analytical and hypothetical-deductive methods have been used. The analytical method was used in order to scrutinize the principle of tolerance. The hypothetical-deductive method was used. The first was used to examine the legal categories of the tolerance principle. The hypothetical-deductive method was utilized in the search to relate for results to the incidence of those principle from a hypothetical based on bibliographical resources.

Keywords: Constitutional Law, International Law; Principle; Tolerance.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n47.61886>


Conteúdo sob licença *Creative Commons*: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)



A Prisão Em Segunda Instância: Uma Insegurança Jurídica Que Persiste


Edson Luiz Facchi Junior*

Centro Universitário Internacional, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba-PR, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0001-9084-1070>

André Peixoto de Souza **

Centro Universitário Internacional, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba-PR, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0002-6679-7417>

Resumo: O presente trabalho visa discutir a execução imediata da pena em segunda instância, analisando o julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54. Pelo julgamento, o réu somente poderá cumprir a pena quando esgotados todos os meios impugnativos, modificando, mais uma vez, o entendimento anterior, de 2016, que previa a possibilidade de se executar a reprimenda após a condenação em segunda instância. A Constituição Federal estabelece como cláusula pétreia o princípio da presunção de inocência em seu artigo 5º, inciso LVII, no qual a prisão apenas é possível após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Através também de pesquisa bibliográfica e do método indutivo, analisar-se-á o estudo do tema aliado a uma insegurança jurídica que as não raras mudanças de entendimento por parte do STF trazem ao ordenamento jurídico. A análise inicia-se pelo sistema processual penal atual, prosseguindo pelo princípio da presunção de inocência. Ainda, o artigo traz a discussão sobre a execução imediata da pena no Tribunal do Júri, por força da nova Lei nº 13.964/2019. Por fim, busca analisar o julgamento das ADC's 43, 44 e 54, que alterou, por último, o entendimento do STF, julgando constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Presunção de Inocência; Trânsito em Julgado.

* Mestre em Direito pelo PPGD/UNINTER. Professor do Centro Universitário Opet (UniOpet).. E-mail: elfacchi.adv@gmail.com

** Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Doutor em Filosofia, História e Educação pela UNICAMP. Professor do PPGD-UNINTER. Professor de Economia Política e Psicologia Jurídica nas Faculdades de Direito da UFPR, UNINTER e UTP. Pesquisador do Grupo "Direito, História e Poder Judiciário", do PPGD-UNINTER. Pesquisador do Núcleo "História, Direito e Subjetividade", do PPGD-UFPR. Membro do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD). E-mail: andrepeixotodesouza@gmail.com



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n47.60747>

A Prisão Em Segunda Instância: Uma Insegurança Jurídica Que Persiste

Edson Luiz Facchi Junior

André Peixoto de Souza

1 INTRODUÇÃO

O conflito a respeito do cumprimento antecipado da pena iniciou no final da década de 80, com a Constituição Federal, em 1988, perdurando até hoje. O Supremo Tribunal Federal, no decorrer desse tempo, examinou a matéria por meio de dois Habeas Corpus (nº 84.078, de 2009 e nº 126.292, de 2016) e invariavelmente modifica o seu entendimento a cada julgamento. Hoje, após o julgamento das ADC's nº 43, 44 e 54, prevalece o entendimento segundo o qual não se pode autorizar a execução provisória da pena, prevalecendo a constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo Penal.

O presente trabalho possui como propósito examinar a coerência do julgamento do STF com a Carta Magna, em específico o art. 5º, inc. LVII, da CF/88, que trata do princípio da presunção de inocência, e estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. O problema, portanto, situa-se no seguinte questionamento: a execução provisória (ou imediata) da pena é compatível com a Constituição Federal de 1988? A hipótese que se apresenta, por sua vez, demonstra a necessidade de um processo penal verdadeiramente acusatório, sob o viés democrático, prezando pelas garantias individuais, inclusive a presunção de inocência.

A temática em questão demonstra que no decorrer dos anos surgiu uma enorme instabilidade jurídica sobre o tema, ocorrendo modificações na jurisprudência e essa oscilação, além de gerar infortúnios ao ordenamento jurídico pátrio, afeta sobremaneira o sistema carcerário brasileiro. Isto porque, conforme o entendimento que vigorou até 2019, diversos condenados e acusados em grau de recurso às Cortes Superiores deram início ao cumprimento da pena. Com o “velho novo” entendimento, a partir das Ações Diretas de Constitucionalidade, a tônica se alterou, expedindo-se alvará de soltura a todos os presos que estavam cumprindo antecipadamente suas penas.

Nessa esfera, o presente estudo foi desenvolvido, com o objetivo de ressaltar todo o procedimento que ocorreu ao longo dos anos, bem como demonstrar os prejuízos decorrentes ao ordenamento jurídico pátrio por meio dessa instabilidade jurisdicional, principalmente a insegurança jurídica que causa. Os objetivos específicos são analisar os sistemas processuais penais no Brasil, estudar sobre o princípio da presunção de inocência e seus reflexos. Ainda, refletir sobre a execução imediata da pena no Tribunal do Júri. Finalmente, estudar a respeito da insegurança jurídica que traz as recentes mudanças de entendimento no STF a respeito da matéria da execução imediata da pena.

Na primeira seção serão analisados os sistemas processuais penais. Isso porque o sistema processual penal é quem vai balizar todo o procedimento: se em prol da liberdade do acusado ou do encarceramento. O legislador, por meio da Lei nº 13.964/2019, acrescentou o art. 3º-A ao Código de Processo Penal, optando, então, pelo sistema processual acusatório, em respeito às garantias e direitos individuais do cidadão.

A segunda seção analisa o princípio da presunção de inocência propriamente dita e o reflexo que traz às prisões, sejam elas cautelares ou oriundas de decisões condenatórias. Neste tópico, também se analisará como os julgamentos a respeito da execução provisória da

pena em segunda instância afetam e abalam o princípio constitucional da presunção de inocência.

A terceira seção traz o estudo sobre a execução imediata das condenações do tribunal do júri. A já citada Lei nº 13.964/2019, propagada como Lei Anticrime, trouxe diversas modificações ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, assim como nas leis extravagantes. Uma dessas mudanças no Código de Processo Penal foi a possibilidade legal de autorizar a imediata execução da pena para os sentenciados pelo tribunal do júri a uma pena igual ou superior a quinze anos de prisão, de acordo com o art. 492, inc. I, alínea “e”.

Na quarta seção, far-se-á a análise da (in)segurança jurídica da execução imediata em segunda instância após o julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade 43,44 e 54, alterando novamente seu entendimento, agora em 2019, firmando, o Supremo Tribunal Federal, seu posicionamento de se ter que aguardar o trânsito em julgado para dar início a execução da pena.

Para tanto, utilizar-se-á do método dedutivo, pesquisa em artigos, bibliografias referentes ao tema, somado à análise de dispositivos legais, juntamente com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, com o estudo dos votos dos seus Ministros.

2 SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO

Antes de adentrar ao tema central propriamente dito, que é a execução imediata da pena em segunda instância, impende discorrer sobre o sistema processual penal que vige, hoje, no Brasil. Isso porque a primeira informação que se deve ter a respeito de um processo penal é a qual sistema ele pertence e o indivíduo se propõe a enfrentar: inquisitivo ou acusatório? Desde esse ponto de vista, Lopes Júnior (2015, p. 135) ensina que “os sistemas processuais inquisitório e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do direito penal e do Estado da época”.

O mesmo autor explica que o sistema acusatório remonta ao sistema grego, já que se desenvolveu com a participação direta e efetiva do povo, no exercício da acusação e julgador (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 137-138). Após um período no qual imperaram as mazelas do sistema inquisitório, houve nova valorização dos aspectos humanitários, tendo como fator determinante e impulsionador a Revolução Francesa. Daí (res)surgiu o atual sistema acusatório, que pode ser caracterizado em alguns pontos que merecem destaque, conforme pontua Lopes Júnior (2015, p. 139-140):

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte)
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa)
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

Segundo leciona Carvalho (2011, p. 82):

A estrutura acusatória, fundada em procedimentos de verificação e em técnicas de refutabilidade, pressupõe a rígida separação dos sujeitos processuais em configuração triádica instrumentalizada por duas classes de garantias. Desta forma, a atividade cognoscitiva estaria assegurada por garantias primárias (formulação da imputação, carga da prova e direito de defesa) e secundárias (publicidade, oralidade, legalidade e motivação).

Portanto, pode-se dizer que o sistema acusatório é aquele no qual há maior respeito às garantias do indivíduo acusado. O papel do juiz é de árbitro imparcial, de forma a garantir as regras do jogo, tendo, as partes, pois, liberdade e exclusividade na produção das provas, mesmo porque, conforme Morais da Rosa (2014, p. 7), “no (sistema)

acusatório essa responsabilidade é dos jogadores, sem que possa promover sua produção”.

Depois do século XII, surge o sistema inquisitório, que remonta à inquisição, com forte influência da igreja católica na perseguição aos crimes de heresia, e que tomou forma na Idade Média (BRETAS, 2017, p. 31). Lopes Júnior (2015, p. 144) vaticina:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação.

Altera-se, pois, a fisionomia do processo penal, e vem daí a importância de se definir qual o sistema adotado para, então, refletirmos acerca das regras desse processo penal. Com o sistema inquisitório, a liberdade do acusado é exceção.

Neste cenário, o juiz-inquisidor acusa e julga ao mesmo tempo, transformando o acusado de sujeito a mero objeto, motivo pelo qual não faz sentido o seu tratamento como parte efetiva dentro do processo. A lógica do sistema é, nas palavras de Coutinho (2018, p. 43), “dedutiva, que deixa ao inquisidor a escolha da *premissa maior*, razão pela qual *pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão (grifo no original)*”. É o que Cordero (1986, p. 51) chamou de “*primato dell-ipotesi sui fatti*” (o primado da hipótese sobre os fatos). Coutinho (2011, p. 25) pontifica:

Por isso que, partindo de premissa falsa, não poucas vezes assentada em um *lugar comum* (do gato preto induz-se bruxaria; do funcionário da empresa o autor do sequestro; do mordomo o homicida, e assim por diante), chega-se a uma conclusão também falsa, transmudada em *verdade construída*.

Portanto, a pretexto da busca de uma verdade absoluta, o processo inquisitório permite ao inquisidor buscar provas para

condenar, retratado, na Idade Média, pelo “Manual dos Inquisidores”, de Nicolau Eymerich. É a partir disso que Lopes Júnior (2015, p. 148) advoga que “Na busca dessa tal ‘verdade real’, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege”.

No Brasil, durante muito tempo se defendeu a prevalência do sistema processual misto: parte inquisitória (fase de investigação) e parte acusatória (fase processual). Isso, entretanto, era insuficiente, posto que dificilmente um sistema seja puro, de modo que a identificação de um princípio fundante deve ser feita para se definir a prevalência de um sistema: ou predominantemente inquisitório, ou predominantemente acusatório (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 152):

Considerando que os sistemas realmente puros são tipos históricos, sem correspondência com os atuais, a classificação de “sistema misto” não enfrenta o ponto nevrálgico da questão: a identificação do núcleo fundante. A separação (inicial) das atividades de acusar e julgar não é o núcleo fundante dos sistemas e, por si só, é insuficiente para sua caracterização.

No mesmo sentido, Coutinho (2018, p. 88):

Ora, ninguém mais duvida que, hoje, não há mais sistemas puros; e que todos são “mistos” não por força de que se tenha princípios reitores mistos (impossível em um sistema se a matriz é Kant) e sim porque sendo o *princípio reitor inquisitivo ou dispositivo* (ou *acusatório*, como querem alguns), tem-se sistemas inquisitórios (para aquele) ou acusatórios (para este), porém – sempre – com elementos a eles agregados que não provenientes do outro sistema, o que lhes dá essa estrutura “mista”. O que vem de fora, porém, é *secundário* e, por óbvio, não tem o condão de alterar a estrutura principal. (*grifo no original*)

Dito isso, impende ressaltar que não é preciso muito para que se chegue à conclusão de que é necessário compatibilizar a Constituição Federal com o processo penal. E que, em se fazendo esse exercício, é de se chegar à conclusão que o processo penal deve ser predominantemente acusatório, ou seja, que o princípio reitor deve ser

o princípio dispositivo (ou acusatório). Conforme a lição de Bretas (2017, p. 34):

O sistema acusatório é o modelo mais adequado aos parâmetros democráticos e ao Estado Democrático de Direito. Trata-se de um sistema emancipatório, que distribui a cada personagem do protagonismo judicial o seu devido papel e coloca “cada um no seu devido lugar”.

Desde esse ponto de vista, o Código de Processo Penal, de 1941, deve ser adequado à Constituição, de 1988, para que se adote o princípio dispositivo, com a gestão da prova nas mãos das partes, e não do juiz.

Feitas essas observações, imperioso trazer à baila recente alteração trazida pela Lei nº 13.964/2019, a “Lei Anticrime”, que, de uma vez por todas, e textualmente, no art. 3º-A do Código de Processo Penal, demarcou o processo penal como “acusatório”.

Apesar de se ter, hoje, a decisão na medida cautelar na ADI nº 6.299/DF, pelo Min. Luiz Fux, no STF (BRASIL, 2019a), suspendendo o juiz de garantias e a eficácia do mencionado dispositivo, e que também a Lei nº 13.964/2019 não possui o condão de, por si só, mudar o quadro sistêmico atual, não se pode negar que caminhamos para a implementação de um sistema processual acusatório.

3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência está presente na Constituição de 1988 como garantia de todo cidadão brasileiro. Dentre as demais garantias fundamentais, a CF/88 garante que ninguém deverá ser considerado culpado até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme disposição do art. 5º, inc. LVII. Logo, a CF/88 garante que todo sujeito somente poderá ser privado de sua liberdade depois do trânsito em julgado da sentença

penal condenatória e, portanto, quando encerradas todas as vias recursais possíveis dentro do processo jurídico penal.

Por sua vez, cristalizando mencionada garantia, o Código de Processo Penal, em seu art. 283 dispõe que ninguém poderá ser preso, a não ser em três hipóteses: a) flagrante delito; b) por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar; ou c) em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Assim, de acordo com Andrade, Amorim e Alencar (2018, p. 16):

A legislação, no referido artigo, delimitou de forma clara, que a prisão, além das outras possibilidades citadas no texto legal, somente será efetuada em virtude de sentença penal condenatória transitada em julgado, o que garantiu o direito à liberdade em todos os graus de recurso no judiciário. Portanto, os indivíduos julgados e condenados em segundo grau somente poderão ser privados de sua liberdade quando esgotadas todas as formas de recurso.

O presente princípio é oriundo da Revolução Francesa, sendo repetido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como inserido futuramente no Pacto de São José da Costa Rica, em 1969 (ANDRADE; AMORIM; e ALENCAR, 2018, p. 16). Dessa forma, a presunção de inocência modificou o curso da história processual penal, disponibilizando a todos os sujeitos o direito a uma não condenação e a um não pré-julgamento.

À vista disso, impende ressaltar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em seu art. 9º dispõe que todo homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão. Assim, deu-se início, naquele momento, a uma grande mudança no sistema processual penal na Europa que, no futuro, influenciaria de forma direta outros continentes (RANGEL, 2005, p. 25).

Em 1948, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Assembleia Geral das Nações Unidas, a presunção de inocência se tornou mais forte e sancionada no artigo 11º (TOURINHO FILHO, 2018, p. 77).

O princípio da presunção de inocência se encontra relacionado de forma direta com o devido processo legal, devendo existir “uma relação de equilíbrio entre o poder punitivo estatal e o direito à liberdade do acusado” (PAULINO, 2018, p. 16). Há divergências na doutrina sobre o tema.

Enquanto isso, para Lima (2019, p. 43):

Permitir a execução provisória da pena é caso de flagrante violação ao princípio da presunção de inocência, estabelecido pelo constituinte originário no artigo 5º, inciso LVII da CRFB/88. Destaca que apenas o trânsito em julgado, como pressuposto para a coisa julgada, torna a decisão imutável, de forma que a possibilidade de interposição de recursos extraordinários, mesmo que não dotados de efeito suspensivo, impede a execução provisória da pena.

Por consequência, discute-se se a redação do artigo 5º, inciso LVII, da CF/88, necessita ser utilizada de forma literal. Parte da doutrina entende que não, de modo que necessitará levar em consideração o enquadramento normativo e fático em que estiver inserido. Sobre o assunto, Paulino (2018, p. 16) aduz que “as normas advêm não apenas da literalidade do enunciado, por mais claro que ele seja; deve-se considerar a conjuntura fática, normativa e jurídica”.

E, essa doutrina entende que, mesmo que ocorresse a interpretação direta, levando em consideração a expressão “ninguém será considerado culpado”, debate-se, ainda, se persiste diferença entre a não culpabilidade e a presunção de inocência.

Para quem entende haver diferença, os denominados direitos individuais, mesmo que fundamentais, seriam capazes de serem restringidos, de modo que venha a se sobrepor ao interesse social. No caso do princípio da presunção de inocência, assevera-se que o direito fundamental da comunidade à segurança, por exemplo, justapõe-se à presunção de inocência.

Neste sentido é que o Ministro Luís Roberto Barroso, no Habeas Corpus 126.292, aduziu que a “presunção de inocência é princípio (e

não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes” (BRASIL, 2016).

Além do mais, estes que assim entendem alegam que a CF/88 precisa ser interpretada de modo sistemático, e não de maneira isolada, visto que todas as normas ali constantes detêm a mesma posição normativa. Por consequência, os incisos LVII e LXI do artigo 5º da CF/88 distinguiriam a culpabilidade da prisão.

Por outro lado, o panorama internacional, por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem, estipula que todo sujeito acusado de um delito, deve ser considerado inocente até que a sua culpa seja comprovada por meio legal, onde todas as garantias à sua pessoa devem ser respeitadas.

Parece evidente que o cidadão precisa ser tratado como inocente ao longo de todo o processo criminal, isto é, antes de ocorrer uma decisão judicial que passe em julgado. É Lopes Júnior (2019, p. 98) que assevera que “a presunção de inocência impõe um verdadeiro *dever de tratamento* (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente)”. Neste sentido, Cruz (2020, p. 78):

Como regra de tratamento, a seu turno, o princípio da presunção de inocência exige que o investigado ou acusado seja tratado com respeito à sua pessoa e à sua dignidade e que não seja equiparado àquele sobre quem já pesa uma condenação definitiva. Mais ainda, o estado de inocência assegura ao investigado ou réu a “lealdade do procedimento penal”, desde seu nascedouro. Assim, todos os que de algum modo intervêm no inquérito e no processo (juízes, membros do Ministério Público, policiais, servidores) se obrigam a ter “correção de comportamento” vinculados aos limites e à forma da lei, relativamente ao sujeito passivo da persecução penal”.

Portanto, infere-se que a presunção de inocência é um dever de tratamento, impondo que o acusado seja tratado de forma distinta do condenado definitivamente. Parece óbvio que assim seja. Cruz (2020, p. 79) prossegue afirmando que “o acusado somente pode ser preso diante de uma imperiosa necessidade, devidamente justificada e apoiada em critérios legais, objetivos e concretamente demonstrados”.

A privação de liberdade, pois, sempre e sempre, deve ser tratada como exceção, e não regra. Neste sentido, Lima (2020, p. 49):

A privação cautelar da liberdade, sempre qualificada pela nota de excepcionalidade, somente se justifica em hipóteses estritas, ou seja, a regra é responder ao processo penal em liberdade, a exceção é estar preso. São manifestações claras desta regra de tratamento a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal”.

Deste modo, “a presunção de inocência como *regra de tratamento* que se refere ‘a condição do imputado no curso do processo’, tal como prevista em nossa Constituição (Art. 5º, LVII, da CF), não admite prisões automáticas ou execuções antecipadas de pena” (MENDES; LUCCHESI, 2020, p. 124).

Portanto, o art. 283, do Código de Processo Penal, julgado constitucional pelas ADC’s nº 43, 44 e 54, que será estudada adiante, em tópico próprio, prevê a possibilidade de prisão apenas em três hipóteses: (i) prisão em flagrante; (ii) prisão cautelar, por ordem escrita e fundamentada e (iii) em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

3.1 A execução imediata da pena no tribunal do júri

Tema que trouxe muita discussão foi a questão da execução imediata da pena imposta por juiz de uma condenação pelo conselho de sentença, no Tribunal do Júri. É que a Lei nº 13.964/2019 trouxe significativa alteração, neste ponto. O novo artigo 492, inciso I, alínea “e”, do Código de Processo Penal dispõe que, em caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, o juiz presidente determinará a execução provisória da pena, com a expedição do mandado de prisão:

Referida alteração está em diametral oposição ao artigo 283, do Código de Processo Penal que, como vimos no tópico anterior, permite

a prisão em apenas naquelas três circunstâncias: (i) prisão em flagrante; (ii) prisão cautelar, por ordem escrita e fundamentada e (iii) em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Ainda, o referido dispositivo (art. 283, CPP) foi considerado constitucional, através das ADC's nº 43, 44 e 54, conforme vimos. Ou seja: de um lado, o artigo 283 permite a execução da pena apenas de condenação transitada em julgada; de outro lado, o artigo 492, I, "e", autoriza a execução imediata da pena em caso de condenação, perante o Tribunal do Júri, a uma pena igual ou superior a quinze anos. Um contrassenso.

A razão para que a o Código de Processo Penal fosse alterado, neste ponto, seria de que o Tribunal não pode alterar o mérito da decisão dos jurados em razão da soberania constitucional que possui os seus vereditos, permitindo, então, a execução imediata da condenação do Tribunal do Júri.

Esta questão possui antecedente histórico relevante, consoante se vê nas lições de Mendes e Lucchesi, (2020, p. 125):

É do art. 350 do *Code D'Instruction Criminelle* (Código de Napoleão) da França que se importa a visão de que "toda decisão do júri, clara, precisa, concordante, regular, é definitiva e soberana, não estando sujeita a qualquer recurso". Afinal, nosso Código de Processo Penal de 1941 previa, em seu art. 594, a necessidade de se recolher preso para apelar de qualquer sentença condenatória, um sistema inquisitorial copiado do *Codice Rocco*, do fascista Vincenzo Manzini e, por trás de todos, o citado *Code Napoleón*.

E prossegue Mendes e Lucchesi (2020, p. 125):

Em verdade essa estrutura do júri foi importada do modelo inglês e amplamente debatida por Jean-Jacques-Regis de Cambacérès e os demais membros do Conselho de Estado, quando se discutia a manutenção ou não do júri, e é nesse ambiente, retratado por Franco Cordero, que Cambacérès, após ser questionado por Napoleão, manifesta o pensamento de que a ineficiência das condenações do júri multiplica a prática de crimes. Esse é o núcleo fundante que permite pensar que a promoção de uma punição cada vez mais célere após a decisão do júri seria uma medida de efetividade.

É por isso que Cruz (2020, p. 351) salienta que este permissivo legal “é, certamente, um dos que ensejará questionamentos judiciais, pois atrai já para o primeiro grau o início do cumprimento da pena do acusado quando ainda distante o trânsito em julgado da sua condenação”.

Não se olvida que o júri é soberano, por força do comando constitucional insculpido no cânone do art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”. As decisões dos jurados de fato, são soberanas. Mas isso não quer dizer que a condenação será mantida irrestritamente. Impende ressaltar que caberá apelação das decisões do júri em quatro hipóteses, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia (inclusive durante o julgamento); b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça com relação à aplicação da pena imposta pelo juiz-presidente; e d) for a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, conforme preconiza o art. 593, inciso III, do CPP.

Ora, em todos os casos a liberdade do acusado pode sofrer interferência. Ou porque houve nulidade apta a anular o julgamento, ou porque a aplicação da pena foi imposta de maneira injusta, o que poderia modificar, inclusive, o regime inicial de cumprimento de pena, ou porque a própria decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova colhida nos autos, anulando-se, também, o julgamento.

Se há previsão legal de anulação do julgamento para que o acusado seja submetido a novo júri, não faz sentido que a condenação imposta pelo júri, mesmo soberana, seja executada imediatamente após a condenação, quando a pena for igual ou superior a quinze anos.

Há que se levar em conta de que a soberania dos veredictos do júri é uma garantia do indivíduo, posta na Constituição no rol de direitos e garantias fundamentais do acusado. Mendes e Lucchesi (2020, p. 126) complementa:

Importante constatação é alcançada ao verificar-se que, em Constituições anteriores à de 1988, como é o caso das Constituições de 1934 e da de 1946, o Tribunal do Júri estava previsto, ao nosso ver erroneamente, no capítulo do

Poder Judiciário. Contudo, a Constituição de 1988 reconheceu ao júri e a soberania dos veredictos status de garantia constitucional da pessoa humana como previsão no rol de direitos e garantias fundamentais no art. 5º, XXXVIII, tornando evidente que a soberania não é proteção dos jurados, mas sim do imputado.

E é com base principalmente na soberania dos veredictos que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal admitiu, no HC nº 118.770/SP, julgado em 2017, o imediato cumprimento da pena independentemente dos recursos extraordinários perante as Cortes Superiores (ÁVILA; SOARES; BORRI, 2019, p. 10-11).

Outro problema apontado na doutrina é a questão da junção da execução da condenação à quantidade da pena: igual ou superior a quinze anos. Consoante Mendes e Lucchesi (2020, p. 129-130):

Se a quantidade da pena fosse suficiente para permitir a execução imediata da reprimenda, outros crimes deveriam ter sido afetados pela medida, por exemplo a extorsão mediante sequestro resultante em morte (art. 159, §3º do CP), que possui pena mínima de 24 (vinte e quatro) anos. Limitar a execução imediata de acordo com o montante da pena ainda nos coloca diante do perigoso risco de que o magistrado “jogue” com a dosimetria da pena motivado pela intenção de executar ou não a condenação de forma imediata, o que é inadmissível e viola o princípio da culpabilidade, entre outros.

Finalmente, impende concluir que a constitucionalidade do art. 492, inciso I, alínea “e”, do Código de Processo Penal, pode ser enfrentada no julgamento do Recurso Extraordinário 1.235.340/SC, em trâmite perante o Plenário do Supremo Tribunal Federal. Já votaram o relator, Ministro Luís Roberto Barroso, e o Ministro Dias Tóffoli, no sentido que a condenação do júri autorizada a sua execução imediata, independentemente, inclusive, do montante da pena. O julgamento foi suspenso com o pedido de vistas pelo Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2019b).

3.2 A insegurança jurídica da execução imediata em segunda instância após as ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54

A segurança jurídica é obrigatória no estado de direito, de modo que está diretamente conectada à concepção de justiça, vez que visa afastar a imprevisibilidade do sistema jurídico no mundo.

Válido trazer trecho do voto da Ministra Rosa Weber, no julgamento do HC 152.752, onde aduz que a segurança jurídica “mais do que um princípio, consiste em um valor ínsito à democracia, ao estado de direito e ao próprio conceito de justiça, além de traduzir, na ordem constitucional, uma garantia aos jurisdicionados” (BRASIL, 2018).

À vista disso, ao modificar o entendimento que impera no Tribunal, é essencial que se tenha muito cuidado. É extremamente viável a modificação de posições majoritárias, isto porque a sociedade evolui, ficando a cargo do Poder Judiciário se atualizar conjuntamente. A comunidade é ativa e o direito que a rege também necessita ser. Todavia, um rompimento de maneira abrupta é capaz de ocasionar efeitos inesperados, regressivos e irreversíveis.

Existe a possibilidade de modificação na formação dos Ministros, o que não pode ser considerado como fator razoável para justificar uma transformação na jurisprudência. Os Ministros da Suprema Corte, durante a sua permanência no cargo, precisam levar em consideração os precedentes, e qualquer modificação na interpretação precisa ser fundamentada de forma satisfatória.

Quanto à viabilidade da prisão em segunda instância, em síntese, desde a proclamação da CF/88 até o ano de 2009, a jurisprudência entendia pela possibilidade da execução provisória da pena. Isso porque o entendimento era de que os recursos especial e extraordinário não dotam de efeito suspensivo. Dessa forma, por 21 (vinte e um anos) o STF entendeu que era viável a prisão posterior a condenação em segunda instância.

Do ano de 2009 ao ano de 2016 – com o julgamento do HC nº 84.078, predominou tese diversa, onde se exigia o trânsito em julgado para se encarcerar um indivíduo condenado. A exceção se dá, pois, pelas prisões cautelares. A partir do ano de 2016, o STF retorna ao entendimento anterior, através do julgamento do HC nº 126.292. Nele, o Ministro Teori Zavascki entendeu que a presunção de inocência não obriga que se opere o trânsito em julgado, por conta de que os recursos extraordinários, mas tão somente aqueles recursos que tratem de matéria fático-probatória (PINTO; DIAS; SANTIAGO, 2019, p. 22).

Há pouco, no ano de 2019, a Suprema Corte, através do julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, 44 e 54, por maioria apertada, afirmou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, passando a barrar a execução da pena após a decisão de segunda instância. Portanto, diante desse “novo” quadro, somente mediante prisão cautelar é que o réu, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, será capaz de ter a sua liberdade restrita.

Portanto, o Supremo decidiu o tema, por último, por meio de ações direitas de constitucionalidade propostas pelo Partido Comunista do Brasil, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pelo Partido Ecológico Nacional com o intuito de encerrar a discussão.

Nas ADC's 43, 44 e 54, votaram seguintes Ministros: Marco Aurélio (relator), Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Edson Fachin, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Carmém Lúcia e Celso de Mello. Desta forma, por 6 (seis) votos a 5 (cinco), em votação acirrada, a maioria deliberou pelo não cumprimento instantâneo da pena (BRASIL, 2019c).

Os Ministros Marco Aurélio; Rosa Weber; Ricardo Lewandowski; Gilmar Mendes; Celso de Mello e Dias Toffoli votaram contra a execução imediata da pena em 2ª instância.

O Ministro Marco Aurélio votou pela constitucionalidade do texto processual penal (art. 283), requerendo a suspensão dos cumprimentos de penas que estavam em andamento

A Ministra Rosa Weber aduzindo, em seu voto, que deve se empregar uma interpretação literal ao artigo 5º, LVII, segundo o qual só é possível o cumprimento da pena de prisão após o trânsito em julgado. Para ela, a Constituição Federal vincula claramente o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência a uma condenação transitada em julgado.

O Ministro Ricardo Lewandowski reforçou que não é possível criar interpretações que fogem do texto constitucional, visto que o texto da Lei Suprema é claro, cabendo aos magistrados seguir à risca o que está estipulado, criticando o posicionamento anterior adotado pela mesma Corte. Reforçou que o cumprimento instantâneo é uma regressão do poder judiciário, de modo que a lei existe para ser cumprida, não devendo ser utilizado como base questões políticas.

Para o ministro Gilmar Mendes, a execução antecipada da pena viola de forma direta o princípio da não culpabilidade. Ele ainda reforçou que, nos últimos anos, o Congresso Nacional aprovou alterações no CPP com o objetivo de adequar seu texto aos princípios da CF/88, entre eles o da presunção de inocência.

O Ministro Celso de Mello fez um dos votos mais longos do julgamento, argumentando que só há culpa do réu, e, conseqüentemente, possibilidade para sua prisão, quando esgotadas todas as possibilidades de recurso. Para o ministro, ao julgar a tese da prisão somente após o trânsito em julgado, a Corte não deve se deixar contaminar pela opinião pública. Ele reforçou por diversas vezes que o sistema jurídico deve apresentar "proteção judicial efetiva" para assim garantir os direitos fundamentais e conter poderes de órgãos do Estado que são responsáveis pela persecução penal. A Constituição, disse o Ministro, não pode ser submetida "à vontade dos poderes nem ao império dos fatos".

O Ministro Dias Toffoli, o último a votar, aduziu que o julgamento não passa de uma análise abstrata da constitucionalidade do artigo 283 do CPP. Além disso, a prisão com base unicamente na condenação penal apenas pode ser decretada depois de findas todas as

probabilidades de recurso. O ministro excepcionou os casos do Júri, que, com fundamento na CF/88, é soberano nas suas decisões. O Ministro Toffoli ainda reforçou que a imposição do trânsito em julgado não acarretaria impunidade, já que o sistema judicial possui mecanismos para compelir exageros nos recursos com o intuito de alcançar a prescrição da pena.

Já os Ministros Alexandre de Moraes; Edson Fachin; Luís Roberto Barroso; Luiz Fux e Cármen Lúcia, votaram a favor da prisão em 2ª instância.

O Ministro Alexandre de Moraes arguiu que para que a pena seja cumprida de forma antecipada, basta o justo processo legal e a confirmação em duas instâncias da autoria e materialidade, que afastam de maneira total o princípio constitucional em comento. Com base nisso, o Ministro enfatizou que perduram medidas judiciais, como por exemplo o Habeas Corpus, caso necessário, em questões de infração ou abuso da lei.

O Ministro Edson Fachin reforça que o disposto no artigo 5º, inciso LVII da CF/88 não deve ser interpretado de maneira absoluta, necessitando ser analisado juntamente com outros princípios e regras constitucionais, de modo que se concluiria que é possível a execução provisória da pena privativa de liberdade. Desse modo, para ele, aguardar o trânsito em julgado da sentença contrariaria o princípio da razoável duração do processo previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII da CF/88. O ministro enfatizou que a CF/88 não fixa uma função ao Supremo de revisor das “injustiças do caso concreto”, função essa desempenhada pelos magistrados de primeira e segunda instâncias. Sendo assim, o Ministro entendeu que compete aos Tribunais Superiores somente apresentar nova definição jurídica dos fatos apresentados nos acórdãos recorridos, mas em hipótese alguma uma nova versão.

O Ministro Luís Roberto Barroso evidenciou que compete ao Supremo acompanhar a realidade do seu país, alegando que sem o cumprimento instantâneo da pena estaria se incentivando a impunidade. Já no voto do Ministro Luiz Fux, asseverou-se que o

cumprimento imediato da pena não afeta o princípio da presunção de inocência, posto que referido princípio somente estipula que o acusado possui o direito de ser tido como inocente no transcorrer de toda a ação. Fux ressaltou também que, depois da segunda instância, não se deve analisar questões atinentes a autoria e materialidade.

Por fim, a Ministra Carmen Lúcia permaneceu com a mesma posição de 2009, ou seja, que a não possibilidade de execução imediata da pena gera “crença da impunidade”, principalmente para os acusados com mais recursos financeiros para explorar o “intricado sistema de recursos” do ordenamento jurídico pátrio.

Após três décadas de posições oscilantes, é de se concluir que o tema gera grave instabilidade e insegurança jurídicas deflagrados pela própria Corte. Afinal, o STF alterou o seu entendimento três vezes, num período curto de tempo, a respeito de um tema que a Constituição Federal sepultou como cláusula pétrea: a presunção de inocência.

Neste ponto, de tudo o quanto restou debatido e decidido nas ADC's, é preciso registrar que o art. 283, do CPP, é absolutamente categórico em afirmar que somente se executa a pena após o trânsito em julgado da pena. Desta forma, há “um requisito de natureza objetiva para o início do cumprimento da reprimenda penal, qual seja, a formação da coisa julgada, que é obstada pela interposição de todo e qualquer recurso, seja ele ordinário ou extraordinário, seja ele dotado de efeito suspensivo ou não” (LIMA, 2020, p. 53).

Desse modo, permitir a execução provisória da pena é uma clara violação ao artigo 5º, inciso LVII da CF/88, já que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente. No mais, possibilitar a execução da pena antes do trânsito em julgado só ajuda a piorar o sistema carcerário, o qual vive em um estado de coisas inconstitucionais, segundo o próprio Supremo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, portanto, perpassou pelas mudanças de entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal a respeito de um tema muito caro a um Estado Democrático de Direito: a (im)possibilidade da execução imediata da pena após condenação em segunda instância.

Para tanto, vimos que importa saber qual o sistema que vige o processo penal brasileiro: inquisitório ou acusatório? Na realidade, não podemos afirmar que temos sistemas processuais puros, mas que eles são, em sua essência, mistos. Basta saber se são predominantemente inquisitórios ou o sistema acusatório é o que sobressai. Necessário, portanto, faz-se conhecer qual o princípio fundante: se inquisitório ou dispositivo (acusatório). E o ponto nevrálgico para se definir qual o modelo adotado é a gestão da prova: se está nas mãos do juiz, temos o princípio inquisitivo; de outro lado, se está exclusivamente nas mãos das partes, sendo o juiz um espectador e garantidor, temos o princípio dispositivo.

Fato é que, conforme alteração trazida pela Lei nº 13.964/2019, a “Lei Anticrime”, o legislador inseriu no art. 3º-A do Código de Processo Penal o sistema acusatório como o adotado pelo processo penal brasileiro. Sistema que, como vimos, privilegia as garantias e os direitos fundamentais, e, dentre elas, a sacrossanta presunção de inocência.

O princípio, que, conforme vimos na doutrina, é uma norma de dever de tratamento, impõe que o acusado é presumidamente inocente até que seja condenado, com trânsito em julgado. Ou seja, desde esse ponto de vista, o princípio da presunção de inocência impõe ao Estado que o acusado seja tratado como inocente, e, via de consequência, que sua liberdade, durante o processo, é a regra.

Em diametral oposição ao referido princípio, a Lei nº 13.964/2019 também alterou o artigo 492, inciso I, alínea “e”, trazendo a possibilidade da execução imediata para o condenado, já em

primeira instância, no Tribunal do Júri, a uma pena igual ou superior a quinze anos. Referido dispositivo não encontra respaldo na Constituição Federal e sua constitucionalidade está sendo analisada no Recurso Extraordinário 1.235.340/SC.

Finalmente, trouxe um estudo sobre as Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, onde se definiu a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que permite três tipos de prisões no ordenamento jurídico pátrio: a prisão em flagrante, a prisão cautelar por ordem escrita e fundamentada, e, por fim, a prisão por condenação com trânsito em julgado.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal assim decidiu, em 2009, por apertada maioria: 6 a 5. Deste modo, a insegurança jurídica a respeito do tema, ainda mais com a nova legislação trazendo a possibilidade expressa de execução provisória no caso de condenação perante o Tribunal do Júri, é patente, restando ao operador do Direito lutar, sempre, pela prevalência do que está incluído no art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal: a presunção de inocência até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Data de Submissão: 02/09/2021

Data de Aprovação: 22/02/2022

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Assistente Editorial: Marcelo Bedoni

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de; SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio. Slippery slope, a presunção de inocência e sua evolução na visão do Supremo Tribunal Federal: uma análise a partir dos direitos humanos, fundamentais e de personalidade. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 18, n. 39, p. 1-27, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/48758/29493>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/do678.htm. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6299**. Repte: Partido Trabalhista Nacional e outro. Intdo: Congresso Nacional e outro. Relator: Min. Luiz Fux, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.235.340**. Recte: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recdo: Joel Fagundes da Silva. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5776893>. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade 43 (em apenso com a ADC 54 e a ADC 54)**. Repte: Partido Ecológico Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 152.752**. Pacte: Luís Inácio Lula da Silva. Relator: Min. Edson Fachin, 2018. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292**. Pate: Márcio Rodrigues Dantas. Relator: Min. Teori Zavascki, 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRETAS, Adriano. **Apontamentos de processo penal**. Curitiba: Sala de Aula Criminal, 2017.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CORDERO, Franco. **Guida ala procedura penale**. Torino: Utet, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coordenador). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos de processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the Brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Lei anticrime: a (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório?**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 17 mar. 2022.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. **A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência**: uma análise à luz da efetividade dos direitos penal e processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PINTO, Humberto Cardoso; DIAS, Eduardo Rocha; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Hermenêutica, garantismo e presunção do estado de inocência relativizado: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a partir do Habeas Corpus n. 126.292-SP. **Prim@Facies**, João Pessoa, v. 18, n. 37, p. 01-38, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/39762>. Acesso em: 17 mar. 2022. Acesso em: 31 jan. 2022.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. A superação dos sistemas inquisitório e acusatório com exigência do devido processo legal substancial. *In*: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. (Coord.). **Processo Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Prison In Second Instance: A Persisting Legal Insecurity

Edson Luiz Facchi Junior

André Peixoto de Souza

Abstract: The present work aims to discuss the immediate execution of the penalty in the second instance, analyzing the judgment of Direct Actions of Constitutionality 43, 44 and 54. Through the judgment, the defendant can only serve the sentence when all contesting means are exhausted, modifying, once again, the previous understanding, from 2016, which provided for the possibility of executing the penalty after conviction in the second instance. The Federal Constitution establishes as a permanent clause the principle of presumption of innocence in its article 5, item LVII, in which imprisonment is only possible after the final and unappealable decision of the criminal sentence. Through bibliographical research and the inductive method, the study of the subject will be analyzed, allied to a legal uncertainty that the not rare changes of understanding by the STF bring to the legal system. The analysis begins with the current criminal procedural system, continuing with the principle of presumption of innocence. The article also discusses the immediate execution of the penalty in the Jury Court, under the new Law No. 13.964/2019. Finally, we seek to analyze the judgment of ADC's 43, 44 and 54, which changed, finally, the understanding of the STF, judging article 283 of the Code of Criminal Procedure as constitutional.

Keywords: Federal Court of Justice; Presumption of Innocence; Transit in Judged.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n47.60747>


Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)



A Suscitação De Falsas Memórias Pela Família E A Relativização Da Dignidade Humana: Reflexos Da Crise Ética Contemporânea?


Juliani Bruna Leite Silva *

Centro Universitário Cesumar de Maringá, Programa de Pós-Graduação em Direito, Maringá-PR, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0003-3723-0486>

Marcus Geandré **

Centro Universitário Cesumar de Maringá, Programa de Pós-Graduação em Direito, Maringá-PR, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0001-7731-5957>

Resumo: O fenômeno das falsas memórias corresponde à recordação de circunstâncias que jamais ocorreram. O organismo familiar, por sua vez, pode valer-se dele para implantar eventos irreais contra o Direito da Personalidade à integridade psíquica de seus membros a fim de exercer controle ou provocar danos. Neste sentido, o propósito da presente pesquisa consiste em averiguar se a crise ética contemporânea contribui para a suscitação de memórias falsas pela família e, conseqüentemente, para a ofensa do valor máximo do sistema jurídico: a dignidade da pessoa humana. Para tanto, por meio da pesquisa interdisciplinar de natureza básica e de viés qualitativo, utiliza-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa por documentação indireta, por intermédio da pesquisa documental e bibliográfica. Assim, é possível compreender a ruptura ética existente nas relações familiares e, a partir daí, entender o seu papel na sugestão de memórias e na relativização da dignidade humana.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana; Direitos da Personalidade; Ética Pós-Moderna; Fenômeno das Falsas Memórias.

* Mestra em Ciências Jurídicas junto ao Programa de Pós-Graduação (PPGCJ) da Universidade UniCesumar. Integrante do Grupo de Pesquisa "Proteção Integral da Pessoa: Interações dos Direitos Humanos, dos Direitos Fundamentais e dos Direitos da Personalidade". E-mail: julianibruna@hotmail.com

** Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar (UniCesumar). E-mail: marcus.geandre@gmail.com



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n47.62560>

A Suscitação De Falsas Memórias Pela Família E A Relativização Da Dignidade Humana: Reflexos Da Crise Ética Contemporânea?

Juliani Bruna Leite Silva

Marcus Geandré Nakano Ramiro¹

1 INTRODUÇÃO

O ser humano encontra na ambiência familiar a criação do primeiro elo afetivo. Nesse sentido, a vida em família promove muito além do amparo, do cuidado e da proteção, proporciona também a salvaguarda e o respeito à dignidade humana de seus integrantes. É no seio familiar que a existência digna dos sujeitos alcança os parâmetros necessários ao desenvolvimento adequado. A humanidade, no entanto, tem convivido com uma verdadeira crise de fundamentos e valores éticos, e, de modo consequente, todas as suas esferas têm sentido as repercussões negativas dessa ruptura ética, inclusive a família.

Ao passo que o próprio organismo familiar passa a agir de forma contrária aos seus ideais e promover danos contra os seus integrantes, surge um amplo cenário no qual o descomprometimento ético revela-se como um desvalor entranhado no âmago da família e que vem sendo ainda mais propagado na contemporaneidade. A suscitação de falsas

¹ Pesquisador bolsista na modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI).

memórias² pela entidade familiar evidencia essa circunstância ao colocar em xeque as fissuras de sua atuação ao se valer da falibilidade da memória humana para gerar lesões de diversas ordens, sobretudo, psíquicas.

Por isso, a presente pesquisa se propõe a investigar a seguinte problemática: A crise ética contemporânea propicia conjunturas que favorecem a suscitação de memórias falsas no contexto familiar e, de igual modo, a relativização da dignidade da pessoa humana e a ofensa de Direitos Personalíssimos? Em relação as hipóteses da pesquisa, são estabelecidas as seguintes: a) A crise de valores vivenciada pela sociedade, oportuniza repercussões na esfera familiar; b) Com a ruptura ética nos vínculos afetivo-familiares, a sugestão de memórias irreais encontra condições propícias de manifestação; e c) A referida conjuntura ocasiona contextos de desvalorização da dignidade humana e atentado aos direitos de natureza personalíssima.

Constam como objetivos de pesquisa analisar, em um primeiro momento, as famílias e o seu papel desempenhado em prol da evolução humana, para em seguida investigar como a ruptura ética afeta as suas relações. Em um segundo momento, sob a luz de um viés interdisciplinar, intenta-se averiguar o que são as falsas memórias e como se dá o seu processo de formação e materialização na ambiência familiar. Por fim, busca-se elucidar a violação à dignidade humana e aos Direitos da Personalidade.

Para tanto, por meio de um enfoque qualitativo baseado na análise, interpretação e descrição críticas, utiliza-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa por documentação indireta e, mediante a pesquisa bibliográfica e documental em fontes secundárias, tem-se um aporte teórico sobre as premissas que abordam a temática a partir de obras, artigos encontrados em plataformas como EBSCOhost, Google Acadêmico,

² Convém esclarecer que os termos “fenômeno das falsas memórias”, “falsas memórias”, “memórias falsas”, “memórias irreais”, dentre outros, serão utilizados como sinônimos ao longo do desenvolvimento da pesquisa. Frisa-se que, conforme a utilização dos termos se dá na esfera científica que se dedica ao tema, será reproduzida na presente pesquisa.

Scientific Electronic Library (SciELO), Portal de Periódicos CAPES e legislação.

2 AS RELAÇÕES FAMILIARES DIANTE DA RUPTURA ÉTICA

A partir das inúmeras transformações ocorridas no Direito das Famílias, as entidades familiares passaram a ter fundamento em valores focados no aspecto existencial e na própria dignidade humana. Por outro lado, a humanidade enfrenta um sério descompromisso ético que produz efeitos negativos até mesmo na seara familiar. Por isso, este tópico é dedicado ao assunto.

É sabido que a Constituição Federal de 1988 promoveu grande revolução no cosmo jurídico e social. Nessa senda, o Direito das Famílias em muito ganhou a partir do processo de constitucionalização pelo qual passou, tanto é que no artigo 226 da Constituição Federal de 1988 consta ser a organização familiar um dos sustentáculos do corpo social. É certo que isso se dá pela indiscutível influência que a família exerce na vida de seus membros, haja vista que é em sede familiar em que ocorrerão os fatos mais elementares da vida humana (MORAES, 2019, p. 6).

O paradigma no qual a família está matizada explica a sua atual função, ou seja, a de comunhão de vida afetiva, de maneira tal que enquanto esta houver, a família também haverá, a partir da união de laços de liberdade e responsabilidade, consolidada na colaboração, na simetria e no propósito comum (LÔBO, 2021, p. 8). Assim, não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas sim a família e o casamento que existem para o desenvolvimento pessoal dos sujeitos (FACHIN, 1999, p. 291).

A família deve ter por finalidade a proteção física e psíquica de seus membros. A ajuda do outro é elemento primordial frente ao desamparo inerente ao homem, considerando que os seres humanos

“[...] agregam à dependência biológica a dependência psíquica, fator essencial de sua constituição física e mental. O ser humano se funda nos relacionamentos familiares e nas formas de convivência” (GROENINGA, 2011, p. 35).

Com isso, é possível notar que a organização familiar tem hoje um caráter instrumental. Em outras palavras, cabe às famílias a atuação consentânea no tocante a desenvolvimento pessoal daqueles que dela são parte, apoiada na proteção emocional, física, material e psíquica, e tendo como bússola o afeto, a busca pelo bem, pela responsabilidade e pela solidariedade. É de se considerar, no entanto, que muito embora seja essa a atribuição inerente às famílias e elas possuam sublime reconhecimento, o desarranjo ético vivenciado pelo corpo social é tamanho a ponto de até mesmo os próprios entes familiares se voltarem uns contra os outros.

Conforme a ética aristotélica, todas as coisas estão inclinadas para o bem. Nessa senda, “Admite-se geralmente que toda arte e toda investigação, assim como toda ação e toda escolha, têm em mira um bem qualquer; e por isso foi dito, com muito acerto, que o bem é aquilo a que todas as coisas tendem” (ARISTÓTELES, 1991, n.p). O bem, aqui, está representado na felicidade enquanto algo absoluto, autossuficiente e como a finalidade da ação.

Como toda a ciência prática, a ética também tem a atribuição de determinar a essência do fim a ser atingido, assim como a natureza do agente, das ações e dos meios de realização dessas ações, isto é, tem o dever de definir a felicidade, tal como a natureza humana enquanto *ethos* e as virtudes. O bem ético faz parte do gênero da vida excelente e a felicidade consiste na vida plenamente realizada em sua excelência máxima (CHAUI, 2018, p. 596).

Para Immanuel Kant existem três expressões do princípio da moralidade, dentre elas, a do imperativo categórico, segundo o qual a motivação do agir humano deve levar em consideração a premissa: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (KANT, 2017, p. 62). O imperativo categórico representa uma renúncia de interesse em fins

externos, cuja origem se dá pela vontade do querer pautada em um dever que é entendido como uma lei universal (DAGIOS, 2017, p. 134).

Naquilo que toca os fins das ações éticas, tem-se que todas as éticas – eudemônicas, intelectuais, espirituais, do dever, entre outras – sempre elegem “o melhor” como a finalidade do comportamento, de maneira a assumir o que é melhor para a ação humana e, após ser eleita, a trilha e as orientações que devem ser seguidas. Logo, existe plena liberdade de opção ética (BITTAR, 2018, p. 51-52).

O grande descompasso surge, no entanto, com a conjuntura que evidencia o factual. Em outros termos, a despeito do bem ético servir como o rumo das ações humanas, a contemporaneidade trouxe um impetuoso descompromisso humano em relação à Ética, ao passo de ser possível testemunhar a ruptura de valores nas relações humanas.

O sentimento dessa crise manifesta-se pela linguagem cotidiana, na lamentação pelo desaparecimento do dever ser, do decoro, assim como da compostura nos comportamentos individuais. Os valores modernistas da funcionalidade, do planejamento e da permanência não têm mais validade e as relações pessoais e sociais têm a rapidez vertiginosa do *fast food* (CHAUI, 2007, p. 488-490).

Em sua obra *Ética pós-moderna*, Zygmunt Bauman reflete sobre como o afrouxamento da tradição e a pluralidade da autonomia de homens e mulheres alteraram, de modo gradual, a Ética tradicional. Nesse sentido, a vinda do pluralismo, ao quebrar o molde tradicional e afrouxar o domínio do monopólio ético eclesial foi celebrado por uma minoria, tornando-se notável o efeito emancipatório do pluralismo (BAUMAN, 1999, p. 29-30).

A pós-modernidade trouxe “[...] a vontade da desconstrução da ética tradicional, uma vez que esta, sacralizada, moralista, patriarcal acreditava-se sem sentido e necessitada de uma nova roupagem” (RAMIRO, 2020, p. 203). Daí, surgem dois problemas: o primeiro voltado para o descrédito da ética tradicional por meio do esquecimento de suas origens, do comodismo de gerações em não mais

conectar o comportamento à compreensão de suas ações e sim ao legalismo sem causa.

Já o segundo problema centra-se no fato de que, apesar do apego excessivo aos cânones da ética tradicional, que gerava um cegamento a criticidade necessária ao desenvolvimento humano, àquela ética funcionava como uma espécie de muro que protegia a humanidade contra a sua própria degradação. Sem dúvidas, um muro que necessitava de reformas, mas que foi sendo desconstruído aos poucos pela sociedade que ainda não conseguiu reerguê-lo para a consecução de seu objetivo principal, ou seja, a dignidade de vida dos seus integrantes (RAMIRO, 2020 p. 204).

Com o esvaziamento do lugar que era da ética tradicional, os desvalores passaram a ocupá-lo; desvalores que incluem, inclusive, as relações humanas, sociais e familiares, ao passo que manifestam circunstâncias como a indiferença pelo outro e desaparecimento do valor pelo coletivo; niilismo em relação a direção e orientação da vida e dos valores; justificção do irracional e aceitação da incontinência; fragilização das estruturas familiares, bem como dos relacionamentos humanos e banalização da personalidade humana a partir de atentados perpetrados nas diversas esferas em que se manifesta (BITTAR, 2018, p. 88-89).

A incompreensão impera nas relações humanas e faz estragos nas famílias e o egocentrismo estimula as incompreensões entre indivíduos entre crianças, pais, irmãos e irmãs. Pela falta de amor, o reconhecimento das qualidades do outro é impedido; pelo excesso de amor, o reconhecimento da autonomia do outro também é impelido pelo ciúme. A falta de compreensão gera a vontade de prejudicar e o cosmo humano é cheio de buracos dessas incompreensões, do qual nascem o desgosto, o desprezo, a indiferença, a indignação e o ódio (MORIN, 2004, p. 109-111).

Na atualidade, o grande desafio do organismo familiar é efetivar os direitos que já foram conquistados e garantidos, é propiciar a devida proteção à dignidade humana na ambiência familiar; é, sobretudo, identificar os caminhos que devem ser seguidos em busca da garantia

dos objetivos almejados, a fim de que as consequências da crise ética sejam minimizados na ambiência familiar. Nessa linha de ideais, Cristiano Chaves de Farias (2004, p. 5) concebe que:

[...] não é mais o de reconhecer os novos modelos familiares, mas sim, protegê-los. Não se trata mais de conceber a existência, ou não, de novos modelos de grupos familiares [...]. A grande questão que se nos afigura é a proteção a ser conferida aos novos modelos familiares e, por via oblíqua, aos cidadãos. A proteção ao núcleo familiar tem como ponto de partida e de chegada a tutela da própria pessoa humana, sendo descabida (e inconstitucional!) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem, sob o pretexto de garantir proteção à família.

A família vive sob um paralelismo entre o ideal – o pleno exercício de sua função instrumental em busca do desenvolvimento pessoal de seus integrantes, baseadas em valores como afeto, cuidado, proteção e responsabilidade – e o desarranjo ético da pós-modernidade, que propicia repercussões negativas às relações familiares, afastando-a da busca pelo bem e cedendo espaço aos desvalores.

3 A SUSCITAÇÃO DE FALSAS MEMÓRIAS NO CONTEXTO FAMILIAR

Neste ponto da pesquisa, cabe explorar as premissas advindas da Neurociência e da Psicologia Cognitiva a fim de que a memória e o seu real funcionamento sejam compreendidos, considerando que o fenômeno das memórias falsas tem origem em sua natureza falível e imperfeita. Dessa maneira, este tópico é dedicado ao estudo da memória humana, bem como do fenômeno das memórias irreais e de sua manifestação no ambiente familiar.

Por intermédio de uma simples pesquisa pelo significado do termo “memória” no dicionário, é possível assimilar previamente do que se trata esse componente essencial à vida humana. Nesse sentido,

tem-se a definição que a considera como a faculdade que conserva e lembra conhecimentos, experiências, ideais, imagens e impressões adquiridos no passado, assim como a habilidade de acessar tais informações na mente (MICHAELIS, online, 2021).

A complexidade e a importância são duas dentre as várias características pertencentes à memória e, justamente por isso, ela corresponde a uma das funções neuropsicológicas mais exploradas por estudos de inúmeras áreas do conhecimento (ABREU; RIVERO; COUTINHO; BUENO, 2014, p. 104). A sua relevância está intimamente atrelada à sua responsabilidade pela identidade pessoal e por guiar o dia a dia, seja em maior ou em menor grau, além de se relacionar com outras atividades corticais igualmente importantes, como é o caso do aprendizado e da execução de tarefas (MOURÃO JÚNIOR; FARIA, 2015, p. 780-781).

Em verdade, a memória pode ser compreendida como um processo que possui diversos estágios e, dentre eles estão algumas fases importantes, tais como a aquisição, a consolidação e a recuperação (OLIVEIRA; BIZARRO, 2007, p. 62). Em outros termos, a memória consiste no processo por meio do qual o ser humano adquire informações, em sequência as consolida na mente e, posteriormente as recupera.

Apesar de inexistir exatidão quanto as fases pelas quais se dão a formação de uma memória, os psicólogos cognitivos elencam, no mínimo, três etapas comuns do seu processamento, são elas: a) codificação: nesta etapa há a transformação de um dado físico e sensorial em uma representação; b) armazenagem: aqui, o que existe é a retenção da informação codificada na memória; e c) recuperação: neste ponto, há o acesso à informação que fora armazenada (STERNBERG, 2008 p. 190).

Mas, conforme disciplina António Damásio (2001, p. 118), as imagens recebidas não são conservadas como uma fotografia fac-similar, levando em consideração que o cérebro não realiza esse arquivamento dado o volume de conhecimento adquirido; caso esse arquivamento ocorresse, complicações insuperáveis de capacidade

surgiriam. A recordação de dado evento não implica a sua reprodução exata na mente, resulta, na realidade, em uma interpretação de modo que há uma versão reformulada do original.

E se por um lado a memória pessoal e coletiva abandona o trivial, por outro, ela pode agregar fatos irreais. Ao longo do tempo, é natural perder aquilo que não interessa e também, incorporar mentiras e variantes (IZQUIERDO, 2018, p. 8). Nesse panorama, conforme destacam Carlos Alberto Mourão Júnior e Nicole Costa Faria (2015, p. 781) citando Kandel, Schwartz, Jessell, Siegelbaum e Hudspeth (2013) o armazenamento se dá graças à chamada neuroplasticidade, ou seja, a capacidade cerebral de transformação diante de estímulos do ambiente. Disso, é possível compreender que as informações são armazenadas em regiões difusas do cérebro e envolvem redes de neurônios que se modificam para armazenar as informações.

Em *The Seven Sins of Memory* (Os sete pecados capitais da memória), Daniel Schacter discorre sobre uma série de erros nos quais a memória pode incorrer, dentre eles está a sugestionabilidade. Nesse sentido, memórias ilusórias podem ser formadas como resposta aos estímulos externos – sugestões – que são dados no momento em que uma pessoa tenta recordar dada experiência que pode ou não ter ocorrido (SCHACTER, 1999, p. 191, tradução livre)³. É de se reconhecer, dessa forma, que embora muitas das vezes seja confiável, a memória humana também pode ser falível (SCHACTER, 1999, p. 182, tradução livre)⁴; ela é um mecanismo plenamente sujeito a imperfeições e limitações, tanto é que o ser humano esquece determinados fatos.

Além do esquecimento, existe uma outra categoria de erros que evidencia o fato de a memória não ser perfeita e livre de vícios. Esses erros são a lembrança errônea de eventos que não existiram ou a

³ No original: “[...] such illusory memories may also occur in response to suggestions that are made when one is attempting to recall an experience that may or may not have occurred”.

⁴ No original: “Though often reliable, human memory is also fallible”.

recordação distinta de como aconteceu originalmente. São falhas de distorção da memória denominadas como falsas memórias (GAUER, 2007, p. 165). Exemplifica-se: uma determinada pessoa recorda o exato momento em que sofreu um acidente doméstico, quando, na verdade, tal circunstância jamais ocorreu. Todavia, por ter a lembrança fixada em sua mente, esse indivíduo passa a afirmar a ocorrência da conjuntura.

Quando se fala em falsas memórias, é sempre importante observar que o fenômeno em questão diferencia-se da mentira. Em sendo caso de invenção deliberada, o sujeito tem consciência reflexiva de que alega algo que não é verdadeiro, assim como possui uma intencionalidade naquele comportamento. Nas falsas memórias, no entanto, o indivíduo não possui condições de perceber que não vivenciou a situação recordada, de forma que a relata como se tivesse vivido (SILVA, 2015, p. 38).

As falsas memórias podem ser: a) naturais/endógenas: neste caso, o surgimento se dá de forma natural a partir do processo normal de distorções mnemônicas endógenas (STEIN; PERGHER, 2001, p. 354); e b) sugeridas/exógenas: ocorre por intermédio de uma sugestão externa ao indivíduo, seja de forma acidental ou deliberada (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010, p. 26).

Em se tratando das memórias falsas sugeridas, há uma instigação dirigida à pessoa que incorpora a lembrança falsa, que frente ao estudo, o referido estímulo advém da entidade familiar. Nessa perspectiva, a família ao se valer da falibilidade da memória humana – mesmo sem ter o real entendimento a respeito do assunto – forja lembranças irreais em desfavor do aspecto psíquico e emocional de seus membros.

Identifica-se, assim, três contextos familiares nos quais a suscitação de memórias irreais pode surgir. O primeiro deles diz respeito à utilização do referido fenômeno para praticar violência psicológica tão somente para produzir danos; assim, há uma implantação de desinformação na mente humana, comprometendo-a para pior em razão de informações falsas e enganosas (LOFTUS, 2005,

p. 361, tradução livre)⁵. Nesse caso, o intuito é prejudicar especificamente o membro da família que incorpora as memórias falsas.

A segunda circunstância concerne ao processo de alienação parental ou familiar que, em regra, é dirigido contra crianças e adolescentes. Assim sendo, a partir da solidificação e da formação de impressões, fatos e sensações inverídicas, são geradas a confusão na mente e a invasão na memória de indivíduos (ANDRADE; ALVES, 2014, p. 184). Nesse caso, um familiar fabrica eventos irreais contra o aspecto psíquico de outro para atingir um terceiro integrante da família.

Já a terceira conjuntura – a mais grave e que também faz das crianças e dos adolescentes as principais vítimas –, corresponde à manipulação de memórias com o intuito de motivar lembranças irreais de violência sexual. Com efeito, há uma verdadeira simbiose emocional ao passo que a pessoa que associa a lembrança falsa não consegue enxergar além daquilo que é sugerido (ARAÚJO, 2013, p. 209). Assim, são fornecidas as condições necessárias à uma falsa acusação de abuso sexual e diversos eventos que jamais ocorreram são suscitados por um familiar contra a psique de outro, cujo objetivo também é afetar uma terceira pessoa da família, podendo desaguar na esfera criminal e, conseqüentemente, acarretar a condenação de um inocente.

Percebe-se, desse modo, que a falibilidade da memória humana viabiliza a sugestão de falsas memórias e, ao atuar em conjunto com a desconsideração do agir ético e do culto dos valores pela entidade familiar, acaba por gerar repercussões negativas nas relações afetivo-familiares, servindo como instrumento de opressão e constrangimento psicológico.

⁵ No original: “*The misinformation effect refers to the impairment in memory for the past that arises after exposure to misleading information*”; “*The misinformation effect is the name given to the change (usually for the worse) in reporting that arises after receipt of misleading information*”.

4 DA RELATIVIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA À VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Com a manipulação de memórias dirigida à ofensa psicológica, à execução de atos de alienamento parental ou familiar e à propiciação de uma falsa acusação de violência sexual, o organismo familiar atua de forma contrária aos seus ideais e produz prejuízos contra si mesmo ao relativizar a dignidade humana e violar os componentes essenciais ao desenvolvimento da personalidade de seus membros, pontos sobre os quais este último tópico discorre.

Consagrada no artigo 1º e inciso III, da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana representa um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988, online). No que concerne a sua natureza, Edgar Morin (2007, p. 99) pontua que o termo “dignidade” humana tem sentido quando há obediência quanto a própria honra e o respeito da honra dos outros, assim, “lealdade e honestidade são qualidades simultaneamente para si (honra) e para os outros. A ética para si, no sentido em que comporta lealdade, honra e responsabilidade, conduz à ética para outro”.

Conforme pondera Ingo Sarlet (2006, p. 60) por dignidade da pessoa humana entende-se a qualidade pertencente a cada pessoa que a torna singular e merecedora de respeito por parte do Estado e da sociedade, implicando uma série de direitos e deveres fundamentais que a assegure contra atos degradantes e desumanos. Sarlet destaca ainda, que:

[...] venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Percebe-se, dessa maneira, que a suscitação de falsas memórias pela família afronta diretamente a dignidade humana do indivíduo que tem anexada uma lembrança forjada em seu complexo neurológico. A

prática tem em si cunho degradante e desumano, como também relativiza as condições mínimas de uma existência saudável e acaba por impossibilitar a participação ativa desses sujeitos em suas próprias trajetórias afetivas, considerando que há uma imposição de circunstâncias inverídicas que influenciam o seu comportamento.

A dignidade da pessoa humana diz respeito ao direito que garante o desenvolvimento físico e psíquico, baseado no respeito à vida e à liberdade (FERMENTÃO, 2016, p. 889) e que encontra no ambiente familiar o solo adequado para o seu enraizamento e desenvolvimento. Daí a “[...] ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independente da sua espécie” (GAMA, 2001, p. 85).

Enquanto um macro princípio, a dignidade humana também é considerada como o centro sob o qual são irradiados os demais princípios e valores essenciais (PEREIRA, 2016, p. 112). Nas relações jurídicas, ela prioriza a pessoa em sua personalidade, assim como em seu livre desenvolvimento (LACERDA, 2010, p. 94). Logo, atua como a base dos direitos personalíssimos.

São direitos que se exprimem como um limitador da atuação do Poder Público, bem como dos particulares e conferem à pessoa um espaço específico à sua livre evolução pessoal; eles dizem respeito aos Direitos Fundamentais que devem ser respeitados enquanto um conteúdo mínimo destinado a existência da pessoa humana (LACERDA, 2010, p. 106). Alguns desses direitos estão disciplinados, em rol meramente exemplificativo, nos artigos 11 ao 21 do Código Civil,

tais como: a integridade física⁶, o corpo⁷, o nome⁸, a imagem⁹ e a vida privada¹⁰ (BRASIL, online, 2002).

Em relação ao Direito da Personalidade à integridade física, tem-se que a sua abrangência compreenda também o direito personalíssimo à integridade psíquica que se destina à preservação do conjunto psicoafetivo e pensante do ser humano e ao resguardo dos componentes que identificam a estrutura interna do sujeito e que norteiam a ação humana, ou seja, os elementos da mente, de tal forma que se opõe a todo meio externo, humano e técnico, propenso a alterar a mente de outro ou a inibir a sua vontade (BITTAR, 2015, p. 182-183).

A memória é parte do conjunto mental do homem e, como função neurológica, atua dando suporte ao agir humano, como anteriormente visto. Dentro desse panorama de ideais, é possível notar que, não obstante que demais direitos de natureza personalíssima também sejam afetados, a integridade psíquica é, sem dúvidas, o direito mais violado com a prática de sugestão de falsas memórias e por ser um recurso nocivo, não somente viola a dignidade humana, como também produz indignidade.

⁶ Art. 13: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Parágrafo único: “O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial” (BRASIL, online, 2002).

⁷ Art. 14: “É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”. Parágrafo único: “O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo”. Art. 15: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica” (BRASIL, online, 2002).

⁸ Art. 16: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. Art. 17: “O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória”. Art. 18: “Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial”. Art. 19: “O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome” (BRASIL, online, 2002).

⁹ Art. 20: “Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais” (BRASIL, online, 2002).

¹⁰ Art. 21: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (BRASIL, online, 2002).

Giselda Hironaka (2008, p. 161) ao tratar da indignidade no contexto familiar entende que:

[...] parece ser justo afirmar: enquanto a dignidade é um valor (e um valor intrínseco e imutável), a indignidade é uma prática (e uma prática aviltante e violenta). Logo: dignidade e indignidade não são concepções contrárias, porque não são congêneres. Se assim é, eis uma tentativa de conceito jurídico do que seja indignidade [...] **no Direito de Família, a indignidade é uma ofensa violenta que deliberadamente visa destruir a relação familiar a partir da destruição do outro nesta relação.** Vale dizer: onde houver interesse em destruir o outro na relação familiar, a própria relação familiar se tornará inviabilizada (grifo nosso).

Ainda, é importante considerar que a indignidade não consiste no uso qualquer de uma força, seja ela afetiva ou física. A produção de indignidades pela família, com efeito, faz-se no uso violento de uma força apta à destruição ou ao enfraquecimento do outro (HIRONAKA, 2008, p. 162). Nessa tônica, é certo que a manipulação psicológica por falsas memórias tem plena capacidade de não só reduzir o homem, como também de propiciar o seu aniquilamento.

A inteireza psicológica é elemento fundamental para uma vida digna, constitui uma parcela mínima da vivência sadia. É possível notar, no entanto, que a implantação de memórias falsas na ambiência familiar atinge a incolumidade psíquica e, conseqüentemente, relativiza a dignidade humana ao produzir um verdadeiro manancial de indignidades, isso porque um ente busca prejudicar outro por meio de uma intromissão psicológica, precisamente por haver a imposição de recordações falsas.

5 CONCLUSÃO

Esta pesquisa apresentou em sua introdução a gênese de toda investigação científica, isto é, a problemática, que frente ao assunto tematizado é simbolizada pela indagação que coloca a crise ética

contemporânea como conjuntura que favorece ou não a implantação de falsas memórias na família e, assim, relativiza a dignidade humana e ofende os Direitos da Personalidade. Portanto, por meio das análises e das averiguações realizadas, é possível validar as hipóteses levantadas e concluir que:

A humanidade tem vivido um descompromisso ético em todas as suas esferas. Com isso, refletir sobre as condutas humanas, questionar os próprios atos e desejos, lutar pela prevalência do altruísmo ao invés do egocentrismo, levar em consideração a busca pelo bem e pelo melhor, pensar no próximo enquanto merecedor de apoio, respeito e solidariedade e enfim, ter responsabilidade individual e social, são questões desconsideradas e desvalorizadas.

O cenário torna-se ainda mais grave quando o desarranjo ético parte das famílias e, a partir disso, há uma perpetração de danos contra os seus próprios membros. Nesse campo de ideias, é possível majorar a complexidade da conjuntura ao observar que alguns desses danos são direcionados contra o aspecto psíquico da pessoa humana, o que ocorre, precisamente, na sugestão de falsas memórias em ambiência familiar e que constitui uma triste e comum realidade prejudicial às relações afetivo-familiares.

O problema é delicado por surgir a partir de um fenômeno biológico, estar ancorado na falibilidade da memória humana e ter plena capacidade de se materializar no ambiente de maior relevância ao ser humano: a família. Assim, a sugestão de lembranças falsas na perpetração de violência psicológica, no processo de alienamento parental ou familiar e nos casos de falsa acusação de violência sexual, prejudica o desenvolvimento psíquico por haver uma intromissão tão drástica e violenta no conjunto mental a ponto de indivíduos serem levados a relembrar situações que jamais existiram.

Por fim, conclui-se então, que quando as famílias praticam atos de implantação de memórias falsas, ofendem e relativizam a dignidade humana de seus membros e violam, totalmente, os seus Direitos da Personalidade, em especial, o direito à integridade psíquica devido ao nível de interferência emocional, mental e psicológica que é

ocasionada e que, por vezes, pode engendrar efeitos irreversíveis. Com isso, destaca-se a necessidade e a urgência de tratamento adequado que o tema reclama, a fim de que o aspecto psíquico humano seja devidamente respeitado e sejam cessadas as práticas de suscitação de falsas memórias na ambiência familiar.

Data de Submissão: 17/03/2022

Data de Aprovação: 16/06/2022

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Arapújo

Assistente Editorial: Jadgleison Rocha

REFERÊNCIAS

ABREU, Neander; RIVERO, Thiago S.; COUTINHO, Gabriel.
BUENO, Orlando F. A. Neuropsicologia da aprendizagem e memória.
*In: FUENTES, Daniel (Org.) et al. **Neuropsicologia**. 2. ed. Porto alegre: Artmed, 2014.*

ANDRADE, Lourrana L. G. de; ALVES, Cíntia M. A implantação de falsas memórias no processo de alienação parental e suas possíveis consequências para as crianças. **Revista Perquirere**, n.11, v.1, p.182-197, jul., 2014. Disponível em:
<https://revistas.unipam.edu.br/index.php/perquirere/issue/view/103>. Acesso em: 18 fev. 2022.

ARAÚJO, Sandra Maria Baccara. O genitor alienador e as falsas acusações de abuso sexual. *In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e alienação parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.*

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerb Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1998.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 5 out. 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 27 fev. 2022.

CHAUI, Marilena. **Introdução à história da filosofia: Dos pré-socráticos a Aristóteles**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

CHAUI, Marilena. Público, privado e despotismo. *In*: NOVAES, Adauto (Org.). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

DAGIOS, Magnus. O imperativo categórico kantiano e a dignidade da pessoa humana. **Revista opinião filosófica**, Porto Alegre, v.8, n.01, p.131-144, 2017. Disponível em:

<https://opiniaofilosofica.org/index.php/opiniaofilosofica/article/view/732>. Acesso em: 5 mar. 2022.

DAMÁSIO, António R. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família: Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. **Revista de Direito Privado**, v.19, jul./set., 2004.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Análise filosófica sobre o princípio da dignidade humana como uma nova teoria de justiça. **Revista Jurídica Cesumar**, v.16, n.3, p.877-896, set./dez., 2016. Disponível em:

<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5211>. Acesso em: 15 fev. 2022.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Das relações de parentesco. *In*: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA; Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo código civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GAUER, Gustavo. Falsas memórias. *In*: OLIVEIRA, Alcyr Alves (Org). **Memória**: Cognição e comportamento. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência entre pais e filhos**: Análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de seus relações no Poder Judiciário. 2011. 280 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A indignidade como causa de escusabilidade do dever de alimentar. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Família e solidariedade. **Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008.

IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Grupo Almedina, 2017.

LACERDA, Dennis Otte. **Direitos da Personalidade na contemporaneidade**: A repactuação semântica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: Famílias. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOFTUS, Elizabeth F. *Planting misinformation in the human mind: a 30-year investigation of the malleability of memory*. **Learning & Memory**, v. 12, n. 4, p. 361-366, 2005. Disponível em: <http://learnmem.cshlp.org/content/12/4/361>. Acesso em: 10 fev. 2022.

MEMÓRIA. *In*: MICHAELIS, **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/mem%C3%B3ria/>. Acesso em: 19 fev. 2022.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade Civil dos pais na Reprodução Humana Assistida**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MORIN, Edgar. **O método 6: Ética**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

MOURÃO JÚNIOR, Carlos Alberto; FARIA, Nicole Costa. Memória. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, v.28, n.4, p.780-788, Out./Dez., 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/prc/a/kpHrP364B3x94KcHpCkVkQM/?format=html>. Acesso em: 20 fev. 2022.

NEUFELD, C. B; BRUST, P. G.; STEIN, L. M. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. *In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.). Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

OLIVEIRA, Alcyr; BIZARRO, Lisiane. A pesquisa sobre a memória através de modelos experimentais. *In: OLIVEIRA, Alcyr Alves (Org). Memória: Cognição e comportamento*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

RAMIRO, Marcus Geandré Nakano. Considerações sobre justiça na pós-modernidade. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, v.6, n.1, p.194-207, 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/6713>. Acesso em: 8 mar. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHACTER, Daniel. *The Seven Sins of Memory: Insights From Psychology and Cognitive Neuroscience*. **American Psychologist**, v.54, n.3, p.182-203, mar., 1999.

SILVA, Carmésia Virgínia Mesquita e. Ofensa sexual e pseudo-ofensa sexual: a falsa denúncia estratégia utilizada por pais alienadores nas famílias em processo de separação e divórcio. *In: NETO, Álvaro de Oliveira; QUEIROZ, Maria Emília Miranda de; CALÇADA, Andreia (Org.), SOUSA, Maria Quitéria Lustosa de (Coord.). Alienação parental e família contemporânea: um estudo psicossocial*. Recife: FBV/Devry, 2015.

STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, v.14, n.2, p. 353-366, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102->

79722001000200010&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 9 fev. 2021.

STERNBERG, Robert J. **Psicologia Cognitiva**. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2008.

The Suscitation Of False Memories By The Family And The Relativization Of Human Dignity: Reflections Of The Contemporary Ethical Crisis?

Juliani Bruna Leite Silva

Marcus Geandré Nakano Ramiro

Abstract: The phenomenon of false memories corresponds to the recalling of circumstances that never occurred. The family organism, in turn, may use it to implant unreal events against the Personality Right to psychic integrity of its members in order to exercise control or cause damage. In this sense, the purpose of this research is to investigate whether the contemporary ethical crisis contributes to the arousal of false memories by the family and, consequently, to the offense of the highest value of the legal system: the dignity of the human person. To do so, by means of interdisciplinary research of a basic nature and qualitative bias, the hypothetical-deductive approach method is used and the research technique by indirect documentation, through documentary and bibliographical research. Thus, it is possible to understand the ethical rupture existing in family relationships and, from there, to understand its role in the suggestion of memories and in the relativization of human dignity.

Keywords: Dignity of the Human Person; Personality Rights; Postmodern Ethics; False Memories Phenomenon.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n47.62560>


Conteúdo sob licença *Creative Commons*: [Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) (CC BY-NC-ND 4.0)



Transformações Da Dicotomia Público E Privado: Da Revolução Francesa À Sociedade Da Informação


Ricardo Libel Waldman

Centro Universitário Faculdades Metropolitanas Unidas, Programa de Pós-Graduação em Direito da Sociedade da Informação, São Paulo-SP, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0002-8112-1263>

Camilla Albuquerque **

Centro Universitário Faculdades Metropolitanas Unidas, Programa de Pós-Graduação em Direito da Sociedade da Informação, São Paulo-SP, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0002-1250-1895>

Resumo: O presente trabalho teve por objetivo analisar a dicotomia das esferas pública e privada, analisando a construção e desconstrução destas na fluidez da Sociedade da Informação. Para tanto, optou-se por uma análise histórica, utilizando como referencial teórico principal o pensamento de Hannah Arendt. Primeiramente, foi feita uma breve conceituação acerca da definição das esferas pública e privada, analisando o tema de maneira contextualizada, tendo como marco inicial a Revolução Francesa; num segundo momento, a dicotomia foi estudada à luz das Revoluções Industriais, chegando, por fim, à sua análise no bojo da Sociedade da Informação. As especulações ora apresentadas não são exaustivas para situar os campos das esferas pública e privada na atualidade. No entanto, foi possível apontar, a título de conclusão, algumas boas experiências do uso das redes para discussão de temas da esfera pública, especialmente através do ativismo digital.

Palavras-chave: Dicotomia público e privado; Sociedade da Informação; Privacidade.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor e Coordenador do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Professor da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: ricardo.waldman@fmu.br

** Mestranda em Direito da Sociedade da Informação pela FMU. Delegada de Polícia Civil Assistente da 4ª Delegacia de Defesa da Mulher do Estado de São Paulo. E-mail: miiialbuquerque@gmail.com



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n46.59746>

Transformações Da Dicotomia Público E Privado: Da Revolução Francesa À Sociedade Da Informação

Ricardo Libel Waldman

Camilla Albuquerque

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a dicotomia das esferas pública e privada, analisando a construção e desconstrução destas na fluidez da Sociedade da Informação. Para tanto, optou-se por uma análise histórica, utilizando como referencial teórico principal o pensamento de Hannah Arendt.

Primeiramente, fez-se uma análise de como tal dicotomia teve lugar a partir da Revolução Francesa. Ganha destaque, neste ponto, a ascensão da ideologia iluminista e o domínio burguês.

Num segundo momento, foram estudadas as transformações da esfera pública e privada no curso das Revoluções Industriais. Especialmente a partir daí ganha maior relevância o pensamento arendtiano, que aponta a massificação do consumo como uma das causas para a cessação de reflexão humana.

Por fim, o tema foi finalmente avaliado sob o contexto da Sociedade da Informação, em que vige a contradição entre a tirania da visibilidade e a tentativa de preservação da privacidade. Neste ponto, foi verificada a fluidez de tais conceitos na Sociedade da Informação, sendo ressaltadas algumas boas experiências de ativismo digital,

especialmente no bojo da Revolução Egípcia e do Movimento 15 de Maio de 2011.

Sob a perspectiva metodológica, adotou-se o método dedutivo a partir da técnica descritiva. Foi realizada uma análise crítica do tema, sob uma perspectiva histórica e tendo por base a filosofia do direito.

A temática é atualíssima e demanda maior aprofundamento, de modo que as discussões ora promovidas não são exaustivas. No entanto, apontam para a necessidade de se repensar o tema, especialmente a partir do surgimento das redes, campos não estatais, mas nos quais não se pode deixar de reconhecer a presença de interesses da esfera pública.

2 REVOLUÇÃO FRANCESA: A DICOTOMIA DO PÚBLICO E DO PRIVADO

Para analisar o tema da dicotomia do público e privado na Sociedade da Informação, cumpre um breve esboço histórico acerca do tema. Como diz Nuria Cunill Grau, “o público no Estado não é um dado consumado, mas um processo de construção” (GRAU, 1998, p. 22). Assim, entender as transformações das esferas pública e privada ao longo da história, especialmente a partir do advento do Estado de Direito, é indispensável para que se compreenda com maior clareza a maneira como tais esferas se constroem e se dissolvem na atualidade.

Para tal desiderato, foi realizada uma opção metodológica, utilizando-se, essencialmente, dois marcos da Modernidade, quais sejam, a Revolução Francesa e as Revoluções Industriais, cujas análises se mostraram indispensáveis para a compreensão do tema em apreço.

Antes de adentrar o esboço histórico, no entanto, cumpre uma breve análise acerca daquilo que se entende, neste trabalho, como esfera pública e esfera privada. Acerca do tema Nuria Cunill Grau

aponta a existência de duas definições hodiernas da esfera pública. A primeira, vinculada ao pensamento arendtiano, entenderia o espaço público a partir da ação dialógica, refutando qualquer ação impositiva como pertencente ao espaço público. Adota-se o referencial da visibilidade, a partir da qual aquilo que é plural é enxergado em sua unicidade a depender da posição daquele que o observa (ARENDDT, 2020, p. 70-71):

[...] a realidade do domínio público depende da presença simultânea de inúmeros aspectos e perspectivas nos quais o mundo comum se apresenta e para os quais nenhuma medida ou denominador comum pode jamais ser concebido. Pois, embora o mundo comum seja o local de reunião de todos, os que estão presentes ocupam nele diferentes posições, e, assim como se dá com dois objetos, o lugar de um não pode coincidir com o de outro. A importância de ser visto e ouvido por outros provém do fato de que todos veem e ouvem de ângulos diferentes. É esse o significado da vida pública, em comparação com a qual até a mais fecunda e satisfatória vida familiar pode oferecer somente o prolongamento ou multiplicação de cada indivíduo, com seus respectivos aspectos e perspectivas. [...] Somente quando as coisas podem ser vistas por muitas pessoas, em uma variedade de aspectos, sem mudar de identidade, de sorte que os que estão à sua volta sabem que veem identidade na mais completa diversidade, pode a realidade do mundo aparecer real e fidedignamente.

Outro conceito, apontado como majoritário, relaciona o público ao estatal, ou seja, àquilo que pertence ao Estado. Nele, “o Estado é assumido como a esfera de realização da coisa pública e, por oposição, o privado é concebido como o ‘não político’.” (GRAU, 1998, p. 22).

O conceito adotado pela autora, no entanto, não exclui nenhum dos dois supra apontados, senão tenta condensá-los. Adotam-se tão somente pontos de diferenciação entre as esferas pública e privada em permanente reconstrução (GRAU, 1998, p. 21):

Ora bem, a coisa pública conotada em sua referência à coisa comum, ao coletiva, é uma das categorias mais antigas no pensamento político. O único significado que se pode sobreviver do público é este. [...] Com isto, não se trata de assentar uma suposta primazia da coisa pública sobre o privado, nem mesmo de uma demarcação absoluta entre essas esferas, mas de reconhecer a relevância da coisa pública para reavaliar o privado, em um mundo que já não admite posições absolutas, nem em relação a um,

nem em relação a outro, mas antes reivindica sua reinterpretação, para que o ser humano, como tal, possa ser localizado, realmente, no centro do desenvolvimento.

Compreendidas as definições adotadas, passa-se à análise histórica do tema, o que permitirá o aprofundamento teórico almejado.

Embora precedida de uma série de revoluções, tais como a Revolução Gloriosa e a Revolução Americana, é clássica a utilização da Revolução Francesa, em 1789, como marco histórico, especialmente para os juristas. Ela reúne, em seu bojo, características de todos os demais movimentos revolucionários e integra os movimentos mais conhecidos e mais tradicionais para a história do Direito. Determinada a opção teórica, passa-se, portanto, à análise de fundo¹.

Como característica principal da Revolução Francesa tem-se a ascensão da burguesia. Detendo o poder econômico, o grupo social pretendia ver seus anseios refletidos nas escolhas políticas. O Iluminismo foi a ideologia predominante da época e, traduzido no pensamento kantiano do direito do povo de decidir o seu destino, foi altamente difundido entre a burguesia, que almejava ditar as decisões políticas².

¹ Alinhamo-nos aqui ao posicionamento de Bobbio, ao se referir à disputa entre a Revolução Americana e a Revolução Francesa: “Deixemos aos historiadores a disputa entre as duas declarações. Apesar da influência até mesmo imediata que a revolução das treze colônias teve na Europa, bem como da rápida formação do Velho Continente do mito americano, o fato é que foi a Revolução Francesa que constituiu, por cerca de dois séculos, o modelo ideal para todos os que combateram pela própria emancipação e pela libertação do próprio povo. Foram os princípios de 1789 que constituíram, no bem como no mal um ponto de referência obrigatório para os amigos e para os inimigos da liberdade, princípios invocados pelos primeiros e execrados pelos segundos” (2004, p. 85).

² De acordo com Nuria Cunill Grau, “A condição de realizar uma dimensão pública-política no social, que é institucionalizada em um órgão estatal, o parlamento, surge, associada à própria emancipação da sociedade burguesa, como esfera da sociedade, das diretrizes do poder público. Politicamente, um marco neste sentido é a Revolução Francesa. Economicamente, é o desdobramento das doutrinas do livre comércio associadas à Revolução Industrial, cuja convergência no plano político expressa-se, em seguida, no desenvolvimento das teorias liberais do Estado. As categorias jurídicas expressam, deste modo, o paradigma de uma constituição econômica, determinada exclusivamente por leis do livre mercado.” (1998, p. 27-28).

As duras críticas da burguesia aos privilégios da nobreza e do clero fizeram com que o movimento obtivesse, a princípio, também o apoio de classes mais pobres, até mesmo as que viviam em condições as mais miseráveis, sendo que foi exatamente a reunião dos diversos grupos sociais que ensejou a amplitude da revolução. Para Bobbio, neste sentido, a Revolução Francesa se assemelhava, como já anunciava Tocqueville (citado pelo autor), como uma revolução religiosa, tendo como objetivo maior a “regeneração de todo o gênero humano”. Segundo o autor, essa teria sido a razão de a Revolução conseguir “acender paixões que, até então, nem mesmo as revoluções políticas mais violentas tinham podido produzir” (BOBBIO, 2004, p. 92).

Bobbio continua analisando o papel da burguesia na Revolução Francesa, especificando o pano de fundo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (BOBBIO, 2004, p. 92):

A crítica oposta – segundo a qual a Declaração, em vez de ser demasiadamente concreta, e historicamente determinada que, na verdade, não era a defesa do homem em geral, que teria existido sem que o autor das Noites de Petersburgo o soubesse, mas do burguês, que existia em carne e osso e lutava pela própria emancipação de classe contra a aristocracia, sem se preocupar muito com os direitos do que seria chamado de Quarto Estado – foi feita pelo jovem Marx no artigo sobre A questão judaica, suficientemente conhecido para que não seja preciso nos ocuparmos dele, e repetida depois, ritualmente, por diversas gerações marxistas. De nenhum modo se tratava do homem abstrato, universal! O homem de que falava a Declaração era, na verdade, o burguês; os direitos tutelados pela Declaração eram os direitos do burguês, do homem (explicava Marx) egoísta, separado dos outros homens e da comunidade, do homem enquanto “mônada isolada em si mesma”.

O movimento teve por desiderato, portanto, a limitação do poder no Estado Absolutista, o qual se consubstanciava na pessoa do monarca. Nessa toada é que tem origem o movimento Constitucionalista, num evidente objetivo de se elaborar uma Carta Constitucional que fixasse os limites ao poder estatal.

É nesse estado de coisas que tem lugar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e o lema clássico da Revolução Francesa, tão caro aos juristas, qual seja, liberdade, igualdade e fraternidade. A referida declaração serviu e ainda serve, até nossos dias, de modelo paradigmático para uma série de diplomas jurídicos, especialmente em âmbito internacional e, já em seu artigo 1º, denuncia as principais diretrizes teóricas da revolução, ao dizer que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”.

Apesar de sua inegável relevância histórica e de seu caráter evidentemente progressista para o período, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão tem por foco principal, sobretudo, as liberdades negativas e a igualdade perante a lei. Não havia, então, o ideal de igualdade material ou a atribuição de direitos sociais para o exercício pleno da liberdade. Ademais, a igualdade seria atribuída exclusivamente àqueles a quem a lei se aplicasse, conforme a definição mais conveniente de “utilidade comum” já constante do artigo inaugural da Declaração³.

Não é bastante lembrar, ainda, que o voto à época, era censitário e, portanto, sobremaneira restrito, limitando o gozo das liberdades e a aplicação da lei a um determinado grupo de pessoas, de modo a não proporcionar maiores benefícios sociais para as classes sociais mais baixas, em especial os camponeses e o povo miserável que vivia nas cidades. Não por outra razão, Habermas indica o nascimento de uma esfera pública plebeia, ao lado da esfera pública burguesa (1996, p. 42). Para o autor, “a exclusão das classes mais baixas, que estavam mobilizadas cultural e politicamente, já indica uma pluralização da

³ Transcreve-se: “Art. 1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.”. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 10 fev. 2021.

esfera pública que se encontrava em desenvolvimento” (HABERMAS, 1996, p. 43).

Disso se conclui o que há muito o nosso conhecimento histórico mundial já aponta, ou seja, que a Revolução Francesa, para além de seu ideário progressista de liberdade, igualdade e fraternidade, foi uma revolução essencialmente burguesa e, portanto, que pretendeu atender a interesses muitos específicos de um nicho da população (BOBBIO, 2004, p. 92). A burguesia, ao tempo em que lutou contra os privilégios do rei e dos “amigos do rei” (a nobreza e o clero), objetivava ela mesma obter para si outros novos privilégios. Se é possível que os benefícios de outras classes tenham vindo “a reboque”, o certo é que este não era o foco central do movimento, dando-se de forma quase que inadvertida.

Analisando a questão sob o enfoque da filosofia do direito, é possível relevar que, apesar do inegável conceito de direito natural ostentado pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, é a partir do surgimento desta, no bojo do movimento constitucionalista, que se delineiam os contornos de uma espécie de *giro positivista*. Esse momento de transição decorre inelutavelmente da ideia de limitação do poder pela lei, objetivo central da Revolução Francesa.

Não por outra razão, Bobbio faz referência à Revolução Francesa como marco a partir do qual é possível falar da Era dos Direitos (BOBBIO, 2004, p. 85). É a partir dela que são lançadas as bases para a consolidação dos direitos humanos, em especial no que tange ao tripé liberdade, igualdade e solidariedade. Embora a Declaração mencionasse direitos do homem, é certo que isso figurou como um primeiro passo para uma formulação mais ampla a nível de direitos humanos, como se verifica mormente a partir do pós-Segunda Guerra Mundial.

A essa altura, é importante relevar a crítica de Locke, para quem, dizer que os homens nascem livre e iguais – como ditado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – é tão somente uma exigência de racionalidade, que não enseja consequências concretas

(BOBBIO, 2004, p. 108). Sem desmerecer o movimento, Locke parece colocar a Revolução Francesa, em seu devido lugar, como Revolução Burguesa e, portanto, necessariamente histórica e a partir de cujas violentas consequências é possível compreender a contingência da conduta humana, como se verá adiante. Bobbio ressalta, nesse ínterim, que, embora a igualdade inata entre homens e mulheres seja assentada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, anos após, reprisada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, “na realidade, os homens não nascem nem livres nem iguais”, de modo que a sua origem não é histórica, mas tão somente ideal (Bobbio, 2004, p. 108).

Foi em muito a abstração dos direitos constantes da declaração que fez com que a Revolução fosse alvo de inúmeras críticas (BOBBIO, 2004, p. 92). Em particular, a inexistência de uma definição jurídica segura do conceito da “utilidade comum”, a qual serviria de parâmetro para as distinções sociais, denota a evidência do problema decorrente da abstração. As molduras da utilidade comum poderiam ser, a partir daí, convenientemente desenhadas, ao alvedrio da maior conveniência dos detentores do poder político.

A esse raciocínio equivale não somente reafirmar a Revolução Francesa como Revolução Burguesa, como pretende Habermas (1996, p. 104), mas admitir que esta, deliberadamente ou não, desconhecia o seu caráter histórico e necessariamente relativo, contextual e, portanto, contingente.

A finalidade da atuação no espaço público, para além de alçar o que poderia se dizer bem comum, terminava sujeita ao conceito convenientemente moldado de *utilidade comum*. Como bem delineado por Habermas, “[...] o Estado de Direito burguês pretende, à base da esfera pública em funcionamento, uma organização do poder público de tal forma que garanta a sua subordinação às exigências de uma esfera privada que se pretenda neutralizada quanto ao poder e emancipada quanto à dominação” (HABERMAS, 1996, p. 104).

É precisamente a Fase do Terror, em que teve início a ditadura jacobina, que demonstra uma tomada de consciência das classes inferiores, as quais se dão conta da ilusão de melhorias sociais voltadas especificamente para si. Assim é que Habermas denuncia que “a esfera pública burguesa se rege e cai com o princípio do acesso a todos” (1996, p. 105).

O mesmo raciocínio é levado a cabo por Bobbio, ao teorizar que “toda a história do pensamento político pode ser distinguida conforme se tenha posto o acento [...] no dever da obediência, ou, [...] o direito à resistência” (BOBBIO, 2004, p. 131). Fazendo uma analogia com o que se deu com a Revolução Francesa, é possível dizer que, enquanto ela se originou e nasceu como resistência, terminou por se alinhar, ao fim, à esfera da obediência. Ao invés de efetivamente distribuir equitativamente os interesses de todos, trazendo-os ao espaço público, a burguesia pretendia subvertê-lo aos seus propósitos privados, muito pouco alterando os mecanismos de dominação em face das classes inferiores.

Enquanto, no início da revolução, prevaleceu a utopia de que esta era palco da resistência de todos em prol de um bem comum, ao final a resistência foi preterida, convertendo-se em mera obediência às regras do jogo, as quais eram ditadas por poucos.

3 AS REVOLUÇÕES INDUSTRIAIS E O FORTALECIMENTO DO ESTADO: O PODER ECONÔMICO COMO CONDICIONANTE DA ESFERA PÚBLICA

Para Bobbio, “havia uma ilusão de que as revoluções burguesas, primeiro e, após, as revoluções industriais promoveriam a desmonopolização dos poderes políticos (coercitivo), econômico e religioso-ideológico, restando ao Estado o poder coercitivo conforme a lei” (2004, p. 134-135). No entanto, como o próprio autor aponta

adiante, ao citar as considerações de Weber, “a Revolução Industrial não promoveu o enfraquecimento do Estado, mas seu fortalecimento através da remonopolização de poderes e criação de grandes grupos dominantes” (BOBBIO, 2004, p. 138).

Rocha, Lima e Waldman, ao tratarem das transformações tecnológicas e econômicas que se deram no bojo das revoluções industriais, a partir dos séculos XVIII e XIX, apontam, sobretudo, as consequências sociais do processo (2020, p. 300):

Iniciadas na Inglaterra, essas transformações assumiram um caráter revolucionário, embora tenham ocorrido sem derramamento de sangue e sem a derrubada de governos. O conjunto dessas mudanças ficou conhecido como Revolução Industrial e seu impacto foi tão grande na Europa e no mundo que transfigurou não somente a sociedade inglesa, mas também a face do planeta, alterando até mesma as relações entre o ser humano e a natureza.

A divisão social do trabalho que se verifica a partir da Revolução Industrial nos moldes do capitalismo é o que permite a acumulação do capital pela burguesia e o surgimento da classe de trabalhadores, o proletariado. A partir de então, é a economia que dita o ritmo da sociedade, que passa a depender do trabalho e do capital para quase todo ato da vida social.

Não à toa, Paul Virillo (1996), ao tratar do tema, chancela o termo *dromocracia*, referindo-se sujeição da política e das relações sociais à nova velocidade imprimida pelos mecanismos de automação⁴ (TRIVINHO, 2005, p. 67). A necessidade de escoar a produção excedente e de maiores lucros ensejam o desenvolvimento dos meios de transporte e de comunicação, numa perspectiva de tentar

⁴ Para o autor, “neste fim de século, encerra-se o tempo do mundo finito e vivemos as premissas de uma paradoxal miniaturização da ação que outros preferem batizar de automação. [...] A contração no tempo, o desaparecimento do espaço territorial depois do fim da cidade fortificada e da couraça, resulta em que as noções de avante e atrás designam tão-somente o futuro e o passado numa forma de guerra em que o ‘presente’ tende a desaparecer na instantaneidade da decisão” (VIRILLO, 1996, p. 128-129).

empreender maior velocidade às relações econômicas e, por consequência, às relações humanas. A partir daí, o desenvolvimento de Virillo reconhece que o desenvolvimento da automação, especialmente para fins de conquistas bélicas, fornece novo sentido às noções de tempo e espaço, empreendendo velocidade às relações humanas⁵.

Em pertinente analogia a Maquiavel, Bobbio apelida a Revolução Industrial de “novo Príncipe” (2004, p. 138), deixando evidenciada a conotação política de que o grande poderio econômico passa a ser dotado a partir de então. O movimento é caracterizado pela superposição da economia, que passa a ocupar lugar central na esfera pública, subvertida a interesses privados os mais específicos e convenientes. Representa, portanto, assim como o foi a Revolução Francesa, uma ressignificação da esfera pública, mais uma vez subordinada a interesses da esfera privada de um grupo de indivíduos que detinha o domínio econômico. É esclarecedora, neste ponto, a observação de Freitas e Rossi, ao tratarem do pensamento arendtiano acerca da massificação social:

[...] O “homem de massas”, em função de sua apatia e indiferença política, se recusam (sic) a participar do espaço público, visto que não se integram a uma organização que toma por base o interesse comum. A mentalidade característica dos sistemas de massa implica o isolamento e a falta de relações sociais, na qual o homem se encontra isolado não apenas da relação com os demais, mas, também, da sua relação com a própria existência. (FREITAR; ROSSI, 2020, p. 6).

As autoras sinalizam um movimento de privatização da esfera pública, com o qual se verifica o advento de problemas sociais de toda ordem. O capitalismo, nos moldes então vividos, não deixava espaço para a tutela da dignidade da vida humana. Todo e qualquer direito parecia estar sujeito, ao fim ou ao cabo, ao trabalho, o qual se dava sem nenhuma garantia e nas condições mais miseráveis.

⁵ “A atualidade está no desengajamento geográfico, movimento de recuo resultante dos progressos dos vetores e da duplicação de seu alcance” (VIRILLO, 1996, p. 131).

Nuria Cunill Grau ao tratar do que denomina “primeiro deslocamento do público para o social”, em menção a Habermas, relaciona o desenvolvimento econômico da Revolução Industrial ao desenvolvimento da esfera pública na sociedade burguesa (1998, p 27-28):

A condição de realizar uma dimensão público-política no social, que é institucionalizada em um órgão estatal, o parlamento, surge, associada à própria emancipação da sociedade burguesa, como esfera da sociedade, das diretrizes do poder público. Politicamente, um marco neste sentido é a Revolução Francesa. Economicamente, é o desdobramento das doutrinas do livre comércio associadas à Revolução Industrial, cuja convergência no plano político expressa-se, em seguida, no desenvolvimento das teorias liberais do Estado. As categorias jurídicas expressam, deste modo, o paradigma de uma constituição econômica, determinada exclusivamente por leis do livre mercado.

Em momento seguinte, a autora aponta para uma crise da democracia decorrente da automação, situando-a a como o “segundo deslocamento do público para o social”. Para ela, a automatização dos meios de comunicação de massa permite a “resignação do público mediatizado” (GRAU, 1998, p. 32). Tal perspectiva aproxima-se da concepção de Hannah Arendt, que trata da sociedade do consumo como criadora de uma espécie de público, que, se não pode ser dito “não pensante”, ao menos pode ser reconhecido como “não reflexivo”, tema que será adiante abordado.

Como consequência deste segundo deslocamento, Grau sinaliza que o intervencionismo estatal na esfera privada, tradução política dos conflitos sociais da época, passa a coincidir “a longo prazo com a transferência de competências públicas a corporações privadas e com o processo contrário de substituição do poder estatal pelo ‘poder social’” (1998, p. 31). Segundo a autora, esse movimento se dá a partir do séc. XIX, coincidindo com o advento da globalização.

Decorrente dos avanços tecnológicos promovidos pela Revolução Industrial, teve lugar o movimento de globalização, de

modo que “a tecnologia, nessa fase da revolução, permitiu diminuir-se tempo e distância, aproximando pessoas do mundo todo e possibilitando a transmissão de informações instantaneamente, ultrapassando os obstáculos físicos, culturais e sociais” (ROCHA; LIMA; WALDMAN, 2020, p. 312). Nesse processo, tem-se por evidente a alteração paradigmática do espaço público – já delineada por Hanna Arendt a partir da sociedade do consumo – em que se verifica a perda de referenciais para fundamentar a vida humana (ARENDRT, 2020, p. 86-87). Há um claro movimento de “objetificação” das pessoas que, em meio à necessidade constante de trabalho e às profundas transformações do tempo e espaço, ficam limitadas aos seus interesses privados (TELLES, 1990, p. 32).

Se, para Bobbio, a Revolução Francesa representa a passagem para o que o autor chama de *Era dos Direitos*, seria possível dizer, outrossim, que, para Arendt, as Revoluções Industriais se traduzem no início de uma espécie de “Era da Sobrevivência”. Ou seja, os indivíduos se integram tão somente em sua cultura massificada, sem o diálogo de suas individualidades em busca de um bem comum. É nesta toada que Santos, em reflexão sobre a biopolítica no pensamento arendtiano, sustenta:

[...] se compararmos o modo como a política funciona no que diz respeito à manutenção da vida, percebemos implementação de um ciclo infindável do sustento da vida biológica nas demais esferas da vida humana. O sujeito fabrica novos artificios e vai à esfera da política tendo em mente a reprodução do processo de se alimentar, dormir, acordar. Nesse processo o homem perde sua capacidade de agir espontaneamente, capacidade esta tão elementar para a política. (SANTOS, 2021, p. 269).

A preocupação com a sobrevivência sobrepõe todo e qualquer interesse em construir o que Arendt chama de “mundo comum”⁶

⁶ “O domínio público, enquanto mundo comum, reúne-nos na companhia uns dos outros, por assim dizer. O que torna a sociedade de massas tão difícil de ser suportada não é o número de pessoas envolvido, ou ao menos não fundamentalmente, mas o fato de que o mundo entre elas perdeu seu poder de congregá-las e relacioná-las”. (ARENDRT, 2020, p. 65).

(ARENDDT, 2020, p. 63), limitando a capacidade humana intelectual à uma única pressão social: trabalhar para sobreviver.

Além disso, ainda sobre a sociedade de consumo, é preciso reconhecer, como já o faz Bauman, a passagem de um estado de utilidade para um estado de desejo (2001, p. 96), fazendo com que o consumo, antes pertencente à esfera privada, ganhe status na esfera pública. Segundo o autor (BAUMAN, 2001, p. 90-91):

O que está ocorrendo não é simplesmente outra renegociação da fronteira notoriamente móvel entre o privado e o público. O que parece estar em jogo é uma redefinição da esfera pública como um palco em que dramas privados são encenados, publicamente expostos e publicamente assistidos. A definição corrente de “interesse público”, promovida pela mídia amplamente aceita por quase todos os setores da sociedade, é o dever de encenar tais dramas em público e o direito público de assistir à encenação. As condições sociais que fazem com que tal desenvolvimento não seja surpreendente e pareça mesmo “natural” devem ficar evidentes à luz do argumento precedente; mas as consequências desse desenvolvimento ainda não foram inteiramente exploradas. Podem ter maior alcance do que em geral se aceita.

Como consequência dessa confusão das fronteiras entre o público e o privado, Bauman aponta, primeiramente, o que chama de “desaparecimento da ‘política como a conhecemos’” (2001, p. 91-92), segundo o qual “os problemas privados não se tornam questões públicas pelo fato de serem ventilados em público; mesmo sob o olhar público, não deixam de ser privados, e o que parece resultar de sua transferência para a cena pública é a expulsão de todos os outros problemas ‘não privados’ da agenda pública” (2001, p. 91).

Mais que isso, a sociedade do consumo – ou o que Bauman denomina “capitalismo leve” (2001, p. 83) – traz consigo o demérito da incerteza, da perda da referência de mundo, como aponta o autor (2001, p. 82):

[...] viver em meio a chances aparentemente infinitas (ou pelo menos em meio a maior número de chances do que seria razoável experimentar) tem o gosto doce da “liberdade de tornar-se qualquer um”. Porém essa doçura

tem uma cica amarga porque, enquanto o “tornar-se” sugere que nada está acabado e temos tudo pela frente, a condição de “ser alguém”, que o tornar-se deve assegurar, anuncia o apito final do árbitro, indicando o fim do jogo: “Você não está mais livre quando chega ao final; você não é você, mesmo que tenha se tornado alguém. Estar inacabado, incompleto e sub determinado é um estado cheio de riscos e ansiedade, mas seu contrário também não traz um prazer pleno, pois fecha antecipadamente o que a liberdade precisa manter aberto.

Bauman prossegue com o raciocínio, defendendo que “a compulsão-transformada-em-vício de comprar é uma luta morro acima contra a incerteza aguda e enervante e contra um sentimento de insegurança incômodo e estupidificante” (2001, p. 104).

O raciocínio levado a cabo por Bauman faz concluir que, ainda que se considere a vida as minorias mais abastadas – que por certo não tinham a premente e constante preocupação com sua subsistência – o certo é que a cultura do consumo propagada pelas mídias domina a todos, tornando cada vez maior a necessidade de capital. A promessa de uma vida boa a partir das evoluções tecnológicas e o entusiasmo ínsito ao surgimento destas, em especial aos novos meios de transporte e de comunicação, parecem ter cegado a população para os prejuízos sociais imediatos e, em especial, para a perda de um mundo comum, o que consiste, na prática, na dissolução da dicotomia entre as esferas pública e privada.

Apesar das críticas apontadas, é preciso reconhecer que muitas das conquistas de direitos sociais foram alavancadas pela conscientização e pela luta da classe trabalhadora. Neste ponto, não se nega o mérito de tais conquistas; é inevitável reconhecê-lo, assim como cumpre reconhecer o mérito da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão como instrumento político para a construção da democracia. Relembrem-se as lições de Bobbio, para quem, sem a concepção individualista da sociedade, não seria possível justificar a democracia como uma boa forma de governo, “ao contrário, não há nenhuma Constituição democrática que não pressuponha a existência de direitos individuais, ou seja, que não parta da ideia de que primeiro

vem a liberdade dos cidadãos singularmente considerados, e só depois o poder do governo, que os cidadãos constituem e controlam através de suas liberdades” (2004, p. 110).

A questão que se impõe, entretanto, cinge-se à já apontada dissolução da esfera pública decorrente do período, ou seja, da desconstrução de um espaço de convivência comum e, por conseguinte, de interesses compartilhados. Estrela Serrano descreve esse processo mencionando que “o desenvolvimento dos media electrónicos, especialmente a televisão, trouxeram consigo o desenvolvimento de uma cultura cuja tónica é a distração”, e prossegue (SERRANO, 1998, p. 3-4):

O público é agora substituído, na sua função mediadora, por instituições representando interesses privados e partidos, só intervindo raramente e, quando isso acontece, através de “funções aclamativas”. As decisões individuais e colectivas são influenciadas por instâncias políticas e/ou económicas.

Hannah Arendt analisa o tema sob o viés da incapacidade de reflexão que surge no bojo da sociedade de massas, em que os homens são privados da pluralidade, tornando-se prisioneiros da subjetividade de sua própria existência. Ficam, portanto, alheios a qualquer noção de destino comum, o qual depende, necessariamente, do diálogo e da pluralidade dele decorrente. Inexiste, portanto, um mundo comum, o qual depende, necessariamente, como releva Vera da Silva Telles (em análise ao pensamento arendtiano), de uma forma específica de sociabilidade que apenas o espaço público é capaz de oferecer:

Esse mundo comum, portanto, não se refere a uma esfera cultural dada ou ao mundo da vida definido pela fenomenologia. Tampouco é o sistema de instituições, valores, regras e normas que a sociologia tradicional chama de realidade objetiva, à qual o indivíduo se integra pelas vias da socialização. Esse mundo comum é uma construção – um “artefato humano” – diz Hanna Arendt – que depende dessa forma específica de sociabilidade que só o espaço público pode instituir. Forma de sociabilidade que é regida pela pluralidade humana, essa mesma pluralidade da qual depende a existência da própria realidade.

Dessa dissolução do espaço público e da perda de um destino comum que deveria integrá-lo decorre o que Arendt aponta como uma espécie de contingência da convivência humana (TELLES, 1990, p. 24), assumindo que os conceitos de verdade e mentira, de bem e de mal, por exemplo, não decorrem da teoria, mas necessariamente da experiência dialógica. Freitas e Rossi se alinham nesse sentido, sustentando que, para Arendt, “o espaço público só pode ser construído pela ação e pelo discurso, ambos vinculados à pluralidade da existência humana. Este é o espaço público por excelência, é neste espaço que se manifesta a potencialidade de os homens agirem em conjunto” (FREITAS; ROSSI, 2020, p. 4).

Na ausência de diálogo, perdem-se todos os parâmetros fundadores do comportamento e da convivência humanas, o que conduz à ação totalmente aleatória e desorientada. O risco dessa contingência é, precisamente, aquilo que a autora conceitua como *banalidade do mal*, ou seja, o mal é naturalizado e, ao mesmo tempo, deturpado, convertido em mera ação humana sem parâmetros. O mal, portanto, torna-se contingente, como se viu na ideologia antissemita amplamente propagada durante a Segunda Guerra Mundial e que levou a extermínios em massa. Aliás, para Freitas e Rossi, “a sociedade de massas impulsionará os regimes totalitários” (2020, p. 6).

É a partir de tais conceitos que Arendt conclui pela perda da consciência do agir, apontando que a política não pode ser vista como algo construído pelo homem, já que este, isoladamente, não existe (TELLES, 1990, p. 28-29). Homens isolados em suas esferas privadas, ainda que reunidos, não passam, apenas por isso, a integrar um espaço público. Este depende necessariamente da visibilidade do outro, em sua individualidade e como integrante de um espaço comum – e, portanto, como parceiro de um destino comum.

Nesse sentido, Arendt propõe a “[...] reconsideração da condição humana do ponto de vista privilegiado de nossas mais novas experiências e nossos temores mais recentes”. Para ela, “trata-se apenas de pensar o que estamos fazendo” (ARENDR, 2020, p. 6). Esta

é, aliás, a principal questão que perpassa toda leitura de *A Condição Humana*: o que estamos fazendo agora?

4 O PÚBLICO E O PRIVADO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Para André Duarte, Hannah Arendt, em *A Condição Humana*, apresenta “uma crítica vigorosa da modernidade e do Estado de bem-estar social, afirmando que as condições de possibilidade do exercício da política no presente haviam atingido seu máximo grau de obscurecimento” (DUARTE, 2001, p. 253).

O homem, na perspectiva arendtiana, perdera a capacidade de identificar-se a partir do outro e, portanto, de reconhecer a sua individualidade a partir da pluralidade alheia. A incapacidade de reflexão importa na anulação do diálogo e na impossibilidade da discussão de assuntos essencialmente pertinentes à esfera pública. Perde-se, portanto, a capacidade de discutir assuntos de interesse comum, fazendo com que o exercício da política, tema central da esfera pública, torne-se totalmente contingente, sujeito tão somente às preferências de inúmeras esferas individuais.

Seguindo esse raciocínio, Nagamine e Vitale apontam que, em parte, esse diagnóstico acerca do surgimento do Estado de Bem-Estar Social é compartilhado por Habermas e Arendt, já que ambos entendem que o seu surgimento “diluiu as fronteiras entre o público e o privado” (2020, p. 4):

O crescente intervencionismo estatal e a ampliação de suas funções de implementação de direitos, num contexto de sociedade e de meios de comunicação de massa, resignificaram a função da esfera pública, que se tornou mais um espaço burocrático-administrativo de regulação social e, portanto, de reprodução da ordem e objeto de manipulações ao invés de um espaço de crítica, emancipação e transformação. (NAGAMINE; VITALE, 2020, p. 4)

É impressionante notar como a perspectiva apontada por Arendt permanece atual na sociedade da informação. À medida que as mídias se desenvolvem e a capacidade reflexiva humana se esvai, o diálogo se torna mediatizado e as relações sociais ganham novos contornos, assim como se dá com os conceitos de tempo e espaço, que se alteram drasticamente.

O desenvolvimento da internet e, especialmente, das redes sociais faz com que a esfera da intimidade humana se converta no que comumente se denomina “extimidade”. A linha divisória entre aquilo que é público e a privacidade humana, antes tão clara, torna-se cada vez mais fluida e invisível. É o advento da modernidade líquida (BAUMAN, 2001, *passim*), em que nada é permanente e as mudanças são constantes.

Ao lado disso, tem-se, na sociedade informacional, a presença da tirania da visibilidade, mencionada por Edvaldo de Souza Couto, que releva que “é curioso, no entanto, que a nossa época celebre a exposição de si e, ao mesmo tempo, reivindique o direito à privacidade” (2015, p. 52). O autor descreve a nova noção de privacidade na sociedade da informação (COUTO, 2015, p. 58) e, aponta, ao mesmo tempo, as influências de uma espécie de tirania da visibilidade nela presente:

De outro lado, milhares de pessoas jogam-se sem pudor na exibição estridente de si nos ambientes de rede. E, quando a vida é banal, pode-se inventar qualquer história mirabolante capaz de “bombar” na rede. A visibilidade é o eclipse da interioridade. Essa vida escancarada também é tirânica. A intimidade é devassada pelo sujeito e pelos sistemas oficiais ou clandestinos de vigilância. [...] Essas tiranias, tanto da privacidade quanto da visibilidade, são políticas. Durante muito tempo convivemos com a suspeita de que instituições públicas poderiam conquistar, invadir e submeter o privado. [...] Defender a vida privada nesse contexto já foi uma estratégia de resistência e de sobrevivência. Nas democracias atuais, esses perigos praticamente desapareceram, entretanto outros marcam nossa época: o escancaramento da vida e a vigilância de todos contra todos.

A ideia de tirania da visibilidade apontada, ou seja, da superexposição da privacidade encontra reflexo no já mencionado conceito de extimidade, consubstanciada no alargamento do público para além das esferas do privado. Aquilo que antes pertencia unicamente ao indivíduo se torna visível a uma multidão de espectadores não passivos. Como consequência desse movimento de exposição tem-se, ao invés do diálogo, a imposição de estigmas, a rotulação de grupos e de pessoas, num processo que não visa ao verdadeiro conhecimento do outro ou de si. O outro é visto de forma superficial, irrefletida e se reconhece a partir de uma individualidade contingente e permanentemente desconstruída pelo espaço de convívio social.

Se na sua intimidade as pessoas podiam se descobrir através de si e através dos outros, escolhendo o momento de recolher-se e de se expor, parece que, na sociedade informacional, não há mais alternativas senão viver a extimidade. Integrar as redes não é mais uma opção e, ainda que existam aqueles mais resistentes, é certo que terminam não raro cedendo às necessidades de exercício dos atos da vida social por meio da web. Inúmeros serviços públicos e atividades privadas são, quando não exclusivamente prestadas, muito mais eficazmente realizadas por meios digitais.

Participar das redes representa um exercício não só de interação social opcional, portanto; inclui, também, um sem número de oportunidades de sociabilidade, abarcando campos do trabalho e da educação. Diversos atos da vida demandam o uso da web, das redes sociais e de mecanismos mediáticos, de tal forma que não ter acesso a estes se tornou, de fato, uma vulnerabilidade, um potencial fator de exclusão social.

Acerca do exercício da personalidade na sociedade informacional, é de se relevar o que apontam Erick Peixoto e Marcos Ehrhardt Junior (2016, online):

Viver nesta sociedade da informação parece ter adquirido outro significado. O ser humano vive uma vida dupla: sua

vida natural e sua vida virtual: numa ele é composto por células e tecidos orgânicos; noutra, por *bits* e *bytes*. Mas em ambas ele exercita a sua personalidade, de modo mais intenso, talvez, na vida virtual. E essa importância que se dá ao virtual nos faz tolerar cada vez mais vigilância sobre nossas vidas.

Nesse sentido, a crescente importância que a chamada “vida virtual” vem assumindo faz com que a intimidade, tal qual a conhecemos na “vida natural”, torne-se cada vez menos possível. A real necessidade da realização da personalidade no mundo virtual tem sido capaz de minar individualidades e massificar pluralismos. Se, para Hannah Arendt, a solução para a banalidade do mal seria a *ação dialógica* (ARENDDT, 2020, p. 221), parece que, num mundo conectado, o diálogo se tornou cada vez menos possível, sendo substituído por breves conexões, links, posts e cliques, tudo isso em frenética impermanência.

Sem o diálogo, sem a reflexão, como discutir as questões públicas? Se há questões essencialmente privadas e que passam a integrar o público por mera opção, o fato é que há, de outro lado, questões necessariamente públicas, que exigem o exercício da política e, portanto, o diálogo social. Exige-se o reconhecimento do outro como tal e a compreensão de si, em face do outro, como parte do todo, o reconhecimento do homem na comunidade. Há questões que demandam, portanto, um certo consenso acerca do que Hannah denomina *destino comum*, matéria que não pode ser discutida dentro das esferas privadas.

Na contramão dessa ideia, tem-se o surgimento de movimentos através das redes comunicacionais, permitindo o que Castells denomina “redes horizontais de comunicação” (2005, p. 24). Nelas, o indivíduo é capaz de produzir e compartilhar conteúdo, ocasião em que a própria mídia passa a figurar como instrumento de democratização e *locus* de debate, recriando um ambiente propício às discussões de caráter público. É, para Castells, uma “comunicação global e horizontal que, pela primeira vez na história, permite que

“pessoas comuniquem umas com as outras sem utilizar os canais criados pelas instituições da sociedade para a comunicação socializante” (CASTELLS, 2004, p. 24).

Waldman e Neves se alinham nesse mesmo sentido e, seguindo a teorização de Hans Jonas, sustentam que a responsabilidade deve ser o preceito básico para o convívio no ambiente da internet.

O acesso cada vez mais frequente a essas novas formas de comunicação, onde as informações são postadas e compartilhadas instantaneamente e numa abrangência imensurável, acaba gerando uma sensação de poder por parte dos usuários, ocasionando a não percepção de que a responsabilidade deve ser o preceito básico para o bom convívio neste ambiente. (WALDMAN; NEVES, 2020, p. 7)

Ao que tudo indica, há ainda um longo caminho para que a responsabilidade do uso das redes se torne proporcional ao poder por elas conferido aos usuários. Se não há uma solução incontroversa para tais questões, o certo é que algumas boas experiências têm vindo à tona.

Movimentos como a Revolução do Egito são bons exemplos de iniciativas que se utilizaram da web como *locus* de debate para questões públicas. O referido movimento integrou o processo histórico denominado Primavera Árabe e um dos principais canais de publicidade deste foi justamente uma página do Facebook, a KKS, como aponta Gerbaudo (2016, p. 262):

The KKS Facebook page was founded in June 2010 on the initiative of Egyptian activist and Google Marketing executive for the Middle East, Wael Ghonim. The page took its name from Khaled Said, a 28-year-old Alexandrian man beaten to death by two security officers. Initially, the page's main purpose was to call for truth about Said's murder and prosecution of the perpetrators. Several silent vigils were held in the summer of 2010 to raise awareness about this issues. However, soon the page was voicing a broader set of Egytian citizen's grievances about corruption, freedom of expression, unemployment, and enviroment, among other issues. Having accured a large following, it eventually became the main channel of publicity for the January 25 protest that inaugurated the Egyptian revolution of 2011, with this first protest event

launched directly from the page through a dedicated Facebook event.⁷

As repercussões foram claramente verificadas no mundo *extra-web*, com impactos relevantíssimos na seara da política, já que, após a onda de protestos, o ditador Murabak não se candidatou novamente às eleições no Egito.

Ressalte-se, ainda, o movimento Indignados, originário da Espanha e com inspiração egípcia. Foi por meio da página espanhola DRY do Facebook que teve início uma onda de protestos no país, unindo pessoas de opções políticas distintas, mas que tinham interesses comuns, especialmente no que tange à crise econômica, aos níveis de desemprego e à corrupção. A plataforma foi o palco central das preparações para o movimento de 15 de maio de 2011, em que diversos espaços públicos foram ocupados em protesto (GERBAUDO, 2016, p. 263):

Alongside various Twitter activist accounts the page acted as the central mobilizing plataforma in preparations for the May 15, 2011 protests that marked the birth of the Indignados/15M movement in Spain, a mass mobilization that developed in hundreds of protest camps, assemblies, and protest actions all over Spain. Activists used the page to raise awareness about banker's responsibility for the explosion of the economic crisis and about numerous cases of corruption of politicians, as well as to publicize large protest events, starting with the May 15 protest.⁸

⁷ Em tradução livre: “A página do Facebook KKS foi fundada em junho de 2010 numa iniciativa dos ativistas egípcios e do Marketing do Google Oriente Médio, Wael Ghonin. A página tirou seu nome de Khaled Said, um alexandrino de 28 anos de idade espancado até a morte por dois agentes de segurança. Inicialmente, a página tinha como propósito buscar a verdade acerca do assassinato de Said e promover a responsabilização dos autores. Várias vigílias silenciosas foram feitas no verão de 2010 para chamar a atenção para esses assuntos. No entanto, logo a página estava dando voz a uma série de queixas dos cidadãos egípcios sobre corrupção, liberdade de expressão, desemprego, e meio ambiente, entre outros temas. Tendo alcançado muitos seguidores, ela finalmente se tornou o principal canal de publicidade para os protestos de 25 de Janeiro que inauguraram a Revolução Egípcia, com o primeiro evento de protesto sendo lançado diretamente pela página através de um evento específico do Facebook.”

⁸ Em tradução livre: “Ao lado disso vários ativistas do Twitter contam que a página atuou como a plataforma central de mobilização para os preparativos para o 15 de Maio, protestos de 2011 que marcaram o nascimento do Movimento Indignados/15M na Espanha, uma mobilização massiva que se desenvolveu em milhares de campos de protesto, assembleias e atos de protesto por toda Espanha.

Tais experiências mostram que é possível, mesmo em comunidades de domínio privado, como o Facebook, discutir questões da esfera pública. Em verdade, talvez não seja possível, mas de fato necessário que tais redes assumam o seu papel de discussão de temas públicos e, especialmente, pertinentes à política e, em última instância, ao *destino comum* de todos.

É precisamente considerando essa relevância do espaço virtual para discussão desse destino comum que Uelze e Barreto Junior, em estudo sobre a cibercultura e o poder informacional na esfera pública no âmbito tributário, concluem pela “inegável importância do papel da cibercultura e do poder comunicacional para discussão do papel do Estado diante de seus novos desafios” (2020, P. 24). Para os autores, além de proporcionar a discussão acerca da proteção de dados, o ambiente virtual estaria apto a, em certa medida, auxiliar na resolução de problemas como o da “distância entre os cidadãos e seus representantes políticos” e, ainda, promover a regulação participativa (UELZE; BARRETO JUNIOR, 2020, p. 24).

Para além disso, é de se ver o potencial de utilização dos recursos do mundo virtual no aperfeiçoamento da atividade própria da esfera pública. Nesse sentido, Modesto, Ehrhardt Júnior e Silva sustentam a possibilidade de utilização de instrumentos tecnológicos em prol do interesse coletivo, especialmente para fins de elaboração de políticas públicas adequadas. Em seu estudo sobre a privacidade e tratamento de dados no combate à pandemia Covid-19, os autores analisam a utilização de dados pessoais para fins de gerenciamento de crises, como é o caso da situação pandêmica, em que “dados de localização, de reconhecimento facial e de rastreamento estão sendo utilizados como possíveis soluções para conter a difusão do vírus” (2020, p. 276).

Ativistas usaram a página para chamar a atenção acerca da responsabilidade dos banqueiros na explosão da crise econômica e acerca de vários casos de corrupção de políticos, assim como para dar publicidade aos grandes eventos de protesto, começando com o protesto de 15 de Maio”.

As políticas públicas sempre devem buscar um equilíbrio entre as liberdades civis e o interesse coletivo, tentando primar pela proporcionalidade. Se a situação de calamidade traz ameaças que tornam legítima a restrição temporária e excepcional da privacidade, esta deve ser cientificamente justificada e proporcional às necessidades. Nossa saúde e nossa democracia dependem disso. (MODESTO; EHRHARDT JUNIOR; SILVA, 2020, p. 276).

Esse raciocínio realoca, mais uma vez, o mundo virtual como parte da esfera pública e ratifica a necessidade de compreendê-la e elevá-la a espaço político e que, como tal, exige regulação e utilização através de parâmetros democráticos.

O mundo virtual pode e deve ser um ambiente aberto à democracia, ao diálogo plural e que proporcione, a despeito de sua fluidez e impermanência, a possibilidade de reflexão. Talvez seja o momento de desacelerar o pensamento e, como queria Hannah Arendt, pensar naquilo que estamos fazendo com as redes e na importância destas para a Sociedade da Informação.

5 CONCLUSÃO

Se a dicotomia entre as esferas pública e privada ganhou relevo a partir da Revolução Francesa e do advento da Modernidade, o certo é que, desde então, sofreu inúmeras transformações.

Com a Revolução Industrial, a massificação do consumo e as necessidades atinentes à subsistência fizeram com que a esfera pública fosse relegada ao que restava da capacidade humana e, portanto, a um segundo plano, dando causa a um movimento de individualização e privatização de interesses.

Após a Segunda Guerra, com o advento da Sociedade da Informação, a dicotomia entre público e privado torna-se cada vez

menos clara. A linha que as separa se torna tênue e fluida, tão impermanente e contingente quanto a vida humana na atualidade.

Se a integração entre as esferas pública e privada é uma realidade inegável, é importante que se reconheça a responsabilidade na atuação em alguns espaços antes reconhecidamente privados. É o caso das redes, que não podem mais ser vistas como ambiente apartado da realidade ou, muito menos, sob o enfoque privatista. A web, hoje, possui também um relevante papel público, que exige responsabilidade e regulação para o seu devido uso, como esfera pública que se caracteriza.

Já na atualidade verificam-se boas experiências de protagonismo humano na rede e, ainda que sem maior regulamentação ou planejamento, os indivíduos passam a reconhecer o papel público da rede e utilizá-la sob o seu enfoque político. Por outro lado, também os governos têm tentando se utilizar da vasta gama de dados e recursos contidos na rede para finalidades públicas, o que apenas reforça a necessidade de regulação do ambiente virtual, especialmente se considerado o desafio da proteção da privacidade dos indivíduos que delas participam e usufruem.

Assim, embora se reconheça que o ambiente da web é eminentemente neutro e aberto ao protagonismo humano, não pode ser dissociado de seu papel público na consecução do interesse de todos ou, como queria Hannah Arendt, do nosso *destino comum*. Para tanto, exige-se responsabilidade de todos os usuários, incluindo-se organismos públicos e empresas, mantendo o foco no seu papel desempenhado nas redes em prol do todo, por meio de uma regulação a nível global.

Data de Submissão: 10/06/2021

Data de Aprovação: 06/04/2022

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Alana Ramos Araújo

Assistente Editorial: Andréa Neiva Coelho

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O Público não-estatal. **Folha de São Paulo**, 1995. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/8/13/opiniaio/8.html>. Acesso em 02 set. 2020.

CASSIANO, Adrielle Machado. **Ativismo a partir das redes sociais**. TCC. CELACC – ECAP/USP2011. Disponível em <http://celacc.eca.usp.br/?q=pt-br/celacc-tcc/283/detalhe>. Acesso em 03 set. 2020.

CASTELLS, Manuel. **Compreender a Transformação Social**. Conferência “Sociedade em Rede: do Conhecimento à Ação Política”. Org. CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. Mar. 2005.

COUTO, Edvaldo de Souza. **Educação e redes sociais digitais: privacidade, intimidade inventada e incitação à visibilidade**. Em Aberto, Brasília, n.94, v.28, p. 51-61, jul-dez 2015.

DUARTE, André. **Hannah Arendt e a modernidade: esquecimento e redescoberta da política**. *Trans/Form/Ação*, São Paulo, v. 24, p. 249-272, 2001.

FREITAS, Cinthia Obladem de Almendra; ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. Releitura dos espaços público e privado frente às TICS. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1343>. Acesso em 13 set. 2021.

GERBAUDO, Paolo. Rousing the Facebook Crowd: digital enthusiasm and emotional contagion in 2011 Protests in Egypt and Spain. Disponível em: <https://scholar.google.com/citations?user=J9Hr1QsAAAAJ&hl=en>. Acesso em 29 out. 2020.

HABERMAS, Jurguen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. **Estudos Avançados**, São Paulo, n. 11, p. 55-65, 1997.

MODESTO, Jéssica Andrade; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; SILVA, Gabriela Buarque Pereira. Privacidade e tratamento de dados pessoais no combate à Covid-19. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 19, n. 42, p. 250-284, 2020.

NAGAMINE, Renata; VITALE, Denise. Repensando o espaço público em tempos de pandemia: Hanna Arendt, 60 anos depois de A condição humana. **Caderno CRH**. Salvador, v. 33, p. 1-16, 2020.

NEVES, Marcelo Nogueira; WALDMAN, Ricardo Libel. Sociedade da Informação: a responsabilidade na internet e o mau uso da tecnologia, a busca pela ética no convívio digital. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 19, n. 14, p. 1-26, 2020.

NURIA, Cunill Grau. **Repensando o Público através da sociedade**: novas formas de gestão pública e representação social. Rio de Janeiro: Revan; Brasília, DF: ENAP, 1998.

OBSERVATÓRIO DA IMPRENSA. **Bordieu, quem diria, foi para no “churrascão de Higienópolis”**. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/diretorio-academico/bourdieu-quem-diria-foi-parar-no-churrascao-de-higienopolis/> Acesso em 03 set. 2020.

PEIXOTO, Erick Lucena Campos; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. **O Direito à Privacidade na Sociedade da Informação. I** ENPEJUD – Encontro Nacional de Pesquisas Judiciárias, 2016. Disponível em: <http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/63>. Acesso em 02 set. 2020.

ROCHA, Bruno Augusto Barros; LIMA, Fernando Rister de Sousa; WALDMAN, RICARDO LIBEL. Mudanças no papel do indivíduo pós-revolução industrial e o mercado de trabalho na sociedade da informação. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, v. 14, n. 1, p. 298-318, jan./jul. 2020.

SANTOS, Roberto Freitas dos. Uma reflexão sobre a biopolítica no pensamento de Hanna Arendt. **Polymatheia Revista de Filosofia**. Fortaleza, v. 14, n. 24, p. 264-274, jan./jun. 2021.

SERRANO, Estrela. **O espaço público e o papel do Estado na sociedade global da informação**. Disponível em: http://bocc.ufp.pt/_esp/autor.php?codautor=608. Acesso em 02 set. 2020.

TELLES, Vera da Silva. Espaço Público e Espaço Privado na Constituição do Social: notas sobre o pensamento de Hannah Arendt. **Tempo Social. Rev. Soc. USP**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 23-48. 1 sem., 1990.

TRIVINHO, Eugênio. Introdução à dromocracia cibercultural: contextualização sociodromológica da violência invisível da técnica e da civilização mediática avançada. **Revista FAMECOS**, Porto Alegre, n. 28, p. 63-78, dez. 2005.

UELZE, Hugo Barroso; BARRETO JR, Irineu Francisco. Cibercultura e o poder informacional na esfera pública: crise do paradigma positivista no direito tributário. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 19, n. 14, p. 1-29, 2020.

USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 10 fev. 2021.

VIRILIO, Paul. **Velocidade e Política**. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

Transformations Of Public And Private Dicotomy: From French Revolution To The Information Society

Ricardo Libel Waldman

Camilla Albuquerque

Abstract: The present work aims to analyze the dichotomy of the public and private spheres, analyzing their construction and deconstruction in the fluidity of the Information Society. For that, we opted for a historical analysis, using Hannah Arendt's thoughts as the main theoretical reference. Firstly, is was done a brief definition of the public and private spheres, the theme in a contextualized way, having as a starting point the French Revolution; in a second moment, the dichotomy was studied in the light of the Industrial Revolutions, reaching, finally, its analysis in the Information Society. Speculations then presented are not exhaustive to situate the fields of public and private spheres today. However, it was possible to point out, as conclusion, some good experiences of using networks to discuss issues in the public sphere, especially through digital activism.

Keywords: Public and private dichotomy; Information Society; Privacy.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n46.59746>


Conteúdo sob licença *Creative Commons*: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)



Lacunas E Mecanismos De Integração Sob A Perspectiva Civil-Constitucional: Análise A Partir De Julgados Do Superior Tribunal De Justiça

Carlos Nelson Konder*

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0001-9681-943X>

Resumo: O problema objeto do artigo é a contraposição entre o procedimento hermenêutico preconizado pelo artigo 4º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro (LINDB), que prevê que ante à omissão da lei deve-se recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, e a metodologia civil-constitucional, conforme preconizada originalmente pelo jurista italiano Pietro Perlingieri. Justifica-se essa análise pela relevância prática dos mecanismos de integração na atividade hermenêutica. Com o objetivo de verificar eventuais incompatibilidades entre o regime legal e o método indicado, a metodologia adotada no artigo foi a apresentação de decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça em que o dispositivo legal foi expressamente invocado, selecionadas por se reputarem ilustrativas da aplicação dos mecanismos de integração a questões de direito civil. Os resultados obtidos foram indicativos do contraste entre as premissas assumidas pelo legislador e aquelas tomadas por base na metodologia civil-constitucional.

Palavras-chave: Direito civil-constitucional. Interpretação. Analogia. Costumes. Princípios gerais de direito.

* Professor associado do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutor em Direito Civil pela UERJ. E-mail: carlos.konder@uerj.br



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n47.58600>

Lacunas E Mecanismos De Integração Sob A Perspectiva Civil-Constitucional: Análise A Partir De Julgados Do Superior Tribunal De Justiça

Carlos Nelson Konder

1 INTRODUÇÃO

A recente reforma por que passou o tradicional Decreto-Lei 4.657/1942, com a promulgação da Lei 12.376/2010, lhe deu o novo nome de Lei de introdução às normas do direito brasileiro (LINDB), em lugar da antiga referência Lei de introdução ao Código Civil (LICC), e acrescentou diversos artigos inovadores e controversos. Entretanto, vários dispositivos da redação anterior persistiram, a despeito das críticas que vinham sofrendo da doutrina mais atual.

Entre eles destaca-se o seu artigo 4º, que determina que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Com exceção da alteração da redação para a inclusão dos costumes, em 1942, o dispositivo na verdade tem mais de cem anos, pois tem origem na introdução ao Código Civil revogado.¹

O dispositivo continua a ser invocado ativamente na jurisprudência, o que justifica sua análise mais cuidadosa: pesquisa no sítio do Superior Tribunal de Justiça revelou sessenta e seis julgados que, entre 1991 e 2020, expressamente fazem referência ao art. 4º da LINDB. O Código de Processo Civil de 1973 reproduzia o texto desse enunciado normativo,² mas o novo CPC o suprimiu. Com efeito, a

¹ Lei 3.071/16, art. 7º: “Aplicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de direito”.

² CPC/1973, art. 126. “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas

forma pela qual o dispositivo orienta o intérprete no que tange a omissões da lei e fontes normativas idôneas a supri-las revela um problema, pois não parece se coadunar com a leitura das fontes preconizada por parte dos teóricos do direito contemporâneo. No presente estudo, será realizado o cotejo entre esse dispositivo e o modelo teórico do chamado “direito civil-constitucional”, na forma como preconizado originalmente por Pietro Perlingieri.

Justifica-se essa análise pela relevância prática dos mecanismos de integração na atividade hermenêutica. Tendo em vista que o referido jurista italiano não se dedicou especificamente ao exame do dispositivo brasileiro, pretende-se, por meio da metodologia de revisão teórica e a partir do método dedutivo, confrontar o artigo legal com o pensamento do autor sobre hermenêutica e teoria das fontes. Para esse objetivo, serão utilizadas igualmente algumas das decisões judiciais resultantes da pesquisa indicada com o objetivo de ilustrar as eventuais incompatibilidades. Os resultados a serem obtidos serão indicativos do contraste entre as premissas assumidas pelo legislador e aquelas tomadas por base na metodologia civil-constitucional.

2 A “OMISSÃO DA LEI” FRENTE À METODOLOGIA CIVIL-CONSTITUCIONAL: O EXEMPLO DO INCÊNDIO DO BEM LOCADO

O pressuposto fático para a aplicação do disposto no artigo 4º da LINDB é descrito pelo texto legal como “omissão da lei”, o que vem sendo interpretado pela doutrina nacional como referência à ideia de *lacuna*. Afirma-se que a influência geral da obra de Zitelmann, *As lacunas no Direito*, e o aconselhamento a procurar fora da lei meios e

legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

modos técnicos para seu preenchimento teria influenciado o legislador brasileiro de 1942 (REALE, 2005, p. 283). Associa-se ao dogma da completude do direito, desenvolvido com o Estado moderno, segundo o qual o ordenamento jurídico deve dar resposta a todas as situações, de forma a justificar o monopólio estatal (BOBBIO, 1997, p. 121).

Entretanto, leitura mais atenta revela que o conceito de lacuna do direito não parece equivaler completamente à omissão da lei. Larenz aponta que no ordenamento por vezes se encontram omissões intencionais (“silêncios eloquentes”) que não configuram lacunas e situações em que, ao contrário, há regra legal, mas que não se ajusta ao caso conforme seu sentido e escopo: “‘Lacuna’ e ‘silêncio da lei’ não são, portanto, pura e simplesmente o mesmo” (2005, p. 525). Com efeito, Engisch define lacuna como uma “incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico” (2008, p. 276). Observa-se, assim, que a caracterização da lacuna não está ligada à omissão da lei em si – que foi o pressuposto escolhido pelo legislador brasileiro para a aplicação dos mecanismos de integração –, mas a uma situação insuscetível de ser solucionada satisfatoriamente sob determinada concepção do sistema (FERRAZ JR., 2001, p. 216).

No modelo civil-constitucional, a concepção de sistema adotada não parece compatível com a ideia de que o recurso aos mecanismos de integração tenha por pressuposto o cenário de “omissão da lei”. O sistema perlingeriano é marcado pela complexidade: toda e qualquer norma do sistema o pressupõe e, ao mesmo tempo, concorre para a sua formação, então não é possível compreender uma norma sem sua inserção como parte dessa totalidade formal e substancial (PERLINGIERI, 2008, p. 628). Entretanto, a marca mais significativa desse sistema é a unidade, garantida pela hierarquia da Constituição, tanto do ponto de vista formal, no que tange à atribuição de competências legislativas, como do ponto de vista material, elencando valores que devem ser realizados por meio da aplicação de todas as normas que compõem o ordenamento (TEPEDINO, 2019, p. 25).

Sob essa perspectiva, a cada caso concreto não se aplica uma norma, mas o sistema como um todo, já que se demanda do intérprete a determinação da normativa aplicável por meio do exame da totalidade do sistema, na relação dinâmica das normas entre si e com a realidade social a que elas se destinam, sempre guiada pela realização dos valores materializados no texto constitucional, também em sua dimensão prospectiva (RAMOS, 2018, p. 6). O intérprete deve individualizar a normativa vigente “mediante uma empenhada atividade hermenêutica, no *mare Magnum* das fontes e proposições legislativas” (PERLINGIERI, 2008, p. 619). Por isso, para o autor, a ideia de que haja menos casos difíceis do que fáceis é “no mínimo uma visão otimista” (*ibid.*, p. 620). Nesse contexto, a construção do sistema não é um dado, mas o resultado de um processo de conteúdo, de um método (*ibid.*, p. 36).

Em síntese, trata-se de um modelo em que se combina um ordenamento complexo – pela diversidade de normas e de fontes normativas – e aberto – em razão da comunicabilidade com a realidade social e a liberdade concedida ao intérprete para a realização de valores – com uma hierarquia de fontes e de valores, expressa pelo texto constitucional. Em um modelo como esse, não parece factível uma rigorosa distinção entre, de um lado, o cenário em que o texto legal seja omissivo e dê espaço para o intérprete recorrer a mecanismos de integração, e, de outro lado, o cenário em que haja texto legal específico, dispensando – ou mesmo afastando – o intérprete de tais recursos. Ao contrário, parece que no modelo perlingeriano, na “ação da lei” ou na “omissão da lei”, sempre o intérprete deve recorrer à totalidade do sistema para a individualização da normativa aplicável ao caso concreto (TEPEDINO, 2019, p. 31). Ademais, não parece haver espaço para clara separação – muito menos ordem – entre os mecanismos de integração indicados pelo legislador: analogia, costumes, princípios.

Exemplo que pode ser aduzido para ilustrar essa distinção diz respeito a caso em que locador e locatário controvertiam sobre a possibilidade de cobrar aluguéis no período entre a destruição do

imóvel por um incêndio e a efetiva entrega das chaves. Levado o litígio para o Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva entendeu que havia omissão da Lei do Inquilinato (L. 8.245/91) sobre o tema, o que justificaria a aplicação do artigo 567 do Código Civil: “se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava”. Afirmou o relator que não houve o referido pedido e que “o que importa, para fins de exoneração da cobrança dos aluguéis, é a comunicação inequívoca do locador quanto à impossibilidade de usufruir do imóvel e o desinteresse na continuidade do contrato”: na falta dessas manifestações, os aluguéis seriam devidos até a entrega das chaves.

Entretanto, abriu divergência que acabou por prevalecer o Ministro Moura Ribeiro, que entendeu descabida a analogia apontada, por se tratar de hipótese de perda do bem locado, não de deterioração. Defendeu então a aplicação do princípio geral de direito *res perit dominus* e a analogia com as regras dos artigos 77 e 78 do Código Civil de 1916 sobre perecimento do objeto do direito,³ cuja racionalidade no sistema permaneceria embora revogados, e que isso levaria à extinção do contrato com o incêndio:

Direito civil. Recurso especial. Contrato de locação comercial. Perecimento do bem em incêndio. Irresignação submetida ao npc. Entrega das chaves em momento posterior. Impossibilidade de cobrança de aluguéis no período correspondente. Recurso especial provido. [...] 2. Discute-se nos autos a exigibilidade dos aluguéis no período compreendido entre o incêndio que destruiu o imóvel locado e a efetiva entrega das chaves pelo locatário. 3. A locação consiste na cessão do uso ou gozo da coisa em troca de uma retribuição pecuniária, isto é, tem por objeto poderes ou faculdades inerentes à propriedade. Assim, extinta a propriedade pelo perecimento do bem, também se extingue, a partir desse momento, a possibilidade de usar, fruir e gozar desse mesmo bem, o que inviabiliza, por

³ Código Civil de 1916 (L. 3.071/1916): “art. 77. Perece o direito, perecendo o seu objeto. Art. 78. Entende-se que pereceu o objeto do direito: I – quando perde as qualidades essenciais, ou o valor econômico; II – quando se confunde com outro, de modo que se não possa distinguir; III – quando fica em lugar de onde não pode ser retirado”.

consequente, a manutenção do contrato de locação. 4. O mutualismo que está na base dessa relação jurídica pressupõe, necessariamente, a existência de prestações e contraprestações recíprocas, sendo certo que a quebra desse sinalagma pode configurar enriquecimento sem causa vedado pelo ordenamento pátrio. 5. Recurso especial provido (BRASIL, 2019b)

Observa-se, de plano, que a omissão da lei identificada pelos julgadores não diz respeito à legislação em geral, mas à lei específica que rege as locações de imóveis urbanos (L. 8.245/91), a qual expressamente prevê a aplicação subsidiária do disposto no Código Civil e no Código de Processo Civil⁴, colocando em xeque a compreensão de lacuna que está em jogo. Ademais, constata-se que nenhum dos julgadores recorreu exclusivamente a um dos mecanismos de integração previstos na LINDB, mas sim a um *mélange* de possibilidades hermenêuticas. Enquanto o relator original utilizou-se tanto da analogia com dispositivo codificado (artigo 567 do CC) como a referência ao que parece funcionar como um princípio geral (“o que importa [...] é a comunicação inequívoca do locador quanto à impossibilidade de usufruir do imóvel e o desinteresse na continuidade do contrato”), o relator para o acórdão utilizou-se do que reputou ser um princípio geral (“*res perit dominus*”) e à analogia com dispositivos regados cuja racionalidade ainda subsistiria no ordenamento vigente.

Sob a perspectiva da constitucionalização do direito civil, esse procedimento hermenêutico seria livremente associado aos distintos elementos normativos aduzidos – sejam os dispositivos legais objeto de analogia, sejam aqueles que foram entendidos como princípios – mas buscando-se harmonia entre eles pela unidade do sistema, o que poderia ser conferido, por exemplo, pela regra geral de direito civil de que só há negócio jurídico (inclusive contrato) com objeto possível, logo a perda do objeto do contrato leva à sua extinção de pleno direito.

O caso prenuncia também as dificuldades existentes numa

⁴ L. 8.245/91, art. 79: “no que for omissa esta lei aplicam-se as normas do Código Civil e do Código de Processo Civil”.

rigorosa distinção entre os três mecanismos de integração previstos na LINDB: a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Vale examinar cada um deles com maior minúcia.

3 “TODA INTERPRETAÇÃO É ANALÓGICA”: O EXEMPLO DA CRIOPRESERVAÇÃO DO CADÁVER

Diante do cenário de “omissão da lei”, o primeiro mecanismo de integração indicado pela LINDB é a analogia. Para alguns, verifica-se já de início a existência de uma ordem de preferência entre os mecanismos de integração, consubstanciada na redação do dispositivo (GONÇALVES, 1985, p. 14). Entretanto, para quem reputa lacuna não somente omissão da lei, mas deficiência do direito positivo, incluindo tanto o direito legislado como o direito consuetudinário, o recurso à analogia seria posterior e subsidiário ao recurso aos costumes (ENGISCH, 2008, p. 279).

No tocante à analogia, ela costuma ser enunciada como a “transposição de uma regra, dada na lei para a hipótese legal (A), ou para várias hipóteses semelhantes, numa outra hipótese B, não regulada na lei, ‘semelhante’ àquela” (LARENZ, 2005, p. 541). Para alguns autores é indicada a possibilidade de uma “aplicação imprópria” do mecanismo sob a forma de “analogias de apoio”, para auxiliar a própria interpretação, como forma de escolher as próprias alternativas interpretativas existentes, ou seja, independente de lacuna (BUSTAMANTE, 2008, p. 384). O cerne da analogia parece estar na identificação da “semelhança” que justifica a extensão da regra, reconhecidamente, no âmbito do direito um processo axiológico ou valorativo (ASCENSÃO, 2005, p. 430-431).

Abrange-se, nessa definição, tanto a chamada *analogia legis* (ou particular, “da lei”), em que se parte de uma previsão legal específica para a extração da regra a ser transposta, como a dita

analogia iuris (ou geral, “do direito”), que se extrai, de diversas hipóteses um princípio comum, a ser aplicado na hipótese não regulada (LARENZ, 2005, p. 544). Entretanto, critica-se a categoria da chamada *analogia iuris*, pois ou bem resulta de uma interação de argumentos oriundos da *analogia legis (imperfecta)*, ou bem se trata da aplicação de princípios gerais (BUSTAMENTE, 2008, p. 392). Mais do que isso, sustenta-se mesmo que, de modo geral, “somente uma argumentação por princípios pode justificar a criação de uma regra por analogia” (*ibid.*, p. 395).

O modelo perlingeriano parece enveredar por essa linha que atribui uma acepção mais ampla à ideia de analogia. A partir da premissa já estabelecida de que se interpreta o sistema como um todo, individuando a normativa do caso concreto a partir do exame da totalidade formal e material dos enunciados normativos, o autor relativiza a distinção entre as hipóteses previstas e não previstas, que lhe parece linear e guiada por lógica puramente formal, inadequada à metodologia civil-constitucional (PERLINGIERI, 2008, p. 623).

A variedade inesgotável de casos concretos enseja a compreensão da norma não como um comando específico, mas como um modelo a ser seguido, o que exige do intérprete trabalho de adaptação, levando em conta sempre ligações entre várias disposições ou fragmentos de disposições (PERLINGIERI, 2008, p. 623-624). Nesse contexto, uma vez que “dois fatos totalmente iguais são impossíveis”, a disciplina normativa de cada caso é construída a partir de hipóteses similares, o que leva o autor a concluir que “toda interpretação é analógica” (*ibid.*, p. 623). A analogia, nessa linha metodológica, não configura meio de integração de aplicação subsidiária, restrito à omissão da lei, mas aspecto elementar de qualquer procedimento hermenêutico à luz do sistema de direito, que conjuga a variedade de elementos existentes no ordenamento em um processo dinâmico e complexo.

Exemplo que pode ser invocado para ilustrar essa perspectiva diz respeito ao caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça referente à disputa entre três filhas sobre o destino do cadáver do pai: enquanto

uma defendia que a última vontade do pai era que seu corpo fosse conservado criogenicamente (congelamento), as outras duas pretendiam seu sepultamento tradicional (enterro). O relator, sob a afirmação de que a lei era omissa sobre a criopreservação de cadáveres e que deveria então resolver-se a situação por analogia (*iuris*), empreendeu complexo raciocínio hermenêutico.

Em primeiro lugar, a partir do art. 77, § 2º, da Lei de Registros Públicos, que disciplina a possibilidade de cremação do cadáver; da Lei n. 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento; e do art. 14 do Código Civil, que possibilita a destinação do corpo, após a morte, para fins científicos ou altruísticos, inferiu a possibilidade de o falecido dispor sobre o destino do seu corpo independentemente de formalidade específica. Aduziu a isso as regras do parágrafo único do artigo 12 do Código Civil sobre a legitimação dos herdeiros para defender os direitos da personalidade do falecido, e do art. 4º da Lei de Transplantes, que atribui a eles a decisão sobre doação de órgãos do falecido, para a partir delas construir uma regra de que, na falta de manifestação expressa do falecido, deve-se presumir que sua vontade era aquela manifestada pelos familiares. A partir do fato de uma das filhas ter convivido diretamente com o falecido nos últimos anos, e que ela recebera dele em vida procuração com amplos poderes para representar seus interesses, entendeu que sua manifestação era mais fidedigna do que a das outras duas filhas no que tange à vontade do falecido. Por fim, aduziu que o fato de o corpo já estar congelado há sete anos no momento do julgamento configura situação jurídica consolidada, que deve ser preservada com base no princípio da razoabilidade:

Recurso especial. Ação ordinária. 1. Discussão travada entre irmãs paternas acerca da destinação do corpo do genitor. Enquanto a recorrente afirma que o desejo de seu pai, manifestado em vida, era o de ser criopreservado, as recorridas sustentam que ele deve ser sepultado na forma tradicional (enterro). 2. Criogenia. Técnica de congelamento do corpo humano morto, com o intuito de reanimação futura. 3. Ausência de previsão legal sobre o procedimento da criogenia. Lacuna normativa.

Necessidade de integração da norma por meio da analogia (LINDB, art. 4º). Ordenamento jurídico pátrio que, além de proteger as disposições de última vontade do indivíduo, como decorrência do direito ao cadáver, contempla diversas normas legais que tratam de formas distintas de destinação do corpo humano em relação à tradicional regra do sepultamento. Normas correlatas que não exigem forma específica para viabilizar a destinação do corpo humano após a morte, bastando a anterior manifestação de vontade do indivíduo. Possibilidade de comprovação da vontade por qualquer meio de prova idôneo. Legitimidade dos familiares mais próximos a atuarem nos casos envolvendo a tutela de direitos da personalidade do indivíduo post mortem. 4. Caso concreto: recorrente que conviveu e coabitou com seu genitor por mais de 30 (trinta) anos, sendo a maior parte do tempo em cidade bem distante da que residem suas irmãs (recorridas), além de possuir procuração pública lavrada por seu pai, outorgando-lhe amplos, gerais e irrestritos poderes. Circunstâncias fáticas que permitem concluir que a sua manifestação é a que melhor traduz a real vontade do de cujus. 5. Corpo do genitor das partes que já se encontra submetido ao procedimento da criogenia há quase 7 (sete) anos. Situação jurídica consolidada no tempo. Postulado da razoabilidade. Observância. 6. Recurso provido. (BRASIL, 2019a)

A trajetória argumentativa percorrida, portanto, recorre a diversos elementos normativos do ordenamento, por vezes aproximando disposições bastante díspares – como o dispositivo que autoriza os herdeiros a defenderem a honra e imagem do falecido e o dispositivo que prevê que a doação de órgãos dependerá do consentimento dos herdeiros – para inferir a construção de regra distinta, consistente no respeito à suposta vontade do falecido, veiculada por um de seus herdeiros em detrimento dos demais. Sob a perspectiva civil-constitucional, se reconheceria na decisão um processo hermenêutico complexo que não se resume à mera transposição de uma regra extraída de outro caso ou de outro grupo de casos, mas a construção de uma regra a partir de uma compreensão abrangente dos diversos elementos normativos que compõem o sistema e da relação entre eles.

4 O JUÍZO DE VALOR SOBRE O COSTUME: O EXEMPLO DA ÁREA ÚTIL

Após a analogia, o mecanismo de integração indicado ao intérprete pela LINDB é o recurso ao costume jurídico. Embora reconhecido como fonte em nosso ordenamento, o costume não goza da importância que possui nos ordenamentos anglo-saxões, em razão da prioridade que a lei como fonte de direito alcançou entre nós.

Em doutrina identifica-se o costume pela composição de dois elementos: a repetição de um comportamento de maneira habitual, socialmente compartilhada (elemento objetivo), e a consciência de sua obrigatoriedade, ou seja, a consideração da prática como necessário ou conveniente ao interesse social (REALE, 2005, p. 158).

É comum distinguir-se ainda entre três categorias de costume a partir de sua relação com a lei: *secundum legem*, quando a própria lei remete à sua aplicação; *praeter legem*, quando utilizado para integrar a omissão da lei; e *contra legem*, quando o costume contradiz disposição legal (ASCENSÃO, 2005, p. 253). De modo geral, a esta última categoria nega-se a possibilidade de aplicação, por prioridade da disposição legal (FERRAZ JR., 2001, p. 239).

Tanto os requisitos como as categorias parecem, ao menos sob uma perspectiva literal, contrastar com a metodologia civil-constitucional. No pensamento perlingeriano, a praxe social é elemento fundamental para a atividade do intérprete, tendo em vista a premissa metodológica de contingencialidade do direito, mas deve sempre ser objeto de um juízo de valor, para compatibilizá-lo com a legalidade constitucional (PERLINGIERI, 2008, p. 113). A partir do estabelecimento da hierarquia entre as fontes e da unidade do sistema conferida pelo texto constitucional, torna-se mais relevante cotejar o costume com os valores positivados na Constituição do que com a legislação infraconstitucional.

Com efeito, a necessidade de um juízo de valor sobre as práticas costumeiras é constatação simples, pensando-se no exemplo delicado

de comunidades dominadas pela milícia ou pelo tráfico, em que se difundem condutas recorrentes sobre as quais a população tem consciência da obrigatoriedade diante do poder paralelo. A importância de realizar esse juízo à luz da Constituição tampouco é exclusividade do pensamento perlingeriano: Larenz, após referir ao exemplo de absorção do costume pela jurisprudência nos casos de concretização de princípios ético-jurídicos que foram acolhidos na consciência geral sustenta que não importa se eram compatíveis com o Direito estabelecido, contanto que “não contradiga a Constituição ou outro princípio jurídico de escalão superior” (LARENZ, 2005, p. 617).

Entretanto, a metodologia civil-constitucional parece levar essa reflexão além, pois ao preconizar a interpretação sempre sistemática e analógica, colocando ao intérprete o dever de fazer o cotejo entre os diversos elementos normativos e suas relações, sempre demanda a reinserção da praxe no âmbito do restante das normas do sistema. Em consequência, entende-se que o costume “quando é *praeter legem* é na realidade sempre *secundum legem* e se apresenta como fonte integradora legitimada pelo próprio ordenamento formal” (PERLINGIERI, 2008, p. 114-115).

Exemplo que pode ser aduzido para ilustrar o caso diz respeito ao inconformismo de compradora de sala comercial comprado na década de 1990 que alegava que o imóvel entregue tinha área útil inferior ao previsto, pois as paredes não deveriam entrar no cálculo pois não podem ser utilizadas, interpretação que veio a ser consolidada pela ABNT por meio da NBR 14653-2. Entretanto, o STJ manteve a decisão estadual por entender que antes da referida norma técnica, o termo “área útil” era comumente entendido nas relações comerciais como sinônimo de área privativa e, portanto, a metragem do imóvel fora informada de boa-fé:

Promessa de compra e venda de imóvel. Recurso especial. Contradição. Inexistência. “área útil”. Ausência, quando da pactuação, de normatização técnica definindo o seu conceito. Moldura fática apontando não ter havido má-fé e que, no estado do tribunal de origem, anteriormente à definição pela ABNT, conforme os usos e costumes locais, o conceito confundia-se com o de área privativa.

Indenização. Descabimento. 1. O artigo 85 do Código Civil de 1916, vigente na época dos fatos, dispunha que, nas declarações de vontade, atender-se-ia mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem. 2. As instâncias ordinárias apuraram que, anteriormente à edição de norma técnica da ABNT (2004) estabelecendo o conceito de "área útil", o que prevalecia, conforme os costumes locais, confundia-se com o de "área privativa", descartada a possibilidade de má-fé por parte da compromissária vendedora. Desse modo, como não havia conceito seguro acerca do que consiste a "área útil", o caso, nos termos dos artigos 126 do Código de Processo Civil e 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, deve ser solucionado de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. 4. Os artigos 130 a 132 do Código Comercial, que vigiam quando dos fatos, apresentam critérios para interpretação contratual, que reconhecem os usos e costumes locais e privilegiam a boa-fé, dispondo que o "verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras". 5. O acórdão recorrido apurou que "à época da elaboração do contrato não haviam conceitos bem definidos acerca do que realmente poderia ser denominado 'área útil', verifico que não houve, por parte da apelada, má-fé ao descrever a área total (leia-se: privativa) do bem como sendo a 'área útil'. Tal descrição, à época da elaboração do pacto em discussão nesta ação, era absolutamente comum e aceitável nas relações comerciais celebradas tendo como objeto imóveis". 6. Assim, fica límpido que a decisão tomada pelo Tribunal de origem decorreu de fundamentada convicção amparada na análise dos elementos existentes nos autos, de modo que a eventual revisão da decisão recorrida esbarraria no óbice intransponível imposto pela Súmula 7 deste Tribunal. 7. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2012).

O julgado parece incorporar a praxe social não como uma fonte normativa autônoma, mas para a compreensão das expectativas legítimas por ocasião da celebração do negócio. Significativamente, a referência à praxe serve para suscitar a análise da categoria jurídica da boa-fé, o que, sob a perspectiva civil-constitucional, se traduz no entendimento de que a praxe social é valorada a partir da legalidade constitucional, por meio de seus elementos normativos que dão abertura para essa entrada.

5 PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO X PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: O EXEMPLO DO CHEQUE EMPRESTADO

O último mecanismo de integração previsto pelo art. 4º da LINDB para o caso de omissão da lei são os princípios gerais de direito, entendidos como “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, que para a elaboração de novas normas” (REALE, 2005, p. 300). Sob a perspectiva hermenêutica tradicional, os chamados princípios gerais de direito eram enunciados normativos, extraídos por indução da totalidade do ordenamento, que teriam um papel puramente subsidiário na atividade do intérprete, servindo a colmatar aquelas lacunas que não pudessem ser supridas pelo recurso a outras fontes normativas. Assim, em um trabalho predominantemente doutrinário, observava-se que, em diversas situações, o ordenamento dava soluções similares e, a partir disso, extraía-se daí um princípio geral, que poderia servir a resolver situações semelhantes àquelas que permitiram a construção do princípio, de forma similar ao raciocínio por analogia.

Entretanto, a categoria dos princípios parece padecer de certa ambiguidade (SHECAIRA, 2012, p. 85-90). No movimento amplo por vezes referido por “pós-positivismo”, os princípios assumem relativo protagonismo, substituindo-se a concepção do direito somente como um sistema de regras pela ideia de que o direito é um sistema de regras e princípios (BARROSO, 2006, p. 1-48). Ou seja, os princípios são outra espécie de enunciado normativo, ao lado das regras, e que tem papel relevante na operação do sistema, e não somente subsidiário. A própria definição de princípio parece alterar-se sob essa perspectiva. Tradicionalmente caracterizados apenas por seu grau maior de abstração e generalidade, passou-se a diferenciá-los das regras com base na sua forma de aplicação. Assim, enquanto as regras se aplicam sempre que se façam presentes as condições que elas preveem, salvo se revogadas ou excepcionadas por outras regras, os princípios são

enunciados normativos que não preveem expressamente em que condições eles se aplicam (GÜNTHER, 2004, p. 368).⁵

Assim, enquanto o conflito entre regras é excepcional e acaba por se reconhecer que ou bem uma excepciona a incidência da outra ao menos em parte, ou mesmo uma revoga a outra, afastando sua vigência por completo, a colisão entre princípios é recorrente, pois a indeterminação das hipóteses em que eles incidem permite que, *prima facie*, mais de um princípio seja aplicável à mesma situação. Distingue-se, assim, o contexto de justificação dos princípios (o que lhes dá respaldo para serem reconhecidos como normas daquele ordenamento) do seu contexto de aplicação (o que autoriza sua incidência para a solução daquele caso concreto) (HABERMAS, 1998, p. 217). No caso de colisão entre princípios abre-se procedimento hermenêutico pelo qual, argumentativamente, se colacionam elementos próprios da situação concreta idôneos a justificar que determinado princípio deve prevalecer sobre outro naquele caso. Prevalece entre nós a doutrina que se refere a esse procedimento como “ponderação”, em que pese ser tema controverso, já que o termo pode ser utilizado com maior ou menor amplitude (BARCELLOS, 2005, p. 23).

Reconhecendo a diversidade de acepções da palavra “princípio”, Perlingieri identifica como marca distintiva um parâmetro de avaliação certo (o valor que o princípio determina a realização na maior medida possível), mas cujo nível de satisfação em concreto é incerto (PERLINGIERI, 2005, p. 18). Atribui, especialmente aos princípios de alçada constitucional, não somente um papel de unificação valorativa do ordenamento, mas também a prerrogativa de aplicação direta aos casos concretos (PERLINGIERI, 2008, p. 216). Principalmente, destaca-se que o papel hermenêutico residual ou superior dependerá da condizência do princípio com os valores constitucionais: se ele realmente se limita a generalizar lógica oriunda da legislação ordinária, sua supletividade estará de acordo com a

⁵ Entre nós, sobre o tema, v. GALUPPO, 1999, p. 191-210, e ÁVILA, 2006, *passim*.

hierarquia das fontes, mas se os princípios expressam normas de alçadas constitucionais, restringir sua atuação às omissões da lei significava subverter a preeminência hierárquica dessas normas, “constituindo, assim, uma manifesta disfunção do sistema” (PERLINGIERI, 2008, p. 573).

Exemplo que pode ser aduzido para ilustrar esse ponto diz respeito à legitimação jurídica da prática social de “empréstimo de cheques”: o credor ajuizou ação para haver do emitente formal do cheque o valor previsto, mas admitiu-se processualmente o chamamento do real devedor e foi ele o condenado a pagar, ao argumento de que, embora o art. 15 da L. 7.357/1985 preveja que o emitente é o responsável, “é prática comum na sociedade brasileira o empréstimo de lâminas de cheque a amigos e familiares, como expressão da informalidade e da solidariedade que marcam nosso povo, e que os comportamentos de boa-fé devem ser protegidos e prestigiados pelo Poder Judiciário”. No STJ, entretanto, entendeu-se descabida a aplicação do costume contra a previsão legal, mas cabível a aplicação do princípio da boa-fé – que seria um princípio, mas não um “princípio geral de direito” – para “temperar” a previsão legal, admitindo com isso a condenação de ambos (emitente formal e devedor real) ao pagamento:

Recurso especial. Negativa de prestação jurisdicional. Omissão inexistente. Ação monitória. Julgamento com base no costume e no princípio da boa-fé objetiva. Dispositivo legal expresse. Interpretação. Cheques emprestados a terceiro. Fato incontroverso. Responsabilidade do emitente pelo pagamento. Julgamento: CPC/73. 1. Ação monitória ajuizada em 22/03/2011, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 22/09/2015 e atribuído ao gabinete em 25/08/2016. 2. O propósito recursal é dizer sobre a possibilidade de julgamento com base no costume e no princípio da boa-fé, ante a existência de previsão legislativa em sentido diverso, bem como sobre a responsabilidade do emitente pelo pagamento dos cheques por ele emprestados a terceiro. 3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e suficientemente fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há falar em violação do art. 535, II, do CPC/73. 4. Na ausência de lacuna, não cabe ao julgador se valer de um costume para afastar a aplicação da lei, sob pena de ofensa ao art. 4º da LINDB, conquanto ele possa lhe servir de parâmetro

interpretativo quanto ao sentido e alcance do texto normativo. 5. A boa-fé objetiva é princípio fundamental do ordenamento jurídico, com conteúdo valorativo e nítida força normativa, o qual não se confunde com os princípios gerais do direito, mencionados no art. 4º da LINDB, que têm caráter informativo e universal, e finalidade meramente integrativa, servindo ao preenchimento de eventual lacuna normativa. 6. Na trilha da literalidade indireta, fundada na boa-fé objetiva, é possível admitir a inclusão de terceiro no polo passivo da ação monitória para exigir-lhe o pagamento do cheque, quando ele, inequivocamente, assumiu, perante o beneficiário, a obrigação a que corresponde o título. 8. Do ponto de vista do princípio da abstração, igualmente, a boa-fé objetiva funciona como baliza, de modo a permitir que o beneficiário, com base no negócio jurídico subjacente, do qual participou, exija o pagamento, por meio da ação monitória, do terceiro que, embora não tenha firmado na cártula - seja como emitente, endossante, ou avalista - a obrigação de pagar, a ela está vinculado pela causa que deu origem ao título. 9. A flexibilização das normas de regência, à luz do princípio da boa-fé objetiva, não tem o condão de excluir o dever de garantia do emitente do cheque, previsto no art. 15 da lei 7.357/85, sob pena de se comprometer a segurança na tutela do crédito, pilar fundamental das relações jurídicas desse jaez. 10. Hipótese em que, a despeito da nobre intenção do recorrido, deve ser condenado ao pagamento da quantia inscrita nos cheques por ele emitidos, sem prejuízo de posterior ação de regresso contra o interessado para reaver o valor que eventualmente venha a despende. 11. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2019c)

O cotejo entre a decisão estadual e a federal retoma o debate do item anterior sobre o costume jurídico e revela o sutil imiscuir-se entre a praxe social e sua absorção pelo ordenamento jurídico. Enquanto o julgado estadual reconhece e protege a praxe social, mas fundamenta essa proteção a partir de qualificações que revelam um juízo de valor sobre essa prática – “informalidade”, “solidariedade” e “boa-fé” –, o julgado federal fecha a porta para o costume ao argumento da ausência de omissão legal, mas permite a sua entrada pela janela por meio da referência ao princípio da boa-fé.

Entretanto, mais ilustrativo para o presente ponto é que, ao atribuir à boa-fé o condão de “temperar” a previsão da Lei de cheque, a ministra sustenta que ela é um princípio fundamental do sistema, com força normativa, “o qual não se confunde com os princípios gerais do direito, mencionados no art. 4º da LINDB, que têm caráter

informativo e universal, e finalidade meramente integrativa, servindo ao preenchimento de eventual lacuna normativa”. Constata-se, assim, que sob a perspectiva civil-constitucional, esse raciocínio envolveria a existência de um juízo sobre a alçada do princípio na hierarquia das fontes, a partir do valor que ele representa, de modo a reconhecer no princípio, por conta disso, um papel não subsidiário como mecanismo de integração.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O procedimento hermenêutico preconizado pelo legislador brasileiro no art. 4º da LINDB, que pressupõe o estado de “omissão da lei” para que o intérprete recorra aos mecanismos integrativos da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, parece conflitar com o modelo teórico do chamado “direito civil-constitucional”, conforme preconizado pelo jurista italiano Pietro Pelingieri.

Como premissa, no modelo perlingeriano não parece ter lugar uma rigorosa diferenciação no procedimento hermenêutico cabível no cenário de “omissão da lei”, normalmente associado à ideia de lacuna, que autoriza o recurso ordenado aos mecanismos de integração, e os demais cenários, visto que se preconiza que sempre o intérprete deve recorrer à totalidade do sistema para a individualização da normativa aplicável ao caso concreto.

No tocante à analogia, sob a metodologia civil-constitucional, por se partir da ideia de que não existem dois casos iguais, ela não configura meio de integração de aplicação subsidiária, restrito à omissão da lei, como preconiza a LINDB, mas aspecto elementar de qualquer procedimento hermenêutico à luz do sistema de direito, que conjuga a variedade de elementos existentes no ordenamento em um processo dinâmico e complexo.

A metodologia civil-constitucional também relativiza a tradicional categorização dos costumes jurídicos. Ao demandar a

reinserção da praxe no âmbito do restante das normas do sistema, parte do pressuposto de que o costume sempre acaba atuando *secundum legem*, na medida em que se apresenta como fonte integradora legitimada pelo próprio ordenamento formal.

Por fim, quanto aos princípios, Perlingieri destaca ser inadmissível lhes atribuir papel hermenêutico residual – como preconiza o dispositivo da LINDB ao se referir a “princípios gerais de direito” – quando expressem normas de alçada constitucional, pois isso implicaria restringir sua atuação às omissões da lei e subverter a preeminência hierárquica dessas normas.

Data de Submissão: 23/03/2021

Data de Aprovação: 10/03/2022

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Alana Ramos Araújo

Assistente Editorial: Iasmin Madeiro Cordeiro

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Quaestio Iuris*, vol. 2, n. 1. Rio de Janeiro, 2006, pp 1-48.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 10. ed. Brasília: UNB, 1997.

BRASIL, STJ, 4ª T., REsp 1015379/ES, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 16/02/2012, publ. DJe 12/03/2012.

BRASIL. STJ, 3ª T, REsp 1693718/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 26/03/2019, publ. DJe 04/04/2019. (2019a)

BRASIL. STJ, 3ª T., REsp 1707405/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ acórdão Min. Moura Ribeiro, julg. 07/05/2019, publ. DJe 10/06/2019. (2019b)

BRASIL. STJ, 3ª T., REsp 1787274/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 23/04/2019, publ. DJe 26/04/2019. (2019c)

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do direito e decisão racional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 10. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GALUPPO, M. C. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, n. 143, jul.-set. 1999, p. 191-210.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Análise da lei de introdução ao código civil: sua função no ordenamento jurídico e, em especial, no processo civil. *Revista de processo*, vol. 37. São Paulo: jan.-mar./1985, p. 7-30.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, Cambridge: MIT Press, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, 4. ed. Napoli: ESI, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAMOS, André Luiz Arnt. Ensaio de uma (auto)crítica: o direito civil contemporâneo entre a tábua axiológica constitucional e a constituição prospectiva. *Pensar*, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-9, out./dez. 2018.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SHECAIRA, Fábio Perin. “Quando a lei for omissa...” Sobre a controvertida noção de princípio geral de direito. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 40. Rio de Janeiro: jan.-jun./2012, p. 85-90.

TEPEDINO, Gustavo. Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, vol. 24, n. 1, jan.-abr. 2019, p. 22-52.

Legal Gaps And Mechanisms Of Integration Under The Civil-Constitutional Perspective: Analysis Of Decisions Of The Brazilian Superior Court Of Justice

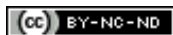
Carlos Nelson Konder

Abstract: The problem that is the object of the article is the contrast between the hermeneutic procedure recommended by article 4 of the Law of introduction to the norms of Brazilian law (LINDB), which provides that in case of omission of the law, one must resort to analogy, customs and general principles of law, and the civil-constitutional methodology, as originally advocated by the Italian legal scholar Pietro Perlingieri. This analysis is justified by the practical relevance of the mechanisms of integration in hermeneutic activity. The objective of verifying eventual incompatibilities between the legal regime and the indicated method has been accomplished with the methodology of presenting recent decisions of the Superior Court of Justice in which the legal provision was expressly invoked, selected because they are considered illustrative of the application of the mechanisms integration to civil law issues. The results obtained are indicative of the contrast between the assumptions assumed by the legislator and those based on the civil-constitutional methodology.

Keywords: Civil-constitutional law. Interpretation. Analogy. Customs. General principles of law.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n47.58600>

Conteúdo sob licença *Creative Commons*: [Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) (CC BY-NC-ND 4.0)



A Tecnologia Blockchain Representaria O Fim Dos Cartórios Extrajudiciais?


André Studart Leitão*

Centro Universitário Christus, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0001-9681-943X>

Camila Fechine Machado**

Centro Universitário Christus, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0002-4419-0235>

Taís Vasconcelos Cidrão***

Centro Universitário Christus, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, Brasil

 <https://orcid.org/0000-0001-5144-0602>

Resumo: Nos últimos anos, o protocolo de segurança denominado *blockchain* vem ganhando espaço no mercado, sobretudo na operacionalização de transações. Com o objetivo de extinguir terceiros intermediários centralizadores, essa tecnologia disruptiva propõe uma transfiguração paradigmática de tradicionais instituições, a exemplo dos serviços extrajudiciais prestados pelos cartórios. Para atender à segurança jurídica e à efetividade das relações, as serventias extrajudiciais prestam serviços essenciais, desempenhando atividades importantes para a vida civil, desde registros de nascimentos a registros imobiliários. Propõe-se investigar a possibilidade de substituição do modelo centralizado de certificação típico da atividade notarial e registral pelo sistema descentralizado da *blockchain*. Neste trabalho, foi realizada como metodologia preponderante a pesquisa bibliográfica com objetivo de compreender os espaços da tecnologia *blockchain* e seus impactos nos serviços prestados pelas serventias. A conclusão do presente estudo foi a que de, não obstante a importância do *blockchain*, é imprescindível que sua introdução seja cautelosa, haja vista a necessidade de análise humana detalhada para a verificação de registro de dados, tornando-se necessária (ou iminente) a reinvenção dos serviços notariais e registrais.

Palavras-chave: *Blockchain*. Cartórios. Sistema descentralizado. Tecnologias Disruptivas.

* Doutor em Direito pela PUC-SP. Pós-doutorando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-doutorando em Direito pela Universidade de Fortaleza. Professor no Programa de Pós-graduação em Direito da Unichristus. Professor no Centro Universitário Farias Brito. Procurador Federal. E-mail: andrestudart@hotmail.com

** Mestranda em Direito, Processo e Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus. Oficial de Registro Civil. Professora. E-mail: camilafechinemachado@gmail.com

*** Mestranda em Direito, acesso à justiça e ao Desenvolvimento pela Unichristus. E-mail: taisvcidrao@hotmail.com



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n47.54695>

A Tecnologia Blockchain Representaria O Fim Dos Cartórios Extrajudiciais?

André Studart Leitão

Camila Fechine Machado

Taís Vasconcelos Cidrão

1 INTRODUÇÃO

Em tempos marcados pelo *Big Data*, Internet das Coisas (IoT), mídias sociais, relações globalizadas, impressoras 3D e carros autônomos, estudar os impactos das tecnologias tornou-se relevante. Com o avanço desenfreado da tecnologia na sociedade contemporânea, percebem-se claramente a implementação da produção em série, a valorização por mão-de-obra de baixo custo e o imperativo de celeridade, mormente numa sociedade hipermoderna. Fato é que as empresas têm se aproveitado da perspectiva capitalista para estimular o consumo desenfreado de tecnologias disruptivas.

As relações *homem-consumo* e *homem-produto* alcançaram uma compreensão diferente no século XXI em relação às décadas pretéritas. Na sociedade atual informatizada, em que se vivencia a “Era da Tecnologia e dos Aplicativos”, pessoas transformaram-se em perfis ou em avatares, e as relações, de uma maneira geral, tornaram-se despersonalizadas.

A *Blockchain* (cadeia de blocos) propõe a substituição de modelos centralizados enraizados na sociedade. Considera-se o sistema da Cadeia de Blocos uma inovação de registro baseada no

compartilhamento de dados e transações realizados pela internet, de modo que esses registros somente podem ser integrados ou modificados de forma sequencial, se validados por pessoas disponíveis na internet, os chamados mineradores.

Com a explosão da revolução digital, acentuou-se a corrida pela descentralização. Discute-se, então, a viabilidade de a nova tecnologia substituir as atividades tradicionais. Afinal, as tecnologias emergentes seriam capazes de executar essas tarefas de forma mais eficiente, célere e econômica, sem quaisquer fissuras que comprometessem a confiança institucional? É exatamente nesse contexto onde se inserem as serventias extrajudiciais (cartórios). Estariam elas na lista de atividades que correm o risco de ser suplantadas pelos avanços tecnológicos?

De acordo com a Lei nº 8.935, o cartório é uma “organização técnica e administrativa a garantir publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos” (BRASIL, 1992). Trata-se, pois, de um mecanismo efetivo de acesso à Justiça, que tem por escopo zelar pela paz social, pela segurança jurídica, pelo controle de legalidade e pela publicidade de fatos e atos jurídicos. Por delegação, o Estado transfere aos notários e registradores a competência para formalizar juridicamente a vontade das partes e autenticar fatos jurídicos.

Como uma das principais finalidades das serventias consiste no ato de registrar, indaga-se se essa atividade poderia ser substituída pela *blockchain*. Os cartórios e os seus procedimentos realmente estão se tornando obsoletos?

Antes de responder a essa pergunta é bom lembrar que, atualmente, existem diversos sistemas que permitem o acesso e o uso de documentação descentralizada para facilitar o intercâmbio de informações entre os cartórios, o Poder Judiciário e a sociedade, a exemplos do sistema Central de Registro Civil (CRC), o Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI), o Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (ONR), Central Eletrônica de Registros Imobiliários do Ceará (CERICE) e a plataforma

“registrocivil.org.” Destarte, os registros estão dispostos para acesso em qualquer serventia ou até mesmo em *sites* da internet, sem qualquer necessidade de o usuário do serviço se deslocar a um cartório específico.

Ao longo dos anos, os cartórios vêm incorporando inúmeras ferramentas inovadoras a fim de proporcionar economicidade e desburocratização na prestação dos serviços. A priori, não se vislumbram óbices para isso acontecer também relação à *blockchain*.

Não há como negar as vantagens decorrentes das inovações tecnológicas, a exemplo da *blockchain*, como a rapidez, a transparência e a redução dos custos. Sem embargo, deve-se ponderar que os avanços tecnológicos também podem ser devastadores, impondo ao meio consequências negativas inesperadas. A implementação de toda e qualquer inovação no campo das relações sociais pressupõe uma análise consistente que antecipe consequências imprevistas e pondere se realmente merece substituir completamente os modelos tradicionais.

Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica de livros, artigos, legislações e notícias. O levantamento bibliográfico teve como tema “Blockchain” e “Serventias Extrajudiciais” e foi a base da presente pesquisa exploratória que tem o objetivo de compreender como as serventias extrajudiciais acompanharão os avanços da *blockchain*, a partir das estruturas econômicas e sociais atuais. Buscará responder se as atividades desempenhadas pelos cartórios extrajudiciais serão substituídas por essa tecnologia disruptiva.

2 TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS: A BLOCKCHAIN

Com a quarta Revolução Industrial, intitulada como “poderosa, impactante e historicamente importante”, nas palavras de Claus

Schwab, as tecnologias e as inovações foram amplamente difundidas (SCHWAB, 2016, p. 17).

O desenvolvimento e a velocidade com que a tecnologia foi inserida na sociedade contemporânea impactam a maneira como se vivem atualmente as relações pessoais e profissionais. “Tanto em sua extensibilidade quanto em sua intensidade, as transformações envolvidas na modernidade são mais profundas que a maioria dos tipos de mudança característicos dos períodos precedentes” (GIDDENS, 1991, p.10). Assim, instrumentos tecnológicos que eram inimagináveis há poucos anos, hoje, encontram-se inseridos de forma enraizada no cotidiano.

Os atuais disruptores – Airbnb, Uber, Alibaba e afins– que hoje são nomes bem familiares, eram relativamente desconhecidos há poucos anos. O onipotente Iphone foi lançado em 2007. Mas, no final de 2015, já existiam cerca de 2 bilhões de smartphones. Em 2010, o Google anunciou seu primeiro carro autônomo. Esses veículos podem rapidamente se tornar uma realidade comum nas ruas (SCHWAB, 2016, p.18).

Em 2008, com o lançamento da criptomoeda *bitcoin*, idealizada por Satoshi Nakamoto (pseudônimo), o sistema da *blockchain* popularizou-se (NAKAMOTO, 2009). Apesar de a aplicação inicial ser restrita ao sistema financeiro, sua utilização ampliou-se para outras áreas com o decorrer do tempo.

Desde a implementação de tecnologias disruptivas, a inserção da *blockchain* teve maior impacto no âmbito da inovação, surpreendendo e rompendo paradigmas tradicionais (MOUGAYAR, 2017). Afinal, quando se imaginou não precisar mais da atividade de bancos, de universidades, ou mudar radicalmente o processo eleitoral e até extinguir com os cartórios? Para Mougayar, ainda não se tinha visto “nada parecido desde o início da internet em termos de capturar a imaginação das pessoas, inicialmente um número pequeno, e então se espalhar rapidamente” (MOUGAYAR, 2017, p. 6).

A *blockchain*, ou cadeia de blocos, propõe uma tecnologia que tem como princípio a descentralização. A sociedade civil, em geral, está

habituada a ter um ponto centralizador na realização de transações, a exemplo dos bancos, governos, financiadores, grandes corporações, dentre outros (MOUGAYAR, 2017).

Rompendo com esse paradigma da concentração em um ponto central, a tecnologia *blockchain* pretende que as pessoas, naturais e jurídicas, possam realizar operações na rede de internet sem a necessidade de um terceiro intermediador central, prometendo baixos custos, segurança e confiabilidade, o que hoje ainda é um entrave no ciberespaço.

De acordo com Mougayar, a comunicação ponto a ponto (*peer-to-peer*) e a eliminação de um terceiro confiável são alguns dos princípios que baseiam a criação da tecnologia, permitindo a operacionalização de forma direta entre as partes (MOUGAYAR, 2017).

Essa descentralização é proveniente de uma sociedade moderna que se afasta dos modos de vida tradicionais (GIDDENS, 1991). Para Giddens, há um desencaixe, o que ele conceitua como o “deslocamento’ das relações sociais de contextos locais de interação e sua reestruturação através de extensões indefinidas de tempo-espaço” (GIDDENS, 1991, p. 29).

A *blockchain* consiste em uma tecnologia baseada numa cadeia de informações que envolve uma base de dados compartilhada, de forma que, a cada operação realizada entre pessoas ou empresas, o registro fica armazenado num livro de razão pública, ou livro contável. Para que essa transação seja validada, é necessário que a maioria das pessoas que compõem a rede atestem a veracidade das informações postas. Esses indivíduos são chamados de mineradores, e eles recebem uma recompensa pela validação das transações. (TAPSCOTT DON; TAPSCOTT ALEX, 2016).

Após o armazenamento de várias transações, forma-se um bloco com um registro de data e tempo, o qual, após devidamente validado pelos mineradores, é incluso na cadeia de blocos. A cada decurso de tempo, geralmente dez minutos, forma-se um novo bloco de operações realizadas, que se liga imediatamente ao bloco anterior.

Assim, essa cadeia de blocos armazena transações em blocos que dificilmente serão apagados ou alterados posteriormente, na medida em que se formam blocos sequenciais encadeados entre si, de modo que só é possível retificar dados de um bloco depois que todos os blocos posteriores tiverem sido validados, o que leva à seguinte conclusão: quanto mais antigo for o registro e quanto maior for a rede, maiores tendem a ser a confiança e a segurança.

Vale dizer, essa série de blocos interligados são autenticados por meio de procedimentos de verificação dos blocos anteriores, garantido a veracidade das informações. Os membros são responsáveis por validar e armazenar as transações nessa base de dados. (MOUGAYAR, 2017). Para que um bloco seja adicionado à rede, exige-se que mais da metade das pessoas valide a transação, como forma de proteger a rede de ações fraudulentas (TAPSCOTT DON; TAPSCOTT ALEX, 2016). As informações são armazenadas em blocos, de forma que ficam registradas em um livro público, o livro-razão, o qual, a partir do consenso da rede, permite a gravação de dados. Logo, os registros são distribuídos entre os participantes da rede, permitindo que os usuários transmitam dados e informações, mesmo sem se conhecerem. (LEMIEUX, 2016).

A *blockchain* pulveriza os dados em vários computadores espalhados pelo mundo, de forma criptografada, evitando a perda de arquivos em razão da ação de *hackers*, falhas no sistema e fraudes (LEMIEUX, 2016). Dessa forma, ao invés de o hacker precisar invadir exclusivamente o único ponto centralizador, a exemplo de uma instituição financeira, no caso da *blockchain*, ele precisaria invadir diversos computadores, pois os arquivos estão distribuídos em todas as máquinas que o integram.

Também chamado de protocolo de confiança (NAKAMOTO, 2009), esse sistema possibilita, a um só tempo, a transparência e a segurança das relações. Com efeito, o histórico de transações é acessível a todos os integrantes da rede. Além do mais, a alteração dos dados (pretéritos) registrados depende da concordância da maioria

dos mineradores. Assim, para conseguir fraudar o sistema, é necessário um poder computacional que é, até hoje, inimaginável (TAPSCOTT DON; TAPSCOTT ALEX, 2016).

Conforme já salientado, embora a *blockchain* tenha sido pensada inicialmente para as criptomoedas, sendo a mais comum entre elas a *bitcoin*, percebeu-se que o seu campo de aplicação poderia ser muito maior. Por que não utilizar a tecnologia para fins de validação de documentos ou nos processos eleitorais, sistemas educacionais, bancos e cartórios?

De acordo com Swan, essa nova tecnologia disruptiva tem o potencial

de reconfigurar vários os aspectos da sociedade e suas operações. Por critérios de organização e conveniência, Melanie Swan distingue a revolução da blockchain em três espécies (SWAN, 2015). A Blockchain 1.0 relaciona-se ao uso de dinheiro e transferências monetárias, a exemplo das criptomoedas, que recentemente teve um boom. A Blockchain 2.0 refere-se ao registro de contratos, os *smarts contracts*, aplicados principalmente ao mercado financeiro, de ações e imobiliário (SWAN, 2015). Por fim, a Blockchain 3.0 reporta-se ao uso dessa tecnologia descentralizada muito além de finanças e mercados, mas também no governo, instituições, ciência, educação, cultura e arte (SWAN, 2015). Ainda não se sabem outros impactos que podem vir a ocorrer em outras áreas, mas isso será uma realidade próxima, tendo em vista a eficiência apresentada.

3 OS CARTÓRIOS E OS CUSTOS

Desde os estudos mais remotos, percebe-se que a precaução e até o desassossego com a segurança afligia as pessoas. No Brasil, o cartório tem sua origem no período colonial, haja vista a necessidade de evidenciar o valor probatório de escritos daquela época e como solução a situações de incerteza da sociedade (LOUREIRO, 2019).

Com o passar dos anos, essas instituições receberam atribuições diferentes e relevantes, em busca contínua pela segurança jurídica e garantia de direitos fundamentais (LOUREIRO, 2019).

A atividade notarial e registral, com previsão na Lei nº 6.015/73, pode ser considerada uma aliada do Poder Judiciário na solução consensual de conflitos de forma qualificada, norteadas pelos princípios da autenticidade, publicidade, segurança jurídica e eficácia dos atos jurídicos.

As serventias extrajudiciais, popularmente conhecidas como os cartórios, exsurgem como instrumentos de acesso à justiça, princípio fundamental que assegura a cidadania, a igualdade, a solidariedade e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, por meio dos registros de atos jurídicos imprescindíveis para a vida civil, como nascimentos, casamentos, óbitos, transações imobiliárias, registros de pessoas jurídicas, dentre outros.

Em uma sociedade hipermoderna, as demandas sociais e econômicas do mundo globalizado exigem celeridade, dificilmente alcançável pelo processo judicial. Os cartórios aparecem como uma alternativa às decisões proferidas por magistrados, mas quem possuem a garantia do cumprimento da autonomia da vontade dos interessados pautada na presunção de veracidade e na fé pública registral.

Atualmente, a grande maioria dos tabeliães e oficiais de registro é composta por pessoas físicas aprovadas em concurso público de provas e títulos que recebem uma delegação do poder público para a prática de atos jurídicos em face do artigo 236¹ da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

O delegatário é profissional do direito, dotado de fé pública, com capacidade e competência constitucional para dirimir perfeitamente conflitos na esfera extrajudicial, tendo em vista a confiança que lhe é depositada pela sociedade local. Essa confiança

¹ Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público (BRASIL, 1988).

permite que os serviços extrajudiciais tenham efetividade. “A confiança está basicamente vinculada, não ao risco, mas à contingência. A confiança sempre leva à conotação de credibilidade em face de resultados contingentes, digam estes respeito a ações de indivíduos ou à operação de sistemas” (GIDDENS, 1991, p. 35).

A fé pública confere ao delegatário o poder de autenticar e certificar fatos e atos jurídicos, sendo certo que a confiabilidade registral decorre da fé pública e da presunção de veracidade dos atos lavrados e registrados em cartórios.

O registro cria presunção relativa de verdade. É retificável, modificável e, por ser o oficial um receptor da declaração de terceiros, que examina segundo critérios predominantemente formais, não alcança o registro o fim que lhe é determinado pela definição legal: não dá autenticidade ao negócio causal ao fato ou ato jurídico de que se origina. Só o próprio registro tem autenticidade (CENEVIVA, 2010, p. 55).

Para além dessas atribuições, cabem a esses profissionais do direito o assessoramento e o aconselhamento aos usuários dos serviços sobre os riscos, as consequências e os vícios que possam ocorrer quando da constituição ou transferência de direitos (LOUREIRO, 2019). Para os usuários hipossuficientes e vulneráveis, esse suporte é ainda mais relevante, na medida em que o delegatário, ao se deparar com uma pessoa com dificuldade em entender a prática dos atos e seus efeitos jurídicos, possui o encargo de elucidar as informações, a fim de preservar interesses individuais.

Além de os cartórios serem um efetivo mecanismo de acesso à justiça, muitas vezes, representam a única alternativa em municípios e distritos onde não há sequer uma estrutura do Poder Judiciário. Diante dessa realidade, as serventias extrajudiciais possibilitam uma maior aproximação da Justiça à realidade local de cada região.

Por serem devidamente aprovados em concurso público, exigência inaugurada em 1988² e receberem uma delegação do Estado,

² Antes da promulgação da Constituição de 1988 não se exigia o concurso público para exercício da função notarial e registral. O artigo 236 § 3º inaugurou essa

notários e registradores são responsáveis civilmente e criminalmente, por todos os atos que causem prejuízos a terceiros, por dolo ou culpa,³ bem como são obrigados a cumprirem alguns deveres, fiscalizados pelas Corregedorias Estaduais de Justiça e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como: dever de conservação, custódia e arquivo de documentos; de obrigatoriedade da prestação de serviços; de sigilo; de preservação da autonomia da vontade; de fiscalização fiscal e legal e de observância às normas técnicas estabelecidas (LOUREIRO, 2019).

Ressalte-se ainda que essa atividade extrajudicial, quando realizada de maneira adequada, impacta a comunidade em razão de seus escopos metajurídicos, a exemplo de procedimentos que devem ser adotados na prevenção dos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro. O provimento nº 88, de 2019, do Conselho Nacional de Justiça (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019) estabelece que os serviços notariais desempenham atividades fundamentais no combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.

Art. 5º Os notários e registradores devem avaliar a existência de suspeição nas operações ou propostas de operações de seus clientes, dispensando especial atenção àquelas incomuns ou que, por suas características, no que se refere a partes envolvidas, valores, forma de realização, finalidade, complexidade, instrumentos utilizados ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar indícios dos crimes de lavagem de dinheiro ou de financiamento do terrorismo, ou com eles relacionar-se.

[...]

Art. 8º Os notários e registradores são os responsáveis pela implantação das políticas, procedimentos e controles internos de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo no âmbito da serventia, podendo indicar, entre seus prepostos, oficiais de cumprimento.

condição: “O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses” (BRASIL, 1988).

³ Artigo 22, da Lei nº 8.935: Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso (BRASIL, 1992).

Assim, realizado o filtro de legalidade, o cartorário, ao se deparar com uma suspeita de ato ilícito, deve comunicar à Unidade de Inteligência Financeira (UIF), sob pena de ser submetido a procedimento administrativo. Essa interlocução acontece de forma online, mas respeitado o sigilo das informações fornecidas. Dentro do contexto de modernizações tecnológicas, o provimento nº 100, de 26 de maio de 2020, editado pelo CNJ durante a pandemia da Covid-19, instituiu o sistema e-Notariado, que permite a prática de atos notariais eletrônicos. Por meio dessa plataforma, pode-se realizar a compra e venda de imóveis, doações, inventários, divórcios, dentre outros serviços, sem o comparecimento ao cartório, desde que os interessados tenham certificado digital. Trata-se, sem dúvida, de um aperfeiçoamento ao serviço extrajudicial a fim de proporcionar simplicidade aos usuários dos serviços por dispensar o deslocamento físico aos cartórios.

Acompanhando essa revolução digital, algumas ferramentas foram construídas com o escopo de proporcionar integração nacional e regional ao se utilizarem da tecnologia, como o apostilamento de Haia⁴, o sistema Central de Registro Civil (CRC⁵), o Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI⁶), o Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (ONR⁷), Central Eletrônica de Registros Imobiliários do Ceará (CERICE), sistema de

⁴ O Provimento nº 62 do CNJ, de 2017, prevê o apostilamento, ato pelo que é possível certificar a origem do documento público. Ou seja, é certificada a autenticidade da assinatura de pessoa integrante de países signatários da Convenção de Haia, para que o documento tenha validade nesses países no exterior (CONSELHO, 2017).

⁵ O Provimento nº 46 do CNJ, de 2015, institui a Central de Informações de Registro Civil das Pessoas Naturais – CRC, que por meio de sistema interligado na rede mundial de computadores, permite a partir do uso de tecnologias, interligar os cartórios de registros civis das pessoas naturais, possibilitando o intercâmbio de informações e documentos. Assim, não é preciso deslocar-se até o cartório onde o registro foi realizado, já que pode ser solicitado em qualquer cartório de registro civil do Brasil (CONSELHO, 2015).

⁶ O Provimento nº 47 do CNJ, de 2015, estabelece diretrizes gerais para o sistema de registro eletrônico de imóveis (CONSELHO, 2015).

⁷ Art. 76 da Lei 13.465, de 2017: O Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI) será implementado e operado, em âmbito nacional, pelo Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (ONR) (BRASIL, 2017).

armazenamento em nuvem⁸, dentre outros, viabilizam um serviço moderno e eficiente.

Há, ainda, a possibilidade de solicitar segundas vias de certidões de registro civil na internet, em formato digital, por meio do site “<https://registrocivil.org.br/>”⁹, proporcionando mobilidade e flexibilidade. Em que pese grandes mudanças tenham percorrido na atividade registral brasileira nos últimos anos, novos caminhos ainda devem ser percorridos com o anseio de proporcionar à sociedade uma prestação estatal ainda mais efetiva e segura, contribuindo para a diminuição dos riscos, dos custos e corroborando com a prevenção de conflitos e com a justiça social.

4 A BLOCKCHAIN E OS CARTÓRIOS

O empenho da cadeia de blocos é garantir confiança e transparência às transações operacionalizadas pela internet para registrar dados com celeridade e custos mais baixos, haja vista a exclusão de terceiros intermediadores. Sob essa perspectiva, muito se tem se falado que a tecnologia *blockchain* ameaçará alguns serviços tradicionais, a exemplo da atividade notarial e registral (MOUGAYAR, 2017). A revolução digital, típica do século XXI, é um desafio a ser enfrentado por todas profissões e instituições. A título de ilustração, pode-se dizer que as plataformas *Uber*, *Airbnb* e *Whats App* transmutaram diversas profissões.

Contudo, o fato de os cartórios serem instituições tradicionais não significa dizer que eles podem ser completamente substituídos. Se houvesse a eliminação dos cartórios, o ambiente de insegurança,

⁸ O Provimento n° 74 do CNJ, com vigência de 31 de janeiro de 2019, que “dispõe sobre padrões mínimos de tecnologia da informação para a segurança, integridade e disponibilidade de dados para a continuidade da atividade pelos serviços notariais e de registro do Brasil e dá outras providências” obriga o uso de backup em nuvem nos cartórios do país (CONSELHO, 2018).

⁹ O site Registro Civil é um meio oficial mantido pela ARPEN (Associação dos Registradores de Pessoas Naturais) a fim de permitir o acesso às informações registraes de forma mais simples.

combatido por décadas, poderia retornar. Não há dúvida de que o risco acompanha o desenvolvimento. Porém, o sentimento decorrente do risco implica consequências para a vida em sociedade e para os negócios jurídicos, na medida em que as pessoas terão suspicácia de utilizar uma tecnologia que substituirá uma atividade humana tão tradicional. “A vida em sociedade, pois, foi tornando evidente a necessidade de um sistema cada vez mais sofisticado de certeza e publicidade de situações jurídicas, de tal forma que as pessoas pudessem conhecer e planejar sua vida social econômica com segurança e estabilidade” (LOUREIRO, 2019, p. 54).

Sob esse viés, deve-se ponderar que o serviço extrajudicial prestado pelos cartórios continua importante, inclusive recebendo mais atribuições institucionais nos últimos anos, como uma alternativa – confiável – para desafogar o Poder Judiciário e promover celeridade às demandas sociais.

Quais outras instituições poderiam pretender tamanha estabilidade senão aquelas que servem à boa-fé dos negócios jurídicos, à estabilidade e segurança das convenções, à publicidade dos atos e fatos jurídicos, ao rechaço da fraude e à validade e da eficácia de todas as trocas e do comércio humano? (LOUREIRO, 2019, p. 9).

O período de transição com a inserção de tecnologias disruptivas em instituições tradicionais, como as serventias extrajudiciais, caracteriza o que Giddens denomina de “desencaixe” (GIDDENS, 1991). Nesse sentido, “Todos os mecanismos de desencaixe, tanto as fichas simbólicas como os sistemas peritos, dependem da confiança. A confiança está, portanto, envolvida de uma maneira fundamental com as instituições da modernidade.” (GIDDENS, 1991, p. 29).

O fato é que os cartórios, ao se valerem da *blockchain*, prestam um serviço de melhor qualidade, porém o uso dessa tecnologia não implica a eliminação da atividade. Assim, bancos, advogados, justiça eleitoral e cartórios podem proporcionar maior desenvoltura, confiança e clareza em suas funções (SALLES, 2019).

Como um profissional devidamente aprovado em concurso público de provas e títulos, a quem lhe compete aferir a legalidade e a regularidade das operações, bem como fazer uma análise dos documentos apresentados e submetidos a registro, seria simplesmente substituído por pessoas sem conhecimento jurídico disponíveis na rede de internet (SALLES, 2019)?

Muito além de carimbar papéis e apor selos, os tabeliães e oficiais de registro realizam o filtro da legalidade (qualificação registral). Cabe a eles não apenas atribuir fé pública e elaborar termos que expressem a vontade das partes, mas realizar uma inspeção minuciosa do documento e proceder ao exame de legalidade para assim, lavrar o ato (NEVES, 1990). Assentada no princípio de legalidade, a função notarial e de registro é responsável pelo controle de legalidade dos atos e negócio jurídicos; exatamente por isso, é indispensável um amplo conhecimento jurídico (LOUREIRO, 2019). Essa imprescindibilidade da análise jurídica torna inconcebível a substituição dos cartorários por uma rede de computadores. Soma-se, ainda, o fato de que o aconselhamento legal restará prejudicado, principalmente para a população mais carente e com pouco conhecimento legal, já que o notário ajuda a prevenir a prática de atos jurídicos que vão em oposição aos interesses individuais.

Por consectário, deve-se ponderar o fato de que a maioria da população não possui expertise jurídica e muito menos fé pública. Trata-se, sem sombra de dúvida, de um contexto que dificulta sobremaneira a prevenção de crimes, como estelionato e lavagem de dinheiro. Sob essa perspectiva, a promessa da cadeia de blocos de proporcionar registros de uma operação, de forma mais rápida e barata, eliminando os intermediários centralizados usados atualmente, demanda cautela, uma vez que será difícil responsabilizar civil e criminalmente uma pessoa dentro do universo de milhares de mineradores que compõem a rede da *blockchain*.

Na modernidade líquida¹⁰, há uma incapacidade de manter formas e relações. Embora a sociedade moderna prime pela liquidez das relações e das instituições, sob os argumentos de que o novo é sempre mais interessante e de que tudo pode ser facilmente substituído, a prudência recomenda uma análise mais profunda (BAUMAN, 2007).

Ao fazer uma distinção entre o novo da superação e o novo da concomitância, Rui Cunha Martins defende a simultaneidade de paradigmas e que a simples substituição por algo novo não pode necessariamente ser considerado um elemento de agregação (MARTINS, 2013). Assim, a substituição de pessoas com rosto (notário e o registrador) por pessoas sem rosto (mineradores na rede de computadores) é ininteligível. São “profissionais do direito que têm por missão dar publicidade a fatos jurídicos que a todos interessam e afetam; aconselhar as pessoas e prevenir litígios; intermediar os contratos e atos solenes que marcam a vida das famílias e dos cidadãos” (LOUREIRO, 2019, p. 10).

Corroborar-se com a ideia de tautocronismo. De fato, a *blockchain* possibilita uma otimização dos registros nos cartórios extrajudiciais, de forma que, acompanhando as instigações de uma sociedade cambiante, os cartórios já vêm se utilizando, ainda que de forma mínima, da tecnologia na prestação de seus serviços. Vale dizer, muitos cartórios brasileiros já passaram a utilizar essa tecnologia disruptiva, a fim de garantir conforto e dinamicidade na prestação dos serviços (AMARO, 2020).

Afastando essa óptica de exclusão, típica de uma sociedade líquida, as tecnologias disruptivas podem e devem coexistir com as instituições tradicionais que sejam eficientes. Com esse novo modelo de tecnologia inserido, os cartórios continuam a exercer o papel na garantia de segurança dos direitos e do tráfego jurídico, mas de forma

¹⁰ O conceito de modernidade líquida trazido por Bauman aduz que as relações sociais, profissionais e econômicas estão cada vez mais frágeis e momentâneas, notadamente a partir do final do século XX. Assim, se faz uma associação aos líquidos, que tem como uma de suas características a fugacidade. Para o sociólogo, antes desse período, as relações eram mais sólidas e duradouras.

a colaborar para a eficácia de atos jurídicos, com a redução de riscos, estimulando a movimentação das riquezas e o desenvolvimento econômico.

Em 2019, no Rio de Janeiro, foi realizado o primeiro assento de nascimento por meio da *blockchain* a partir de uma parceria entre o cartório, o hospital e uma plataforma de rede *Notary Ledgers* da *Growth Tech* (BRASIL, 2019) (ORTEGA, 2019), o que mostra a evolução pioneira das serventias extrajudiciais brasileiras. Depois disso, registros de união estável, de casamentos, procurações e atas notariais também já foram realizados por meio da plataforma virtual, proporcionando otimização e inovação perante os cartórios (DURANTE, 2020). Assim, percebe-se que a tecnologia, aliada à fé pública dos cartórios, atende a uma solução rápida e eficiente.

De um lado, não há como negar que, em determinados casos, a intermediação obrigatória dos cartórios pode representar elevados custos de transação que oneram as relações sociais. De fato, a certificação da confiança possui um custo. Por outro lado, deve-se ressaltar outro aspecto relevante: muitas pessoas não têm acesso à tecnologia ou não sabem manuseá-la. Com efeito, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - Tecnologia da Informação e Comunicação (Pnad Contínua TIC) 2018, divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), uma em cada quatro pessoas no Brasil (ou seja, aproximadamente 46 milhões de pessoas) não tem acesso à internet (TOKARNIA, 2020). Ora, se houver a imediata substituição dos cartórios pela *blockchain*, como essas pessoas acessarão serviços fundamentais de certificação?

A implementação da *blockchain* sem nenhum tipo de preocupação com a estrutura social pode ampliar o gargalo de desigualdade que separa as classes. Deveras, esse protocolo de confiança, baseada em alta tecnologia digital, privilegia os mais favorecidos economicamente, provocando maiores desigualdades sociais e econômicas. A vulnerabilidade tecnológica pode distanciar ainda mais o acesso à justiça por meio dos cartórios. A propósito, não

custa lembrar que as serventias extrajudiciais, muitas vezes, prestam serviços gratuitos para a população vulnerável. Registros de nascimentos, de óbitos, segundas vias de certidões, casamentos para pessoas reconhecidamente pobres, reconhecimentos de paternidade, dentre outros, são exemplos de serviços que garantem o acesso à justiça sem pagamento de emolumentos¹¹. Assim, o advento do ciberespaço e a imposição de uso de tecnologias disruptivas inflamam ainda mais as desigualdades, se não é feita uma análise fática social e econômica criteriosa. São vários os desafios ainda enfrentados pelos serviços notariais, ainda mais em Municípios e Distritos do interior, onde a população é carente e o acesso à internet é precário.

Embora a *blockchain* prometa otimização dos custos, maior segurança no armazenamento dos dados, rapidez nas transações, maior transparência e dispensabilidade de terceiros intermediários, há possibilidade de essa ousada lista de benefícios poder estar sendo superestimada, se se considerar que as inúmeras vantagens também implicam diversos desafios, a exemplo do embaraço do controle de identidade diante de um número enorme de usuários, os obstáculos à responsabilização civil e criminal dos mineradores, a dificuldade de acesso à internet, a vulnerabilidade tecnológica das populações mais carentes, a impossibilidade de realizar a qualificação registral e o rompimento de valores culturais (LEMIEUX, 2016).

Diante do exposto, percebe-se que a tecnologia *blockchain* não substituirá os cartórios ou implicará a sua extinção, mas aperfeiçoará o procedimento de notas e registros, no processo final de registrar os dados no livro razão, a fim de atender às novas demandas da sociedade. Assim, a tecnologia fornece meios para a sua modernização, a fim de facilitar a prestação de serviços que são essenciais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹¹ Artigo 5º, LXXVI da Constituição Federal: são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito;

O advento do ciberespaço e o uso de tecnologias disruptivas exigem uma análise cuidadosa que pondere seus impactos, positivos e negativos, nas instituições tradicionais e na sociedade de um modo geral.

É inegável a importância da *blockchain* no mundo contemporâneo, não apenas pela forma como se apresenta, mas também pela dinamicidade, agilidade e conveniência. Na atualidade, diversas são as articulações econômicas do mercado de tecnologia com o intuito de implementar a tecnologia a qualquer custo, como a promessa de redução de custos, entrega de agilidade e substituição de inúmeras atividades, dentre delas, as serventias extrajudiciais.

Todavia, a extinção dos serviços extrajudiciais é inviável, na medida em que a qualificação registral, a apreciação e a exigência de determinadas formalidades ainda são imprescindíveis para a segurança e eficácia de atos jurídicos.

A liquidez¹² das instituições decorrente de uma sociedade pós-moderna não deve prosperar, porquanto a desconfiança na prática desses atos civis impacta diretamente no mercado transacional e financeiro (BAUMAN, 2007).

Conclui-se que a tecnologia de protocolo de confiança (NAKAMOTO, 2009) deve ser cuidadosamente introduzida em vários espaços, públicos e privados, inclusive nos serviços extrajudiciais, que precisam de uma análise humana detalhada para a verificação de registros de dados.

Frente a esse novo modelo de tecnologia de registro de dados, espera-se por uma reinvenção dos serviços notariais e registrais, respeitando incessantemente a função que legitima sua criação constitucional de garantia o cumprimento dos princípios *magnum* da eficácia, segurança jurídica, publicidade e autenticidade aos atos jurídicos. Destarte, conquanto seja possível a substituição no resultado

¹² O termo liquidez aqui empregado se refere às relações marcadas pela volatilidade e fugacidade, típicas de uma sociedade moderna.

final do processo de registro de dados, espera-se que esse novo modelo digital seja inserido no processo de registros.

São diversos os desafios para a execução, mas a modificação disruptiva que a *blockchain* proporciona possibilitará benefícios significativos nas atividades cartorárias, tornando necessária a mudança de conjuntura. Assim, se acredita que não haverá uma substituição ou fim da atividade notarial e registral, mas uma reforma institucional aliada às inovações do sistema descentralizado.

Data de Submissão: 21/08/2020

Data de Aprovação: 24/03/2022

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Matheus Victor Sousa Soares

REFERÊNCIAS

AMARO, Lorena. Cartório do Rio de Janeiro se utiliza da blockchain para lavrar procuração eletrônica. **Criptofácil**, 12 abr. 2020. Disponível em: <https://www.criptofacil.com/cartorio-rio-janeiro-usa-blockchain-para-emitir-primeira-procuracao-eletronica-estado/>. Acesso em: 2 ago. 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BRASIL TEM PRIMEIRO BEBÊ REGISTRADO POR BLOCKCHAIN. **IG**, 30 out. 2019. Disponível em: <https://tecnologia.ig.com.br/2019-10-30/brasil-tem-primeiro-bebe-registrado-por-blockchain-entenda-como-funciona.html>. Acesso em 1 ago. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
. Acesso em: 1 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.935 de 18 de Novembro de 1992.** Regulamenta o [art. 236 da Constituição Federal](#), dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18935.htm. Acesso em: 1 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.465 de 11 de Julho de 2017.** Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2015-2018/2017/Lei/L13465.htm. Acesso em: 1 ago. 2021.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 46, de 16 de Junho de 2015.** Disponível: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2509>. Acesso em: 2 ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 47, de 18 de Junho de 2015.** Disponível: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2510>. Acesso em: 2 ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 62, de 14 de Novembro de 2017.** Disponível: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2524>. Acesso em: 2 ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 74, de 31 de Julho de 2018.** Disponível: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2637>. Acesso em: 2 ago. 2021.

DURANTE PANDEMIA, CARTÓRIO DA PARAÍBA REALIZA, PELA PRIMEIRA VEZ NA HISTÓRIA, CASAMENTO ONLINE DE 30 CASAS COM REGISTRO EM 'BLOCKCHAIN'. **ClickPB**, 10 jun. 2020. Disponível em: <https://www.clickpb.com.br/paraiba/cartorio-da-paraiba-realiza-pela-primeira-vez-casamento-online-de-30-casais-com-registro-em-blockchain-285572.html>. Acesso em: 2 ago. 2021.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

LEMIEUX, Victoria Louise. Trusting records: is Blockchain technology the answer?. **Records Management Journal**, v. 26, n. 2, p. 110-139. 2016.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the Brazilian lessons**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOUGAYAR, William. **Blockchain para Negócios: Promessa, Pática e Aplicação da Nova Tecnologia da Internet**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017.

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system**. 2009. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> . Acesso em: 02 jun 2021.

NEVES, Alfredo José Castanheira. **A privatização dos Cartórios Notariais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: Teoria e Prática**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

ORTEGA, João. Brasil tem primeira certidão de nascimento digital registrada em blockchain. **Re.StartSe**, 31 out. 2019. Disponível em: <https://www.startse.com/noticia/nova-economia/brasil-tem-primeira-certidao-de-nascimento-digital-registrada-em-blockchain>. Acesso em: 2 ago. 2020.

SALLES, Marcos Huet Nioac de. **A reinvenção do papel do cartório de imóveis na era da tecnologia blockchain: um estudo exploratório**. 2019. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração Pública) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SWAN, M. **Blockchain: Blueprints for a new economy**. Sebastopol, CA: O'Reilly Media, Inc, 2015. v. 1.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin Is Changing Money, Business, and the World**. New York: Penguin Random House, 2016.

TOKARNIA, Mariana. Um em cada 4 brasileiros não tem acesso à internet, mostra pesquisa. **Agência Brasil**, 29 abr. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/um-em-cada-quatro-brasileiros-nao-tem-acesso-internet#:~:text=A%20Pesquisa%20Nacional%20opor%20Amostra,n>

A Tecnologia Blockchain Representaria O Fim Dos Cartórios Extrajudiciais?

[%C3%A3o%20tem%20acesso%20%C3%A0%20internet.](#) Acesso em 1 ago. 2021.

Would Blockchain Technology Represent The End Of Extrajudicial Registries?

André Studart Leitão

Camila Fechine Machado

Taís Vasconcelos Cidrão

Abstract: In recent years, the security protocol called blockchain has been gaining space in the market, especially in the operation of transactions. With the objective of extinguishing centralizing third parties, this disruptive technology proposes a paradigmatic transfiguration of traditional institutions, such as the extrajudicial services provided by notaries. To meet legal security and the effectiveness of relationships, extrajudicial services provide essential services, performing activities that are important for civil life, from birth registrations to real estate registrations. It is proposed to investigate the possibility of replacing the centralized certification model typical of notary and registration activity by the decentralized blockchain system. In this work, bibliographic research was used as the predominant methodology in order to understand the spaces of blockchain technology and its impacts on services provided by utilities. The conclusion of this study was that, despite the importance of blockchain, it is essential that its introduction is cautious, given the need for detailed human analysis to verify the data record, making it necessary (or imminent) to reinvention of notary and registry services.

Keywords: Blockchain. Notaries. Decentralized system. Disruptive technologies.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n47.54695>

Conteúdo sob licença *Creative Commons: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International* (CC BY-NC-ND 4.0)



RESENHA

A Sociedade Contemporânea E Sua Transfiguração: Uma Análise Da Obra De Ulrich Beck “A Metamorfose Do Mundo: Novos Conceitos Para Uma Nova Realidade”

Gilmar Antonio Bedin*

Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Ijuí-RS, Brasil.

<https://orcid.org/0000-0001-9183-7065>

Aline Leves**

Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Ijuí-RS, Brasil.

<https://orcid.org/0000-0002-0371-5234>

Resenha

BECK, Ulrich. A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

* Doutor em Direito. Pós-doutorando pela Universidad de Santiago de Chile (USACH). Professor dos Cursos de Graduação em Direito e dos Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da UNIJUÍ e da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Líder do Grupo de Pesquisa do CNPq: Direitos Humanos, Governança e Democracia (Mundus). E-mail: gilmarb@unijui.edu.br.

** Doutoranda e Mestra pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da UNIJUÍ. Pesquisadora integrante do Grupo de Pesquisa do CNPq: Direitos Humanos, Governança e Democracia (Mundus). E-mail: aline.leves@sou.unijui.edu.br.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n47.58365>

A Sociedade Contemporânea E Sua Transfiguração: Uma Análise Da Obra De Ulrich Beck “A Metamorfose Do Mundo: Novos Conceitos Para Uma Nova Realidade”

Gilmar Antonio Bedin

Aline Leves¹

Resenha

BECK, Ulrich. A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

Resumo: O último (e inacabado) livro de Ulrich Beck, “A Metamorfose do Mundo: novos conceitos para uma nova realidade”, traduzido e publicado no Brasil no ano de 2018 pela Editora Zahar, é uma obra de grande alcance. Com um caráter teórico completamente original, essa é muito oportuna para refletir acerca da nova realidade atual e sua complexidade. O autor desenvolve neste trabalho uma análise profunda de diversos acontecimentos e sua respectiva convergência naquela que ele denomina como sociedade de risco. O seu ponto de partida reside, justamente, na distinção entre as transformações sociais (presentes em muitos momentos da história) e a metamorfose do mundo (um fenômeno singular). Essa última consiste em uma transformação radical e que produz impactos para todos os atores políticos e sociais do planeta. Por isso, Beck destaca que na medida em que as transfigurações da sociedade globalizada desestabilizam as certezas da modernidade, desloca-se o foco para processos e eventos não intencionais que ultrapassam os domínios da política e da democracia, provocando um choque fundamental que rompe com as constantes antropológicas das civilizações e com as visões anteriores do mundo. Em consequência, é importante que as atuais e as vindouras gerações de risco aprofundem o debate sobre o futuro do planeta, o qual está constantemente se metamorfoseando, para que seja possível articular respostas que auxiliem na criação de políticas públicas cosmopolitas, com espaços de ações plurais, igualitários e democráticos.

Palavras-chave: Cosmopolitismo; Globalização; Metamorfose; Política; Sociedade de Risco.

¹ Bolsista Integral de Doutorado da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

“A teoria da metamorfose vai além da teoria da sociedade de risco mundial: ela não trata dos efeitos colaterais negativos dos bens, mas dos efeitos colaterais positivos dos males. Estes produzem horizontes normativos de bens comuns e nos impelem para além da moldura nacional, rumo a uma perspectiva cosmopolita.”

Ulrich Beck

A nova realidade global atual é muito complexa e ainda, em certo sentido, difícil de ser compreendida. As inúmeras tentativas de compreensão são, contudo, cada vez mais abrangentes e relevantes. Entre essas iniciativas, destaca-se aquela proposta por Ulrich Beck². A tese do sociólogo alemão é que o mundo está passando não por uma grande transformação, e sim por uma verdadeira metamorfose³. Mas, quem é Ulrich Beck? Nascido em 1944, na Alemanha, foi professor de sociologia na Universidade de Munique, em *Harvard* e na *London School of Economics and Political Science*.⁴ Ao longo de sua carreira, Beck escreveu um conjunto de contribuições inéditas e de vasta repercussão sobre a teoria social contemporânea.

² Desde a publicação da obra “Sociedade de Risco”, em 1986, Ulrich Beck se consolidou mundialmente como um dos teóricos mais relevantes do meio acadêmico na contemporaneidade em virtude de suas criativas contribuições. Estabelecer um conjunto de diálogos e produções com os mais importantes e respeitáveis autores do espectro acadêmico, como no caso da parceria colaborativa com Anthony Giddens, permitiu com que Beck definisse o seu ponto de partida e caracterizasse a complexidade da modernização reflexiva, transitando, em seguida, para a análise da sociedade de risco mundial (BECK, 2011; 2016). Desse modo, ao instigar um conjunto de teorias sociais dominantes, o sociólogo instituiu uma releitura da assimilação e institucionalização dos riscos, como também dos processos de individualização. Foi em razão do surgimento de novas categorias que o autor formulou, em suas obras, a teoria geral da sociedade de risco, abarcando em seus estudos, desde as condições no âmbito das pesquisas científicas, a crise ecológica, o papel dos Estados modernos, as questões relativas à soberania, ao nacionalismo e ao cosmopolitismo, dentre outras temáticas bastante atuais, haja vista que ele “cresceu em uma era de desenvolvimento econômico sem precedentes, transformação social e reforma democrática” (WILKINSON, 2011, p. 482). De fato, as reflexões de Ulrich Beck repercutiram em virtude de sua visão renovada, ousada, cativante e criativa para diversas outras áreas além da Sociologia, a exemplo do Direito e da Economia. Mais do que um cientista, Beck foi incansável como ativista social e político (GUIVANT, 2016; WILKINSON, 2011).

³ É o que desestabiliza as certezas da sociedade moderna e, com isso, acaba por deslocar “[...] o foco para ‘estar no mundo’ e ‘ver o mundo’, para eventos e processos não intencionais, que em geral passam despercebidos, que prevalecem além dos domínios da política e da democracia como efeitos colaterais da modernização técnica e econômica radical.” (BECK, 2018, p. 11-12).

⁴ O sociólogo faleceu, abruptamente, em 2015, durante um passeio por um parque com a sua esposa.

Em relação à obra “*A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*” (2018), pode-se dizer que é um livro de maturidade. De fato, trata-se de uma verdadeira compilação dos trabalhos atuais e mais influentes de Ulrich Beck, os quais evidenciam um entrelaçamento e amadurecimento teórico ao longo de sua trajetória acadêmica. É importante registrar, contudo, que o pensamento do autor ainda estava em construção e passando por transformações. Ainda assim, a análise que realiza é profunda e inovadora. A sua tese é de que o mundo atual passa por uma transformação tão intensa e radical que altera o modo com que os seres humanos se situam no mundo, a forma como imaginam, pensam, planejam e fazem política, sendo necessário pensar uma nova palavra para o seu deciframento, qual seja: metamorfose. Tal expressão revela a busca do sociólogo pelo novo sentido do mundo e sua transmutação em decorrência de um conjunto significativo de fatores extraordinários.

A estrutura do referido livro está organizada em três partes correlatas e que contém doze capítulos no conjunto. Na primeira delas, intitulada “Introdução, evidências, teoria”, Beck apresenta sua tese central: a diferença conceitual existente ente mudança/transformação social e metamorfose do mundo. A partir daí, o autor desenvolve um conjunto de concepções descritivas e interconectadas sobre a metamorfose mundial. Na segunda parte, denominada “Temas”, o sociólogo utiliza os conceitos construídos para a análise de acontecimentos empíricos, como os relacionados ao aumento exponencial dos riscos, da desigualdade, da política e do poder. Na terceira e última parte, designada como “Panorama”, busca o autor construir respostas às inúmeras questões levantadas ao longo das duas primeiras partes da obra.

No tópico “Introdução, Evidências, Teoria”, Ulrich Beck (2018) desenvolve uma forte crítica ao evolucionismo e à linearidade temporal da teoria social atual, justificando que essas características estão assentadas na colonização cultural, tanto no passado como no presente. Com efeito, o autor aponta três momentos específicos de

mudança histórica, quais sejam: a era Axial, a Revolução Francesa e as transformações coloniais. Além do mais, Beck enfatiza que a tecitura da sociedade atual enfrenta contínuos processos de metamorfose, os quais não devem ser confundidos pura e simplesmente como transformações. É mais do que isso: trata-se de um verdadeiro processo de “transfiguração” do mundo. No entanto, constitui-se em uma teoria difícil de ser compreendida. É que a compreensão dessa conjuntura implica decifrar os impactos, por exemplo, de uma era de comunicações digitais que alteraram drasticamente as noções de tempo e espaço, aproximando polos longínquos do planeta e civilizações distintas.

Com isso, a própria percepção da sociedade foi alterada, bem como todo o regime político mundial que, até o fim da década de 1980, se pautava ainda numa divisão bipolar do poder (leste-oeste). Com o colapso da União Soviética (1991), a política se reconfigurou e deixou de estar vinculada, tão somente, a atores e instituições estatais, fragilizando as fronteiras tradicionais dos Estados nacionais. Tal processo tornou a política uma atividade com conexões globais e abriu espaço para novos riscos e possibilidades (tais como a revalorização do cosmopolitismo). Assim, a passagem da era nacional para a era global converge com a ideia de metamorfose, ou seja, com espaços de ação que não estão institucionalizados em âmbito estatal, pois a política mundial adquire uma dupla contingência: as regras específicas e os papéis dos principais atores permanecem indefinidos.

Essa mudança no quadro de referência da política global exige, por um lado, mais colaboração entre os principais atores internacionais e, por outro, a convivência de uma pluralidade de sistemas jurídicos diferentes. Por isso, aqueles que insistem em agir de forma exclusivamente nacional ou local, como lembra Ulrich Beck (2018), são excluídos ou passam para um segundo plano. Isso provoca uma verdadeira transição do nacionalismo tradicional para um cosmopolitismo abrangente. Esse é o motivo que levou Beck, numa palestra proferida na Universidade de Harvard (EUA), em 2008,

afirmar que o “nacionalismo metodológico [tradicional] impede as ciências sociais de entender e analisar as dinâmicas e ambivalências, as oportunidades e ironias da sociedade de risco mundial [em sua totalidade]”⁵ (BECK, 2008, p. 11). Daí, portanto, a sua defesa do cosmopolitismo metodológico.

É que apenas o cosmopolitismo metodológico consegue ultrapassar, defende o autor, os limites das formulações teóricas tradicionais-nacionais e identificar a verdadeira metamorfose que o mundo está processando neste início de Século XXI. Dessa forma, diante da transfiguração em curso, existem apenas três reações possíveis para o sociólogo: a negação, a apatia e a transformação. A primeira delas consiste na resposta típica da modernidade; a segunda gera uma espécie de niilismo pós-moderno; e a terceira abre espaço para um novo olhar sobre o mundo: a compreensão cosmopolita (BECK, 2018). Essa última é a única atitude que Beck entende como ética e teoricamente aceitável para a sociedade atual.

A partir dessa perspectiva, o autor, na segunda parte da obra, aborda um conjunto de externalidades favoráveis e desfavoráveis à teoria cosmopolita metodológica da metamorfose do mundo. Nesse sentido, destaca inicialmente que essa teoria ultrapassa as consequências exitosas da modernidade, discorrendo os aspectos positivos das premissas produzidas. Um exemplo disso reside no fato de que, se é verdade que as cidades podem estabelecer alianças transnacionais, também é verdade que algumas instâncias da ordem política estatal se tornam obsoletas e desnecessárias. A humanidade, com isso, passa a vivenciar acontecimentos positivos e novos fatos negativos. Dessa forma, o importante é a compreensão, independente de um juízo de valor, da atual metamorfose do mundo.

Em seguida, o autor aponta três dimensões importantes dessa nova possibilidade de compreensão do mundo. A primeira delas reside na crítica ao Estado-nação e ao nacionalismo metodológico; a segunda

⁵ Tradução nossa. Texto original: “methodological nationalism prevents the social sciences from understanding and analysing the dynamics and ambivalences, opportunities and ironies of world risk society”.

compete ao registro pormenorizado dos desastres que transpõe as fronteiras estatais e intensificam a política de invisibilidade⁶ dos excluídos; por fim, a terceira se refere à alteração de classes, no sentido de que ocorre uma transição das desigualdades locais para uma perspectiva global de distribuição de renda ou recursos, o que também acontece com os riscos, os quais se propagam mundialmente pelas mais distintas regiões e criam as denominadas classes de risco. Na sequência, o sociólogo se debruça sobre a discussão da metamorfose da política e do poder, propondo abordagens acerca das instituições, das práticas, das normas e dos atores sociais. Com a metamorfose do mundo, os sistemas e as relações jurídicas, políticas, econômicas e sociais passam a ser expostos, na medida em que as catástrofes lembram a sociedade de que os riscos globais intervêm constantemente nas civilizações, alterando, assim a própria natureza da existência humana. Dito de outra forma, Beck (2018, p. 150) explica que as “relações de definição tornam-se expostas e politizadas com cada catástrofe que nos lembra da globalidade da sociedade de risco e à medida que a lógica de riscos globais permeia a experiência cotidiana”.

Ao aprofundar a temática da metamorfose que ocorrem na sociedade mundial, Beck designa este momento como a era dos efeitos colaterais, marcada pelo catastrofismo emancipatório. De forma sucinta, pode-se definir que são criados novos horizontes normativos que pretendem substituir o panorama normativo nacional pelo cosmopolita, baseado no conceito de justiça global. Isso significa que as metamorfoses remodelam os fundamentos basilares da sociedade, oportunizando outros modos de cooperação, novas certezas e solidariedades. Nesse sentido, o autor desafia a forma pela qual se analisa o mundo, propondo um olhar inovador a partir da

⁶ Os principais promotores da denominada política da invisibilidade são os Estados nacionais e os grandes grupos privados, ao passo em que mantêm e reproduzem as posições de poder na sociedade. No entanto, com as transformações do mundo geradas a partir dos processos da globalização, essa política da invisibilidade enfrenta o poder dos meios de comunicação de massa por meio de uma significativa metamorfose digital (BECK, 2018).

consolidação de instituições pautadas nos ideais cosmopolitas. No entanto, ressalta que isso apenas será concebido por meio de uma tripla dimensão que contempla: as novas formas de estar no mundo, de ver o mundo e de fazer ou decidir a política global. É evidente que, como afirma Beck (2018, p. 151), “isso não tem a ver somente com novos espaços cosmopolizados de ação, mas com novos campos de ação e reformas políticas.” Portanto, na era dos riscos globais, os perigos sociais são caracterizados como prenúncios que podem ser avaliados através de suas externalidades positivas para uma governança cosmopolita.

Com o objetivo de trazer uma materialidade real para o que sustenta, o sociólogo alemão se utiliza do exemplo das mudanças climáticas como algo capaz de transmutar a ordem política mundial. Apesar de essa ser considerada uma verdadeira ameaça à sobrevivência da vida humana, ao compará-la a um agente de metamorfose, Ulrich Beck (2018) valida a ideia de que esse fenômeno já modificou a forma pela qual os indivíduos vivem, pensam e agem sobre o mundo. Então, a dinâmica da metamorfose viabiliza, nesse caso, um catastrofismo emancipatório⁷, uma vez que as novas interpretações acerca das mudanças do clima possibilitam a emergência de uma coletividade consciente e capaz de transformar o mundo para melhor. Pode-se afirmar, então, que este seria um efeito positivo acarretado pelos riscos, pois os fenômenos climáticos conseguem alterar a sociedade e as governanças, na medida em que essas passam a contribuir e a produzir bens comuns e horizontes normativos que ressaltam a perspectiva cosmopolita das políticas públicas globais.

⁷ “Um dia, quando a história do catastrofismo emancipatório for escrita, ela começará não com a questão do risco climático global, mas com as experiências e os horrores da Segunda Guerra Mundial como um importante deslocamento histórico em que o potencial emancipatório do risco de guerra global levou à criação de uma série de instituições cosmopolitas: a Organização das Nações Unidas (ONU), o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial e, de maneira mais significativa, a União Europeia (UE). Esse foi um momento de metamorfose cosmopolítica. Evidentemente, este é um pós-argumento. Ele não pretende sugerir que precisamos de uma catástrofe como a Segunda Guerra Mundial para alcançar uma política emancipatória.” (BECK, 2018, p. 152).

Diante disso, Beck pontua que as alterações do clima, o terrorismo internacional, os conflitos sociais, as crises econômicas e outros acontecimentos, induzem o desenvolvimento de um conjunto de procedimentos de responsabilidade transnacional, ou seja, para além das fronteiras dos Estados nacionais; criando, assim, novos paradigmas de cooperação global que alteram os estilos de vida e que possibilitam a *conditio humana* cosmopolita em direção ao progresso social pela política de efeitos colaterais – onde a violação é anterior à norma. Nesse âmbito, a metamorfose do mundo é observada mediante três lentes conceituais: primeiramente, a violação cria a norma, haja vista que a antecipação das catástrofes globais viola normas civilizacionais não positivadas; posteriormente, essa violação ocasiona um choque da humanidade e; por último, uma catarse social. Nas palavras do autor alemão, é justamente a experiência tida com a “catástrofe que viola as normas ‘sagradas’ da civilização e da humanidade e, com isso, cria um choque antropológico a partir do qual respostas institucionais se tornam possíveis e podem ser institucionalizadas a nível global [...] por meio de importantes esforços culturais e políticos.” (BECK, 2018, p. 152).

Outra metamorfose que merece destaque é aquela que se verifica no âmbito das desigualdades sociais. No entanto, as ciências a ela relacionadas são concebidas, tão somente, levando em consideração a distribuição de bens e de riquezas obtidos pela produção e/ou consumo social, isto é, as externalidades dos riscos, sejam essas positivas ou negativas, não são ponderadas. Desse modo, na medida em que a distribuição dos bens está estruturada nacionalmente, a repartição dos riscos ou dos perigos institucionalizados possui um caráter transnacional. Isso significa dizer que quando se desconsidera a iminência dos riscos globais, de ordem financeira e/ou econômica, se ignora a própria metamorfose – alteração dos padrões – das desigualdades sociais. Então, evitam-se as externalidades positivas – que exacerbam as diferenças civilizacionais – a e as negativas – que desvinculam os Estados nacionais das

obrigações políticas ou das responsabilidades quanto aos riscos gerados pela modernização e sua respectiva expansão econômica. Com efeito, as desigualdades são muito mais do que simples dados e trazem à tona um conjunto de questões de (in)justiça. Por isso, Beck defende uma codistribuição justa e equitativa dos bens e também dos males, de modo que haja uma moderação entre quem ganha e quem perde diante das transformações e dos riscos sociais, os quais produzem e reproduzem, continuamente, velhos e novos desequilíbrios.

É notório, ainda, que o autor concede especial atenção para a centralidade da comunicação, afirmando que “não há metamorfose sem comunicação: a comunicação sobre a metamorfose é constitutiva da metamorfose” (BECK, 2018, p. 166). Isso indica que apesar de os riscos globais serem invisíveis a olho nu, com a comunicação visual e as imagens mediatizadas das catástrofes ocorre um choque antropológico que rompe com a invisibilidade dos riscos. Não são as catástrofes em si que provocam isso, mas sim as imagens globalizadas dos eventos que desencadeiam uma espécie de catarse social, fato esse que faz emergir uma nova ética normativa para o enquadramento e a organização das estruturas constitutivas da sociedade. Com efeito, a percepção dos riscos e dos males públicos mundiais conduz a uma reavaliação das normas que regularam as decisões passadas, de tal forma que essas sejam reformuladas diante de um futuro incerto e ameaçador. Tais circunstâncias levam à eclosão de públicos globalizados que potencializam a metamorfose comunicacional e, por conseguinte, tornam as ameaças dos riscos institucionalizadas, categóricas, visíveis e políticas, de modo que muitos males passados começam a ser concebidos como bens na contemporaneidade.

Notadamente, os riscos passam a impor, em todas as democracias liberais, a busca por uma nova ordem institucional diante do progresso e da discussão pública acerca do futuro das sociedades. Em grande medida, é justamente a produção e a distribuição dos bens que regem as dinâmicas sociopolíticas nacional e internacional, voltadas para a promoção do desenvolvimento e para a minimização dos efeitos colaterais negativos. Ao passo em que o “mundo torna-se

individualizado e fragmentado” (BECK, 2018, p. 180, grifos do autor), ocorre uma metamorfose digital que solapa com as antigas noções de sociedade e publicidade. Isso exprime que as condições mudam constantemente na era digital, cuja qual, paradoxalmente, fomenta as forças individuais de um lado e, por outro, impõe a utilização de espaços cosmopolitas e globalizados. Acompanhando essa linha de raciocínio, o sociólogo se dedica ao risco digital e ao fracasso das instituições operantes. Dessa forma, toda a argumentação se desenrola em torno do risco da vigilância exercida pelos Estados e por algumas grandes empresas privadas sobre a vida e os dados dos cidadãos.

Ulrich Beck (2018, p. 192) vislumbra, então, a emergência da *intelligentsia digital* (inteligência digital) como uma nova classe transnacional da sociedade globalizada, a qual se utiliza da “cosmopolitização digital como um recurso de energia para remodelar o mundo” e que desafia tanto o Estado nacional como os cidadãos. Frente a isso, o autor evidencia quatro metamorfoses em revoluções sociais e políticas: 1. A metamorfose digital e dos modos de existência; 2. A metamorfose do estado de vigilância que possui como princípio a ideia de “coletar tudo”; 3. A metamorfose que tornou visível o invisível por meio das denúncias públicas feitas por Edward Snowden; e, por fim, 4. A metamorfose que estabelece novas e alternativas formas de ação cosmopolita sobre os riscos digitais (BECK, 2018). Na sequência da obra, com a expressão “jogos de metapoder da política” (BECK, 2018, p. 195), o sociólogo destaca a existência de um verdadeiro entrelaçamento que impulsiona a metamorfose das regras que regem a política global, havendo uma transmutação do poder e do modo como ele é (re)negociado entre os países. Nas palavras do autor, isso significa que “a política nacional, que funcionava obedecendo a regras, e a nova política mundial cosmopolita, que funciona de uma forma que altera as regras, estão completamente enredadas uma na outra. Elas não podem ser separadas em termos de atores, estratégias ou alianças específicas.” (BECK, 2018, p. 195).

Tendo em vista essa conceituação, é realizada uma breve análise da metamorfose das relações internacionais. Nesse sentido, partindo da ideia da sociedade global, Beck elucida que a metamorfose do mundo se estabelece a partir de um exame binário para a tomada de decisões políticas. Isso quer dizer que tudo aquilo que antes era considerado de forma isolada – tais como a cooperação e a competição, a igualdade e a desigualdade, a economia e o meio ambiente, o individualismo e a solidariedade, o localismo e o cosmopolitismo, etc. – está, hoje, interconectado e, portanto, deve ser analisado conjuntamente para diagnosticar as transformações e, conseqüentemente, possibilitar o desenvolvimento. Posto isso, com a introdução de novos espaços de atuação, a metamorfose da sociedade mundial suscita novos horizontes para a política, haja vista que essa não está mais restrita, unicamente, aos limites estabelecidos pelos arranjos tradicionais dos Estados nacionais e, tampouco, vinculada apenas aos agentes, instituições ou estruturas nacionais. Um dos mais proeminentes exemplos fornecidos pelo autor, no vasto contexto das relações internacionais, para fundamentar esse posicionamento e a metamorfose do poder é a União Europeia (UE).

De fato, nada mais possui um caráter permanente na atualidade. Enquanto a política nacional prevalece mediante a aplicação de normas internas, a nova política transmutada no âmbito dos blocos econômicos altera a aplicabilidade própria do direito, sobretudo em razão da interdependência entre os Estados e as normas. Isso indica que, em uma realidade metamorfoseada, as políticas nacional e internacional se entrelaçam uma na outra. É exatamente essa fusão do direito e da política que possibilita, por exemplo, uma ampla cooperação entre os Estados-membros da União Europeia com relação à limitação da soberania nacional. Contudo, isso não implica na perda das respectivas identidades culturais, mas, sim, contribui para a busca de respostas comuns aos desafios e problemas globais. Dito isso, pode-se concluir que a metamorfose produz novos atores políticos transnacionais que passam a atuar de forma ampla na sociedade globalizada. Para Beck, as cidades estão no epicentro da

metamorfose mundial, pois os grandes centros urbanos têm a capacidade de, por uma ótica, mediar as relações interestatais e, por outra, serem palco de novos atores – como as Organizações Não-Governamentais (ONGs) e as Empresas Transnacionais (ETNs) – e, também, de políticas públicas para a constituição de espaços cosmopolitas plurais.

Desse modo, é no contexto urbano que ocorre uma verdadeira transfiguração das antigas clivagens em parcerias e, conseqüentemente, o modelo da sociedade de Estados é debilitado e substituído gradualmente por uma nova forma de organização mundial, onde as cidades passaram a assumir um papel de extrema relevância como atores globais de um mundo cada vez mais cosmopolizado. Isso significa afirmar que a metamorfose da realidade reforçou a dinâmica cosmopolita de integração e retomou o conceito de cidadão do mundo, uma vez que as modificações da sociedade atual possibilitaram o resgate da ideia de superação das fronteiras políticas e identitárias nacionais, com escopo na unidade da humanidade. Além do mais, na medida em que se compreendeu que “não existem respostas nacionais para os [riscos e] problemas globais” (BECK, 2018, p. 65), os Estados facilitaram a organização de redes de cidades com o objetivo de construir decisões políticas coletivas. Isso se deu justamente pelo fato de que um Estado nacional não pode e nem consegue resolver sozinho os riscos que ameaçam sua população.⁸ O mundo é um todo integrado e, portanto, não é mais possível separar o local do global, visto que estão completamente conectados. Em resumo, Beck (2018, p. 232) destaca que as cidades mundiais “são os principais lugares onde os choques dos riscos globais tornam-se assunto da experiência e da política quotidianas”. Daí deriva a noção

⁸ Cada vez mais, faz-se necessário buscar soluções globais para problemas locais. Um bom exemplo disso são os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) propostos na Agenda 2030 da ONU, estabelecida pela Assembleia Geral das Nações Unidas. A partir da aplicabilidade dessas metas globais pode-se solucionar os problemas locais e responder os riscos sociais, na medida em que os Estados – e mais especificamente as cidades – estabelecem políticas públicas para efetivá-las de acordo com as peculiaridades regionais.

de comunidade de risco cosmopolita que, conforme o autor, “corresponde a noção de uma nova e emergente ‘realpolitik’ urbano-cosmopolita, um novo padrão de estabelecimento de alianças e de conflitos que molda a política urbana do mundo todo (ainda que de formas muito distintas, em diferentes lugares e contextos).” (BECK, 2018, p. 232).

A terceira e última parte do livro, intitulada de “Panorama”, traz à tona questões que ainda permanecem sem respostas, isso porque ninguém é capaz de precisar com exatidão os rumos da metamorfose do mundo. Com a notória mudança dos paradigmas e das referências globais, pode-se observar que a metamorfose ocorre na interdependência e nas relações de luta pelo poder entre os Estados e as cidades, fato esse que abre diversas perspectivas para a dinâmica de uma nova política cosmopolita. Nesse ínterim, a dissolução do mundo tradicional e a gradativa transição para uma sociedade cosmopolita faz com que os efeitos da globalização distribuam, de forma igualitária, os riscos entre o centro e a periferia, de tal modo que novas estruturas e políticas sejam estabelecidas. Diante dessa abordagem, Beck propõe ideias inspiradoras com o intuito de demonstrar que existem externalidades positivas que decorrem de efeitos colaterais negativos e que podem contribuir com a promoção de políticas públicas inovadoras que levam em consideração os riscos como antecipação das catástrofes globais. De fato, é inegável o otimismo do sociólogo ao oferecer possíveis respostas acerca de como a sociedade global pode se apropriar do fenômeno da metamorfose para impulsionar transformações sociais efetivas no âmbito do desenvolvimento de alianças urbanas e estatais, da criação de novos horizontes normativos transnacionais e do fomento de novos investimentos estratégicos voltados para um conjunto de ações cosmopolitas que garantem a democracia.

Com essa proposta cosmopolita relativa às transfigurações das velhas estruturas estatais, se reconhece o papel mais ativo das gerações digitais ou de risco global. Logo, Beck acredita que a sua teoria é capaz de produzir determinado impacto nas futuras gerações de *homo*

cosmopolitanus, haja vista que diferentemente das gerações anteriores, que interpretam as metamorfoses como ameaças à vida humana, as novas e atuais gerações se apropriam dos efeitos positivos acarretados pela metamorfose do mundo para a constituição de políticas públicas que assegurem um desenvolvimento equilibrado diante da deterioração do mundo essencialmente nacional. Entretanto, deve-se destacar que nem sempre externalidades positivas, advindas de efeitos colaterais adversos, vão produzir efeitos benéficos para a sociedade. Ademais, as referidas gerações de risco global se encontram interligadas pela distribuição dos males e compreendem melhor a distinção entre as perspectivas nacional e cosmopolita, como também, percebem mais profusamente os novos horizontes normativos da política, da economia, do meio ambiente, das relações sociais e da própria cultura, que já se metamorfosearam e se alastraram globalmente.

Diante do exposto, é possível afirmar que esta obra traz importantes alternativas à atual sociedade de risco globalizada, partindo da ideia de que os conflitos de ordem social devem ser ponderados de forma integrada e cosmopolitizada. Ao longo de toda a análise desenvolvida, Ulrich Beck demonstra que as atuais civilizações vivenciam constantes processos de metamorfose do mundo, o que torna este livro essencial para a compreensão das transfigurações sociais, políticas e econômicas, assim como para refletir acerca da criação de políticas públicas capazes de solucionar os problemas de ordem global. Mais do que nunca é preciso compreender os novos conceitos dessa nova realidade, pois, o mundo que foi “impensável ontem, tornou-se real e possível hoje” (BECK, 2018, p. 12), estabelecendo ameaças prestes a se concretizar no amanhã. Com efeito, Beck preocupou-se em fomentar formas de pensamento crítico que desafiam a política mundial, voltada para uma reforma capaz de viabilizar a concretização de uma sociedade internacional cosmopolita e integrada nos mais distintos aspectos. Por fim, esta obra é considerada uma referência para todos que trabalham com as

alterações ocasionadas pela globalização e que buscam as possibilidades para a consolidação de um mundo cosmopolita – com todas as suas pluralidades – mais justo, igualitário e solidário.

Data de Submissão: 20/03/2020

Data de Aprovação: 07/05/2022

Processo de Avaliação: *desk review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Maria Aurora Medeiros L. Costa

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo:** novos conceitos para uma nova realidade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BECK, Ulrich. Risk Society's 'Cosmopolitan Moment'. Lecture at Harvard University - November 12th, 2008. **ComCiência**, n. 104, p. 1-12, Campinas, 2008. Disponível em: <http://www.labjor.unicamp.br/comciencia/files/risco/AR-UlrichBeck-Harvard.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial:** em busca da segurança perdida. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2016.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

GUIVANT, Julia Silvia. O legado de Ulrich Beck. **Ambiente & Sociedade**, v. 19, n. 1, jan./mar., p. 229-240, ANPPAS, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1809-4422asoc150001exv1912016>. Acesso em: 17 mar. 2021.

WILKINSON, Iain. Ulrich Beck. In: RITZER, George; STEPNIISKY, Jeffrey (Editors). **The Wiley-Blackwell Companion to Major Social Theorists**. v. 1. Hoboken, Nova Jersey: Wiley-Blackwell Publishing, 2011. p. 480-499.

The Contemporary Society And Its Transfiguration: An Analysis Of Ulrich Beck's Work “The Metamorphosis Of The World: New Concepts For A New Reality”

Gilmar Antonio Bedin

Aline Leves

Abstract: Ulrich Beck's latest (and unfinished) book, “The Metamorphosis of the World: new concepts for a new reality”, translated and published in Brazil in 2018 by Editora Zahar, is a work of great scope. With a completely original theoretical character, this is very timely to reflect about the new current reality and its complexity. The author develops in this work a deep analysis of several events and their respective convergence in what he calls the risk society. His starting point lies, precisely, in the distinction between social transformations (present at many moments in history) and the metamorphosis of the world (a singular phenomenon). The latter consists in a radical transformation that produces impacts for all political and social actors of the planet. Therefore, Beck emphasizes that to the extent that the transfigurations of globalized society destabilize the certainties of modernity, the focus shifts to unintentional processes and events that go beyond the realms of politics and democracy, causing a fundamental shock that breaks with the anthropological constants of civilizations and with previous world views. In consequence, it is important that current and future generations of risk deepen the debate about the future of the planet, which is constantly metamorphosing, so that it is possible to articulate responses that help create cosmopolitan public policies, with plural, egalitarian, and democratic spaces for action.

Keywords: Cosmopolitanism; Globalization; Metamorphosis; Politics; Risk Society.

DOI: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2022v21n47.58365>

Conteúdo sob licença *Creative Commons*: Attribution-NonCommercial-NoDerivative 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)

