

Organizadores  
Paulo Junior Trindade dos Santos  
Cristhian Magnus de Marco e Vinícius Almada Mozetic

# LIBERDADE, CONTRATO E PROPRIEDADE: da ressignificação dos pilares dos Direitos Fundamentais Cíveis frente a sociedade da incerteza (entre espetáculo e informação)



editora  
unoesc

**Editora Unoesc**

**Coordenação**

Tiago de Matia

Agente administrativa: Caren Scalabrin  
Revisão metodológica: Gilvana Toniélo  
Projeto gráfico e diagramação: Simone Dal Moro  
Capa: Saimon Vasconcellos Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

S237L Santos, Paulo Junior Trindade dos.  
Liberdade, contrato e propriedade: da reassignificação dos pilares dos  
Direitos Fundamentais Cíveis frente a  
sociedade da incerteza (entre espetáculo e informação) /  
Organizadores Paulo Junior Trindade dos Santos, Cristhian  
Magnus de Marco, Vinícius Almada Mozetic. –  
Joaçaba: Editora Unoesc, 2020.  
334 p.: il. ; 23 cm.

ISBN e-book: 978-65-86158-06-9

ISBN: 978-65-86158-07-6

Inclui bibliografia

1. Direitos fundamentais. 2. Direito e fato. I. De Marco, Christian  
Magnus. II. Mozetic, Vinícius Almada. III. Título.

Dóris 341.27

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

**Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc**

Reitor

Aristides Cimadon

Vice-reitores de Campi

Campus de Chapecó

Ricardo Antonio De Marco

Campus de São Miguel do Oeste

Vitor Carlos D'Agostini

Campus de Videira

Ildo Fabris

Campus de Xanxerê

Genesio Téó

Pró-reitora de Graduação

Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Pesquisa,

Pós-graduação e Extensão

Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria

Cleunice Frozza

#### **Conselho Editorial**

Fabio Lazzarotti

Tiago de Matia

Sandra Fachineto

Jovani Antônio Steffani

Lisandra Antunes de Oliveira

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Ieda Margarete Oro

Silvio Santos Junior

Carlos Luiz Strapazzon

Wilson Antônio Steinmetz

César Milton Baratto

Marconi Januário

Marceli Maccari

Daniele Cristine Beuron

**A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.**

# SUMÁRIO

<b>Prefácio .....</b>	<b>5</b>
<b>POR UMA NOVA RACIONALIDADE (COMPLEXA) AO DIREITO: BASES PARA SE (RE) PENSAR O DIREITO .....</b>	<b>9</b>
Paulo Junior Trindade dos Santos, Vinicius Almada Mozetic, Gabriela Samrsla Möller	
<b>OS NEGÓCIOS JURÍDICOS EM FORMATO DE REDE: ENTRE A BOA-FÉ E A CONTRATUALIZAÇÃO DA VIDA.....</b>	<b>41</b>
Paulo Junior Trindade dos Santos, Arnaldo Rizzardo Filho, Gabriela Samrsla Möller	
<b>O CASO RIGGS VS. PALMER COMO UM "MODELO" ADEQUADO PARA DECIDIR SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PANORAMA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL.....</b>	<b>87</b>
Wilson Engelmann, Raquel von Hohendorff, Paulo Junior Trindade dos Santos	
<b>O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA E SUA MANIFESTAÇÃO NAS RÁDIOS COMUNITÁRIAS E NAS EMISSORAS DE TELEVISÃO: UM PANORAMA CONSTITUCIONAL E SEUS POSSÍVEIS LIMITES .....</b>	<b>127</b>
Michel Ferrari Borges dos Santos	
<b>O CONTROLE DOS ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIETÁRIOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO DIREITO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....</b>	<b>151</b>
Gracieli Baumgarten Bauer	
<b>AS "NOVAS" FAMÍLIAS BRASILEIRAS: UMA ANÁLISE DA (IN)SUFICIÊNCIA DO RECONHECIMENTO JURÍDICO E DA NECESSÁRIA ACEITAÇÃO SOCIAL.....</b>	<b>177</b>
Gabriel Moreira de Melo, Nathalie Kuczura Nedel	
<b>FAKE NEWS: A DESINFORMAÇÃO NA ERA DIGITAL E SUA AFETAÇÃO À DEMOCRACIA .....</b>	<b>201</b>
Adriana Martins Ferreira Festugatto	
<b>INCOMPARTILHÁVEL: A PORNOGRAFIA DE VINGANÇA ABORDADA EM TRÊS DECISÕES PROFERIDAS PELO STJ .....</b>	<b>231</b>
Rafaela Pederiva	

**REGISTRO AUDIOVISUAL DO DEPOIMENTO ESPECIAL E PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES.....265**

Lisiane Junges

**VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA, DIREITO À INFORMAÇÃO, CIBERATIVISMO E O EMPODERAMENTO FEMININO.....285**

Milena Veloso de Linhares

**O DIREITO DA SOCIEDADE À INFORMAÇÃO E A LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE: ENTRE A COMUNICAÇÃO PÚBLICA E A TIPIFICAÇÃO PENAL .....299**

Diego Roberto Barbiero

**A LEI E O DIREITO DESDE A IDADE MODERNA ATÉ A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: UMA CONSTANTE METAMORFOSE..... 313**

Maycon Robert Hammes



## Prefácio

A obra coletiva tem o intuito de absorver alguns dos textos produzidos junto a disciplina de "Direito da Sociedade da Informação e Propriedade Intelectual", a qual eu Paulo vim a corrigir alguns dos trabalhos apresentados na mesma, e com isso nasceram algumas publicações com o objetivo de superação da epistemologia do conhecimento clássica do Direito, a qual demonstra, atualmente, sintomas de falhas diante da incapacidade de decantar os fenômenos do mundo, exigindo do Direito novas propostas capazes de possibilitar o existir contextual, repensando assim, muitos dos temas e dos fundamentos dos direitos fundamentais civis, pois com a insuficiência dos sistemas jurídicos frente a dinamicidade das relações privadas que oportunizam uma produção jurídica constituída pela regulação das relações, distinto do que é regulação, formada esta pela relação de Estado e Direito.

Para demonstrar as grandes valas atuais do Direito em face do existir, as produções aportadas se valem de uma análise das falhas estruturais do sistema jurídico, responsáveis pelos grandes problemas atuais do Direito. A importância do desvelamento dessas falhas conecta-se diretamente em uma possibilidade de maior resguardo do ser e de seus Direitos inerentes, para que o Direito seja repensado frente à complexidade entre temas, expressões, filosofias e, principalmente, interpretações. Representa esta caminhada novas possibilidades que são fidedignas ao sistema orgânico que corresponde ao existir como estar-aí (existência/existir), pela vida não adjetivada e nem pré ou pós-fixada.



Importante destacar que tanto Pontes como Merleau-Ponty seguem nesse sentido prévio para com a pré-compreensão e para com a compreensão do conhecimento, por um retorno a uma fenomenologia fática (contexto oportunizador de regulação) que reconstrói o mundo; especialmente no que toca ao jurídico, por ser esta a esfera que resguarda a normativa existencial no seio de uma sociedade. Demonstram as obras uma derradeira vontade de forte e firme indagação dos pressupostos formadores de Direito, assim refletindo-o sob a perspectiva de um mundo que acontece pelos fenômenos fáticos-fetiches (factiches), produzidos naturalmente pelo homem em um mero ato (inautêntico) do existir, que observa o que é dado como notável ou visível. Ocorre que o existir é mais profundo e menos perceptível do que julga a visão.

Na transição da modernidade para a contemporaneidade, ou seja, para a hiper-transpós-modernidade, observa-se uma tendência que entende que direito não se limita à função de reprimir, mas também de estimular e promover o jurídico pela produção epistêmica dos contextos assim juridicizados, sem com que isso o desafio para aqueles envolvidos com a atividade do jurista - ainda deve-se ter a ideia de que o direito serve de meio, e não de fim, pois mesmo que o direito deva organizar o poder econômico, não se separa da sua função de organização social.

Conforme já predizia Pontes (2002, p. 65-66),

os fatos sociais tem, portanto, assédio em muitas ciências e por isso mesmo que os fenômenos econômicos, sociais, políticos e jurídicos se interpola, conglobando-se e da mesma veia, em borbotões, variavelmente fluem, é que podemos atribuir ao afeto e ao amor da independência causal, vulgares nas dissertações eruditas de antanho, o muito que tocos ao direito a metafísica dessorada de outros tempos.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> MIRANDA, Pontes. À Margem do Direito. Ensaio de Psicologia Jurídica. Campinas: Book Seller, 2002. p. 65-66.



O Direito, tão mais que um mero instrumento jurídico para a aplicação da lei, passa a permear profundamente na vida social posto o fenômeno da juridicização, influenciando nas condições sociais, econômicas, políticas e culturais do contexto em que se desenvolve, tendo por finalidade a atenção ao corpo coletivo, através da explicação restaurativa sintética e verbal atuando o decemplicar das energias progressivas.

Cristhian Magnus De Marco  
Paulo Junior Trindade dos Santos  
Gabriela Samrsla Moller



# POR UMA NOVA RACIONALIDADE (COMPLEXA) AO DIREITO: BASES PARA SE (RE)PENSAR O DIREITO

Paulo Junior Trindade dos Santos<sup>1</sup>

Vinicius Almada Mozetic<sup>2</sup>

Gabriela Samrsla Möller<sup>3</sup>

**Resumo:** A ciência jurídica atual continua presa a um direito saturado/estático – que se assemelha ao andar do cientista sob um amarelo desértico – incapaz de atender aos fenômenos, por ter como base a epistemologia velha. Esta epistemologia jurídica ainda se sedimenta sobre bases cartesianas, marcadas pela unidisciplinariedade científica, ignora as manifestações dos fenômenos que não se encaixam matematicamente à norma de direito, resultando disso um apego à teoria do fato jurídico em um modelo clássico. A presente análise propõe uma nova racionalidade baseada em uma ciência que abarque a transdisciplinariedade – que se assemelha a novos horizontes no meio do deserto; ao olhar do cientista para a luz manifesta do céu. Essa abordagem tem como objetivo reestruturar a teoria do fato jurídico. Para tanto, utilizar-se-á das obras de Pontes de Miranda, o qual foi responsável por difundir no território pátrio duas importantes vertentes teóricas: o dogmatismo jurídico, de um lado e, de outro, a abertura do mundo jurídico ao mundo social. Ambas se apresentam importantes para a análise da crise epistemológica do Direito, de maneira que se busca a *superação do Paradigma Cartesiano* para um posterior *desvelar do Paradigma da Complexidade* que instauram as bases dessa nova racionalidade ao direito.

**Palavras-chave:** Teoria do Fato Jurídico. Ciência do Direito. Complexidade Social.

<sup>1</sup> Professor e pesquisador no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; pjtrindades@hotmail.com

<sup>2</sup> Professor e pesquisador no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

<sup>3</sup> Mestranda em Direito no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; gabi.moller@hotmail.com

## 1 A TEORIA DO FATO JURÍDICO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

*[...] la crisis del derecho moderno está inextricablemente ligada a la insuficiencia del modelo de racionalidad empleado por el derecho, un modelo que corresponde a necesidades funcionales de una sociedad distinta de ésta en la que vive el hombre contemporáneo. (BOURDIEU, 2000, p. 18).*

O sistema jurídico é composto de proposições que se referem às diversas situações da vida, cujo cerne é a indolência da previsão do vir a ser. Com a incidência da regra jurídica sobre o suporte fático, tornam-se jurídicos os bens da vida, o que significa torna-los fatos jurídicos, dotados de eficácia jurídica. Todo fato é mudança no mundo, porém, o mundo jurídico somente é composto por fatos jurídicos, fatos juridicizáveis. Quando o suporte fático suficiente ocorre, a regra jurídica incide; ocorrendo duas operações indicativas de suma importância para a vida: (a) definição do fato ou fatos componentes do suporte fático, e prova de que esse ocorreu; (b) da sua classificação segundo regra jurídica, a respeito da qual alguém procede como se ela não houvesse incidido (MIRANDA, 2000, p. 64). Essas são as duas operações para a aplicação do direito e para a juridicização do fato.

Ocorre que esse processo não é mecânico, muitas dúvidas emergem no caminhar da junção fato e direito. A incógnita, desse modo, pode ser a regra jurídica, o conjunto de fatos, consequência de uma ciência que busca abarcar o mundo de forma completa. Segundo o que ensinava Reale (1977, p. 3),

*[...] o Direito não pode deixar de ser estável, sem ser estático; e deve ser dinâmico, sem ser frenético. Tais características resultam da natureza da experiência jurídica que, como tenho repetidamente exposto, é o resultado de uma composição dialética de fatos e valores em estruturas normativas sempre sujeitas a contínuos testes, críticas e revisões.*

A juridicidade dos fatos e dos atos varia com o tempo segundo cada concepção que busca permear o direito, posto que regulamenta um marco social das condutas humanas. Tão grande é a correlação entre o fato e o direito, que alguns juristas, sobretudo da escola neoempirista, são levados a estabelecer uma falsa sinonímia entre fato e fato jurídico. Costuma-se dizer que o Direito, segundo uma velha lição que vem dos romanos, nasce do fato: *ex facto oritur jus*, porém esse brocardo reduz o direito somente do fato, como se uma lei física fosse o resultado de uma experiência realizada dentro de um laboratório.

A realidade não é neutra, e o direito é o resultado de uma atitude crítica e valorativa do homem no espaço-tempo perante os fatos. Uma das características, aliás, do direito atual, é o seu sentido dinâmico e operacional, interferindo positivamente no processo social para garantir a efetivação dos direitos constitucionais. O direito origina-se do fato, uma vez que necessário ocorrer um evento para que haja um vínculo de significação; porém, isso não reduz o direito ao fato – fato esse humano e dotado de valoração humana. Fato jurídico é fato qualificado juridicamente, nada mais errôneo do que confundir fato com fato jurídico; pois primeiro é espécie de fato previsto na norma (*Fattispecie, Tatbestand*) e, depois, como *efeito* juridicamente qualificado, em virtude da correspondência do fato concreto ao fato-tipo genericamente modelado na regra de direito: desse modo, o *fato* está no início e no fim do processo normativo, como *fato-tipo*, previsto na regra, e como *fato concreto*, no momento de sua aplicação (REALE, 2001, p. 186-189).

O processo de adaptação social que a norma jurídica aspira a criar para todas as várias necessidades, angústias e desejos humanos, resposta da disposição do ser-no-mundo; são formas cada vez mais gerais e perfeitamente fixadas, em que possam inserir frente essa pluralidade fenomênica que decorre da vida humana. Haja vista, que os fenômenos jurídicos tentam acompanhar as mudanças engenhadas pela pluralidade humana, geradora de complexidades sociais, através das propostas do Código, este deve ser

julgado pela capacidade em aumentar ou acelerar na adaptação dos homens entre si, ou na corrigenda dos seus defeitos de adaptação.

Surgem os *habitus* nesse novo cenário social, por via da rapidez através da qual fluem as relações; diferencia-se dos costumes por ser manifestação plural da dinamicidade social, que impõe ao direito verdadeiras incógnitas, pois o seu desvelar não é limitado a letra da lei, sendo consideradas tão importantes quanto o costume. Portanto, as bases jurídicas responsáveis por absorver os fenômenos sociais devem desenvolver-se de tal modo que abranjam todos os fatos da vida e se ajustem a eles; ainda que tais fatos se manifestem de forma *multiforme*.

Parte-se da premissa que a captação do *habitus*, por via da ciência jurídica atual, não tem sido capaz de alcançar toda a experiência jurídica, pois na experiência social *não somente* são emanados potenciais fatos relevantes ao mundo jurídico; são emanados também fatos que, para serem decantados proficuamente pelo Direito, tocam antes às ciências da psicologia, da biologia, da matemática e da física; ou seja, áreas das demais ciências. Os fatos sociais possuem assédio em muitas ciências, pois provém do que é social, que, por sua vez, é formatado pelos fenômenos econômicos, morais, políticos que se interpolam e criam a esfera existencial.

É por conta do paradigma clássico e lógico da base jurídica que o sistema jurídico não é capaz de absorver muito das manifestações mundanas, o que traz uma descrença no direito pela sociedade. A ciência é mais do que soma de fatos individuais, pois torna-se unidade. A ciência do Direito, nesse sentido, deve unir todas as informações do que até então estavam esparsas e que dizem respeito às “[...] íntimas exigências estéticas, intelectuais, econômicas, religiosas e morais, às vezes políticas e até puramente instintivas, do círculo social dominante.” (MIRANDA, 1972, p. 34-35). O olhar pelo individual objetivo gera a composição de um conhecimento baseado na teoria objetiva. A unidade, para além do que é subjetivo e objetivo, consegue por essa superação realizar uma desindividualização, gerando a socialização do conhecimento, a superação da Ciência unívoca

[...] certos problemas gerais encontram solução e recíprocas confirmações em diferentes ciências: cada disciplina deve acompanhar o desenvolvimento de seu conjunto e qualquer atraso é relativo e não pode exceder de limites mais ou menos estreitos de possibilidades. (MIRANDA, 1972, p. 18-19 e 34-35).

O caráter estático da letra da Lei, em que pese sua objetividade, não persiste inalterável e perpétuo; do contrário, como persistiria inalterado o que é mutável? É no ambiente e na temporalidade que ocorrem as mudanças, o que atinge diretamente o homem, cujas alterações “nenhuma delas torna mais humano ou menos humano o espécime observado.” (MIRANDA, 1972, p. 79-80). Tais mudanças, por sua vez, são determinadas por caracteres outros que fogem ao controle humano. Como é possível, então, captar o evento em si por via de uma ciência jurídica que recepciona e catalisa por sua Teoria do Fato Jurídico *apenas* o que provém do emanado pelo conhecimento jurídico?

A resposta para tal indagação, já se adianta: a *transdisciplinarietà* científica. Em que pese a resposta seja por si simples e clara, observa-se que no cerne da ciência do Direito desenrola-se um “pensar os fatos” que se comporta conforme a herança representada pelo Paradigma Cartesiano; ou seja, se comporta fechada para a recepção do que é emanado pelo fato e condiz com as outras ciências que não a jurídica. A partir do exposto, pode-se considerar que a epistemologia jurídica sob a égide da *unidisciplinarietà*, manifesta o fechamento do direito à sua realidade. Quanto a esse fechamento para o mundo, o problema apresenta-se na medida em que “o momento do Cogito cartesiano já significa a procura de uma coisa a partir do trecho da estrada em que ficou atrás exatamente o que se procura” (MIRANDA, 2005, p. 28), de forma que o paradigma cartesiano extrai do fato somente o que a ciência jurídica clássica considera como relevante para a matemática do fato à norma; como se as demais cargas do fato jurídico não importassem, criando o cenário de uma mecânica.

Por esta forma de captação social baseada no Paradigma Cartesiano as experiências sociais não são conhecidas de pleno pela ciência jurídica, ficando a percepção das peculiaridades de sua emanção perdidas no espaço-tempo. Dessa forma observa-se a construção de um fato jurídico vazio de si, limitada ao hermetismo da ciência jurídica e recluso no que toca às captações existenciais do ser – que são precípuas para o desvelamento do fato, -bem como o conhecimento da experiência social sobre a qual a análise científica se dirige.

A Teoria do Fato Jurídico encontra-se em dissonância com Paradigma da Complexidade, na medida em que as circunstâncias variam, o índice de mutação influi na produção do Direito, equilibrando as mudanças sentidas no mundo com a proveniente da segurança pelo estático. Essa é atmosfera inorgânica positiva produzida pela ciência. Não persiste inalterado a atmosfera inorgânica, é mutável, variável, tal como ocorre no mundo das pulsões humanas: a conciliação do orgânico com o inorgânico é o resultado de uma Ciência que supera o cartesiano da vida. O Direito não é criado para o perpétuo, o Direito “é energia, ideia, se preferem, que constitui elemento integrante da realidade social. Não pode ter tido por simples coisa imaterial; não há coisas imateriais, se chamamos matéria o que é, mesmo se negativo.” (MIRANDA, 1972, p. 79-80).

Tal cenário paradigmático somente poderá ser superado pelo desvelamento de novos horizontes ao Direito, possibilitados pela releitura da Teoria do Fato Jurídico e pela instituição de uma “nova racionalidade” junto ao Direito (Paradigma da Complexidade)m por via de novas possibilidades permeadas pelas demais ciências (transdisciplinariedade),

*En el momento de su consumación el derecho se ha vuelto irracional y tonto. Es por tal razón que es necesario reconstruir esta genealogía, mostrar como el derecho moderno proviene directamente de la alquimia y de la hermética, convertidas en probalística, hermenéutica y estadística. (FLOREZ MUÑOZ, 2009, p. 10).*

Segundo Morin (2005, p. 177), a aspiração à complexidade tende ao conhecimento multidimensional, uma vez que respeita as dimensões plurais do conhecimento. A nova racionalidade é inventiva; parte-se do real, do objetivo, mas este é mesclado com o imaginário, local em que existem projetos sociais e coletivos, que levam à criação de novos níveis de realidade aplicáveis às instituições do social. Essa nova racionalidade é também estratégica, se engendra transdisciplinarialmente com a questão da participação do ser na vida social, baseada na auto-organização, auto-regulação e auto-transformação (VILAR, 1997, p. 226-227).

A releitura da Teoria do Fato Jurídica será realizada pela doutrina do jusfilósofo Pontes de Miranda, responsável por instituir no Brasil a Teoria do Fato Jurídico utilizada pela ciência jurídica moderna. Pela releitura, buscar-se-á demonstrar a existência de duas vertentes doutrinárias instituída pelas diversas obras de Pontes: uma baseada na unidisciplinarietà (a que vigora, formulada através do positivismo jurídico “puro”) e outra baseada na transdisciplinarietà (aquela pouco estudada pela ciência e baseada em um sistema positivo de direito que ultrapassa a norma “pura”). Assim, partir-se-á da leitura hermenêutica da obra do jusfilósofo para problematizar a presente pesquisa e elaborar-se-á a releitura a partir dos moldes propostos. A observação fenomênica do fato jurídico apresenta alternativa manifesta de cores e vida, pois possibilita ao Direito analisar o evento transdisciplinarialmente, desvelando enfim o Direito como o andar sob a luz manifesta do céu, imbuído de potência de deflagração de novos horizontes ao Jurídicos e com capacidade de resgatar o sentido social e humano do Direito – que supera a simples análise dogmática dos eventos mundanos.

## 2 REPENSAR A CIÊNCIA JURÍDICA E A TEORIA DO FATO JURÍDICO: DO ANDAR SOBRE O AMARELO DESÉRTICO À LUZ MANIFESTA DO CÉU

Toda produção de sentido depende do social, ocorre que a ideia fica em um nível de generalização extremamente impreciso. Existem significações que impregnam a ação social funcionando de um modo relativamente independente dos significantes, mas que desempenham um papel de peso na escolha e na organização desses significantes. Essas significações correspondem ao nível do imaginário social. Por certo, esse nível do imaginário necessita ser visto como condição de possibilidade da ciência jurídica (WARAT, 2002, p. 352) Para explicar o imaginário social, Castoriadis forja o conceito de “magma de significações”, que consiste em um conjunto de significações imaginárias do social que conferem um sentido específico aos dados da experiência. Essas significações sociais imaginárias são arrastadas em um processo histórico feito de momentos de estabilização e de cristalização, seguido de momentos de auto alteração (OST, 2005, p. 28). A história é construída pelos fantasmas radicais. No jogo desse além com o discurso, situam-se as condições de possibilidade do discurso científico (WARAT, 2002, p. 353).

A complexidade reflete a necessidade de uma mudança radical na forma de entender e fazer ciência, e sobretudo de interpretá-las a luz dos fatos humanos para que seja um veículo de justiça social (JIMÉNEZ, 2013, p. 11). A consequência filosófico-científica do novo Paradigma tem centro em duas atitudes que se têm de afastar: a) a que pretende edificar a Teoria do Conhecimento a partir de alicerces de uma Ontologia rígida, fazendo-a segundo degrau de uma Teoria, pois que o primeiro teria sido o degrau de uma Ontologia, ou, pelo menos, de uma “teoria” ontológica do conhecimento (veja-se o que haveria de explicativo, de crítico, em vez de descritivo, em tal ponto de partida); b) que pretende esvaziar de “Psicologia” a Teoria

do Conhecimento e a Epistemologia e fazê-las secamente descritivas (MIRANDA, 2005, p. 297). A ciência não se elabora à cata de quaisquer verdades, de todas as proposições verdadeiras; o que ela procura são as proposições verdadeiras sobre os jetos que lhe parecem mais dignos de estudo (MIRANDA, 2005, p. 283).

Ante a ausência de análise científica atualizada, os Paradigmas do mundo jurídico não são superados (Cartesiano) e nem desvelados (Complexidade) o que incide na ausência de coesão assertiva científica junto à produção jurídica. O Paradigma da Complexidade, por ser pouco explorado nos meandros do mundo jurídico, encontra-se marginalizado quanto a sua aplicação e discussão, pois imbuído de pré-conceitos decorrentes da manifestação racional-Clássica. Em razão dessa situação, encontra-se a racionalidade jurídica envolta em uma crise gnosiológica, pois ainda está estagnada em profundo limbo jurídico em face de sua Ciência ainda ser fechada em si e ter como cerne a produção de norma por uma teoria do conhecimento clássica.

A dinâmica social exaspera-se por via de desejos e angústias, pela criação de influxos, manifestados pelos *habitus*, que dilatam os círculos sociais e criam novas formas de expressões. Esses caminhos perfazem-se por via de respostas inorgânicas (provenientes do mundo jurídico artificial) ao que é orgânico (mundo natural ou existencial). Esse confabular artificioso engenhado pelo direito - expressado por via da Teoria do Fato Jurídico - é meio de *adaptação social*. Primeiro, importante estabelecer esclarecimento epistemológico: fenomenologia da lei e fenomenologia da percepção são ordens diferentes de ação na consciência do ser. Uma verdadeira fenomenologia da percepção da lei deve ampliar a imagem de uma ordem jurídica para entender melhor a lei. A realidade jurídica é, sob uma certa perspectiva, capaz de manifestar na relação que surge entre o visível e o invisível (MERLEAU-PONTY, 1999) da lei, ou seja, a percepção crua do mundo.

Adaptação social porquê a prática e a teoria estão intimamente ligadas: o conhecimento objetivo, lógico, moral não se concebe sem o psicológico, sem

a análise da consciência. A ciência do Direito tem como fim não a transformação do Direito em norma fechada em si, em lógica matemática de aplicação, mas em maneiras de estender, fundar e explicar o direito, seja por alterações, seja por reinterpretações: mas que todas convirjam para mudança proveniente da indagação científica seguindo caminhos que sejam capazes de instruir uma melhor adaptabilidade do homem.

Dado que a vida humana passa a ser o objeto de meditação da filosofia atual, que não é metafísica fundamental, a vida não mais constitui uma só realidade distinta de todas as demais realidades, senão que é a realidade radical, primeira e básica, e o que é a explicação de todo o demais, posto que tudo é a vida humana. A vida tem como peculiaridade o privilégio de dar-se conta de si mesmo (SICHES, 2008, p. 53-56).

O conceito do *habitus* compreende as manifestações de condutas regulares manifestadas por certo número de sujeitos os quais agem em circunstâncias e que, por essa sincronicidade, manifestam previsão prática acerca do resultado da conduta. Se dessa prática forem emanados riscos para a coesão social, o que era *habitus* terá tendência a ser codificado e virar norma junto ao mundo jurídico. Uma norma jurídica é um pedaço de vida humana objetivada, seja qual for sua origem concreta – consuetudinária, legislativa, regulamentária, judicial, etc. – encarna, assim, um tipo de ação (SICHES, 2008, p. 108).

A cultura ela mesma não é um sistema ideal que ocorre autonomamente, senão o contrário, dado que o mundo é o campo das obras humanas, as quais possuem uma significação, um sentido, que está vinculado a circunstância de a qual e para qual se tenha originado. Tudo o que o homem constrói nasce do estímulo de determinadas necessidades, dada a peculiaridade de certa situação histórica. Quando, ao fim, decidem por uma das possibilidades que sua imaginação denota para a resolução do problema, então colocam essa possibilidade como fim. O direito, como todas as ações culturais, tem um sentido com a realidade, o que denota que não consisti em valores puros, senão em ações humanas (SICHES, 2008, p. 108-114).

Os novos tempos e as novas modelações sociais já não comportam terem no Paradigma Cartesiano a fonte de absorção dos Fatos Jurídicos. A sociedade contemporânea apresenta-se demasiada diferente daquela que modelou a estrutura científica até hoje utilizada: a densidade populacional, a centralização das pessoas em cidade e a mosaicidade cultural produzem fenômenos que (re)modelam a estrutura social temporalmente via *habitus*. A sociedade complexa já não encontra na especialidade e a unicidade das disciplinas que parecem estar muito longe de servir como referência para a construção adequada de amplitude satisfatória para a Ciência Jurídica (CALDANI, 2001, p. 25).

A individualização e a concreção das normas gerais mediante o cumprimento ou segundo a aplicação jurisdicional modificam-se a partir da variedade dos casos postos, ou mesmo pelo tempo, uma vez que a realidade não é estática – e a regra é. Assim, ainda que a norma geral permaneça invariável, as aplicações vão mudando segundo a medida que varia a vida e a concepção do *mundo*. Então, mesmo que a norma comporte um sentido abstrato que não tenha variado com o tempo, a significação concreta de cada um dos novos casos singulares deve determinar novas consequências (SICHES, 2008, p. 108-114).

Pelas coordenadas culturais que vigoram em tempos passados, reconhece-se o apego às soluções lógico-normativas em face das circunstâncias que advinham das funções jurídicas do Estado baseadas precipuamente em regras voltadas à segurança e à certeza. A experiência social era realocada às possibilidades normativas concernentes ao plano jurídico, sem que isso lhe parecesse uma mera equação. Esse modelo vigeu até que o individualismo exarcebado foi superado – o fluxo foi interrompido por acontecimentos sociais que desembocaram na necessidade de um Estado mais ativo – encaminhando a produção jurídica para além do individualismo e da autonomia da vontade, passando-se a examinar o Direito efetivamente em termos de experiência vivida social, passando a subsistir um conflito entre a norma e o fato. (REALE, 1992, p. 38). É característico da vida humana

– no que se refere a forma dogmática e afenomenológica – que tudo o que é executado está colado a uma carga, posta das orientações do mesmo, instruída e civilizada. Por essa autonomação, essa realidade, a claridade do homem acerca do seu mundo e de si mesmo, aquilo que lhe diferencia dos outros seres, vela a vida por um manto (BYUNG-CHUL, 2015, p. 21-22). A maneira de lidar com o direito é a resposta ao que se tem como vida.

A imprecisão da dualidade paradigmática que exaspera as entranhas do Direito cria uma divisão difícil de ser superada na Ciência Jurídica, influenciando diretamente para com a formação de uma fragilidade do mundo jurídico, na medida em que vigora o sistema Cartesiano. A consequência desse cenário incidiu no aprofundar em uma descrença social quanto à eficácia do Direito, pois já não é possível encontrar nos modelos normativos clássicos as respostas para o pulsar da organicidade social. Em virtude dessa descrença, o Direito tem se manifestado de diversas maneiras com o fim de catalisar melhor os fatos mundanos, indo na direção do Paradigma da Complexidade, mas não conseguindo atingi-lo tendo em vista que o Fato Jurídico - sua base científica - não é alterada.

As vias de tentativas (inexitosas) de superação do paradigma cartesiano-mecanicista pelo Direito manifestam-se pela Codificação (dogmática com apego a Escola Pandectista), pela Descodificação (Jurisprudencialização do Direito, Ativismo Judicial e Precedentização do Direito) e pela Recodificação (multiplicação e ampliação dos Direitos Subjetivos e a Constitucionalização do Direito Privado) do Direito Privado (DIEZ-PICAZO, 1993, p. 1). A passagem do mundo (*suporte fático*) ao mundo jurídico (*regra jurídica*) não tem sido ampliada pelas bases jurídicas, em que pese às tentativas, ora exitosas ora inexitosas, do direito de atender às demandas sociais.

Dessa forma, a falibilidade sentida pelo desgaste temporal-normativo da Ciência Clássica do direito em frente da dinamicidade social perpassa o entregar os panos e decretar que “o direito faliu”; pelo contrário, cabe aos cientistas atentos ao comportamento do direito no social pensar uma Nova

Racionalidade da Ciência do Direito, capaz de superar o modelo cartesiano, o que potencializa releitura da Teoria do Fato Jurídico. A crise do Direito moderno está conectada com a insuficiência do modelo de racionalidade do Direito, um modelo que corresponde a necessidades funcionais de uma sociedade distinta da que vive o homem contemporâneo. A sociedade atual exige mecanismos novos, que não se apoiam sobre regras universalmente válidas, sendo que a racionalidade hoje aplicada, centralizada, busca dar resposta aos conflitos nas sociedades ocidentais (BOURDIEU; TEUBNER, 2000, p. 18).

Nesse sentido, melhor falar-se em crise da Ciência do Direito, o que já é denunciado pela doutrina "En algunos momentos el derecho positivo puede ser repugnante, y es posible incluso que, ante tal situación el jurista deba inclinar la cabeza, repetiendo dura lex, sed lex; pero esto no afecta al derecho en su perene esencia." (BIONDI, 1953, p. 162).

Também

é hoje reconhecido que a excessiva parcelização e disciplinarização do saber científico faz do cientista um ignorante especializado e que isso acarreta efeitos negativos. Esses efeitos são sobretudo visíveis no domínio das ciências aplicadas. O direito, que reduziu a complexidade da via jurídica à *secura* da dogmática, redescobre o mundo filosófico e sociológico em busca da prudência perdida. (SANTOS, 1995, p. 38-39).

O problema da norma reside no *momento que o fato é colorido*, pois esse adentrar deve rigorosamente atender aos paradigmas clássicos *inflexíveis*, que não observam o fato para além do *pente* efetuado pela dogmática jurídica – vazia de si quanto à epistemologia de outras ciências. No que tange à regra jurídica, a lei viveu e vive lá fora e deve, por isso, ser procurada nos fatos, porque deles pode-se extrair indutivo-cientificamente as normas que os devem reger. Tal o *punctum saliens* da reforma que se inicia e que terá de consumir-se, porque está em *gérmen* nos fatos da vida, pela íntima e fatal correlação com os princípios da biologia, da física e da

mecânica (MIRANDA, 1972, p. 16 e 289). Portanto, as regras jurídicas são regras para as relações inter-humanas. As relações inter-humanas são fatos do mundo; a regra jurídica fá-las jurídicas. É no Fato Jurídico que reside a testemunha viva da evolução social, por ser a porta de entrada e formadora do Direito.

Na medida em que já não mais encontra na Ciência do Direito clássica o acompanhar de seus movimentos, o direito realiza a criação de uma difícil e inexpressiva simbiose entre suporte fático e regra jurídica. A alusão representa muito bem a passagem do direito natural ao direito positivo, pois, as leis naturais engendradas pelos social (considerados os fatos que se encontra no mundo) são decantadas, e assim passam ao mundo jurídico. CARBONNIER, alude que:

*Seconde circonstance, la force des doctrines du droit naturel. Quelque variante qu'elles revêtent, elles tendent toujours, par définition, à introduire un certain fixisme dans le droit, elles agissent dans un sens antiévolutionniste. C'est surtout vrai pour la formule pure, où ce sont les institutions concrètes du droit qui sont déclarées relever directement du droit naturel; par exemple, la propriété individuelle, la famille monogamique, le mariage indissoluble. Chaque institution est réputée par là avoir existé de toute éternité et être promise à l'éternité dans l'avenir. Assurément, il existe des formules plus édulcorées (telle la théorie de Stammler: le contenu bouge, le cadre seul demeure immuable). Dans le moindre songe de droit naturel, cependant, il y a un rôle de résistance au changement. Or, à l'encontre des immuabilités prétendues, c'est un des postulats de la sociologie juridique que le droit est sujet à des transformations. La sociologie ne peut pas ne pas être peu ou prou transformiste. En ce sens, il est exact de dire qu'elle est difficilement compatible avec l'idée d'un droit naturel: même l'idée de droit naturel est contingente, relative, évolutive. Un évolutionnisme d'hypothèse constitue ainsi au moins le climat general dans lequel se déroulent les recherches de sociologie juridique. L'accord est à peu près unanime pour trouver ce climat stimulant. (CARBONNIER, 2001, p. 12-13).*

Nessa senda e por essa matriz, os influxos naturais que o Direito catalisa para tornar coeso o sistema jurídico passam a ser nocivos à experiência social na medida em que os fenômenos jurídicos revelam-se envoltos por uma estrutura extremamente artificiosa, limitada à complexidade estrutural do fenômeno ao buscar a utilidade prática da norma, impossibilitando o Direito de atingir os fins propostos para com a gramática social

Tudo, no mundo, é determinado: e seria de refugar-se qualquer teoria que não admitisse a unidade da ciência [...] A ciência do Direito, como a Sociologia do Direito, a Sociologia da Religião, ou da Moral, ou da Arte, ou da Economia, ou da Política, ou a própria sociologia Geral, entoa-se na ciência, no lado das ciências biológicas e das outras Ciências. Há a unidade da ciência, o que não permite contradições entre elas, ou dentro de qualquer delas. A unidade da Ciências é como a unidade de qualquer processo social de adaptação. Um dos maiores erros que até hoje se têm cometido é o de se afirmar, quando se distingue o mundo inorgânico (dentro do qual há muitas distinções já feitas e muitíssimas para se fazerem), o orgânico e o social, que há pluralidade dos mundos e, pois, não há unidade, nem do mundo, nem da ciência. Quando dentro de qualquer extensão se apontam diferenças com isso não se nega a unidade. (MIRANDA, 1972, p. 219-320).

Os eventos mundanos têm, portanto, assédio em muitas ciências, e por isso mesmo que os fenômenos econômicos, morais, políticos e jurídicos se interpolam, conglobando-se e variavelmente fluem, é que podemos atribuir ao aferro ao amor da independência causal, vulgares nas dissertações eruditas de antanho, o muito que tocou ao direito na metafísica desordenada de outros tempos. Por isto dizer-se que

O Direito procura a linguagem como instrumento construtivo, e não como elemento absoluto do conhecimento, e muito se serve, para tal fim, de que objetiveram os outros processos sociais de adaptação. O jurista, que não se confunde com o cientista do Direito, embora um possa estar dentro do outro e ser-lhe útil, busca o que há de incidir, ou que incidiu. A Ciência do Direito, verifica o que se revela nos dados imediatos de

experiência para sugestões aos legisladores e fazedores ou intérpretes de regras jurídicas. Não está por dentro do sistema jurídicos, embora esse possa, para a sua eficiência, ordenar que se recorra à Ciência do Direito, se não há solução concreta e imediata de que se valha. (MIRANDA, 1972, p. 305).

Faz *mister* revelar nos fatos jurídicos, não o caráter de pura vontade divina, senão o caráter de fatos naturais, intensamente complexos, em cuja pesquisa e persecução várias ciências particulares se arrogam. Conforme assevera Pontes de Miranda “Não há unidade, nem do mundo (alusão ao Paradigma da Complexidade), e nem das ciências.” (MIRANDA, 1912, p. 46).

A Teoria Clássica do Fato Jurídico traduz o andar sob o monocromo e desértico solo amarelo da Codificação, que manifesta sua adaptação social por uma categoria de normas preexistentes, apresentas pela via inorgânica artificial com inferência jurídica, que se alinha ao orgânico. O mundo jurídico dogmatizado por via do conjunto diacrônico funcional da sistematização do Código Civil se utiliza das previsões (regras jurídicas) colhidas através da simples *depuração* – sem a devida análise; lógica matemática – dos fenômenos da natureza. Tais atos são a nascente de más construções do Direito, conotando relação estreita e disfuncional entre a Lei da natureza à Lei matemática.

Outro tanto cabe essencialmente às grandes Leis que parecem deduzir tudo. (CHARPAK, 2004, p. 66-67 e 25) A construção desse modelo de norma perfaz-se pela cisão sistêmica do mundo fenomênico (mundo dos fatos) e do mundo jurídico, os quais unidos se fazem nascedouro da Norma Jurídica. As normas jurídicas são formações especiais sintéticas construídas sobre as leis astronômicas, leis históricas, leis biológicas, leis psicológicas: a unidade diz respeito à repetição, que demarca a causa das ciências e denota o sentido no *semsentido*. A repetição é desvelada pela indução, a qual denota resultados que advêm do complexo e são decantados por uma razão complexa, capaz de catalisar essas energias na criação de um Direito que observa as energias psicofísicas

A indução é fecunda: ao passo que a dedução dá explicação completa, porém não ministra nenhum conhecimento novo da realidade. O instrumento com que há de operar o cientista será a indução baconiana, empírico-realista, o que não impede a utilização em formas sucessivamente mais simples, a fim de melhor explicar o fato complexo. Quando analisamos os corpos, ou recompomos forçar, ou procuramos elementos simples para a economia pura, ou acomodações em conjunto, bi-ou tridimensionais, que nos esclareçam o complicado mecanismo da adaptação social, - preparamos o material, os fatos, de que vamos induzir, e nisto não há, ao contrário do que, na economia abstrata, pareceu KARL MENGER, processo essencialmente diferente da indução de BACON. (MIRANDA, 1973, p. 230).

O racionalismo passou a ser o poder exclusivo de uma razão fechada, ao construir uma visão coerente, totalizante do universo, a partir de dados parciais, de uma visão parcial, ou de um princípio único, calcando-se no saber e na instrumentalidade técnica e realizando a visão de um só aspecto das coisas (rendimento, eficácia), a explicação em função de um fator único (o econômico ou o político) (MORIN, 2005, p. 258). A razão fechada é, dessa forma, uma das condições centrais para o desenvolvimento da cultura ocidental, pois rejeita como inassimiláveis os fragmentos de realidade. A razão fechada, rejeita a questão da relação do sujeito-objeto no conhecimento, a desordem, o acaso: transforma tudo ao princípio da economia e da eficácia, "A poesia, a arte, que podem ser toleradas ou mantidas como divertimento, não poderiam ter valor de conhecimento e de verdade, e encontra-se rejeitado, bem entendido, tudo aquilo que denominamos trágico, sublime, irrisório, tudo o que é amor, dor, humor[...]" (MORIN, 2005, p. 167-168).

*La razón tiene una posición central en nuestra cultura occidental. Esto, nosotros los occidentales, generalmente lo aceptamos. Yo mantengo, sin embargo, que lo que llamamos razón no es una propiedad no analizable de la mente, sino una expresión de nuestra coherencia operacional humana en el lenguaje, y, como tal, tiene una posición central y constitutiva en todo lo que hacemos como seres humanos. Nosotros argumentamos racionalmente*

*en favor o en contra de cualquier caso acerca del que escojamos reflexionar, aun cuando reflexionemos sobre la razón misma, tanto para sostenerla o negarla en un dominio u otro, por el simple hecho de que operamos en el lenguaje. Como **resultado, las culturas no difieren en la racionalidad, sino en las premisas, aceptadas implícita o explícitamente, bajo las cuales sus diferentes tipos de discursos, acciones y justificaciones sobre la razón, me esforzaré en mostrar sus fundamentos biológicos como un fenómeno de nuestra operación en el lenguaje.** (MATURANA, 1997, p. 43-44, grifo nosso).*

### 3 A NOVA RACIONALIDADE: PROPOSTA DE SUPERAÇÃO

O tom gris, resultado do caminhar circular sobre o amarelo monocromático nos areais do deserto. Equipara-se à visão do Cientista do Direito que busca nos dogmas já saturados as respostas para o pulsar social dinamizado. O horizonte criado ao andar sob o amarelo desertificado da Ciência Jurídica - estuda os fatos sem paixão, pois os considera unicamente em suas relações com o direito - lança julgamento severo sobre as leis, mas tal julgamento não concerne senão à técnica das instituições e das regras, usando-se de termos em que o sentido é fixado por um longo passado e goza de uma experiência dos fatos humanos adquiridos e transmitidos durante séculos (RIPERT, 1947, p. 10). O cientista exaure o sentido ocular da visão a partir desse caminhar desgastante sobre um horizonte anacrônico e infinito, que se manifesta como congênita formação paralaxe, pois o aprisiona em um caminhar sem fim sobre o amarelo.

Limitado por esse cenário, encontra-se sem direção sobre a decisão de seu caminhar, vendo-se obrigado a apoiar-se, em grande maioria das vezes, sobre as miragens pré-concebidas (aqui equiparadas às respostas dogmatizadas de um ordenamento que se perfaz como um deserto) resultado da quimera ilusória da necessidade de encontrar um caminho que lhe dê certeza sobre as manifestações do ritmo de vida do Direito em meio a um deserto inóspito. Sem visualizar a certeza que visa a encontrar, o

caminhar circular fadiga o cientista, induzindo-o, ante o cansaço, a sobrepor artificialmente decisão pré-concebida a uma realidade que não é fato. Esse deserto amarelo, assim, não atende à realidade dos fenômenos fáticos, os quais, por sua vez, são responsáveis por dar cor e luz quando se adequam à realidade fática. Entretanto, durante esse andar circular, ocorre o *encontrar* do cientista em face de um *oásis*; unido à luz que se manifesta no céu azul desértico, o mundo passa a ter sentido, pois é superado o anacronismo da cor amarela pelo iluminar da luz manifesta do céu.

Esse oásis corresponde à manifestação das nítidas possibilidades propiciadas pelos diversos tons que se encontram nesse caminhar; em termos jurídicos, traduz-se esse encontro pelo desvelamento da sociedade e do Direito pela transdisciplinariedade junto à Ciência Jurídica: a aquarela oportuniza a mistura de diferentes tons, que conotam a união das ciências humanas que quebram o anacronismo do gris. Novo(s) sentido(s) e novo(s) viés(es) permeiam a Teoria do Fato Jurídico: a superação do anacronismo desértico corresponde à superação do Paradigma Cartesiano pelo Paradigma da Complexidade, na medida que o exaurimento do caminhar do cientista denota a falibilidade e a antiquação de uma Ciência que já não se faz mais sentida. As cores dimensionadas pela luz manifesta do céu dão novos tons que superam o anacronismo do amarelo e possibilitam um coabitar transdisciplinar que se traduz pelos novos horizontes à Ciência do Direito. A luz manifesta do céu tece-se junto ao Paradigma da Complexidade, dispondo novos horizontes que dão base à releitura da Teoria do Fato Jurídico, uma vez que *o mundo se assenta em cores*.

*Que el hombre se ha ocupado larga y persistentemente de lograr alguna comprensión de los enormes diversos, a menudo intrincados y a veces amenazados sucesos del mundo de que le rodea lo muestra los múltiples mitos y metáforas que ha elaborado en un esfuerzo por dar cuenta de la simple existencia del mundo y de sí mismo, de la vida y la muerte, de los movimientos de los cuerpos celestes, de la secuencia regular del día y la noche, del cambio de las estaciones, del trueno y el relámpago, de la luz del sol y de la lluvia. Algunas de estas ideas explicadas están*

*basadas en concepciones antropomórficas de las fuerzas de la naturaleza, otras invocan poderes o agentes ocultos, otras, en fin, se refieren a planes inescrutables de Dios o al destino. (HEMPEL, 2003, p. 76-77).*

O que seria útil para o direito? A visão que se defende é a de um direito como adaptação social, que pela Teoria do Fato Jurídico acompanhe as expressões do mundo (o inorgânico como resposta às manifestações orgânicas plurais) e não o contrário (o orgânico não deve limitar-se a acompanhar o inorgânico). Para essa superação, utilizar-se-á da fenomenologia da percepção para com uma leitura do que se impõe pela racionalidade vincada em um paradigma científico cartesiano-mecanicista, pelo atual paradigma científico da complexidade. Assim, seguindo, as reflexões dos autores Didi-Huberman (2014) e Merleau-Ponty (1948, 1945, 1964).

A nova visão que se propõe da Teoria do Fato Jurídico parte da leitura das obras de Pontes de Miranda, jurista responsável pela difusão da Teoria do Fato Jurídico que vigora na prática jurídica atual. A Teoria do Fato Jurídico do *jusfilósofo*, expressada por suas obras, pode ser interpretada por um viés que comporta dois caminhos possíveis à Teoria do Fato Jurídico: ao redigir seus Tratados de Direito Privado, Pontes de Miranda demonstra uma cientificidade hermética voltada à unidisciplinariedade; entretanto ao redigir obras tais quais *O Problema Fundamental do Conhecimento, O Sistema da Ciência Positiva do Direito, Garra Mão e Dedo, Margem do Direito* denota visão da Teoria do Fato Jurídico com viés transdisciplinar, que busca superar a hegemonia dogmática do Direito e instituir bases para uma Teoria do Conhecimento capaz de superar a ontologia metafísica, a problemática da complexidade material, temporal e espacial; que se perfaz pelo que denominamos Paradigma da Complexidade.

Concomitantemente à época de sua produção dogmática, acolhida como base doutrinária cerrada da Ciência Jurídica, Pontes previra a necessidade de novas bases à Gnosiologia, com o fim de evitar o idealismo ou racionalismo científico por levarem a um conhecimento vazio, partindo

do pressuposto que o Direito é um produto social de assimilação e desassimilação psíquica, que por essa própria qualidade já não comporta a visão cartesiana do conhecimento.

Ocorre que a Teoria do Fato Jurídico Ponteana ficou adstrita ao viés unidisciplinar de sua visão, uma vez que as obras de cunho filosófico foram pouco exploradas junto à Ciência Jurídica. Dessa forma, a Teoria do Fato Jurídico foi construída desde seu cerne no sentido de acompanhar as demais teorias do Direito Privado criadas ao redor do mundo, tais quais do *hecho imponible*, *tatsbestand* e *fattispecie* (CARNELUTTI, 2006; CARVALHO, 2008; FRANCESCHELLI, 2010; GIORDANO, 2010; JARACH, 2005; REALE, 2001). Essas Teorias se fundam em estruturas formais, nas quais o fenômeno jurídico pode ser formalizado como uma relação entre fato concreto, ou de conteúdo (suporte fático) e a regra jurídica que lhes apresenta perfil abstrato, conforme anteriormente explanado. O centro nuclear da Lei (Direito como norma ou regra jurídica), ou seja, do direito privado *Pandectista* que perpassou pelas mais diversas fases no mundo manteve-se nuclearmente em uma construção de teoria do fato jurídico que ao tempo-espaço tornou-se imóvel, sendo não acompanhando às evoluções impregnadas, caindo a teoria do fato jurídico no obsoleto andar sob o amarelo desértico.

A necessidade da Nova Racionalidade situa-se em razão de *não* ser a Ciência ramo de adaptabilidade temporal. A ciência é por si atemporal, pois deve ser a mesma para atender às manifestações sociais evolutivas-adaptativas-complexas (moral, política, economia, religião, direito e arte) (MIRANDA, 2005, p. 80). Dessa forma, pelo explanado, observa-se que o homem e o Conhecimento são fatos contingentes e que se autorreformulam pela temporalidade e pelos avanços técnicos—que capacitam o conhecimento (ora sim, ora não). Essa Nova Racionalidade é necessária para que a Ciência esteja a *um passo a frente* das manifestações sociais adaptativas; ou seja, a Ciência não pode se mostrar insensível à catalisação desses fatos e nem tentar (como faz o Direito, conforme demonstrado) modelar-se a essas adaptações. Deve, por vez, aceitar a contemporaneidade e os traços que

marcam o estabelecimento de uma sociedade globalizada e densamente populosa, que não vê mais na forma governamental uma simples repressão. Essa Nova Racionalidade, importa destacar, *não é resposta às manifestações sociais*, uma vez que ela é atemporal; mas é, sim, a adoção de uma Racionalidade que se mostrará universal pelo caráter de unicidade fruto do núcleo orgânico do mundo.

O evolucionar social, estabelece a necessidade de se desvelar um novo paradigma (OST, 2006, p. 13), pois na atualidade

*existen fenómenos sociales cuyo estudio sobrepasan los limites de las disciplinas; de tal manera que sus aproximaciones solo pueden ser entendidas a través de los contextos transdisciplinarios, los cuales generan nuevos datos que entre si las distintas normas de Derecho. (ARAUJO; SOSA, 2012, p. 4).*

Os antigos paradigmas dominantes (legalista, estadista e positivista) da “ciência jurídica hoje veem enfrentando uma crise dos paradigmas que lhes são vigentes (legalista, estatista e positivista) que vem a afetar em larga escala todos os ramos do direito” (OST, 2006, p. 13), complexidade que pode ser manifestada como uma *reação para a ciência jurídica*, se desvelada. *O desvelamento do Paradigma da Complexidade não é um pensar simples* (BOURDIEU; TEUBNER, 2000, p. 28-29), necessita, para tal, de um sujeito cujo conhecimento e modelação do conceito seja esvaziado de possíveis metafísicas; ser envolto assim por um conhecimento que supere o hermetismo teórico da Ciência Jurídica (que é voltada *tão somente* para o que importa ao jurídico).

A Teoria do Conhecimento é o plano no qual se procede as depurações, uma espécie de eliminação das atitudes metafísicas por via da ciência, que da “[...] observação de alguns fatos, elimina-se, quanto possível, o que o observador introduz na observação.” (MIRANDA, 2005, p. 122). Os dados interior e exterior sobre o mundo e sobre os sujeitos (tais como cor, sabor, odor, sonoridade, resistência) emanam sua percepção acerca do objeto

do conhecimento - de maneira que podemos chegar à conclusão que esse subsiste sem o sujeito e o Direito subsiste sem ele; relação Sujeito-Objeto "A relação do conhecimento é entre dois seres, um dos quais é o interessado, organicamente, em colher o outro ou o que do outro lhe puder ser sensível, ao passo que o outro não pode ser modificado, no que é, pelo primeiro." (MIRANDA, 2005, p. 313). Por serem independentes, não é correto afirmar um idealismo, que encontra no objeto a Gnosiologia; bem como o idealismo emanado no sujeito como conceituador (MIRANDA, 2005, p. 170).

A experiência, no verdadeiro sentido de seu significado, ensina que o homem conheça a insegurança de todos os planos humanos, por isso não pode se formar por composição rígida, dogmática, fechada para o mundo, senão não abre espaço a novas experiências. Do contrário, o ser se fecha em si mesmo, em sua racionalidade. A verdadeira experiência faz com que o homem possa compreender melhor o futuro aceitando que os fatos não são postos pelo dado (PALMER, 2002, p. 279-281).

Não deve subsistir resquício de medo ou preconceitos quanto à adoção de uma Gnosiologia marcada pela transversalidade, cuja Teoria baseie-se na atenção tanto à estrutura jurídica formal da norma e não ignore a realidade indissociável dos fatos mundanos. A Nova Racionalidade que se propõe tem como base uma Ciência atenta a

*inmensa de complejidades – neuronales sobre todo, o más bien neuronales-sensoriales-psíquicas-sociales que se multiplican con el transcurrir del tiempo. La nueva racionalidad es compleja en relación con todas las complejidades, internas (del ser humano) y externas (de la sociedad, de la naturaleza). La vieja racionalidad es simplificadora.* (VILAR, 1997, p. 11-12).

A proposta base dessa nova ciência supera o realismo e o idealismo, admitindo a fórmula Homem<Saber (MIRANDA, 2005, p. 57), pois "Só uma razão aberta pode e deve reconhecer o irracional (acaso, desordens, aporias, brechas lógicas) e trabalhar com o irracional; a razão aberta não é a rejeição, mas o diálogo com o irracional. A razão aberta pode e deve reconhecer o

a-racional.” (MORIN, 2005, p. 167-168). Os fatos mundanos que importam para o jurídico, dessa forma, para além de serem decantados apenas no seu fulcro jurídico, possibilitarão o direito a racionalizar sem ignorar a informação científica que outras ciências podem trazer para somar ao conhecimento de um fato relevante ao sistema jurídico.

O conflito entre Fato e Norm seria melhor traduzido ao mundo jurídico *“Il ritenere che la natura sia strutturata nel suo processo autoorganizzativo secondo diversi livelli (fisico, chimico, biologico, psichico) tra loro irriducibili richiede necessariamente, per una esplicitazione unitaria dei fenomeni.”* (RONDINARA, 2007). Sobretudo, a proposta é se pensar uma Ciência, uma Gnosiologia que cinde seu fim na busca a superação da metafísica e na abertura de seu campo base “A ciência não pode ficar no realismo da sua atitude ativa nem no formalismo que implica abstrair do sujeito e ter o fato como algo de inconfundível com os estados de consciência [...] A cosmologia que a ciência está a edificar não é realista e nem idealista, é a Cosmologia da Ciência” (MIRANDA, 2005, p. 228) dado que

O homem antes de se saber o que é matéria; falou-se do Universo e deram-se lhe leis eternas antes de Galileu, e antes que se reconhecesse o que são as nebulosas, com as suas densidades um milhão de vezes inferiores às densidades que se conhecem na terra, o que são as estralas, de densidade, não raro um milhão de vezes a elas superiores, e que se calculasse em trezentos bilhões o número só das estrelas dentro da órbita do Sol, com um peso global de duzentos e setenta milhões de sois, e das quais só vemos uma parte ínfima. [...] O Homem>Saber, tudo ousava porque a existência, no sentido *Kierkgardiano*, era tudo nele: o que lhe importava era viver. (MIRANDA, 2005, p. 233-234).

Com o fim de superar qualquer resquício de subjetivismo, as leis científicas que vierem a ser agregadas à Teoria do Conhecimento jurídica têm potencial de determinar de forma mais concreta toda a natureza que envolve o evento. Isso ocorre na medida em que há a contraposição do sujeito-objeto; terreno capaz de apaziguar subjetivismos e objetivismos.

Todavia, o conhecimento não para em tal momento. Continua. E continua por um movimento de correção, de substituição, de reimersão de ambos no ser original: com isso, ganha o espírito, porque se enriquece de conhecimento. O conhecimento assim se desprende do objeto e merece ser constantemente levantado dúvidas sobre; sem qualificá-lo ou quantificá-lo, uma vez que o conhecimento sobre as coisas pelo sujeito/homem sempre muda, não é uma verdade absoluta.

A transdisciplinariedade é o que baliza a Teoria do Conhecimento jurídica que busca desvelar o Paradigma da Complexidade. Essa visão metateórica do Direito parece responder às necessidades e desejos dos homens quanto indivíduo e quanto sociedade, hibridando desta forma diversos métodos para atender ao Direito de forma efetiva. *Mister* salientar que a ciência transdisciplinar não se sobrepõe sobre a ciência das quais as outras giram em torno; mas sim há a criação de pontes baseadas na comunicação. O Direito continua marcado pelas características dogmáticas e formais que o *faz* Direito; entretanto, mostrar-se-á atento que o mundo é mais do que o mundo jurídico. A Racionalidade Complexa unida à Ciência procura atenuar a condição do homem e do animal a partir da invasão do complexo no mundo: a lei científica capta mais amplamente que a visão, mais amplamente do que os sentidos e a matéria permitem

[...] *la relación del Derecho con otras disciplinas ha estado caracterizada por la Pluridisciplinariedad y la introducción de la Interdisciplinariedad constituye una ruptura del paradigma tradicional e implica un cambio sustancial respecto a nuestra forma de concebir al Derecho en su conjunto.* (VALDIVIA, 2001-2002, p. 117).

Teubner e Bourdieu (2000) aludem que o Direito Reflexivo surge como resposta aos problemas das sociedades contemporâneas que se caracterizam pelo alto nível de complexidade, tem como papel estruturar e reestruturar os sistemas sociais semiautônomos, modelando tanto seus

procedimentos de discurso interno como seus métodos de coordenação com outros sistemas sociais.

*Simbolicamente, captar la belleza de la justicia se parece más a la apreciación de un ballet que a la de una estatua, porque es algo dinámico, no estático. En realidad, se parece más a bailar con alguien que a contemplar a alguien a bailar: es un compartir ilustrado, una conciencia de reciprocidad. La visión no se extingue por las fallas humanas, ni se mide por la suma total de conflictos resueltos; es mucho más grande que eso; es el vínculo creativo de todas las personas en la unidad del espíritu. (GRANFIELD, 1996, p. 109).*

A dança, tal qual os movimentos dinâmicos da vida, evidencia metáfora viva das ondulações que ocorrem junto à base que dá forma à Teoria do Fato Jurídico, que não se configura estática; e sim manifesta constante movimento, justificando-se a necessidade de uma releitura da Teoria do Fato Jurídico na busca de uma Nova Racionalidade aberta-reflexiva.

## 4 CONCLUSÃO

O mundo jurídico, como núcleo formador na Ciência Jurídica Clássica, fez surgir certezas e aceções que superam a estática dogmática quando postas em frente do amarelo desértico que marca a monocromática ótica do Direito por via da ciência hermética. Entretanto, supera-se essa visão pelo andar sob a luz do céu (revolução científica recentemente experimentada), criadora de novos horizontes à Ciência Jurídica; horizontes que criam *incertezas indomáveis* e reflexivas, as quais evidenciam que abaixo do sol a luz reserva numerosas experiências incomparáveis. A nova maneira de se ver o Direito apresenta o cessar daquele andar em círculos sob o deserto amarelo, proporciona-se com a luz do céu novas formas dispostas pelas cores à ótica do cientista.

Esse novo cenário, cujo banhar da luz não se esquivava das percepções do cientista, demonstra que merece ser superada a imutabilidade do ambiente do gris amarelo, criando no cientista caráter reflexivo; dando vida a vontade desvelar o Paradigma da Complexidade do mundo. A potência de vontade de desvelar esse novo mundo, já não mais marcado pelo gris amarelo da ótica Cartesiana, externa-se pela concepção do cientista que para tal desvelamento necessita observar o sistema como uma união das Ciências, com o fim de elaborar o conceito que melhor atende à resposta que busca; a ciência transdisciplinar é assim agregada ao Direito.

O direito atual, assim, deve eliminar os passos daquele andar em círculos criado pelo ambiente desértico, o que ocorre pela racionalidade construída pelo paradigma científico da complexidade, que demonstra amplamente a cisão com os campos da ciência. Tem-se a impressão de que as distinções desbotam e os contrastes se fundem (MIRANDA, 1972, p. 31)

O Direito erigido sobre uma base epistemológica rígida, manifestada pela sua unicidade disciplinar não atende à complexidade social plural, o que exige que a base científica do Direito seja desvelada e desmistificada para que se caminhe em direção à superação de sua rigidez disciplinar. A sociedade exige o rompimento do Paradigma Cartesiano e o desvelamento do Paradigma da Complexidade, pois este faz comunicação do Direito com as demais Ciências por via da transdisciplinariedade.

A Nova Racionalidade é aquela Ciência do Direito erigida sobre bases gnosiológicas capazes de *conhecer* de maneira mais abrangente as experiências sociais vividas no mundo é aquela capaz de atender às manifestações sociais contemporâneas e desvelar o Paradigma da Complexidade social. O nível de abrangência que as manifestações humanas exasperam necessita que esteja presente na análise da experiência a transdisciplinariedade. Cruzando-se as ciências, é possível que se chegue a uma noção do conceito do conhecimento profícua.

A pós-modernidade é um vocábulo polissêmico, e tem no seu centro a expressão da procura de um *novo entendimento do real e da formação de*

*um novo tipo de pensamento* (WARAT, 2002, p. 214). Por pós-modernidade leia-se uma criação de afetos críticos, tendo na disposição a dialética da superação da modernidade e dos seus paradigmas.

Os novos horizontes capacitados por essa visão holística e transversal das Ciências aplicadas ao Direito potencializam a mudança substancial na Teoria do Fato Jurídico ao agregar a ela todas as manifestações da sociedade para a sedimentação das normas junto ao fato de forma sublime e a concretização de um direito aberto ao mundo.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ARAUJO, Eglis; SOSA, José Gregorio. *El Derecho desde el contexto de la Multidisciplinarietà, Interdisciplinarietà y Transdisciplinarietà: Una Vision de los Autores*. Barquisimeto: Universidad Fermín Toro, 2012.

BIONDI, Biondo. *Arte y Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953.

BOURDIEU, Pierre. *Cosas Dichas*. Barcelona: Gedisa, 1987.

BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000.

CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. *El Derecho Universal: Perspectiva para la Ciencia Jurídica de una Nueva Era*. Rosario: Fundaciones para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit: Pour une Sociologie du Droit sans Rigueur*. 10. ed. Paris: EJA, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Rio de Janeiro: Ambito Cultural, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

CASTORIADIS, Cornelius. *As encruzilhadas do labirinto*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. v. 1.

CHARPAK, Georges; OMNÈS, Roland. *Sed Sabios Convertidos en Projectas*. Barcelona: Anagrama, 2004.

DIDIER JUNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

DIDI-HUBERMAN, Georges. *El Hombre que Andaba en el Color*. Madrid: Abada, 2014.

DIEZ-PICAZO, Luis; LEON, Ponce de. Codificación, Descodificación y Recodificación. *Themis*, Peru, n. 25, 1993.

ESTERMANN, Josef. *Filosofia Andina*. 2. ed. La Paz: Iseat, 2006.

FLOREZ MUÑOZ, Daniel E. Por qué un abogado debe leer a Zizek? Derecho, Ideología y Psicoanálisis. *International Journal of Zizek Studies*, Leeds, v. 1, n. 4, 2009.

FRANCESCHELLI, Vocenzo. *Diritto Privato: Persone Famiglia Successioni Diritti Reali*. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1997.

GIORDANO, Filomena. *Dal Concetto di Efficacia al Concetto di Valutazione: Trasformazioni e sviluppi in una prospettiva Sociologico-Giuridica*. 2010. Tese (Doutorado em Teoria dei Sistemi e Sociologia dei Processi Normativi e Culturali) – Università Degli Studi di Macerata, Macerata, 2010.



GRANFIELD, David. *La Experiência Interna Del Derecho: Una experiencia de la intersubjetividad*. México: Iteso, 1996.

GRIBBIN, John. *Historia de la Ciencia*. Madrid: Critica, 2009.

HAN, Byung-Chul. *El Aroma del Tiempo. Un Ensayo Filosófico sobre el arte de Demorarse*. Barcelona: Herder, 2015.

HEMPEL, Carl G. *Filosofia de la Ciencia Natural*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

JARACH, Dino. *El Hecho Imponible*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.

JIMÉNEZ, Sergio J. *Abarca, El Universo que Somos*. Costa Rica: Editorial SL, 2013.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1997.

MATURANA, Humberto. *La Objetividad: Un Argumento para Obligar*. Santiago de Chile: Dolmen, 1997.

MERLEAU PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1994.

MIRANDA, Pontes de. *À Margem do Direito: ensaio de Psicologia Jurídica*. Campinas: Bookseller, 1912.

MIRANDA, Pontes de. *Garra, Mão e Dedo*. Campinas: Bookseller, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Introdução à Ciência Política Científica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972a.

MIRANDA, Pontes de. *O Problema Fundamental do Conhecimento*. Campinas: Bookseller, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo I- IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972b.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. Tomo I. *Ação, Classificação e Eficácia*. Campinas: Bookseller, 1988.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral*. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

OST, François. *Contar a Lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2005.

OST, François. *La thèse de doctorat en droit: du projet à la soutenance*. Disponível em: [http://www.usaintlouis.be/fr/pdf/Droit/rapport\\_fr.pdf](http://www.usaintlouis.be/fr/pdf/Droit/rapport_fr.pdf). Acesso em: 12 ago. 2019.

PALMER, Richard. *Qué es la Hermenéutica*. Madrid: Arco, 2002.

PASCAL, Richard. *Prolégomènes à une anthropologie du droit: une ontologie naïve*. Laval: Presses de l'Université Laval, 2012.

REALE, Miguel. Congresso Internacional de Filosofia Social e Política Sidney. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 10, jun. 1977.

REALE, Miguel. *Direito como Experiência*. São Paulo: Saraiva, 1992.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIPERT, Georges. *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.



Paulo Junior Trindade dos Santos, Vinícius Almada Mozetic, Gabriela Samrsla Möller



RONDINARA, Sergio. Transdisciplinarità e Dialogo. *Nuova Umanità*, Roma, v. 3, n. 29, 2007.

ROSSET, Clement. *La Filosofia Tragica*. Buenos Aires: Teorya y Pratica, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as Ciências*. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1995.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a Vontade na Natureza*. Porto Alegre: L&PM, 2013.

SICHES, Luis Recàsens. *Tratado General de Filosofia del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2008.

STEVE, Woolgar. *Ciencia Abriendo la Caja Negra*. Barcelona: Anthopos, 2010.

VALDIVIA, Jaime Francisco Coaguila. La Interdisciplinariedad del Derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, n. 5, 2001; 2002.

VILAR, Sergio. *La Nueva Racionalidad: Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios*. Barcelona: Editorial Kairós, 1997.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

ZIMMERMANN, Ana C. *Ensaio sobre o Movimento Humano: Jogo e Expressividade*. 2010. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

# OS NEGÓCIOS JURÍDICOS EM FORMATO DE REDE: ENTRE A BOA-FÉ E A CONTRATUALIZAÇÃO DA VIDA

Paulo Junior Trindade dos Santos<sup>1</sup>

Arnaldo Rizzardo Filho<sup>2</sup>

Gabriela Samrsla Möller<sup>3</sup>

**Resumo:** Este artigo explora as redes de cooperação interempresarial e sua relação com o Direito sob o ponto de vista organizacional, diferenciando-as da organização dos negócios jurídicos tradicionais, codificados desde os códigos napoleônicos, e dominantes no mercado capitalista do tipo industrial. Essa diferenciação, já identificadas por teorias econômicas, organizacionais e sociológicas, revela para o direito uma nova dogmática para os contratos comerciais, que passam a ser organizados em redes de cooperação, cujas operações jurídicas correspondentes passam a ter uma dimensão regulatória, desafiando o sistema jurídico moderno. Partindo da teoria construtivista, os resultados indicam que a contratação em rede exige dogmática jurídica mais complexa, no que diz respeito aos aspectos sociais, econômicos e organizacionais.

## 1 INTRODUÇÃO

A expressão “nova economia” surgiu no final do século XX para descrever um estado evolutivo em que a economia deixa de se desenvolver preponderantemente de forma industrial para se desenvolver também no varejo por meio de alianças. Trata-se do mesmo período em que eclodiu o desenvolvimento das novas tecnologias de informação e comunicação.

<sup>1</sup> Professor e pesquisador no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Advogado.

<sup>3</sup> Mestranda em Direito no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

A relação entre desenvolvimento econômico e tecnológico desde sempre foi evidente, tal como indicam as duas primeiras revoluções industriais. No final do século XX, vem à tona um capitalismo baseado em alianças que constituem *redes de cooperação interempresarial*, que possuem relacionamentos contratuais próprios e totalmente diversos daqueles desenvolvidos no *capitalismo industrial*.

A economia em rede diferencia-se da economia industrial por muitos fatores. Em termos contratuais, a economia em rede é caracterizada pela organização de coletividades de agentes econômicos que mantêm relações contratuais de longo prazo e estritamente cooperadas – interesses comuns, coletivos; já a economia industrial é caracterizada por relações de curto prazo entre, geralmente, dois agentes que, embasados em seus interesses individuais, mantêm relações contratuais predominantemente competitivas – interesses contrapostos.

São exemplos de contratação em rede as franquias, as representações comerciais e agências, as distribuições, as concessões comerciais, as plataformas digitais (como Uber e Airbnb), os *smart contracts* e os *pools* imobiliários. São exemplos de contratos da era industrial a compra e venda, a prestação de serviços e a locação.

No caso da economia em rede, importa o tempo, pois geralmente as relações contratuais são de longo prazo e dependem de coordenação e cooperação para a perpetuação da coletividade – tratam-se dos contratos relacionais, institucionais. Já os contratos da economia industrial são, normalmente, instantâneos, em que há muito mais ordenação que coordenação, e que os sentidos dos contratantes são individualistas e, por isso, competitivos.

Com base nessas evidências, pode-se afirmar que a contratação em rede é mais *complexa* que a contratação tradicional, pois, enquanto esta consiste em uma relação contratual instantânea entre duas partes, aquela se trata de relação contratual de longo prazo multilateral. Esse é o salto que a praxe contratual evidencia.

A análise de um caso concreto apoiará o argumento: uma tradicional locadora de veículos decide trocar a estratégia de possuir filiais pela estratégia de possuir unidades de franquias. Na economia da rede de franquia de locação de veículos, a propriedade dos automóveis da rede era da franqueadora, que os locavam anualmente aos franqueados, os quais, por sua vez, sublocavam os veículos para os consumidores. Em determinado ano, a franqueadora reajustou em mais de 20% os valores das locações dos veículos aos franqueados, que repassaram o aumento aos consumidores, que migraram para outras locadoras com melhores preços.

A eficiência econômica dessa rede de franquias enquanto coletividade foi derrocada em prol do aumento da receita da franqueadora enquanto individualidade, de modo que a eficiência econômica dos franqueados ruiu em razão da política de preços da franqueadora. Ao analisar o caso, o Juiz decidiu que os aumentos eram lícitos porque o contrato assim permitia (*pacta sunt servanda*).

Nas seções seguintes deste texto serão apontados os equívocos desta decisão judicial a partir de um “pluralismo de enfoques” integrados enquanto materialidade ou causa dos eventos econômicos em rede. Como essa materialidade dos contratos organizados em redes de cooperação (contratos comerciais do capitalismo de alianças) é totalmente diversa dos tradicionais contratos verticais (contratos comerciais do capitalismo industrial), o direito evolui para novos sentidos jurídicos.

Os negócios em rede serão conceituados, tipificados e caracterizados segundo a literatura econômica, administrativa e sociológica, no intuito de conhecer sua materialidade em diversas perspectivas. Com isso, será possível analisar se essa materialidade esteve implicitamente presente na decisão judicial em análise.

Ainda, será demonstrado que os contratos formatadores de redes são fontes de obrigações anexas e laterais consideradas principais para os eventos econômicos em questão, e que o Código Civil, quando normatiza o direito das obrigações, exclui a responsabilidade pelo descumprimento

dessas obrigações, resultando em um regime geral de irresponsabilidade contratual para as típicas obrigações de coordenação dos negócios organizados em redes de cooperação interempresariais. Ademais, será demonstrado que as cláusulas gerais dos contratos, normatizadas nos artigos 421 a 425 do Código Civil, abrem caminho para o conhecimento das obrigações em rede em sua perspectiva material.

A conclusão será de que a contratação em rede da “nova economia”, que aqui chamamos de “novos contratos comerciais”, necessita de uma dogmática jurídica muito mais complexa que a vigente, que considere a materialidade contratual a integração de múltiplas perspectivas – econômica, social, organizacional, crítica.

## 2 A DECISÃO JUDICIAL EMBASADA NO *PACTA SUNT SERVANDA*: O PRINCÍPIO CONTRATUAL DA BOA-FÉ OBJETIVA E O DEVER DE CUMPRIMENTO DO CONTRATO

De início, lembra-se de que a decisão do Juiz no caso explicitado foi de validar a prática do franqueador em aumentar o valor dos automóveis que locava aos franqueados (para sublocarem aos consumidores) simplesmente porque tal prática estava prevista no instrumento contratual. Trata-se de uma decisão que adotou como razão de decidir o princípio do *pacta sunt servanda*.<sup>4</sup>

O princípio da força obrigatória do contrato, também denominado *pacta sunt servanda*, consiste no pressuposto de que o contrato deve ser cumprido. Embora haja quem diga, como Azevedo (1988. p. 87), que no Direito Romano não existia uma concepção substancial de contrato enquanto categoria geral e abstrata, o princípio da boa-fé objetiva, oriundo primeiramente da *fides* e depois da *bonae fidei iudicia*, indica o *pacta sunt servanda* como uma de suas

<sup>4</sup> Interessante análise sobre esse princípio e sua construção história é feita por Supiot (2007, p. 108 e ss.).

perspectivas (talvez a primeira perspectiva) (AZEVEDO, 1988. p. 87; CORDEIRO<sup>2001</sup>) que evolui, portanto, desde o direito romano.

O apogeu do *pacta sunt servanda* ocorreu com a ascensão do liberalismo econômico, principalmente a partir da segunda metade do século XVIII, sendo definitiva sua influência nos primeiros Códigos da modernidade. Gomes (1998, p. 36) afirma que, por princípio, o contrato celebrado com a observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade deve ser cumprido de acordo com suas cláusulas, que são lei para as partes. Nesse sentido, o contrato concluído livremente incorpora-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito (DINIZ, 1993, p. 39).

Strenger (2003. p. 808) explica que a autonomia da vontade nos contratos é entendida como fundamento do *pacta sunt servanda*:

[...] a autonomia da vontade assumiu, em verdade, o sentido específico, que jamais perderá, do poder de regulamentação das próprias relações, ou dos próprios interesses, dentro das limitações maiores ou menores ditadas pela equação do bem individual como bem comum. A força da autonomia da vontade praticamente se concentra no contrato que, sendo uma relação entre sujeitos de direito, é, em consequência, o campo mais abrangido por essa categoria jurídica, notadamente porque a relação obrigacional se estabelece entre pessoas.<sup>5</sup>

A questão que se levanta, para o caso em análise, diz respeito à “caracterização das vontades” nas relações contratuais cuja instrumentalização ocorre em formato de rede. O desenvolvimento dessa questão pressupõe a transição da autonomia da vontade para a autonomia

<sup>5</sup> Farias e Rosenvald (2012, p. 142) entendem que a autonomia da vontade é centrada em três princípios: “a) liberdade contratual, como livre estipulação do conteúdo do contrato, sendo suficiente à sua perfectibilidade a inexistência dos vícios subjetivos do consentimento; b) intangibilidade do pactuado – o ‘pacta sunt servanda’ exprime a ideia de obrigatoriedade dos efeitos contratuais pelo fato de o contrato ser justo pela mera razão de emanar do consenso entre pessoas livres; c) relatividade contratual, pactuada pela noção de vinculatidade do pacto, restrita às partes, sem afetar terceiros, cuja vontade e um elemento estranho à formação do negócio jurídico.”

privada, no sentido de existirem condições técnicas pressupostas às vontades nos negócios formatados como redes: nas redes, as vontades estão condicionadas à boa-fé, que é objetiva, e requerem um relacionamento jurídico que é, ao mesmo tempo, desigual, cooperativo e socializado. As redes são evidências de que esses sentidos, incompatíveis à primeira vista, podem estar presentes em eventos econômicos altamente racionais.<sup>6</sup>

Fiuzza, Sá e Naves (2007, p. 57) entendem que a contratualização evoluiu da autonomia da vontade para a autonomia privada. O contrato deixou de ser o acordo livre de vontade entre as partes, em que era possível contratar qualquer coisa que fosse do desejo e da necessidade humana, para representar um valor de utilidade social, em que há a combinação de três elementos: ordem justiça e liberdade.

Embora o caso em análise diga respeito a uma rede de franquias, as razões que vão sendo apresentadas se aplicam, da mesma forma, às redes de representantes ou de distribuidores, às plataformas digitais, aos *pools* imobiliários, às associações comerciais e centrais de negócios, dentre outros formatos de redes empresariais. Diante disso, é possível questionar: qual é a vontade das partes quando decidem formatar uma rede ou aderir a uma rede? Essas vontades sempre estão em conformidade com os pressupostos técnicos do evento e com os sentidos institucionalizados? Como são vistos o abuso e o desvio de poder nas relações internas das redes, ainda mais quando estão expressamente previstos em cláusulas de "contratos comerciais de adesão"?

Os franqueados da rede de franquias de locações de veículos, voltando ao caso em análise neste trabalho, consideraram as inúmeras possibilidades (abstratas) de desequilíbrio econômico que a cláusula de aumento anual do valor dos veículos locados poderia gerar? Se esses mesmos franqueados tivessem considerado tais possibilidades, teriam aderido à rede de franquias?

<sup>6</sup> Está-se pensando na teoria dos custos de transação.

É preciso levar em conta que, nas redes, uma parte coordena e outras partes operam o objetivo econômico da rede. Há, portanto, funções diferenciadas no interior das redes, fato que evidencia que os operadores da rede não possuem as mesmas condições técnicas daqueles que coordenam as redes, estando sujeitos a arbitrariedades, sobretudo quando se nota, de fato, que a ampla maioria das redes empresariais é formatada por instrumentos contratuais de adesão.

### 3 OS CONTRATOS EM REDE COMO FONTES DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS E DE PROTEÇÃO (LATERAIS) CONSIDERADAS PRINCIPAIS

O *pacta sunt servanda*, enquanto princípio jurídico basilar das obrigações contratuais, possui uma aplicabilidade relativamente simples no que concerne às denominadas obrigações principais. Mas como se dá a sua aplicação em relação às obrigações anexas e laterais (que sequer são exemplificados no Código Civil e raramente são previstas nos instrumentos contratuais)?

#### 3.1 A DIREÇÃO DOS ANTIGOS E DOS NOVOS RELACIONAMENTOS CONTRATUAIS

A estrutura napoleônica do direito obrigacional informa que os contratos são fontes de obrigações e que as obrigações principais são de dar e fazer (assim como de não fazer) (MARTINS-COSTA, 2015). Todas as demais obrigações são anexas e laterais ao negócio jurídico. Dessa forma, os contratos constituem fontes de obrigações de dar e de fazer.

A doutrina é uniforme em identificar a obrigação de dar nos contratos de compra e venda, bem como a obrigação de fazer nos contratos de prestação

de serviços. Tais contratos, anteriores à fundação de Roma, possuem características competitivas, pois aglutinam interesses contrapostos, de querer vender mais caro em face de querer comprar mais barato, de querer cobrar mais pelo serviço prestado em face de querer pagar menos pelo serviço contratado. Além dessa inerente competição, há a concorrência de quem vende um bem ou presta um serviço mais barato. Esses contratos também são, normalmente, bilaterais e instantâneos.

No que concerne a esses tipos de negócios, bilaterais, Couto e Silva (1964, p. 31) explica que o interesse de cada contratante encontra sua fronteira no interesse do outro contratante, que deve ser protegido. O princípio da boa-fé, nesse tipo de relacionamento contratual, é um mandamento de consideração do *alter*.

Por outro lado, também desde Roma já existiam alguns tipos de relações contratuais em que as obrigações de cooperação, oriundas do princípio da boa-fé e tradicionalmente identificadas como obrigações anexas e laterais, eram consideradas principais. Couto e Silva (1964, p. 32) cita como exemplo o contrato de sociedade, sendo preciso considerar aqui que, obviamente, o conceito de sociedade na Roma fundada há três mil anos não significa o mesmo que nas sociedades atuais, extremamente formais e sujeitas a registros públicos.

Mais do que considerar o interesse do outro (*alter*), os negócios formatados em rede pedem necessariamente a proteção e até mesmo o fomento do interesse do outro. O outro, na nova economia, não é um mero contratante que firmará um contrato bilateral e instantâneo; o outro é um contratante que estará na mesma posição ocupada por diversos outros em uma coleção de contratos bilaterais ou contratos multilaterais que durarão cinco, dez, quinze, vinte anos ou mais. Trata-se da perspectiva coletiva das redes empresariais, já que, na contratação em rede, os interesses de cada parte não formam fronteiras, mas integram-se em uma globalidade de interesses agregados.

Assim, são consideradas obrigações anexas e laterais todas aquelas derivadas do princípio da boa-fé contratual objetiva. Segundo Couto e Silva (1964, p. 32), os deveres derivados da boa-fé ordenam-se em graus de intensidade, que variam de acordo com o contrato concretamente considerado, podendo até mesmo constituir as obrigações principais de certos contratos.

A proposta de virada teórica para o direito obrigacional parte, então, da premissa de que há um ambiente econômico cujas principais obrigações são derivadas da boa-fé, isto é, são obrigações de cooperação. Ademais, esse ambiente econômico, como será visto adiante, possui uma função social própria à sua natureza econômica.

Na economia industrial (da primeira à terceira revolução industrial, ou seja, de meados do século XVIII ao último quarto do século XX), os contratos são tipicamente competitivos. Já na economia em rede (a partir da terceira revolução industrial, também chamada de revolução da internet, revolução ponto.com ou revolução digital), para além dos “contratos competitivos”, exsurtem “contratos cooperativos” que formatam redes de diversos modelos, constituindo elos na cadeia econômica, que organizam e especializam partes do ciclo total econômico, e representando, desse modo, uma verdadeira estratégia de ação econômico-contratual para chegar à fase final competitiva.

Nesse contexto, o contrato deixa de ser apenas um instrumento de expressão da autonomia privada para ser um instrumento de governança das autonomias privadas coletivamente organizadas. As exigências da sociedade globalizada e contemporânea impuseram reformas na maneira de compreender o fenômeno contratual (GLITZ, 2012, p. 21). Há, assim, contratos comerciais, como de franquia, de representação comercial e agência, de concessão comercial, de distribuição, e inúmeros outros atípicos, como plataformas digitais, associações comerciais e *pools* imobiliários, que pedem uma leitura teórica embasada no estudo da sociedade em rede.

## 3.2 OBRIGAÇÕES PRINCIPAIS: OBRIGAÇÕES DE DAR E FAZER

O termo “obrigação” deriva do verbo latino *obligare*, composto de *ob* (para) + *ligatio* (vínculo, nexo), significando um estado ou dever jurídico derivado do vínculo de alguém para com outrem. Os vínculos, no sistema jurídico atual das sociedades que seguem o modelo ocidental, advêm das leis e da autonomia da vontade.<sup>7</sup> No caso deste estudo, cujo tema é contratual, as obrigações são originadas por contratos (manifestação de vontade) e leis.

Rizzardo (2018, p. 4) conceitua a obrigação como o vínculo jurídico que força alguém a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, com valor econômico, em favor de outrem. Trata-se de um vínculo “restrito” às partes que se obrigam, sendo preciso levar em conta que a obrigação é uma prestação que deve ser cumprida. É importante acrescentar a essa ideia o “caráter transitório” das obrigações, conforme menciona Daibert (1979, p. 9).

Logo, segundo o Código Civil, as obrigações principais são de dar e fazer (bem como de não fazer). A obrigação de dar, de acordo com a doutrina, consiste em entregar algo que, na maioria das vezes, foi vendido, correspondendo, genericamente, portanto, a um contrato de compra e venda. A obrigação de fazer, por sua vez, compreende a ideia de prestar um trabalho, correspondendo, também genericamente, a um contrato de prestação de serviço. São os típicos contratos da economia tradicional, identificados plenamente com o capitalismo industrial e que refletem relações de competição no ambiente de mercado.

<sup>7</sup> Rizzardo (2018, p. 28) assevera: “De modo geral, em todos os campos do direito dissemina-se a obrigação. Assim, por exemplo, no direito das coisas, no direito de família, onde há mais deve perene, que se prolonga enquanto mantém-se a relação patrimonial ou familiar, impondo-se perante toda a coletividade.”

### 3.3 OBRIGAÇÕES ANEXAS E LATERAIS DERIVADAS DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ: COOPERAÇÃO E PROTEÇÃO

Segundo Martins-Costa (2015, p. 219 e ss.), a boa-fé gera deveres de cooperação (anexos) e deveres de proteção (laterais), e os negócios jurídicos são pautados na existência de deveres e interesses. Há, portanto, os deveres de prestação, que são principais e secundários; há os deveres anexos ou instrumentais aos deveres de prestação; e há os deveres de proteção (laterais).

Os deveres de prestação são de dar, fazer e não fazer. Já os deveres anexos e de proteção são derivados do princípio e da cláusula geral da boa-fé objetiva. Segundo a doutrina (MARTINS-COSTA, 2015, p. 222 e ss.), os deveres anexos e de proteção (laterais) atuam, respectivamente, para otimizar o adimplemento satisfatório das obrigações de prestação e para proteger os contratantes contra prejuízos internos e externos à relação contratual. Tratam-se de deveres que dizem respeito à forma de prestar uma obrigação contratual e às prestações que os contratantes estão obrigados a tomar para defender o(s) outro(s) contratante(s). Previsto ou não em leis, seus fundamentos derivam do princípio da boa-fé objetiva e ocupam uma dimensão diversa das obrigações ditas como principais, que dizem respeito à prestação.

### 3.4 OBJETO E CAUSA DAS OBRIGAÇÕES E DOS CONTRATOS

O objeto do contrato está clausulado (se o contrato for instrumentalizado) e é identificado concretamente a partir da coisa a ser dada ou da prestação a ser feita. Já o objeto da obrigação é tão simplesmente o ato de dar ou fazer (assim como de não fazer) abstratamente considerado.

Mas, além do “objeto” dos contratos e das obrigações, há a “causa”, que constitui um tema importantíssimo. Rizzardo (2018, p. 23) explica que a causa, o motivo ou a razão consiste em um fator primeiro, elemento

interno, de modo que os contratos e as obrigações têm uma razão intrínseca de existência. Ademais, a causa não se confunde com objeto: este é o conjunto de atos que as partes se comprometeram a praticar, singularmente considerados, e aquela é o fato ou ato que leva à exigência dos contratos e das obrigações. Assim, não existe contrato ou obrigação sem causa – a esse respeito, cita-se o artigo 884 do Código Civil, que prevê como ilícito o enriquecimento, à custa de outrem, sem justa causa.<sup>8</sup>

Segundo Bulgarelli (1979), a causa do contrato está concretizada na função econômico-social que este desempenha, de forma que a causa não é um requisito intrínseco ou extrínseco, mas integrado à função econômico-social do negócio. Não se confunde, portanto, a causa com o objeto do contrato.

Roppo (2009) ensina que, embora o contrato seja um conceito jurídico, não pode ser entendido a fundo, na sua essência, se for considerado sob o viés exclusivamente jurídico, já que conhecer um conceito significa levar em conta seus aspectos econômicos e sociais. Trata-se, assim, de conhecer situações, relações e interesses reais que determinam a razão de ser do próprio contrato. Nesse sentido, o autor ressalta, ainda, que operação econômica significa a substância real de qualquer contrato, ou seja, o negócio propriamente dito e as relações de aquisição ou troca de bens e serviços que este envolve (ROPPPO, 2009). É aí que repousa a materialidade do contrato, que difere da formalização legal e de toda a mediação jurídica incidente.

O contrato tem, portanto, uma fenomenologia econômico-social diversa do conceito estritamente jurídico. Roppo (2009) distingue a perspectiva contrato-conceito jurídico da perspectiva contrato-operação econômica, uma vez que a formalização jurídica do contrato jamais é construída como um fim em si mesmo, mas em razão de uma função operacional e econômica.

O ponto-chave consiste em saber como tratar os “desvios de causa” nos contratos se o Código Civil (BRASIL, 2002) apenas preceitua, no artigo

<sup>8</sup> “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.” (BRASIL, 2002).

166, como nulo o negócio jurídico quando seu “objeto” for ilícito, impossível ou indeterminável. Pergunta-se, então: de que forma o direito trata aqueles litígios oriundos de contratos que tiveram a sua “causa” desconfigurada? Antes ainda, como seria um contrato com a “causa” desconfigurada?

Nos contratos da econômica industrial, que refletem obrigações de dar e fazer, ocorrem desvios de causa, embora estes não sejam eventos tão ordinários a ponto de suscitar avanços dogmáticos. Apesar disso, nos contratos da economia em rede, desvios de causa são comuns. Basta pensar na enorme gama de contratos de franquia que, mesmo possuindo natureza obrigacional cooperativa, refletem verdadeiros palcos de competição entre franqueador e franqueados. Quantos são os franqueados que, após o fim da relação contratual, expõem um sentimento de decepção por não terem achado no franqueador aquele parceiro que em tese deveriam encontrar?

O Código Civil, pela leitura tradicional da doutrina e da jurisprudência, não oferece resposta a essa questão, pois o desvio de causa não está previsto como defeito do negócio jurídico. Veja-se, por exemplo, o caso prático aqui analisado, em que o franqueador aumentou os valores das locações dos automóveis aos franqueados com total desconsideração do reflexo que tal política implicaria a estes. Em tese, não houve objeto contratual inadimplido, ainda que a causa cooperativa do contrato tenha sido totalmente desconfigurada. Observe-se que o benefício econômico, que deveria ser fixado pela rede, voltou-se majoritariamente para o franqueador.

Para finalizar esta seção, sugere-se que o objeto das obrigações e dos contratos importa mais para a dogmática calcada em negócios preponderantemente instantâneos, bilaterais e competitivos, que tratam de dar ou um fazer. Por outro lado, a causa das obrigações e dos contratos importa mais para a dogmática embasada em negócios de longo prazo – ou continuados –, relacionais, multilaterais (ou compostos por coleções de contratos bilaterais, normalmente de adesão) e cooperativos, que refletem uma constante conjugação de esforços.

Nesse sentido, já é possível visualizar três questões para a dogmática de direito civil: a) os contratos da nova economia são constituídos por obrigações anexas (cooperação) e laterais (proteção), que passam a ser suas principais obrigações; b) o inadimplemento dessas obrigações não possui previsão legal, seja no Código Civil, seja nas leis esparsas (o reconhecimento legal das obrigações laterais ocorre pelas cláusulas gerais dos contratos do Código Civil); e c) não é apenas pela análise do objeto das obrigações que se encontrará a solução jurídica para os casos concretos de inadimplemento de obrigações acessórias e de proteção, mas principalmente pela análise da causa do negócio.

## 4 A MATERIALIDADE DOS CONTRATOS FORMATADOS EM REDES EMPRESARIAIS

A materialidade dos negócios da nova economia será tratada aqui a partir dos sentidos que a definem. Defende-se que os contratos da economia industrial (até 1990, sem maiores pretensões de certeza) são representados por uma díade de sentidos “individualistas” e “competitivos”, constituindo, preponderantemente, contratos bilaterais e instantâneos, descontínuos. Nesse sentido, cita-se a Escola Austríaca de Economia (KIRZNER, 2015), que caracteriza o mercado como um ambiente em que empresas individualmente consideradas competem entre si.

Já os contratos contemporâneos, da economia em rede, são caracterizados por uma tríade de sentidos “coletivos” (atores econômicos inter-relacionando-se sem laços societários ou hierárquicos), “cooperativos” (relação comercial *interna corporis* dos negócios formatados como redes empresariais) e “coordenativos” (o tema da governança e da coordenação da rede de acordo com seu fim estratégico), constituindo contratos multilaterais e de longo prazo. Nesse sentido, citam-se os neoinstitucionalistas. A seguir, constam, um a um, os elementos que compõem a tríade da “nova economia”.

## 4.1 COLETIVISMO

As redes diferenciam-se do livre mercado (sistema econômico geral) ao se fecharem em subsistemas econômicos. O objetivo dessa diferenciação consiste na formação de um todo coletivo para, por exemplo, angariar barganhas pela maior quantidade de insumo adquirida, repartir custos (como logística) e dividir investimentos (como o próprio risco dos negócios e as ações de marketing), ou seja, para tornar mais eficiente. É na clausura da construção de seus específicos subsistemas que cada rede se identifica e define seus objetivos.

Jarillo (1993) afirma que as redes tornam a ação empresarial mais forte para quem está em seu interior em relação a quem está no seu exterior. Eficiência econômica é, assim, o motivo econômico da ação em formato de rede (TEUBNER, 2011).

Cunha, Passador e Passador (2011) referem que as alianças entre organizações geram trocas e que essas trocas não trazem ganhos isolados, mas coletivos. Há, assim, geração de ganhos sinérgicos que podem ser de caráter tanto tangível quanto intangível, pois, além dos ganhos tradicionais referentes aos custos de transação, os elementos sociais e culturais podem representar ganhos intangíveis decorrentes da participação na rede interorganizacional.

Brass et al. (2004) mencionam quatro motivos que fundamentam as redes interorganizacionais: adquirir recursos, reduzir incerteza, melhorar legitimidade e atingir metas coletivas. Balestrin, Verschoore e Reyes Junior (2010) também citam como principais objetivos das redes “[...] acessar recursos, exercer assimetria de poder, buscar reciprocidade, ganhar eficiência, alcançar estabilidade, conquistar legitimidade, obter flexibilidade, entre outros.”

Objetivos comuns, ou seja, coletivos, são alcançados em função das conexões que a rede estabelece entre os vários atores que a compõem. A interação constitui, assim, a base de ação das redes. Segundo Locke (2001), as

redes alcançam esses intentos comuns a partir da organização, pois reúnem atributos que permitem uma ação mais forte no ambiente competitivo, em uma estrutura dinâmica. Essa ação é uniforme entre os participantes, porém descentralizada e flexível, possibilitando o ganho de escala a partir da união.

A lógica está, portanto, no estabelecimento de relações coletivas que resultem em ganhos para todos os que compõem as redes (JARILLO 1993). O enfoque individualista da empresa dá lugar ao enfoque coletivista, causando uma verdadeira revolução em termos mercadológicos e administrativos. Os ganhos e os benefícios que as redes geram demonstram que esse novo modelo, coletivo, é, efetivamente, a tendência da economia atual.

Cotejando as considerações presentes na literatura sobre o tema com o caso prático em análise, da rede de franquias de locação de veículos, é possível entender o quanto o franqueador, ao aumentar demasiadamente o valor dos veículos locados aos franqueados, contrariou os fundamentos pelos quais as redes se constituíram como uma estratégia econômica racional cujos objetivos são coletivos.

## 4.2 COOPERAÇÃO

Feitosa (2003) refere que as redes substituem a *affectio societatis*, comum aos tipos gerais de contratos societários, pela *affectio cooperandi*, que envolve obrigações de cooperação, negociação, assistência e fidelidade. Dessa forma, é possível identificar as organizações em rede pela autodeterminação e pela diferenciação de suas relações internas, que são cooperadas. Com isso, não se está afirmando que as redes não têm relações de competição: estas existem, porém ante o ambiente externo, ou seja, ante a concorrência. Mas são justamente as relações internas de cooperação que fecham e identificam os subsistemas das redes, diferenciando-as do seu exterior, onde só há competição.

Segundo Campbell e Collins (2003), há dimensões implícitas nas transações comerciais, como a probidade, a boa-fé e a cooperação. E os contratos relacionais, caso dos contratos em rede, sustentam-se porque dependem de inúmeras obrigações implícitas que não comportam consignação expressa.

No âmbito das redes empresariais, a cooperação enquanto obrigação implícita deixa de ocupar um papel subsidiário (acessório e lateral), como o ocupado nos contratos bilaterais e instantâneos, para assumir um lugar de destaque nos contratos de rede (multilaterais e relacionais), conforme destaca Macedo Junior (1998). Trata-se, assim, de uma nova perspectiva teórica para a interpretação dos contratos que formam redes empresariais.

Teubner (2005) enumera três tipos de ações sociais que são igualmente válidas: troca, concorrência e cooperação. O modelo teórico tradicional, preponderantemente contratualista, concede realce à ação de troca e de concorrência. O modelo das redes, autopoietico<sup>9</sup>, por sua vez, concede realce à ação cooperativa. Os reflexos dessa mudança de foco são gritantes. Enquanto a unidade básica do mercado é a transação monetária, a das organizações em rede é a decisão; enquanto a ação no mercado se baseia primariamente nos preços, a ação da organização orienta-se por expectativas organizacionais internas; e, enquanto o cálculo da ação no mercado depende do interesse egoísta do indivíduo, na organização depende essencialmente do interesse "altruísta" da própria organização.

No caso da rede de franquias de locação de veículos, está claro que o franqueador seguiu os parâmetros competitivos de ação econômica. A decisão de aumento de preços dos veículos locados não foi uma ação cooperativa, mas de pura troca (veículo versus dinheiro), orientada, como visto no item anterior, pelo interesse individual do franqueador.

<sup>9</sup> Refere-se à teoria dos sistemas sociais autopoieticos, do alemão Luhmann (2017).

## 4.3 COORDENAÇÃO

A coordenação das redes é apontada como o principal fator de determinação do sucesso organizacional, o que a coloca em uma posição jurídica obrigacional. A partir de técnicas próprias para o nível de rede, o gestor tem a obrigação de identificar e tratar os interesses, as dificuldades e as preocupações dos demais atores, criando a unidade do ente coletivo cooperativo.

Antunes, Balestrin e Verschoore (2010) explicam que a coordenação das redes envolve a adoção de instrumentos contratuais e mecanismos que regulamentem, protejam e estabilizem a ação coletiva. Esses instrumentos e mecanismos são complexos e formatam a abertura do sistema para o seu ambiente, onde enfrentará a contingência econômica e captará o que lhe é útil para seguir evoluindo.

O resultado esperado da coordenação consiste, portanto, na identificação exata dos interesses coletivos das redes, que pressupõem os interesses individuais de seus associados. Conforme Bakken, Hernes e Wiik (2009), a coordenação de uma rede deve fomentar os benefícios que a estratégia coletiva tem a potencialidade de gerar, pois é justamente pelos benefícios que representam que as redes são modelos de ação econômica.

Provan e Kenis (2008) analisam a coordenação (governança e gestão) das redes organizacionais e o seu impacto sobre a eficácia do empreendimento coletivo. As vantagens da coordenação são imensuráveis, incluindo, por exemplo, a aprendizagem reforçada, o uso mais eficiente dos recursos, o aumento da capacidade para planejamento de ações e resolução de problemas e a maior capacidade competitiva.

A coordenação envolve a relação entre função, eficácia e resultados das redes, de modo que a obrigação de coordenar a operação global das redes possui suma importância, pois só assim é possível dar funcionalidade à organização contratual. Mas a quem cabe a obrigação de coordenar?

Perucia, Bortolaso e Orsolin (2010, p. 41-52) destacam o papel de quem exerce a liderança nas organizações em rede (formatador, franqueador, indústria, representado etc.), explicitando que pertence à liderança o desafio de coordenar o crescimento econômico da rede e preservar a cooperação coletiva. Nessa abordagem, a liderança trata fundamentalmente de aspectos relacionais (MACEDO JUNIOR, 1998).

Efetuar a coordenação bem-sucedida de uma rede implica estar inserido em um evento que é coletivo e altamente cooperativo – as redes são organizações de organizações, que se relacionam em prol de um fim comum. Esse relacionamento deve ser paritário, de forma a atender os objetivos coletivos que identificam as redes empresariais. A esse respeito, Perucia, Bortolaso e Orsolin (2010, p. 41-52) destacam que as empresas em rede são parceiras, não concorrentes.

Acredita-se que a governança e gestão ou simplesmente a coordenação das redes seja obrigada a manter a estabilidade e promover o fomento das organizações interempresariais e que essa obrigação tem sentido devido à forma como as redes se diferenciam do sistema econômico geral. Trata-se de uma obrigação que possui função estrutural (LUHMANN, 2017) certa no evento: a coordenação representa, ao mesmo tempo, condição técnica para a economia das redes e obrigação jurídica para o direito das redes. Nesse sentido, as estruturas de governança fomentam as relações de cooperação da rede e resolvem seus litígios (FIANI, 2011), sendo o elemento acoplador entre o sistema jurídico e os sistemas de cada rede empresarial.

Isso leva a crer, voltando ao caso prático em análise, que o responsável (jurídico) pelos prejuízos que os franqueados tiveram em função da perda de clientela, quando repassaram o aumento da locação que o franqueador lhes impôs ao destinatário final (clientes que sublocavam os veículos), é o próprio franqueador, encarregado da coordenação da rede, como seus atos de governança e gestão, o que inclui políticas de preços.

## 4.4 OS PILARES DOS CONTRATOS DA ECONOMIA INDUSTRIAL E DA ECONOMIA EM REDE

Com base nas considerações expostas na seção anterior, a seguir, apresentam-se os pilares que identificam os contratos comerciais da economia industrial (capitalismo industrial) e da economia em rede (capitalismo de alianças) (Quadro 1):

Quadro 1 – Pilares dos contratos da economia industrial e da economia em rede

Contratos da economia industrial	Contratos da economia em rede
- <i>Individualidades</i> empresariais - Relações de <i>competição</i> entre empresas	- <i>Coletividades</i> empresariais - Relações de <i>cooperação</i> entre empresas - Obrigação de <i>coordenação</i>
Díade: individualismo/competição	Triade: coletivismo/cooperação/coordenação

Fonte: os autores.

## 5 UMA NOVA SEMÂNTICA PARA AS CLÁUSULAS GERAIS DOS CONTRATOS APLICADAS À ECONOMIA EM REDE

O quadro principiológico que compõe a teoria dos contratos de direito civil é formado, hoje, por três princípios antigos e três princípios novos, também chamados de cláusulas gerais. Os princípios antigos são “autonomia privada”, decorrente dos direitos básicos de vida e liberdade (liberdade enquanto *liberdade contratual* e *liberdade de contratar*); “obrigatoriedade dos contratos”, no sentido de que os pactos devem ser mantidos (*pacta sunt servanda*); e “relatividade contratual”, uma vez que os efeitos contratuais não podem prejudicar terceiros. Já os novos princípios contratuais (e cláusulas gerais) são “probidade”, “boa-fé objetiva”, “equilíbrio contratual”, “função social” e “proteção do aderente”.

A compreensão de que as obrigações anexas e laterais são principais nos contratos formatados em rede e representam a própria causa desses

contratos é fundamental para que seja possível tratar juridicamente as relações contratuais da nova economia. Essa compreensão será apresentada, a seguir, a partir de releitura dos princípios e das cláusulas gerais dos contratos, dispostas nos artigos 421 a 424 do Código Civil (BRASIL, 2002), de acordo com a materialidade dos contratos formatados em rede.

## 5.1 ADESÃO CONTRATUAL E OS CONTRATOS EM REDE EMPRESARIAL

Uma evidência da nova economia é que seus negócios são formatados em redes de contratos de adesão. Consistem em exemplos desses negócios franquias, agências, distribuições, concessionárias, *pools* imobiliários, associações comerciais e plataformas digitais. As plataformas digitais são, além disso, contratos comerciais de adesão eletrônicos.

E não poderia ser diferente, pois as redes buscam justamente padrão, uniformidade de ação e igualdade de tratamento. As redes empresariais constituem-se, portanto, a partir de “contratos ‘comerciais’ de adesão”, e essa é uma das novidades mais peculiares da perspectiva contratual da nova economia.

Os dispositivos legais a serem aplicados nos contratos comerciais de adesão são os artigos 423 e 424 do Código Civil (BRASIL, 2002). Segundo o artigo 423, “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.” (BRASIL, 2002). Já o artigo 424 prevê que, “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.” (BRASIL, 2002).

Aplicar esses dois dispositivos legais para os contratos comerciais de adesão significa a derrocada definitiva do argumento “hipócrita” que o direito contratual utiliza quando afirma que, nos contratos comerciais, as partes possuem igualdade de forças. Ante tal constatação, de que as redes

contratuais são, na verdade, redes contratuais de adesão, questiona-se: como ficaria a tradicional doutrina que defende a mitigação da boa-fé objetiva para os contratos “comerciais” (LUPION, 2011)?

Contudo, essa doutrina tradicional efetua sua análise com base em contratos descontínuos e instantâneos, típicos do capitalismo industrial, não abarcando, portanto, os contratos contínuos e relacionais, típicos do capitalismo de alianças. Conforme referido ao longo deste texto, para os contratos descontínuos e relacionais, a cooperação informa obrigações acessórias e laterais (cooperação e proteção). Para as contratações em rede da nova economia, além de as obrigações de cooperação e de coordenação, derivadas das cláusulas gerais e dos princípios contratuais da probidade e da boa-fé objetiva, serem as principais, ainda consistem em contratações por adesão.

Vejam-se alguns dados que endossam esse argumento:

- a) a maioria das empresas que operam em redes contratuais são microempresas (individuais ou não) e empresas de pequeno porte – as franquias e os motoristas da Uber são os maiores exemplos;
- b) as microempresas e empresas de pequeno porte representam cerca de 98,5% do total de empresas privadas;
- c) as microempresas e empresas de pequeno porte respondem por 27% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional;
- d) as microempresas e empresas de pequeno porte são responsáveis por 54% do total de empregos formais existentes no país, ou seja, empregam mais trabalhadores com carteira assinada que as médias e grandes empresas.

Esses dados indicam que é preciso, mais do que nunca, entender quem são os atores da nova economia, quem são os aderentes das organizações contratuais em formato de redes contratuais e como aplicar a eles um direito

condizente com a realidade pragmática de suas relações contratuais. Certo é que, para os contratos comerciais de adesão, são aplicados os artigos 423 e 424 do Código Civil (BRASIL, 2002), que não se limitam apenas às relações de consumo.

Assim, caso haja, em um contrato de franquia ou de plataforma digital – que é de adesão –, cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. E, caso haja cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio, estas deverão ser consideradas nulas.

A própria lei, portanto, entende que as partes contratantes, mesmo sendo empresas, não possuem igualdade de condições. Nesse sentido, conforme os ensinamentos de Marques (2011. p. 323 e ss<sup>3</sup>), existem quatro tipos de vulnerabilidades dos consumidores: a técnica, a jurídica, a fática e a básica (chamada de informacional). A vulnerabilidade, obviamente, chama à atenção os deveres acessórios e de proteção (laterais). Observe-se, de início, a “vulnerabilidade técnica”, para, depois, relacioná-la à questão da “informação”:

Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características dos bens ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. A vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC [Código de Defesa do Consumidor], é presumida para o consumidor não profissional, mas também pode atingir excepcionalmente o profissional, destinatário final fático do bem [...]. Realmente, considerar profissionais consumidores é exceção, não regra. [...] Trata-se a atividade profissional de “consumo intermediário”, regulado pelo direito comum, como ensina o STJ [Superior Tribunal de Justiça]: [...]. Realmente, esta vulnerabilidade está ligada à expertise, logo, à profissionalidade ou não do agente, sobre aquele produto ou serviço. (MARQUES, 2011, p. 324-326).

O contrato de franquia de locação de veículos, debatido neste trabalho, constitui um contrato comercial que ocorre preponderantemente entre empresas, típico exemplo de rede empresarial. Segundo o artigo 2.º da lei de franquia, o contrato de franquia empresarial é um sistema em que o franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente associado ao direito de distribuição e de uso de tecnologias (BRASIL, 1994).

Ou seja, os franqueados são cessionários de bens imateriais: “direito” de uso de marcas da locadora de veículos e “direito” de prestação de serviço de locação de veículos, além de, eventualmente, “direito” de uso de tecnologia (que se trata do *software* – site – pelo qual os franqueados sublocam os veículos aos consumidores). No contrato de franquia, portanto, assim como nos contratos de agência e distribuição, de concessão de veículos automotores, de plataforma digital e de atividades de consumo intermediárias, há hipossuficiência técnica. Entre o franqueador e franqueados, pensando na rede de franquias de locação de veículos, está claro quem é o hipossuficiente, tecnicamente falando: quem coordena uma rede empresarial é tecnicamente superior àqueles que aderem, os quais devem, inclusive, ser “protegidos” pelo coordenador (obrigação lateral).

Conforme referido, um dos pilares dos contratos em rede é a coordenação. As duas viradas concomitantes que representam a passagem da velha para nova economia – do individualismo ao coletivismo e da competição à cooperação – só são possíveis em face de um terceiro pilar, a coordenação.

Essa hipossuficiência técnica, decorrente da relação coordenador/coordenado, é reforçada pelo artigo 3º da lei de franquia, um indício da relevância da relação para todos os outros contratos comerciais legislados e não legislados que se organizam em formato de rede. De forma brilhante, tal artigo determina todas as “informações” que o franqueador deve passar ao interessado em ser franqueado antes da assinatura de contrato ou do pagamento de valores. Acredita-se, aqui, que essa transparência deveria valer para todos os contratos desenvolvidos em formato de rede em virtude

das características das relações envolvidas: de longo prazo, cooperativas, coletivas e coordenadas.

Portanto, ousa-se afirmar que há hipossuficiência técnica nas redes empresariais. Ademais, embora isso não torne os empresários que aderem às redes efetivos “consumidores”, o Código Civil, conforme evidencia uma interpretação devidamente constitucionalizada, tutela de forma especial os direitos dos hipossuficientes, como será visto na seção seguinte.

Cabe mencionar, ainda, que a Constituição Federal é o manancial hermenêutico do direito privado. Exige-se, ante a interpretação constitucional dos dispositivos do Código Civil, uma função social que reequilibre as desigualdades entre os negociantes, mesmo que ambos sejam organizados como empresas.

O atual Código Civil vincula-se às determinações da Constituição Federal de 1988, em especial os incisos III e IV do artigo 1º e o inciso I do artigo 3º, que indicam a dignidade da pessoa humana e o valor social da livre iniciativa e do trabalho como fundamentos da República, bem como a solidariedade como objetivo fundamental da República. Assim, a tese é de que, na nova economia, as redes empresariais representam relações contratuais com forte desigualdade técnica, configurando hipossuficiência de um polo contratual.

Delgado (2004) entende que o hipossuficiente é protegido no Código Civil em qualquer tipo de negócio jurídico que celebre. Esse ideário está incorporado em vários dispositivos que regulam os negócios jurídicos, como a boa-fé inculpada no artigo 113 (BRASIL, 2002), o combate à onerosidade excessiva presente nos artigos 478 a 480<sup>10</sup> e as cláusulas gerais dos contratos

<sup>10</sup> “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.” (BRASIL, 2002).

constantes nos artigos 421<sup>11</sup> (função social do contrato), 422 (BRASIL, 2002) (probidade e boa-fé objetiva contratuais), 423<sup>12</sup> (adesão contratual) e 424<sup>13</sup> (adesão contratual) do Código Civil.

Segundo Catalan (2013, p. 158), a "solidariedade social", a "isonomia substancial" e a "dignidade da pessoa humana" entram em cena ante a constitucionalização do direito civil. Em relação à "isonomia substancial", trata-se da superação da dimensão meramente formal da igualdade perante a lei:

O aludido princípio impõe, assim, que cada situação de vida seja analisada de forma pontual e minudente, exigindo a identificação das características de cada pessoa na relação jurídica, em vez de limitar-se, como outrora, a trabalhar com juízos hipotéticos e comparações abstratas.

O argumento aponta para a importância de desvelar a hipossuficiência dos empresários que aderem às redes empresariais. Nas contratações em formato de rede da nova economia, há hipossuficiência técnica entre os contratantes, o que revela a diferença substancial entre os polos contratuais (coordenador versus coordenado) e ocasiona, conseqüentemente, diferenças de direitos e obrigações entre estes.

## 5.2 BOA-FÉ OBJETIVA NAS CONTRATAÇÕES EM FORMATO DE REDE EMPRESARIAL

O artigo 422 do Código Civil (BRASIL, 2002) dispõe que os contratantes devem se pautar pelos princípios de probidade e boa-fé objetiva, e, segundo a maior parte da doutrina, probidade e boa-fé são sinônimos. Ainda que

<sup>11</sup> "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato." (BRASIL, 2002).

<sup>12</sup> "Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente." (BRASIL, 2002).

<sup>13</sup> "Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio." (BRASIL, 2002).

essa aproximação entre probidade e boa-fé seja aceitável no contexto da economia industrial, no contexto da economia em rede uma diferenciação deve ser feita para a percepção das obrigações que surgem de tais princípios. Tal diferenciação está no compasso da própria ressignificação que os novos formatos contratuais da nova economia determinam aos princípios da probidade e da boa-fé objetiva.

Entende-se que o princípio da boa-fé objetiva como obrigações de cooperação e proteção (COUTO E SILVA, 1964; MARTINS-COSTA, 2015). Teubner (2011) concebe as redes como forma de organizar atividades econômicas entre firmas independentes por meio da cooperação. Macedo Junior (1998), por sua vez, refere-se à confiança existente no interior dos sistemas empresariais cooperados e afirma que uma ampla gama de expectativas de cooperação faz parte dos contratos que formatam redes empresariais (que são contratos relacionais, segundo o autor).

Feitosa (2003 apud MAGALHÃES, SANCHEZ, 2009, p. 3-26) foi genial ao afirmar que as redes substituem a *affectio societatis*, comum aos tipos gerais de contratos societários, pela *affectio cooperandi*, que envolve obrigações de cooperação, negociação, assistência e fidelidade. Já Couto e Silva (1964), Cordeiro (2001) e Martins-Costa (2015) ensinam que a obrigação ou o dever de cooperação derivam do princípio e da cláusula geral da boa-fé objetiva e que, desde Roma, possui relevância jurídica enquanto principal obrigação de alguns negócios jurídicos.

Martins-Costa (2015, p. 42 e 54) indica, ainda, ser a boa-fé objetiva nas relações intrassubjetivas “[...] fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação”, derivada do dever de proteção e que tem como origem mais remota a relação romana entre patrícios (*gens*) e clientela – na própria Roma, a boa-fé derivou para a relação entre romanos e não romanos mediante o *ius gentium* e *ius honorarium*. O ponto-chave é que as obrigações anexas e laterais de cooperação e proteção, desde Roma, possuem conotação de obrigação principal para alguns tipos contratuais, como o contrato de sociedade (o que em Roma eram, na verdade, parcerias), tendo evoluído para

o uso regular ou não abusivo do direito até o dever de proteção em alguns tipos de negócios.

A intenção aqui não consiste em discorrer sobre a literatura jurídica que trata da boa-fé, seja em perspectiva teórica ou histórica. O significado econômico, administrativo e sociológico de boa-fé já foi discutido na seção 4.2 deste texto, que trata da cooperação, de modo que o elo entre essas literaturas e a literatura jurídica já está suficientemente demonstrado e, de certo modo, não é novidade. A novidade da economia em rede reside no dever de coordenação dos eventos econômicos coletivos e cooperados, uma vez que eles não ocorrem ou se organizam de forma aleatória, como seria possível pressupor.

Magalhães e Sanchez (2009, p. 3-26), embasados na teoria dos sistemas autopoieticos, definem as redes contratuais como sistemas gerados por meio da organização de um processo fechado de cooperação, que tende a se autorreproduzir via interação de seus próprios componentes (autorreferência). É preciso que fique claro, portanto, que um evento organizado em formato de rede, seja uma rede de franquia, uma rede de agência ou distribuição, uma associação comercial, um *pool* imobiliário ou uma plataforma digital, depende, para constituição e evolução histórica de seus sistemas, de um relacionamento interno estritamente cooperativo, oriundo do princípio da boa-fé contratual objetiva.

## 5.3 PROIBIDADE E OBRIGAÇÃO DE COORDENAÇÃO DAS REDES EMPRESARIAIS

Uma das propostas deste trabalho é identificar a obrigação de coordenação com o princípio e a cláusula geral da proibidade. Pode-se colorir esse argumento com o que se considera ato ímprobo para o direito administrativo (Lei n. 8.429/92, também conhecida como lei de improbidade administrativa (BRASIL, 1992)). No direito administrativo, a improbidade tem

relação com deveres específicos do cargo público. Nas redes, por sua vez, a probidade tem relação com deveres específicos de coordenação, aplicando-se, portanto, em uma perspectiva de coordenar e ser coordenado.

A coordenação “em nível de rede” inexistia no antigo paradigma econômico simplesmente porque a deficiente coordenação de um evento econômico gerava prejuízo apenas para aquele empresário responsável por coordenar/administrar a sua própria empresa (ou grupo de empresas). Entretanto, a nova economia é composta por coletividades (redes) de empresas que são autônomas e independentes, ou seja, não são “grupos empresariais” (Lei n. 6.404/76, também denominada lei das sociedades anônimas (BRASIL, 1976), e problemas decorrentes da coordenação causam prejuízo a todos os entes das redes. Para ser mais direto: se um franqueador coordenar de forma inadequada a rede que formatou, causará prejuízo aos franqueados, que são os aderentes da rede de franquia.

É exatamente o que ocorreu no caso em análise, em que o franqueador aumentou desproporcionalmente o valor dos veículos que locava aos franqueados, os quais, por não conseguirem repassar o aumento para seus clientes, tiveram prejuízo. Não há necessidade de explicar de quem é a responsabilidade por coordenar (no sentido de gestão e governança) uma rede de franquia: obviamente é do franqueador, e dele será a responsabilidade pelos prejuízos causados à rede em caso de má coordenação (considerada a coletividade de individualidades que a compõe).

E, para redes mais horizontais que as redes de franquia ou as plataformas *peers inc.*, como é o caso das associações comerciais e das plataformas *peers to peers*, ainda assim, acredita-se que haja o dever de coordenação e a responsabilidade pelos prejuízos causados decorrentes desse dever mal cumprido. Essa é uma nova obrigação que gera deveres anexos diversos dos clássicos “dar” e “fazer” e que, se for descumprida, interferirá na própria eficiência “coletiva” da rede.

## 5.4 FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NAS RELAÇÕES ECONÔMICAS EM FORMATO DE REDE EMPRESARIAL

A função social do contrato diferencia-se da proibidade e da boa-fé, pois enquanto estas têm o escopo de integração dos contratantes, aquela visa integrar os contratantes à sociedade (AZEVEDO, 2004, p. 9-22). Diante disso, a questão-chave reside em entender como ocorre essa integração entre contratantes e sociedade. Parte-se da ideia de que os contratos devem atender a determinada função ou finalidade social (GLITZ, 2012, p. 17).

### 5.4.1 Interpretação literal de "liberdade de contratar" para definição do conceito de função social do contrato

Segundo o artigo 421 do Código Civil (BRASIL, 2002), "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato." Beraldo (2011, p. 110) afirma que a doutrina que trata da função social do contrato elenca as seguintes possibilidades de entendimento a esse respeito:

- a) função social do contrato como princípio orientador de outras normas e até mesmo como base de diversas categorias e conceitos jurídicos;
- b) função social do contrato como forma de controle dos efeitos externos do contrato, de modo que o contrato não pode afetar terceiros, assim como os terceiros devem respeitar os contratos;
- c) função social do contrato como incorporador dos fundamentos e objetivos constitucionais da República nos negócios privados;
- d) função social do contrato como fundamento jurídico para o juiz confrontar e conformar a operação econômica do contrato;
- e) função social do contrato como causa do negócio.

Na busca para um sentido da função social do contrato, Beraldo (2011, p. 201 e ss.) entende que o artigo 421 do Código Civil (BRASIL, 2002) deve ser lido com realce às expressões “liberdade de contratar”. A “liberdade de contratar” diz respeito ao ato de celebração ou não de contratos. Beraldo (2011, p. 51) fala da (im)possibilidade de a lei ou o juiz, sem ferir o ordenamento jurídico, determinar a (não) pactuação de um contrato.

Diferentemente, a “liberdade contratual” é a possibilidade de o juiz modificar o conteúdo do contrato. O entendimento de Beraldo (2011), focado na literalidade da expressão “liberdade de contratar” do artigo 421 do Código Civil (BRASIL, 2002), aplica-se, principalmente, àqueles contratos que regulam serviços públicos domiciliares, serviço público de transporte, serviços médicos e vendas casadas ou que operam em regime de monopólio. São chamados contratos impostos, coativos ou necessários. Segundo Beraldo (2011), “[...] quando a intervenção judicial ou legislativa proíbe ou restringe a liberdade de contratar, pode-se dizer que ela é negativa. Já quando determina que um contrato seja celebrado ou renovado, então ela será positiva.” Assim, a “[...] função social só pode ser aquela que permite às pessoas terem acesso a bens e a serviços.” (BERALDO, 2011, p. 201-202).

#### 5.4.2 Interpretação constitucional de liberdade de contratar e dimensão transubjetiva dos contratos. Socialidade, solidariedade

Martins-Costa (2005, p. 41-66) entende que o princípio da função social do contrato constitui a expressão da “socialidade” no direito privado, projetando a diretriz constitucional da solidariedade social (conforme artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal). Nesse sentido, a liberdade de contratar mencionada pelo artigo 421 do Código Civil é uma liberdade situada no ambiente comunitário, sendo a comunidade uma dimensão histórico-social permanentemente instituída e permanentemente criativa de significados.

A função social do contrato é, para Martins-Costa (2005), a força estruturante de uma nova dogmática contratual calcada na “autonomia

privada solidária”<sup>14</sup> que influencia o modo de exercício do direito subjetivo (liberdade contratual).

Ademais, as relações contratuais possuem duas dimensões – uma intersubjetiva, que relaciona as partes do contrato entre si, e outra transubjetiva, que relaciona o contrato a terceiros determinados ou indeterminados –, e a função social tenciona objetivos próprios para cada uma dessas dimensões.

Interessa, para este trabalho, a dimensão transubjetiva. Martins-Costa (2005, p. 41-66) observa que as obrigações contratuais foram pensadas pelo direito das obrigações a partir do protótipo da compra e venda enquanto contrato-padrão. Assim, as relações obrigacionais passaram a ser pensadas como relações entre dois polos vinculados por um laço de subordinação. Por essa razão, não se costuma considerar a eficácia de contratos para além de um vínculo bilateral que une indivíduos isolados, cujos interesses são contrapostos. Entretanto,

[...] importante grupo de casos diz respeito à consideração da eficácia na esfera de terceiros determinados, hipótese que, na Itália e na França, também derivou da construção jurisprudencial. Seu fundamento bifurca-se em explicação sociológica (fundada no fenômeno social da interdependência cujas manifestações são tão diversas quanto conhecidas) e jurídica. Sob esse último ponto de vista, a consideração da eficácia de um contrato na esfera jurídica de terceiros, ou em outros contratos, está na continuidade e na interferência entre esferas de interesse, que se congregam, em múltiplas esferas na vida de relações contratuais, por forma a impor aos gestores das “esferas contíguas” limites internos que, na convivência ordenada e civil, descendem da socialidade. (MARTINS-COSTA, 2005).

Martins-Costa (2005, 41-66) exemplifica a dimensão transubjetiva com as “redes contratuais”, as mais diversas formas de “parcerias” e as

<sup>14</sup> Desenvolvendo esse conceito “autonomia privada solidária”, de Martins-Costa, propõe-se introduzir a livre concorrência enquanto princípio da ordem econômica da República do Brasil (art. 170, inc. IV, da Constituição Federal). O novo conceito passa a ser “livre concorrência solidária”.

“associações estratégicas”. E é justamente essa dimensão transubjetiva da função social do contrato, para formas contratuais de rede, que interessa aqui.

Diante disso, questiona-se: qual sentido distingue a função social do contrato como expressão da socialidade no direito privado, inauguradora da “autonomia privada solidária”, ou melhor, da “livre concorrência solidária”, especificamente para as relações contratuais de dimensão transubjetiva, como as organizações em formato de redes empresariais?

### 5.4.3 Dimensão transubjetiva dos negócios organizados em formato de rede

Este Curso tenta desvendar a recente modificação estrutural dos negócios jurídicos: de relações concorrenciais, instantâneas, bilaterais, e de interesses contrapostos, para relações cooperadas e coordenadas, de longo prazo, multilaterais e de interesses comuns.

Martins-Costa (2005, p. 41-66) aponta que desde as primeiras codificações, contratos são negócios jurídicos entre duas partes que firmam um compra e venda ou uma prestação de serviço. Não é sem razão que os Códigos Civis pátrios de 1916 e de 2012 indicam como obrigações apenas o dar (compra e venda) e o (não) fazer (prestação de serviços).

Sob essa realidade fática, de negócios bilaterais e instantâneos, Weber (1991, p. 419) caracterizava o mercado pela pluralidade de interessados que “competem” por oportunidades de troca. O sociólogo, inclusive, apontava como fenômeno específico do mercado o “regateio”, ou seja, o ato de negociar o preço de uma mercadoria em que estão envolvidos o comprador e o vendedor.

Como resultado de duas formas de interação contratual, a troca e a competição, estabelece-se uma ideia fundamental em relação ao mercado: de que se trata de um ambiente de luta, de poder, introduzindo-se, conseqüentemente, uma dimensão política em um fenômeno econômico. No mercado, interesses opostos apresentam-se em conflito, e a troca efetivada

representa uma situação de (des)equilíbrio. Esse é o sentido dos contratos para o capitalismo industrial.

Weber (1991) entendia que, na relação entre mercado e direito, este tem um papel regulador menos importante do que as convenções: o direito é respeitado essencialmente em função de uma convenção social que reprovava a desobediência civil. Nega-se a influência das normas sociais, definindo o mercado "livre" como um mercado "não comprometido por normas éticas", salvo o respeito à palavra dada (*pacta sunt servanda*, regras ou cláusulas contratuais), sem o qual as transações seriam impossíveis. O direito, nesse sentido, tem a função de fazer respeitar os direitos individuais de cada contratante, assegurando confiança ao mercado na medida em que garante respeito aos contratos e proteção à propriedade.

Poder-se-ia dizer, portanto, com base em Weber (1991), que o direito tem a função de garantir o respeito às convenções de troca (contratos) e, assim, garantir seu papel socializador. Mas será que esse entendimento se sustenta ante o artigo 421 do Código Civil? Seria possível afirmar que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites do papel socializador da troca?"

Ocorre que na dimensão transubjetiva das redes empresariais existem relações comerciais coletivas de cooperação e coordenação interempresarial. No caso em análise, trata-se da coleção de relações contratuais entre franqueador e franqueados, instrumentalizada por circulares de oferta de franquia, contratos-padrão, contratos definitivos, manuais e outros variados documentos que refletem a própria burocracia organizacional da rede.

Segundo Weber (1991), que estava fazendo uma leitura do ambiente econômico de sua época, as convenções institucionalizam o equilíbrio entre interesses opostos. Contudo, na dimensão transubjetiva das relações comerciais das redes empresariais, os interesses não são opostos; são interesses conformes, coletivos, comuns, cujas operações que representam

suas existências se caracterizam por um nível elevado de cooperação e coordenação.<sup>15</sup>

#### **5.4.4 A função social dos contratos que organizam negócios organizados em formato de rede. Dimensão transubjetiva constitucionalizada**

Comete ilícito contratual quem exerce um direito, decorrente de um contrato, excedendo os limites impostos pelo seu fim econômico. Essa é uma possível interpretação do artigo 187 do Código Civil (BRASIL, 2002), contextualizando-o no âmbito contratual, o que confirma a evidência de que os contratos possuem naturalmente fins econômicos.

Com base na materialidade dos contratos formatados em rede, cujos fins econômicos são coletivos, e são alcançados em face de relações cooperativas e coordenadas, é possível afirmar que a questão do equilíbrio econômico na organização interempresarial das redes possui relevância excepcional.

No caso em análise, o franqueador, ao aumentar o preço dos veículos locados aos franqueados sem se preocupar com a (in)eficiência econômica destes para com seus clientes (sublocadores dos veículos), cometeu ato ilícito, segundo o artigo 187 do Código Civil (BRASIL, 2002), por exceder os limites impostos pelo fim social do contrato de franquia.

Que limites seriam esses? No caso analisado, o limite consiste na solidariedade econômica, uma vez que todos, franqueador e franqueados, devem ganhar (lucrar) e perder (ter prejuízo) de maneira orgânica (em sentido organizacional).

Se as redes são entes coletivos, conforme doutrina citada alhures, seus interesses são coletivos, e não individuais. E é em razão dos interesses coletivos, da dimensão transubjetiva das organizações interempresariais em

<sup>15</sup> Conferir capítulo quarto da obra de Weber (1991).

formato de rede, que as relações comerciais são de cooperação, e não de competição.

Macedo Junior (1998, p. 205), embasado nos neo-institucionalistas, entende que a socialidade no seio das coletividades, a exemplo das redes, significa divisão de ônus e benefícios.

Aproximar os argumentos dos teóricos dos sistemas autopoieticos com os dos neo-institucionalistas, pode-se afirmar que as organizações interempresariais em formato de redes empresariais são, em termos sociológicos, subsistemas econômicos autopoieticos (LUHMANN, 2017; MAGALHÃES; SANCHEZ, 2009, p. 3-26; TEUBNER, 2011), e são, em termos econômico-organizacionais, estruturas híbridas de governança que visam minimizar os custos de produção e transação.<sup>16</sup>

Redes empresariais são, assim, relações coletivas contínuas e recursivas de cooperação coordenada, cuja função social reside na solidarização da autonomia privada ou livre concorrência, a partir da responsabilização do “risco do negócio”.

No caso em análise, a política de preços imposta pelo franqueadora desestabilizou os franqueados aumentando consideravelmente o risco do empreendimento para os mesmos, sendo que todos estão unidos por interesses comuns, e todos operam de forma coordenada em uma estrutura interempresarial comercial de cooperação. O contrato, que deveria minimizar os riscos dos empresários dentro da rede, fez o contrário, uma disfunção social.

## 5.5 CONTRATUALIZAÇÃO DA VIDA E CONTRATOS EM REDE

O ideal de uma sociedade capaz de regular a si mesma expressa-se, enfim, no grande desenvolvimento contemporâneo da negociação coletiva e, de modo mais geral, na contratualização das relações sociais. (SUPLOT, 2007, p. 157).

<sup>16</sup> Escola da Nova Economia Institucional.

A rede, para o sistema jurídico (marcado por uma imagem potestativa e autoritária), substitui a normatividade baseada na hierarquia piramidal das normas por um novo sentido, no qual as regras não estão escalonadas, mas situadas no mesmo plano e conectadas; além disso, sua legitimação advém não somente do poder político, mas também do mercado (GROSSI, 2010, p. 83-84). A normatividade em rede correlaciona-se com a contratação em rede, na medida em que esta consiste na manifestação de uma nova normatividade no plano jurídico, até mesmo porque o direito é repensado em sua dogmática contratual para acompanhar as novas complexidades que a contratualização em rede traz consigo.

No caso em que os contratos regem as relações privadas, ou seja, aonde o direito não chega, a primazia deve ser o elemento da boa-fé. Essa manifestação desvela o que hoje se aponta como regulação jurídica. A regulação surge como expressão da complexidade globalizacional, em que a velocidade supera a capacidade da regulamentação jurídica de alcançar as expressões sociais: “Regulamentar é ditar regras do exterior, ao passo que regular é fazer que se observem as regras necessárias ao funcionamento homeostático de uma organização.” (SUPIOT, 2007, p. 159).

[...] a velha imagem da pirâmide, que representava o velho sistema normativo, vem sendo substituída por uma imagem que não evoca necessariamente uma desagradável escansão hierárquica. E os sociólogos do direito – mas também os juristas mais à vanguarda nas novas trincheiras – falam de rede, em um sentido bem diferente de como a invocamos para concretizar a ideia de filtro entre fatos e direito, no sentido de substituir a imagem piramidal potestativa autoritária pela de um sistema de regras não postas uma sobre a outra, mas no mesmo plano, ligadas uma com a outra, por uma relação de recíproca conexão. *Regras que não encontrarão sua legitimação em uma única fonte suprema identificada em quem detenha o poder supremo político, mas, na maioria das vezes, em um modo espontâneo daquela realidade variada e móvel que é o mercado.* (GROSSI, 2010, p. 83-84, grifo nosso).

Nesse contexto, forças privadas passam a produzir direitos, um direito de práxis, que vem da experiência. Isso não significa um apoio/retorno ao “Estado mínimo”, mas o estabelecimento de uma nova forma comunicacional entre mercado e Estado, cujos reflexos sociais (negativos e positivos) dependerão de como se desenvolverá essa comunicação.<sup>17</sup> Surgem, assim, à margem dos direitos nacionais e do direito internacional, normas próprias para ensejar um impulso ao livre-comércio, proliferando os modos de regulação privada e conformando uma *lex mercatória* (ARNAUD, 2007, p. 30-32).

Fala-se, cada vez mais, de novos atores em um contexto de globalização. Antes, somente o Estado exercia a função de produção de normatividade; hoje, porém, o Estado tornou-se um ator ao lado dos outros, não previstos na Constituição e não acostumados com um papel público, como as organizações não governamentais e as transacionais. Anteriormente, esses atores exerciam sua legitimidade por meio da representação política presente na estrutura de Estado. Mas na atualidade, de que forma esses novos atores buscam sua legitimidade? A resposta é simples: legitimar sua reivindicação de participação é pôr em questão/execução o contrato social como foi imaginado pela Constituição (ARNAUD, 2007. p. 44-48).

A força jurídica da “fuga do direito” centra-se na boa-fé dos contratantes. Uma ética de colaboração em rede<sup>18</sup> é, assim, o mote construtor

<sup>17</sup> É preciso lembrando, nesse sentido, a importante ideia de Supiot de enxergar o direito como “ferramenta de humanização das técnicas.” (SUPIOT, 2007, p. 160 e ss.).

<sup>18</sup> *“Molte altre questioni meritano di essere affrontate dal punto di vista di un’etica di collaborazione necessaria tra gli operatori della rete. Per esempio, dovrebbe essere affrontata in quest’ottica la questione del consumo eccessivo del sistema giudiziario che è causa di ritardi nella giustizia<sup>49</sup>. Se le parti non fossero alla ricerca, a volte oltre ogni limite ragionevole, di far valere i propri diritti prima di far valere il diritto, se gli avvocati non abusassero, almeno in alcuni casi, degli espedienti processuali che la legge mette a disposizione delle parti, se i legislatori non fossero tentati dall’approvare norme criptiche investendo così i giudici del ruolo di arbitri, se i giudici tentassero più sistematicamente di risolvere i conflitti con la mediazione se tutte queste condizioni venissero soddisfatte, la giustizia avrebbe certamente la possibilità di affrontare meglio e più tempestivamente le pratiche che le sono sottoposte.”* (OST, 2013, p. 720).

desse sistema contratual em rede: a boa-fé determina a existência dos contratos no plano jurídico.

A função do Estado na economia, na atualidade, manifesta-se da seguinte forma: conceder um privilégio à contratualização em face do enquadramento pela via regulamentar, discutindo com as empresas e se esforçando em obter a sua colaboração, que não é jamais adquirida antecipadamente. Esse movimento de contratualização desborda largamente o domínio econômico para se estender aos diferentes campos de intervenção pública.<sup>19</sup>

Assim, exasperam-se as possibilidades de pactos entre particular e Estado, do mesmo modo como os pactos privados ganham uma normatividade diferente da que existia até então, diretamente ligada aos princípios da confiança e cooperação, que legitimam e introduzem os pactos no mundo jurídico pelo juízo da validade.<sup>20</sup> Igualmente, os pactos que não respeitam as premissas básicas de cooperação e confiança devem ser

<sup>19</sup> Há uma gama de possibilidades de a contratualização (pacto particular-Estado) impactar a sociedade de forma mais efetiva do que a lei: “[...] um lugar crescente é, desse modo, reservado ao consentimento no processo penal, através da renúncia do acusado a determinadas garantias procedimentais e a concordância dada a medidas alternativas. Na França, a lei de 9 de março de 2004, trazendo adaptação da Justiça às evoluções da criminalidade, deu a esse movimento, já ilustrado pela introdução da mediação penal (e a composição penal 0999), uma nova amplitude, pela criação de um procedimento de ‘comparecimento para reconhecimento preliminar de culpabilidade’, permitindo ao procurador propor diretamente uma pena a uma pessoa que tenha reconhecido os fatos que lhe são reprovados, o acordo devendo ser em seguida homologado pelo juiz: um passo importante, preconizado desde 1982 pelo Conselho da Europa, foi assim efetuado em direção ao modelo anglo-saxão de ‘justiça negociada’ – 90% dos casos penais sendo resolvidos nos Estados Unidos segundo o método dito do *plea-bargaining*. Ao reverso da concepção tradicional de um processo penal exprimindo o integral poderio do Estado, vê-se desse modo desenvolver-se um ‘consensualismo penal’, concernente tanto ao procedimento escolhido como a pena aceita. No domínio fiscal, igualmente, progride-se na via de uma fiscalidade concertada, mesmo coproduzida, notadamente através do reforço dos direitos do contribuinte.” (CHEVALLIER, 2009, p. 161-162).

<sup>20</sup> “*Social psychologists, labor negotiators, organizational development specialists, and anthropologists, however, focused on a broader catalog of human behavior, suggesting, at the very least, that there was a greater variety of human approaches to negotiated problems, differentiating integrative possibilities (substantive ‘trades’ of differentially valued items) with use of different human interactional processes (cooperation, collaboration, and adaptation).*” (ENKEL-MEADOW, 2004, p. 16-17).

extirpados do mundo jurídico – seja em uma relação entre particulares, seja em uma relação entre particular e Estado-particular.

## 6 CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida no presente artigo objetivou apontar os equívocos do tratamento jurídico dado aos contratos empresariais em rede, na medida em que estes ainda são vistos como contratos bipolares, instantâneos, competitivos (de interesses contrapostos), desconsiderando essa nova expressão de contratualização, cujo alcance é cada vez mais visualizado no cotidiano da sociedade (contratualização da vida). Ao reconhecer a importância de elementos como confiança e boa-fé para reger os contratos em rede, discutiu-se também sobre a possibilidade de os contratos em rede caracterizarem uma nova forma de normatividade, devido à impossibilidade latente de o Estado, em uma estrutura piramidal, lidar com as complexidades que advêm do mercado e dos contornos da globalização.

A conclusão originada das considerações apresentadas neste artigo é de que a contratação em rede da “nova economia”, ou seja, os “novos contratos comerciais”, necessitam de uma dogmática jurídica muito mais complexa que a vigente, cuja materialidade envolva a integração entre conhecimentos não jurídicos e jurídicos, possibilitando, assim, o conhecimento integral do fenômeno em seus aspectos sociais e econômicos. Diante disso, é possível afirmar que a utilização dos contratos clássicos se afasta da utilização dos contratos em redes, uma vez que estes exigem um novo tratamento jurídico e constituem um instrumento pelo qual os atores públicos procuram atingir os seus objetivos em uma sociedade global, não mais adstrita à normatividade inerente ao Estado.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, José Antônio Valle; BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE, Jorge Renato (org.). *Práticas de gestão de redes de cooperação*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010.

ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-Globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos e negócio fiduciário*. Belém: Cejup, 1988.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo código civil brasileiro: tramitação, função social do contrato, boa-fé objetiva, teoria da imprevisão e em especial onerosidade excessiva. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 4, n. 6, p. 9-22, 2004.

BAKKEN, Tore; HERNES, Tor; WIJK, Eric. *An autopoietic understanding of "innovative organization"*. Emerald: Bingley, 2009.

BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE, Jorge Renato; REYES JUNIOR, Edgar. O campo de estudo sobre redes de cooperação interorganizacional no Brasil. *Revista de Administração Contemporânea*, Curitiba, v. 14, n. 3, p. 458-477, 2010.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato: contributo para a construção de uma nova teoria*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm). Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, Presidência da República, 3 jun. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 dez. 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8955.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm). Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASS, Daniel J. *et al.* Taking stock of networks and organizations: a multilevel perspective. *Academy of Management Journal*, [s. l.], v. 47, n. 6, p. 795-817, 2004.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. São Paulo: Atlas, 1979.

CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh. Discovering the implicit dimensions of contracts. In: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John (org.). *Implicit dimensions of contract: discrete, relational, and network contracts*. Oxford: Hart Publishing, 2003.

CATALAN, Marcos Jorge. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2001.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Porto Alegre: Emma, 1964.

CUNHA, Julio Araujo Carneiro da; PASSADOR, João Luiz; PASSADOR, Cláudia Souza. Recomendações e apontamentos para categorizações em pesquisas sobre redes interorganizacionais. *Cadernos EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 505-529, 2011.

DAIBERT, Jefferson. *Das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DELGADO, José Augusto. *Hipossuficiência de uma das partes na relação de consumo com pessoas jurídicas*. Brasília, DF: STF, 2004. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/435/Hipossufici% c3%aancia\\_de\\_uma\\_das\\_Part es\\_na%20\\_Rela% c3%a7% c3%a3o.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/435/Hipossufici%c3%aancia_de_uma_das_Part es_na%20_Rela%c3%a7%c3%a3o.pdf). Acesso em: 15 jun. 2019.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1.

ENKEL-MEADOW, Carrie. From legal disputes to conflict resolution and human problem solving: legal dispute resolution in a multidisciplinary context. *Journal of Legal Education*, [s. l.], v. 54, p. 7-29, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos*. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 4.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Acordos de cooperação entre empresas e o efeito rede. *Verba Juris*, João Pessoa, v. 6, n. 2, p. 195-228, 2003.

FIANI, Ronaldo. *Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico*. São Paulo: Elsevier, 2011.

FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito civil: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: DelRey. 2007.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *La globalización del derecho contractual*. São Paulo: Clássica, 2012.



GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GROSSI, Paolo. *O direito entre poder e ordenamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JARILLO, José Carlos. *Strategic networks: creating the borderless organization*. Oxford: Butterworth-Heinemann, 1993.

KIRZNER, Israel M. *Competition and entrepreneurship*. Chicago: University of Chicago Press, 2015.

LOCKE, Richard M. Construindo confiança. *Econômica*, Niterói, v. 3, n. 2, p. 253-281, 2001.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MAGALHÃES, Rodrigo; SANCHEZ, Ron. Autopoiesis theory and organization: an overview. In: MAGALHÃES, Rodrigo; SANCHEZ, Ron (org.). *Autopoiesis in organization theory and practice*. Bingley: Emerald Group Publishing, 2009. p. 3-26.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41-66, 2005.

OST, François. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? *Rassegna Forense*, Roma, n. 3-4, p. 701-727, 2013.

PERUCIA, Alexandre; BORTOLASO, Ingridi; ORSOLIN, Gustavo. Estratégia. In: ANTUNES, José Antônio Valle; BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE, Jorge Renato (org.). *Práticas de gestão de redes de cooperação*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010. p. 41-52.

PROVAN, Keith G.; KENIS, Patrick. Modes of network governance: structure, management, and effectiveness. *Journal of Public Administration Research and Theory*, [s. l.], v. 18, n. 2, p. 229-252, 2008.

RAUD-MATTEDI, Cécile. A construção social do mercado em Durkheim e Weber: análise do papel das instituições na sociologia econômica clássica. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 20, n. 57, p. 127-142, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Almedina: Coimbra, 2009.

STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TEUBNER, Gunther. *Networks as connected contracts*: edited with an introduction by Hugh Collins. Oxford: Bloomsbury Publishing, 2011.

TEUBNER, Gunther. "Unitas Multiplex": a organização do grupo de empresas como exemplo. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 77-110, 2005.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília, DF: Ed. UnB, 1991.



# O CASO RIGGS VS. PALMER COMO UM "MODELO" ADEQUADO PARA DECIDIR SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PANORAMA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL<sup>1</sup>

Wilson Engelmann<sup>2</sup>

Raquel von Hohendorff<sup>3</sup>

Paulo Junior Trindade dos Santos<sup>4</sup>

**Resumo:** Este artigo tem como tema a análise do caso Riggs vs. Palmer, famoso por mudar o entendimento das leis sucessórias norte-americanas e que proporcionou o estudo sobre o papel dos princípios no Direito em Ronald Dworkin. Por meio da avaliação do caso concreto busca-se demonstrar as possibilidades e contribuições do "modelo decisório" norte-americano para o sistema jurídico brasileiro, especialmente no relativo ao "direito fundamental a uma decisão judicial estruturada", constitucionalmente garantido, e não uma decisão que dependa da vontade do magistrado. O método utilizado é o fenomenológico hermenêutico a partir de Hans-Georg Gadamer, em que o pesquisador está relacionado ao objeto de estudo. Objetiva-se apresentar características do caso Riggs vs. Palmer, estudar o papel dos princípios na construção do movimento de constitucionalização

<sup>1</sup> Resultado parcial dos projetos de pesquisa desenvolvidos pelos autores, que são intitulados: (a) "As transformações jurídicas das relações privadas: a construção de marcos regulatórios e a revisão de categorias tradicionais do Direito como condição de possibilidade para atender aos desafios das mutações jurídicas contemporâneas geradas pelas novas tecnologias" (Unisinos); (b) "Observatório dos Impactos Jurídicos das Nanotecnologias: em busca de elementos essenciais para o desenvolvimento do diálogo entre as Fontes do Direito a partir de indicadores de regulação às pesquisas e produção industrial com base na nano escala", Edital Universal CNPq 14/2014.

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professor e Pesquisador no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos; wengelmann@unisinos.br

<sup>3</sup> Mestra e Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professora na Universidade do Vale do Rio dos Sinos; vetraq@gmail.com

<sup>4</sup> Professor e pesquisador no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

do Direito e do Direito Privado em especial e seus limites, bem como avaliar o papel da dignidade da pessoa humana na estruturação do diálogo entre as fontes do Direito, como um caminho para reposicionar a Constituição para o centro do sistema jurídico, (re)valorizando-se as possibilidades jurídicas do conjunto das fontes do Direito para dar respostas adequadas às características do caso concreto. Ao final, constatam-se evidências de que a constitucionalização do Direito Privado não é a solução para todos os casos, que o Código Civil e outros textos do Direito Privado ainda deverão ser valorizados, e que a aplicação da dignidade da pessoa humana, apesar da sua centralidade na CF de 1988, é a fundamentação para decisões de situações da vida muito diversificadas, aproximando-se da banalização de seu emprego.

Palavras-chave: Caso concreto. Decisão. Princípios. Constituição. Dignidade da pessoa humana.

## 1 INTRODUÇÃO

O caso concreto que sustenta este artigo tem origem no Direito Americano. Por isso, inicialmente se deverá deixar assentada a conhecida diferença entre o Sistema Jurídico da *Civil Law* e o Sistema Jurídico da *Common Law*. Não se deve esquecer das diferenças, especialmente aquelas vinculadas à tradição do sistema americano, aspectos sociais e o cuidado nas condições para a formação dos precedentes. Apesar disso, atualmente, existem cada vez mais elementos comuns entre os dois sistemas.

É justamente na construção das diferenças intersistêmicas que se pretende situar este trabalho, buscando evidenciar possibilidades e contribuições do “modelo decisório” norte-americano para o sistema jurídico brasileiro, notadamente na aplicação judicial dos direitos fundamentais, com destaque para o “direito fundamental a uma decisão judicial estruturada” a partir dos comandos constitucionais. Vale dizer, o magistrado, independente do grau de jurisdição, deverá observar o horizonte hermenêutico de sentido já produzido pelas fontes de Direito

sobre a matéria, vedando-se uma fundamentação que somente dependa da “vontade do magistrado”. Metodologicamente, este artigo é sustentado na fenomenologia hermenêutica gerada a partir de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. Ressalta-se que não se fará uma análise externa, como se o sujeito e o objeto estivessem cindidos. Pelo contrário, o sujeito (o pesquisador) está diretamente implicado, pois relacionado com o objeto de estudo, o qual interage com ele e sofre as consequências dos seus resultados (suas descobertas e potencialidades). Assim, não se trata de uma investigação alheia ao pesquisador; ele está no mundo onde a pesquisa será desenvolvida. Aí o significado do fenômeno. Já essa constatação fenomênica receberá a atribuição de sentido, a partir do círculo hermenêutico.

Gadamer (2002, p. 64) questionou a visão de que o método poderia, de forma exclusiva, garantir a validade universal e a verdade, e também questionou se, realmente, o método teria lugar nas Ciências do Espírito. As Ciências do Espírito não podem ser pensadas do mesmo modo que as Ciências da Natureza. Há algo que “não pode ser medido pela verificabilidade de um enunciado” (GADAMER, 2002, p. 64), pois “todo enunciado tem pressupostos que ele não enuncia”, uma motivação, um horizonte de sentido que nasce na situação da pergunta (GADAMER, 2002, p. 67). Assim, métodos seguros não têm força para afastar preconceitos em busca da objetividade nas ciências do espírito, essa é uma ilusão. No movimento do círculo hermenêutico, em que a pré-compreensão antecede a compreensão/interpretação/aplicação que dará sentido aos resultados da pesquisa na qual o investigador estará diretamente implicado. Portanto, isso somente será possível a partir da experiência do pesquisador, mediante sua pré-compreensão de mundo, da vida e dos resultados que a pesquisa poderá produzir na sociedade.

A construção do artigo se valeu das seguintes fontes: pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. O problema que orientou a pesquisa pode ser definido da seguinte maneira: sob quais condições o caso Riggs vs. Palmer poderá orientar a construção de modelo jurídico para

se conservar a fundamentalidade constitucional da dignidade da pessoa humana, no panorama da chamada constitucionalização do Direito Privado?

A partir desse problema, desenha-se a hipótese da investigação: a constitucionalização do Direito Privado deverá ser examinada com cautela, sob pena de destruir as bases e os institutos próprios do Direito Privado, em nome de uma constitucionalização sem limites e critérios, colocando em risco as características jurídicas que distinguem o Direito Público do Direito Privado. A dignidade da pessoa humana não poderá ser usada como um escudo que seja capaz de assegurar a proteção de toda e qualquer demanda oriunda da sociedade. Para tanto, as decisões judiciais no Brasil deverão ser fundamentadas adequadamente, em atenção a esse direito fundamental inserido na Constituição do Brasil, observando o horizonte hermenêutico já construído para o tema a ser decidido, na tentativa de continuar a linha decisória trazida pela tradição. Aí o ponto fulcral que se pode aprender das decisões proferidas no Sistema Jurídico da *Common Law*.

São objetivos neste artigo: conhecer algumas características do caso *Riggs vs. Palmer*, que desencadeou o estudo sobre o papel dos princípios no Direito na obra de Ronald Dworkin; estudar o papel dos princípios na construção do movimento de constitucionalização do Direito e do Direito Privado em especial e seus limites; e avaliar o papel da dignidade da pessoa humana na estruturação do diálogo entre as fontes do Direito, como um caminho para reposicionar a Constituição para o centro do sistema jurídico, (re)valorizando-se as possibilidades jurídicas do conjunto das fontes do Direito para dar respostas adequadas às características do caso concreto.

## 2 ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DO CASO RIGGS VS. PALMER: DESVELANDO O PAPEL DOS PRINCÍPIOS NA CONSTRUÇÃO DO CONTEÚDO DO DIREITO

O caso norte-americano Riggs vs. Palmer, de 1889, gerou transformações no Direito sucessório americano. Por isso, ele é alçado como um paradigma para o Direito brasileiro e o movimento de sua constitucionalização, ainda não integralmente compreendido pelos atores jurídicos nacionais (CASO RIGSS vs. PALMER, 2016; ENGELMANN, 2001, p. 141-143). Tal situação foi o que chegou na *Court of Appeals* de Nova Iorque em meados de 1889; Riggs vs. Palmer 115 N.Y. 506 (1889), caso que viria a iniciar uma transformação histórica nas leis sucessórias nos Estados Unidos. Até aquele momento, as cortes americanas nunca haviam registrado casos desse tipo (CASO RIGSS vs. PALMER, 2016), exceto o caso similar de Owens vs. Owens (2016), recebido em torno de um ano antes pela Suprema Corte da Carolina do Norte.

Existe, porém, uma controvérsia acerca da afirmação de que outros casos desse caráter não houvessem sido registrados pelas cortes, pois em meio à guerra civil e outros acontecimentos sociais na época, a herança fazia parte da cultura e representava uma potencial mudança de status econômico para muitos descendentes. Entende-se que o Direito Sucessório nos Estados Unidos varia de um Estado para outro e que vem sendo moldado ao longo dos séculos.<sup>5</sup> O surgimento de crimes dessa natureza, concomitantemente com o nascimento de apólices de seguro de vida, levaram as cortes americanas, em certas ocasiões, a uma (re)consideração do comportamento do(s) beneficiário(s), reavaliando o propósito e a função dos testamentos e a própria manifestação de vontade por eles grifados.

<sup>5</sup> Acerca do histórico das leis sucessórias nos Estados Unidos, ver Libray ff Congress (2016).

Em *Riggs vs. Palmer*, a autora do litígio foi uma das filhas de Francis Palmer, *Mrs. Riggs*. O caso foi apelado pelo réu Elmer Palmer, neto do falecido Francis Palmer, e também seu assassino, que veio em segunda instância pleitear a decisão da Corte Superior que lhe negara o recebimento da herança, vontade que seu avô havia deixado registrado em testamento.

Os fatos decorrem do assassinato de Francis Palmer, que fora envenenado por seu neto Elmer Palmer, o beneficiário de uma pequena fortuna acumulada por seu avô. Elmer, que vivia com seu avô na época de seu assassinato e sabia da existência do testamento, veio a envenenar-lhe logo após o novo casamento de seu avô Francis, que era viúvo, porém adentrava em um pacto antenupcial com sua nova esposa; tal mudança traria a Elmer a perda dos bens de seu avô perante o seu falecimento.

O juiz Robert Earl (BENIGNO, 2016) escreveu em sua decisão que diante da reivindicação da propriedade por Elmer, à Corte apenas restaria perguntar-se: terá Elmer, nessas circunstâncias, o direito de receber a herança?

A análise da Corte fundamenta que para tal acontecimento existe uma lógica a ser considerada. De fato, é verdade que o propósito dos estatutos que regulam a confecção, a prova e os efeitos dos testamentos é garantir que tais vontades não sejam objeto de fraude e que consigam produzir efeitos legais aos últimos desejos expressos do testador, e que, assim, não podem ser alterados ou violados.<sup>6</sup>

Foi intenção do legislador expressar que os beneficiários recebessem a herança a eles legalmente designada. Mas a intenção do legislador jamais poderia ter sido em favor da entrega dos bens ao beneficiário que matara o seu doador. E se tivessem previsto tal possibilidade, teriam providenciado regular esse plano. A Corte entende que quem escreve as leis nem sempre consegue

<sup>6</sup> As normas relativas aos testamentos indicam as formalidades que devem ser respeitadas para a sua validade. No entanto, a lei de sucessão de Nova York, que deveria ser aplicada ao caso, nada estipulava quanto à possibilidade de o testamento ser cumprido ou não se uma pessoa mencionada nele houvesse assassinado o testador. O advogado de Elmer, alegando a lacuna na lei, defendia que o cliente deveria ter o seu legado (ENGELMANN, 2001, p. 141).

expressar-se perfeitamente, ou mesmo prever todos os cenários que nunca tenham ocorrido de fato; às vezes podem se exceder no texto ou, ainda, não ter suficiente provisão. Portanto, os juízes devem desenvolver métodos para avaliar essas situações não previstas por provável e racional conjuntura, a chamada interpretação racional. A Corte percebe que para se obter uma justa e adequada decisão, é necessário colocar-se no lugar do legislador e perguntar-se se na criação da lei havia refletido e compreendido tal caso.

Além disso, todas as leis, bem como os contratos, devem ser controlados em suas operações e efeitos pelo geral e fundamento máximo do Sistema Jurídico da *Common Law*, ou seja, à *pessoa nenhuma deve ser permitido lucrar por fraude própria*, ou se aproveitar por erros, ou ainda reivindicar qualquer bem diante da sua própria iniquidade e adquirir propriedade por seu próprio crime. *Esse fundamento está ditado nas políticas públicas e tem sua base nas leis universais administradas em todos os países civilizados, assim, sobressaindo-se mesmo sobre regras legisladas*. Foram aplicados na decisão do caso *New York Mutual Life Insurance Company vs. Armstrong (117 U. S. 591)* (LAW RESOURCE, 2016). Nesse caso, decidiu-se que uma pessoa não pode receber a apólice a ela designada se ela mesma cometeu o crime, sendo essa uma forma de fraudar seus direitos a fim de assegurar tal pagamento. *É um horizonte da tradição que é percebido e avaliado pelo julgador no momento em que um caso concreto é decidido*.

É pelas razões citadas que o Juiz Earl entendeu que Elmer não deveria receber a propriedade de herança, pois o testador poderia ainda estar vivo ou mesmo o beneficiário poderia ter falecido antes do doador. Logo, seu ato forjou a aparição de um direito que talvez não viesse a ser consumado. Na opinião de Earl, essa decisão não impõe uma punição mais grave ao que já lhe foi dado penalmente para o crime de homicídio: *simplesmente sustenta que ele não deve se beneficiar de sua torpeza*.

Sobre o voto do Juiz Earl, Engelmann (2001, p. 143, grifo nosso) destaca:

O juiz Earl, usando o argumento de que era necessário considerar as intenções do legislador como de especificar a verdadeira lei, votou em sentido diferente. Isto significa dizer que é necessário pensar um pouco mais além das meras palavras utilizadas pelo legislador. Além destes aspectos, o juiz entendia que deveria ser mensurado o contexto histórico no momento de ser interpretada a lei. Além disso, defendia, igualmente, que fossem levados em conta os chamados princípios gerais do direito. Isto representava considerar os princípios de justiça pressupostos em outras partes do direito. Dentro desta linha de ideias, o juiz defendia que “o direito respeita o princípio de que ninguém deve beneficiar-se de seu próprio erro”. Desta maneira, a lei sucessória deveria ser interpretada no sentido de negar a herança para aquele que tivesse cometido um homicídio para facilitar o seu recebimento. Este voto foi seguido por outros juizes, fazendo com que Elmer não recebesse a sua parte que havia sido destinada no testamento.

Apesar de a decisão da Corte ter sido de manter o já decidido pela corte inferior, o voto do Juiz Gray,<sup>7</sup> se opôs à decisão majoritária, fundamentando que se o legislador não havia mencionado esse tipo de situação nas leis era porque entendia que tal situação não deveria atrapalhar a função do testamento. Assim, mesmo se o testador mudasse de ideia se soubesse que o beneficiário o mataria pela herança, esta não era a questão em jogo. Ainda, sobre o voto do Juiz Gray, pode-se dizer que ele “defendeu a ideia da chamada *teoria da interpretação literal*, em que os termos da lei devem ser examinados de modo a afastar qualquer informação especial sobre o contexto de seu uso ou as intenções de seu autor.”<sup>8</sup>

Sobre o referido voto do Juiz Gray, importante mencionar a análise desenvolvida por Engelmann (2001, p. 145-146):

<sup>7</sup> “O voto do juiz Gray, no caso *Riggs vs. Palmer*, retrata a concepção fundada a partir de Thomas Hobbes. Esta manifestação judicial busca, ao subliminar a concepção monista das fontes do direito, o apego exclusivo ao texto legal, e mais do que isto, valoriza apenas o contexto das palavras escritas num pedaço de papel que receberam a chancela do poder Legislativo.” (ENGELMANN, 2001, p. 145).

<sup>8</sup> “Observando-se a lei sucessória sob este ângulo, deveria ser concluído que ela não continha exceções para os assassinos. Assim, Elmer deveria receber a sua parte no patrimônio.” (ENGELMANN, 2001, p. 142).

Além do mais, dentro desta linha de análise, o juiz nada mais é do que uma espécie de intérprete delegado da vontade que ditou a norma. Esta, por sua vez, exige uma adesão formal e externa à sua vontade, ou seja, afasta qualquer consideração sobre a conduta efetiva do homem. A proposta de Hans Kelsen, que é aceita em grande parte por Norberto Bobbio, procura conectar, numa perspectiva estritamente formalista, o texto da regra aos contornos da situação concreta. O voto do juiz Gray retrata esta peculiaridade ao entender que, como a lei não continha nenhuma exceção expressa sobre o caso de assassinos, deveria ser aplicada de acordo com a sua redação. Vale dizer que o que está formulado deve ser obedecido, de acordo com os critérios fornecidos pelo modelo subsuntivo (lei x fato concreto = decisão judicial). A justiça neste voto nada mais é do que a adequação da conduta ao enunciado do texto legal. Destarte, nasce uma concepção estritamente convencional da justiça, pois esta será implementada a partir do momento em que o Poder Judiciário aplica os contornos da lei, desconsiderando qualquer contribuição axiológica. O voto do juiz Gray, no caso Riggs vs. Palmer, retrata a concepção fundada a partir de Thomas Hobbes. Esta manifestação judicial busca, ao subliminar a concepção monista das fontes do direito, o apego exclusivo ao texto legal, e mais do que isto, valoriza apenas o contexto das palavras escritas num pedaço de papel que receberam a chancela do poder Legislativo.

É desse caso que Dworkin (2010, p. 36, grifo nosso) se utiliza para a análise dos princípios, mencionando:

Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, geralmente a melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (embora alguns objetivos sejam negativos, no sentido de que eles estipulam que algum aspecto presente deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não porque irá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes devem ser reduzidos é uma política

e o padrão *segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio.*

Conforme Dworkin (2010, p. 36), o tribunal iniciou com a seguinte admissão:

é bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, devem ser interpretadas literalmente e se sua eficácia e efeito não podem, de modo algum, e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados.

Segundo o autor, o tribunal partiu do pressuposto de que todas as leis e contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro (DWORKIN, 2010, p. 36). Vislumbra-se o desenho de um efetivo princípio estruturante dos Direitos Fundamentais, que substancializam a construção do Direito a partir da atividade jurisdicional. Examinando o caso a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica, pode-se identificar alguns aspectos, como segue:

[...] interpretada a regra a partir da suficiência ôntica, o assassino teria direito à herança. Aliás, parte do Tribunal posicionou-se favorável a essa leitura. Entretanto, ficou decidido, a partir do princípio de que ninguém pode lucrar com sua própria fraude, ou beneficiar-se de atos ilícitos, que o assassino não receberia a herança. O exemplo retirado do caso *Riggs vs. Palmer* parece simples se descolado do ano em que foi discutido (1889) e da tradição americana acerca das disposições sucessórias, diferentes da tradição brasileira, por exemplo. No caso estadunidense – e isso pode ser notado no clássico de Alexis de Tocqueville, *A democracia na América* –, havia – e ainda há – uma forte tradição no sentido de prevalecer o efeito de fragmentação patrimonial nas leis sucessórias. Ou seja, a tradição americana apontava para a não conservação familiar do patrimônio. Daí a não previsão de disposições que anulassem os efeitos do testamento (mormente levando em conta uma exceção desse jaez). (STRECK, 2011, p. 574-575).

O tratamento judicial dado ao caso evidencia a porosidade da regra e o caráter de fechamento do princípio. Embora fosse desejável a fragmentação do patrimônio – enquanto ideologia liberal –, há limites para tanto, e, assim, tratase da necessária constatação de que um país e sua democracia não podem ser construídos a partir de fraudes e iniquidades. O caso em exame destaca a prevalência de princípios cravados na essência constitucional de um país, proporcionando um necessário filtro de constitucionalização, inclusive nas decisões judiciais, em que, na entrada, tem-se uma regra expressa.

[...] Isso é próprio da virtuosidade dos princípios. O mundo prático, isto é, a manifestação existencial de uma comunidade de princípios, dáse não simplesmente por intermédio de categorias ou enunciados assertóricos. Na verdade, a virtude republicana aponta para limitações do código lícito/ilícito (ou seja, o que não é proibido é permitido), isto é, o que não está vedado na lei dos testamentos estaria permitido. Ora, esse é o caráter de “universalização” do exemplo, uma vez que é impossível um sistema jurídico prever as inúmeras hipóteses de incidência de regras jurídicas. (STRECK, 2011, p. 574-575, grifo nosso).

A vida humana não nasce com um manual de instruções. A criatividade do ser humano cria situações que não têm previsão expressa na regra. Nesse caso, como resolver? Deixar ao poder discricionário do magistrado? Ao seu instinto de justiça ou de moral? Não, para todas as perguntas. A resposta deverá ser construída a partir do horizonte de sentido já instaurado no Direito da sociedade, mediante a orientação dos princípios inseridos no texto constitucional.

[...] A disposição testamentária do direito norteamericano não tratava do testamento objeto do litígio de *Riggs v.s. Palmer*, mas, sim, do conjunto dos testamentos feitos por toda a sociedade americana. A concreta normatividade do fenômeno jurídico somente ocorre – como ocorreu no referido *case* – com a *incidência principiológica*. Note-se que, no exemplo em tela,

a regra sobre os testamentos continua existindo (e valendo). Somente para esse caso específico é que ela não poderia ser aplicada, criando-se, a partir disso, uma nova norma, segundo a qual não se cumprem as disposições testamentárias se originárias de ato criminoso. Esse é o princípio generalizável para os próximos casos. (STRECK, 2011, p. 574-575, grifo nosso).

O cidadão tem sempre o *direito fundamental de obter uma resposta adequada à Constituição*, que não é a única e nem a melhor, mas dá resposta adequada à Constituição. Esse direito fundamental deverá ser o guia às respostas elaboradas pelo Poder Judiciário. É dele que se está falando neste artigo. É óbvio que os juízes, por serem seres humanos, possuem convicções pessoais, crenças e ideologias, mas suas decisões não podem se justificar somente nisso, eis que os juízes precisam fundamentar suas decisões demonstrando que a decisão ocorreu com base em argumentos de princípio, e não de política, de moral ou de convicções pessoais. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o serão para os casos idênticos. Há uma amálgama historicamente formada em cada sistema jurídico nacional, presente na Constituição Federal, que deverá conduzir o processo judicial de construção no Direito. Aí sim estará assegurada a integridade do Direito. A ferramenta para se conseguir atingir esse objetivo poderá ser o diálogo entre as fontes do Direito, que têm no centro dois filtros: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade, como se verá mais adiante.

No panorama assim desenhado, não há lugar para a dicotomia entre os "casos fáceis" e os "casos difíceis". Não há um método para uma categoria que seja diferente para resolver os casos categorizados na outra categoria. Conforme Dworkin (2014, p. 423-242):

Hércules não precisa de um método para os casos difíceis e outro para os fáceis. Seu método aplica-se igualmente bem a casos fáceis; uma vez, porém, que as respostas às perguntas que coloca são então evidentes, ou pelo menos parecem sê-lo, não sabemos absolutamente se há alguma teoria em

operação. Incluímos entre os casos fáceis a questão de saber se, legalmente, alguém pode dirigir mais rápido que o limite de velocidade estipulado porque admitimos de imediato que nenhuma análise dos documentos jurídicos que negasse esse paradigma seria adequada. Contudo, uma pessoa cujas convicções sobre justiça e equidade fossem muito diferentes das nossas poderia não achar essa pergunta tão fácil; mesmo que terminasse por concordar com nossa resposta, insistiria em dizer que estávamos errados por ser tão confiantes. Isso explica por que questões consideradas fáceis durante um certo período tornam-se difíceis antes de se tornarem novamente fáceis – com as respostas opostas.

Classificar um caso como “fácil” ou “difícil” não é tão simples, e ao se pretender fazê-lo, poderá ocorrer muitos equívocos, em condições de esconder as efetivas características do caso concreto. Esse é um risco que não se pode correr. Todos os casos deverão receber uma resposta alinhada à Constituição. Esse é o princípio.

Ost (1993, p. 80, grifo do autor), ao estudar o *Juiz Hércules* perspectivado por Dworkin, menciona:

[...] Dworkin estabelece uma via para a tarefa do juiz, que é a do juiz racional que “leva os direitos a sério”, que domina o “império do direito”, que não se esquivava da tarefa de encontrar uma solução para todos os casos, mesmo os mais difíceis. Ele deve sempre buscar a unidade do direito, e fortalecê-la em cada um de seus juízos, por meio de uma coerência narrativa que melhor se adapta ao estado passado e presente do direito, e que estabeleça a melhor hierarquia dos princípios da moral política compartilhados pela comunidade em cada momento da história.

Aqui se verifica a caracterização de um juiz alojado no interior de um sistema jurídico democrático. Ele não “inventa” o Direito, opera a sua criação, o seu desvelamento, no conjunto do chamado “império do Direito”, que não é um monopólio legislativo, mas um plural de fontes e formas de possibilidades jurídicas, não disponíveis à mera escolha individual ou

relativizada do tipo “qualquer uma serve”. Pelo contrário, a escolha e a sua aplicação deverão ser mediadas pelos dois filtros anteriormente referidos.

### 3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A OPERATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS: CAMINHOS E DESCAMINHOS DE SUA COMPREENSÃO NO BRASIL

A resposta jurisdicional construída para o caso *Riggs vs. Palmer* mostrou a importância da participação constitucionalmente comprometida dos magistrados. Independentemente da existência ou não de uma regra expressa, que seja “perfeitamente” aplicável ao caso concreto, ou seja, aquilo que se poderia denominar de “caso fácil”, a intervenção judicial nos casos da vida deverá ser norteada por princípios estruturantes do Estado e vinculados à Constituição Federal. No caso deste artigo, acrescenta-se mais um elemento, a necessidade de observância das estruturas relativas aos Direitos Humanos. Não se tem um efetivo Estado Democrático de Direito sem essas redes, barreiras ou filtros de qualidade da produção jurídica.

A importância do texto da Constituição Federal nunca foi duvidada. No entanto, a sua localização no sistema jurídico – se no topo dele, ou no seu centro – ainda é objeto de discussão. Ao mesmo tempo, recentemente se tem apresentado o chamado movimento de “constitucionalização do Direito Privado”, que seria mais correto denominar de “constitucionalização do Direito”. Segundo Guastini (2003, p. 49, grifo do autor), a “constitucionalização dos direitos” corresponde a uma espécie de “transformação de um ordenamento jurídico totalmente *impregnado* pelas normas constitucionais.” Não parece que deva ser algo novo, pois a Constituição sempre representou o conjunto legal como guia para o restante do ordenamento jurídico de uma sociedade, independentemente de ser do Direito Privado ou do Direito Público. A constitucionalização do sistema

jurídico poderá ser constatada em diferentes graduações e se constata a partir do cumprimento de determinadas condições.<sup>9</sup>

A Constitucionalização do Direito colocou no centro dos sistemas jurídicos contemporâneos as Constituições que, contendo princípios e regulações de variados ramos, devem ser interpretadas evolutivamente de acordo com o modificar-se dos valores ético-políticos no bojo da comunidade a que se refere. Nesse mesmo sentido, a Constituição Federal de 1988 deve ser lida, em várias de suas normas (aqui compreendendo as regras e os princípios),<sup>10</sup> de acordo com um perfil solidarista, na busca por mecanismos capazes de suprir as necessidades dos cidadãos.

Tem-se que a Constitucionalização do Direito trouxe a preocupação de que o Direito deve se ocupar com a construção de uma sociedade justa e solidária, cujo desafio é fazer com que o Direito não fique indiferente às injustiças sociais. Assim, Streck (2010, p. 200) afirma não haver dúvida de que o novo constitucionalismo é sinônimo de novo paradigma, em que o Direito deixa de ser meramente regulador para assumir uma feição de transformação das relações sociais.

No cenário jurídico brasileiro o fenômeno constitucionalizante somente passa a ser internalizado no ordenamento por meio da Constituição Federal de 1988 e acabou por tratar diretamente de alguns aspectos de vários ramos do Direito infraconstitucional.

<sup>9</sup> "El concepto de constitucionalización, como yo lo entiendo, no es un concepto bipolar (verdadero o falso), de forma que un ordenamiento únicamente pueda estar constitucionalizado o no estarlo en absoluto, sin algún punto intermedio. Más bien sostengo que la constitucionalización es una cuestión de grado, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado. Y esto depende de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización estén satisfechas en el seno de aquel ordenamiento. [...] Son condiciones de constitucionalización: a) la existencia de una Constitución rígida; b) la garantía jurisdiccional de la Constitución; c) la fuerza vinculante de la Constitución; d) la sobreinterpretación de la Constitución; e) la aplicación directa de las normas constitucionales; f) la interpretación de las leyes de acuerdo a la Constitución; g) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas." (GUASTINI, 2003, p. 50 e ss.).

<sup>10</sup> Adota-se, aqui, a proposta de Alexy (1993b), no sentido das regras como "mandados definitivos" e os princípios como "mandados de otimização". Sendo a "norma jurídica" um gênero que contempla duas espécies: as regras e os princípios.

Ao se adicionarem na Constituição temas que antes eram tratados apenas pelos estatutos privados, surgiram transformações especialmente, mas não exclusivamente, no sistema do Direito Civil clássico, com uma adaptação à nova realidade econômico-social, que fez com que o intérprete do Direito fosse obrigado a rever os valores ideologicamente consagrados no ordenamento jurídico e as influências interdisciplinares sofridas por ele nessa mutação.

Assim, é nessa nova realidade que Nalin (2008, p. 30) identifica um dos grandes problemas a serem superados pelo sistema jurídico brasileiro: a ruptura entre uma sociedade brasileira pós-industrial deste início de século XXI e um sistema civil codificado que, originalmente, vinculava-se a uma família nucleada no casamento, ao direito proprietário absoluto do indivíduo e ao contrato, cuja descrição econômica não supera a da histórica da circulação de riquezas.

A superação desse problema vem representada pelo fenômeno da constitucionalização do direito privado,<sup>11</sup> não mais se limitando o legislador à disciplina das relações patrimoniais. Seguindo o Texto Constitucional, o qual impõe deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, tendentes à realização da personalidade e da tutela da dignidade da pessoa humana, o legislador cada vez mais condiciona a proteção de situações tradicionalmente disciplinadas sob a ótica exclusivamente patrimonial ao cumprimento de deveres não patrimoniais. Aqui se revelam dois vetores de conteúdo que orientarão o movimento do círculo hermenêutico para aplicação dos princípios constitucionais, especialmente o destacado direito a uma resposta jurisdicional adequada à Constituição.

Nesse sentido, Nalin (2008, p. 34 e ss.) dispõe sete premissas metodológicas para se compreender a constitucionalização do Direito Civil:

<sup>11</sup> Conforme Tepedino (2008, p. 22), trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição da ordem pública, relendo o Direito Civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.

- a) a compreensão desta nova metodologia está na própria regra jurídica, em sentido mais amplo, passando a técnica legislativa do tipo hermético (preceito e sanção) às cláusulas gerais, abrangentes e abertas;
- b) a redução do contexto técnico da linguagem empregada nos textos legais, objetivando, assim, promover um atendimento às especificidades dos setores destinatários da regra elaborada, como a informática e a economia, gerando o comprometimento legislativo com uma linguagem que se distancie do apuro técnico e específico do Código Civil; implica maior eficácia das regras constitucionais e infraconstitucionais, realizando-se o comando constitucional do Estado Democrático de Direito a partir da funcionalização da linguagem técnico-jurídica;
- c) a regra constitucional, enquanto vocacionada à programação das atividades do Estado e ao encaminhamento de um comportamento social desejado, está vinculada a uma função promocional do Direito, o que não se configurava no Código Civil de 1916, uma vez que seu texto “é fruto do movimento codificador, em que tal estrutura normativa ainda não era concebida, detectando-se verdadeiro hiato, nesta passagem, entre a nova vocação constitucional e o revogado Código Civil.” (NALIN, 2008, p. 35);
- d) a tendência de se condicionar a efetividade dos direitos patrimoniais dos atos jurídicos à realização de valores superiores do ordenamento, como a dignidade da pessoa humana, eis que valor jurídico, e outros, encontra-se no vértice da estrutura legal;
- e) a necessária compreensão de um novo olhar para as fontes do Direito e a reafirmação da prevalência da Constituição em face do Código Civil;
- f) o contratualismo “que revela a fórmula pela qual a sociedade exterioriza os seus interesses sociopolíticos por intermédio da

negociação legislativa.” Aqui entra a abertura para o manejo do diálogo entre as fontes do Direito. Não se trata mais de uma fonte, o Código Civil, mas de um leque de fontes que poderão ser conjugadas para a formatação da adequada proteção jurídica pretendida pelas partes;

- g) a possibilidade de aplicação direta das normas constitucionais às relações interprivadas, na medida do reconhecimento de um ordenamento jurídico unitário e da normativa constitucional como regra de conduta, posta no sentido da funcionalização dos institutos jurídicos preexistentes e abertos às novas tendências sociais.

Como revela Fachin (2013, p. 11), a Constitucionalização do Direito, especificamente na intensidade em que ocorreu na segunda metade do século passado, enfatiza a lacuna de travessias que clama por respostas urgentes, quer por intermédio do sistema legal quer por meio de políticas públicas. No sistema legal, uma dessas formas foi pavimentada pela presença normativa dos princípios constitucionais, especialmente o da dignidade humana. Suas funções foram exponencialmente reforçadas pela crescente complexidade das relações humanas.

Esse é o momento vivido pelo Direito brasileiro, em que, de um lado se encontra uma sociedade carente da realização de direitos, e, de outro, uma Constituição Federal que garante esses direitos da forma mais ampla possível. Eis o contraponto do Estado Democrático de Direito em que a lei passa a ser um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. Isso, porém, ainda não foi perfeitamente assimilado pelos juristas (STRECK, 2008, p. 47).

A configuração do movimento da chamada constitucionalização do Direito, ou melhor, do Direito Privado, não tem uma aceitação integral na doutrina. Como já mencionado, a incorporação das regras e dos princípios inseridos na Constituição sempre deveriam estar no coração do Direito,

considerado um sistema ou ordenamento jurídico.<sup>12</sup> Esse cenário pode ser especificado a partir das seguintes características:

(a) o Direito Constitucional foi arrastado para dentro do rodado de disputas privadas de relevância duvidosa, com todos os desagradáveis inconvenientes para si e para a Constituição, como o barateamento da dignidade e da importância das normas constitucionais, que se veem citadas em pequenos conflitos individuais, como a cobrança de uma dívida ou a definição dos danos pelo abalroamento de automóveis. Com isso, põe-se a perder a "identidade do Direito Privado", forjada por sua antiga e respeitável história;

(b) a existência de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais na Constituição, o que é esperável dada sua natureza normativa específica, é campo fértil para a ação dos interessados no arbítrio e no abuso da discricionariedade judicial. Se foi possível realizar demagogia judiciária com base em elementos do próprio Direito Civil, agora isso é feito com a invocação do texto constitucional. Além disso, tem-se a abertura para o que se poderia chamar metaforicamente de "toque de Midas constitucional", que é a conversão substancial de matérias eminentemente privadas em matérias constitucionais, como mero exercício de poder do Tribunal Constitucional de controle da jurisdição ordinária. (RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 59).

O autor menciona que parte dos atritos causados pela tentativa de "colonização" do Direito Civil na Constituição ocorre em razão da permanente busca por um elemento de correção para o Direito, e assim, o recurso à Constituição pode até ser explicável, embora seu barateamento pela dogmática brasileira tenha chegado a níveis intoleráveis (RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 57).

<sup>12</sup> O uso a expressão constitucionalização não é bem aceito por juristas atuantes no Direito Civil, sendo lugar comum a afirmativa de que *todo direito é constitucional*, seja ele civil, penal, tributário, do trabalho e os demais. Descrevem esses juristas que o fenômeno da constitucionalização não seria algo novo, apenas uma tentativa de reduzir a importância do Direito Civil, bem como de negar a sua tradicional construção dogmática, afirmando a utilização exagerada dos Direitos Fundamentais na interpretação das regras de Direito Civil (RODRIGUES, 2014, p. 553).

A importância da Constituição para a interpretação e o desenvolvimento (judicial) do Direito Privado é inegável. Porém, a Constituição atende a funções político-retóricas diversas daquelas da Codificação Civil (COSTA FILHO, 2014, p. 610).

Esse modelo de utilização discricionária e *contra legem* dos textos normativos e da Constituição dá margem a graves desvios lógicos. Invoca-se a Constituição, certos “princípios” ou “valores constitucionais” para desfazer regras de inquestionável univocidade semântica (RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 30). Portanto, em nome da chamada “constitucionalização do Direito Privado” não se poderá destruir os pressupostos essenciais e estruturantes do Direito Privado. A filtragem constitucional também tem os seus limites e não poderá ser resposta para todas as questões que emergem na seara privada. A Constituição e a sua aplicação não são ilimitadas; a imersão de todas as áreas jurídicas, a fim de atenderem às regras e aos princípios inseridos na Constituição, afigura-se obrigatória, mas isso não resolve todos os problemas. Há limites.

## 4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO (OU REGRA?) QUALIFICADOR(A) DO DIÁLOGO ENTRE AS FONTES DO DIREITO PARA ESTRUTURAR UM “MODELO” À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

No interior do movimento de Constitucionalização do Direito Civil, com a necessidade de se ter certos cuidados,<sup>13</sup> vive-se um cenário em que a

<sup>13</sup> “[...] a constitucionalização do direito civil é uma grave e recorrente ameaça à liberdade e à autonomia das relações privadas que se ampara na ideia equivocada de uma grande proximidade entre o direito civil e a Constituição. Ora, as garantias constitucionais apenas traduzem o reconhecimento estatal de uma ordem jurídico-privada, sem causar impacto em seu conteúdo. Nem mesmo o detalhado catálogo dos direitos fundamentais é capaz de criar uma ordem acabada e fechada que permita inferir a regulação civil. O primado material das

dignidade da pessoa humana impõe transformações radicais na dogmática civilista, estabelecendo uma dicotomia essencial entre as relações jurídicas existenciais e as relações jurídicas patrimoniais.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito,<sup>14</sup> conforme o artigo 1º da Constituição Federal de 1988.<sup>15</sup> Desse modo, a dignidade da pessoa humana foi consagrada na CF como direito fundamental, inserto em uma regra, mas com certas características de princípio. Tem-se, portanto, um exemplo de simbiose entre a regra e o princípio, modelando as estruturas da construção do Direito.<sup>16</sup> E, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana

---

relações privadas é todo do direito civil, que se distancia da constituição política e atua como um desenho da constituição social. [...] o nível reflexo da eficácia constitucional no Direito privado demanda sérias prevenções dogmáticas, na medida em que não se resume a uma mera operação jurídica de transplantação de normas públicas para relações privadas sem clivagem alguma. O recurso indiscriminado que se faz à Constituição na regulação das relações privadas é um fenômeno que em nada contribui para um modelo de efetiva relevância jurídica das normas de tutela da personalidade, constitucionais ou civis. Isto porque acaba por banalizar preceitos fundamentais, enfraquecendo a força jurídica de intervenções constitucionais que se façam verdadeiramente necessárias, sobretudo para conter posições de supremacia de poder capazes de interferir na esfera de livre vontade do indivíduo subjugado. Mas também porque tende a 'publicizar' o Direito privado, impondo aos particulares adstrições originalmente concebidas para o Estado que acabam por subtrair-lhes a autodeterminação negocial." (MAZUR, 2012, p. 32).

<sup>14</sup> Quanto ao conceito de Estado Democrático de Direito, considerando os fins e os limites deste artigo, adota-se: "o Estado Democrático de Direito é o novo modelo que remete a um tipo de estado em que se pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivelmente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implementar superiores níveis reais de igualdades e liberdades." (STRECK, 2001, p. 40). "[...] quando assume o feito democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do status quo. A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou à promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais." (STRECK; MORAIS, 2013, p. 114).

<sup>15</sup> Constituição Federal: Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

<sup>16</sup> Sarlet (2013, p. 125-126) concorda com essa dupla categorização da dignidade da pessoa humana.

não diz apenas respeito ao privado ou ao público, porquanto seja um ponto de conexão entre os dois.

Sarlet (2001, p. 60), conceituando dignidade, menciona que:

É a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

No âmbito da Filosofia, não há como negar que uma conceituação clara do que é efetivamente a dignidade da pessoa humana, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, revela-se no mínimo de ser obtida, pois, como ressalta Sarlet (2009b, p. 18), tal dificuldade decorre certamente da circunstância de que se cuida de um conceito de contornos vagos e imprecisos. De qualquer sorte, tem-se que a dignidade é algo real, vivenciado concretamente por cada ser humano.

Esse princípio, portanto, busca garantir o respeito e a proteção não apenas no sentido de se assegurar um tratamento humano e não degradante, mas, também, a proteção da integridade psicofísica do ser humano. Significa a ruptura com um modelo que enxergava em valores individualistas o seu fundamento axiológico. Assim, o valor dignidade atinge todos os setores da ordem jurídica, o que desvela a grande dificuldade em se delimitar os contornos hermenêuticos que esse princípio detém, correndo-se o risco de atribuir-lhe apenas um sentido abstrato que impossibilite ainda mais a sua aplicação, quando o desejo é justamente o contrário.

É como leciona Sarlet (2009a, p. 103), ao afirmar que uma das funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana reside no fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido

e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, constituindo-se no ponto de Arquimedes do Direito Constitucional, e, embora plenamente reconhecido, há de ser exaustivamente enfatizado.

Essa concepção permite inferir que a Constituição Federal de 1988 galgou a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito, podendo ser considerada uma Carta Política comprometida com a realização da pessoa humana, embora nem sempre esse compromisso se desvele em ações na realidade. E, nesse sentido, serve como um referencial na hierarquização axiológica inerente ao processo de criação e desenvolvimento jurisprudencial do Direito (SARLET, 2009b, p. 106).

Portanto, a dignidade da pessoa humana, deve prevalecer como princípio supremo da ordem constitucional (SARLET, 2006, p. 112), é mais que um direito fundamental, é a razão de existir do próprio Estado e do Direito, o guia de toda a Constituição, e projeta-se sobre todo o ordenamento jurídico pátrio.

A primazia da proteção da pessoa humana, como cláusula geral de tutela está inserida no sistema jurídico nacional. Assim, a vulnerabilidade da pessoa humana deve ser considerada, e o princípio da proteção da dignidade humana deve ser concretizado, fazendo-se presente sempre que necessário. É uma espécie de fiscal, sempre presente e atento para garantir o seu próprio respeito nos casos da vida.

Vale expor que a dignidade humana não é uma criação dada pela Constituição Federal, muito embora seja por ela tutelada. A Constituição apenas atribuiu-lhe “o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática”, como descreve Moraes (2003, p. 83), passando o referido valor a fazer parte definitivamente de todas as relações jurídicas existentes em nosso País.

Dessa forma, a concepção do Direito Privado Constitucional passa a se apresentar com os seguintes elementos nucleares: “com base em concepção principiológica e menos normativa, demonstra os novos rumos

do Direito Privado e o destaque dado à pessoa e sua dignidade, como o elemento nuclear da relação jurídica.” (LISBOA, 2010, p. 45).

Apesar dessas “conquistas”, a dignidade da pessoa humana corre risco de esvaziamento, quando é utilizada para fundamentar qualquer pleito:

[...] A Dignidade da pessoa humana acabou por ganhar, assim, a propriedade de servir a tudo. De ser usado onde cabe com acerto pleno, onde convém com adequação discutível e onde definitivamente não é o seu lugar. Empobreceu-se. Esvaziou-se. Tornou-se um tropo oratório que tende à flacidez absoluta. Alguém acha que deve ter melhores salários? Pois que se elevem: uma simples questão de dignidade da pessoa humana. Faltam às estradas condições ideais de tráfego? É a própria dignidade da pessoa humana que exige sua melhora. O semáforo desregulou-se em consequência de chuvas inesperadas? Ora, substituam-no imediatamente. A dignidade da pessoa humana não pode esperar. É ela própria, a dignidade da pessoa humana, que se vê lesada quando a circulação viária das cidades não funciona impecavelmente 24 horas por dia. O inquilino se atrasou com os alugueres? Despejem-no o quanto antes: Fere a dignidade da pessoa humana ver-se o locador privado, ainda que por um só dia, dos direitos que a locação lhe assegura. (VILLELA, 2009, p. 562).

Aí se têm algumas situações da vida, importantes e impactantes, sem dúvida, mas nem todas poderão e nem deverão ser decididas sob o fundamento da dignidade da pessoa humana. Se tudo tem fundamento na dignidade da pessoa humana, nada tem. E isso é perigoso, pois se esvazia o seu conteúdo prático para aquelas situações efetivamente violadoras da dignidade da pessoa humana. Não se poderá banalizar a sua utilização. Há limites que deverão ser vislumbrados com muita cautela. No manuseio do diálogo entre as fontes do Direito se poderá vislumbrar o filtro do controle de constitucionalidade e do controle da convencionalidade, como um modelo para priorizar as situações da vida que merecerão o amparo em decorrência da dignidade da pessoa humana.

Ao examinar a jurisprudência, o quadro não é mais animador, pelo contrário, gera mais preocupação. A prova disso são dados empíricos coletados apenas na *Revista dos Tribunais*, no período entre 1995 e 2010, em que se encontraram 217 acórdãos nos quais a expressão dignidade humana é encontrada como fundamento da decisão adotada. O objeto desses julgados é também muito diversificado: saúde; relações de trabalho; habeas corpus; mensuração da pena; liberdade; direitos fundamentais; ordem pública; descumprimento de preceito fundamental; jurisdição e competência; violência contra a mulher; prisão preventiva; e ampla defesa e contraditório (RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 42). Ainda sobre esse tema, por vezes, tem-se a concessão de medicamentos para garantir a dignidade da pessoa humana e tem-se, no mesmo Tribunal, decisões que negam pedidos de medicamentos para garantir a dignidade da pessoa humana (WEBBER, 2013). Sarlet (2013, p. 123-125), ao comentar o artigo 1º, III, da Constituição do Brasil, também elenca uma grande diversidade de situações em que, especialmente, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça invocam a dignidade da pessoa humana, destacando-se: tortura perpetrada contra adolescentes por parte de policiais militares; impossibilidade de se compelir o suposto pai a realizar o exame de DNA; bloqueio de recursos públicos para o atendimento à saúde e à educação; possibilidade de controle judicial de políticas públicas quando se cuidar especialmente da implementação da garantia do mínimo existencial; proteção às condições mínimas de vida; corte de água ou energia elétrica; e imprescritibilidade dos crimes de tortura e perseguição política durante o Regime Militar.

Assim, resta demonstrado como a dignidade da pessoa humana vem sendo utilizada das mais diferentes formas em decisões judiciais, sem maiores fundamentações, a partir do senso comum teórico, “desvirtuando” a ideia central desse princípio que é um dos alicerces da ordem jurídica democrática. Uma decisão judicial fundada na dignidade da pessoa humana não estará configurada pela simples invocação dela. É preciso justificar, ponderar e ligar a sua aplicação à utilização judicial anterior em caso

semelhante. Essa é a lição que se deve trazer para o Direito brasileiro a partir do julgamento do caso *Riggs vs. Palmer*. Não copiar, mas aprender com o modo responsável e comprometido da criação judicial do Direito. Não poderá ser considerada fundamentada uma decisão que simplesmente se “funda na consciência do julgador”, como se pode verificar no seguinte trecho:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o Superior Tribunal de Justiça decide assim porque a maioria de seus integrantes pensa como estes ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. (BRASIL, 2003, p. 216).

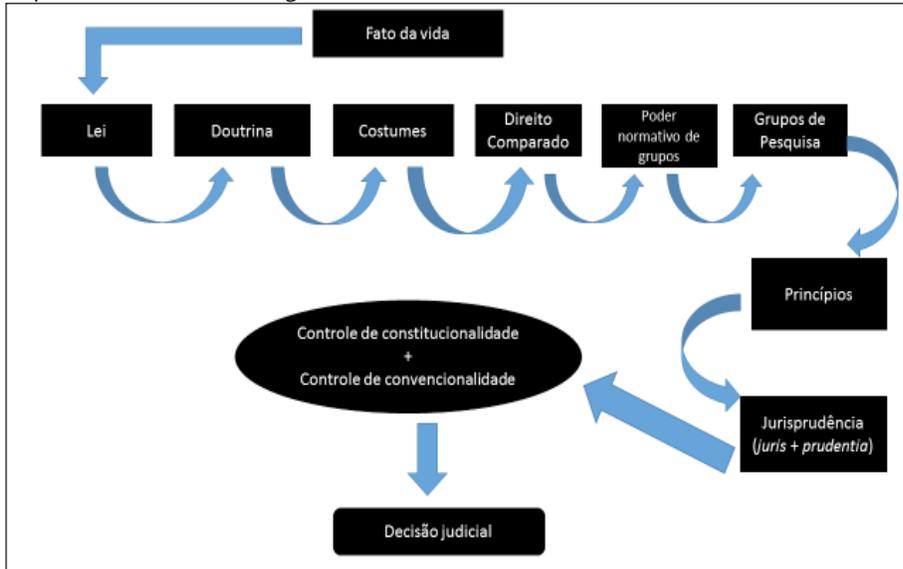
Verifica-se um forte contraste entre esse trecho de uma “decisão judicial” brasileira e a argumentação construída para fundamentar a decisão no caso *Riggs vs. Palmer*. É aí que se posiciona o conteúdo deste artigo, ao defender a necessidade de fundamentação da decisão judicial como um direito fundamental. E isso independe do Sistema Jurídico ao qual o Poder Judiciário pertence. A construção jurisprudencial do Direito deverá ser encorajada em variadas fontes, principalmente na produção científica desenvolvida pela Doutrina. Quer dizer: não aquela que simplesmente repete o conteúdo da lei ou de decisões judiciais, mas a Doutrina (com letra maiúscula) produzida no

cenário de investigação desenvolvida nos Programas de Pós-Graduação em Direito, que desenvolvem pesquisas jurídicas avançadas. Adotam-se aqui os predicativos desenvolvidos sobre a Doutrina, conforme apresentado por Martins-Costa (2014, p. 9 e ss.): a Doutrina interpreta; também *cria modelos* que são elaborados *pela ressignificação* de uma solução não originalmente disposta à situação em causa ou *pelo "transpasse"*, "desde que não acrítico nem anacrônico, de soluções formuladas em outros campos semânticos, como a economia, o direito comparado; ou pela recuperação de figuras que estiverem em desuso ou, finalmente, *pela criação ex novo*, então plasmando figuras originais." (MARTINS COSTA, 2014, p. 27-28, grifo do autor).

É essa *Doutrina* que se entende neste artigo e que se coloca como uma verdadeira fonte de Direito na estruturação do diálogo entre as fontes do Direito. Por outro lado, não se consideram verdadeira doutrina as meras trivialidades das opiniões emitidas, com o caráter meramente descritivo, parafraseando a lei, ou a recortar, copiar e colar decisões judiciais reprodutoras dessa mesma doutrina, em um círculo vicioso que nada constrói (MARTINS COSTA, 2014, p. 22). Reafirmado o papel que a Doutrina deverá ocupar no conjunto das fontes do Direito, propõe-se o Esquema 1 sobre o modelo de diálogo entre as fontes do Direito:<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Estudos relativos ao diálogo entre as fontes do Direito podem ser consultados em Engelmann (2012, p. 319-344).

Esquema 1 – Modelo de diálogo entre as fontes de Direito



Fonte: os autores.

O que se tem nesse Esquema é o modelo de diálogo entre as fontes do Direito, sem a primazia de nenhuma das manifestações do jurídico, mas em uma paridade. Busca-se aferir as contribuições de cada uma das fontes, a fim de se encontrar aquela que possa juridicizar da melhor forma possível – o que equivale a atender integralmente as características estruturantes da dignidade da pessoa humana, atento à integralidade do conteúdo da Constituição do Brasil (controle de constitucionalidade) e dos documentos relativos aos Direitos Humanos, participando do controle de convencionalidade (destacadamente: Convenção Americana de Direitos Humanos e Declaração Universal dos Direitos Humanos – sem a exclusão dos demais textos sobre a matéria – e as decisões proferidas pelas Cortes Regionais e Universal dos Direitos Humanos).

No movimento do diálogo, busca-se respeitar as particularidades de cada caso concreto, as contribuições dos textos legais específicos – aqui atentos, por exemplo, ao cumprimento do estatuído pelo Código Civil e dos demais “códigos” elaborados nos diversos microsistemas do Direito

Privado – aos ensinamentos apontados pela Doutrina, com as características estudadas, e a produção jurisprudencial do Direito, entendendo-se essa última apenas como as decisões fundamentadas e que evidenciem a prática da *phrónesis* aristotélica. Para essa configuração, será preciso organizar o modo de ser e agir a partir da chamada “razão prática”, ou seja, um raciocínio que não planeja respostas exatas para todas as situações. Pelo contrário, a procura deve ser sempre por uma resposta adequada para aquele caso concreto. Serão fundamentais, portanto, a experiência e a inteligência, que representam a expressão da *sabedoria prática*, presente na pessoa prudente (o *phrónimos*, de Aristóteles). A experiência que é adquirida pela vivência das situações, ou seja, sempre se aprende algo no enfrentamento de um caso da vida. Esse aprendizado exige uma determinada inteligência, que nada mais é do que a capacidade pessoal para avaliar, tomar as decisões e guardar as respostas – sejam acertos, sejam erros. É assim que Aristóteles descreve o *phrónimos*, aquele que tem prudência: “[...] Pensa-se que é característico de uma pessoa que tenha *phrónesis* ser capaz de deliberar bem acerca do que é bom e convincente para si mesma, não em relação a um aspecto particular e sim acerca das espécies de coisas que nos levam a viver bem de um modo geral.” (ARISTÓTELES, 2001, 1140a). Aqui está a caracterização de qualquer jurista. Além do mais, o magistrado, em qualquer grau de jurisdição, deverá preencher os descritos elementos para que a sua decisão possa ser considerada jurisprudência, como fonte do Direito. A construção da resposta jurídica exige uma espécie de colaboração, ou uma rede colaborativa, em condições de enlaçar a decisão atual com aquelas já tomadas – sobre tema semelhante – por seus antecessores. Não poderá haver quebra da tradição sem que se tenha efetivamente uma razão grave que a justifique. Não há lugar no movimento do diálogo entre as fontes para decisões lastreadas em subjetivismos e pessoalismos. Isso não será Direito. Portanto, a lição do caso Riggs vs. Palmer sinaliza este caminho: os Direitos Fundamentais em geral exigem uma decisão judicial que tenha os referidos pressupostos, seja de quem emite a decisão, seja sobre o seu conteúdo. E mais, decidir significa

sempre escolher ponderadamente, mais do que em nenhum momento, as lições de Robert Alexy, destacadamente sobre a regra da ponderação – que se deverá manejar no movimento do diálogo entre as fontes do Direito e sendo o pressuposto para gerir os resultados do círculo hermenêutico.

A regra da ponderação, permeada pela aplicação integral dos três níveis da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) permitirá a prática das chamadas *condições de prioridade* (ALEXY, 1993a) que indicará a regra e/ou o princípio e/ou uma das demais fontes aplicáveis na fundamentação da resolução do caso da vida, mirando-se no horizonte hermenêutico da *interpretação construtiva ou colaborativa* (DWORKIN, 2011). A regra da ponderação é uma deliberação, uma regra de escolha, em que a *phrónesis*, de Aristóteles, se apresenta como qualificadora da escolha a ser empreendida em relação aos casos da vida humana, que sempre são contingentes, conforme destaca Aubenque (2003, p. 70), ao estudar a prudência aristotélica: “[...] o prudente não é, enquanto tal, nem sábio, nem sapiente: não sendo dotado de nenhuma familiaridade especial com o transcendente, move-se no nível do particular e fixa a cada um o justo meio que corresponde a sua particularidade.” Qualquer um que queira participar do processo de criação do jurídico deverá se mover nessa caracterização. A Regra de ponderação, em Alexy (1997, p. 171), estabelece: “quanto maior seja o grau de não realização ou de menosprezo de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro.” Portanto, prudente, *phrónimos*, é aquele que consegue vislumbrar, entender e aplicar a regra da ponderação ampliada: “quanto maior seja o grau de justificação para a não utilização hermenêutica de uma das fontes do Direito, tanto maior deverá ser a contribuição de outra fonte do Direito para a resolução adequada do caso da vida.” Se essa “regra” for bem assimilada e praticada, estarão assegurados o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade.

## 5 CONCLUSÃO

A especificação das fontes do Direito e a sua aplicação nos casos concretos da vida representam dois desafios para a área do conhecimento humano chamado de Direito. O positivismo jurídico (ALEXY, 2015), considerando variadas matizes de manifestação, tem-se se caracterizado pela defesa da aplicação da lei como a mais importante ou a única fonte do Direito. Essa postura limita a fundamentação das decisões jurídicas, pois a lei sempre representa uma fotografia do passado, definida a partir do presente, lançando uma projeção do comportamento humano para o futuro.

A vida humana tem se modificado com uma velocidade cada vez maior, desafiando o procedimento adotado para a elaboração da lei. A dinamicidade das relações humanas exige, na mesma velocidade, possibilidades plurais para a estruturação das respostas jurídicas exigidas. Cada vez mais, ao lado da criatividade na produção do jurídico, se exigirá alternativas de expressão do Direito que tenham velocidade e flexibilidade para se adequar aos novos movimentos da vida na sociedade.

A Constituição ocupa um lugar fundamental de justificação das respostas produzidas, no movimento do diálogo entre as fontes do Direito, manejado por pessoas que reúnam as características do *phrónimos* aristotélico. A própria Constituição, assim como os textos relativos aos Direitos Humanos, tem uma dinamicidade peculiar:

[...] O fundamento no Direito não é algo a descobrir, mas algo que está por construir. Fundamentar a Constituição é imaginá-la, e a imaginação não descansa. [...] A Constituição não é um ponto fixo para o Direito. [...] A Constituição não reafirma o Direito, mas o surpreende e o encontra inadaptado. [...] Como horizonte do pensamento jurídico, a Constituição não encerra nenhuma plenitude, não representa a totalidade dos consensos possíveis. Seus princípios não são identidades, mas diferenças, formas e limites que a separam de um espaço exterior não marcado, que sempre a estão distinguindo. (MARTINEZ GARCIA, 1999, p. 187-188, 201).

Este é o ponto: a Constituição, e a partir dela todas as fontes do Direito, não são estruturas paralisadas e prontas para serem aplicadas. Elas todas estão em movimento. Por isso, a representação do modelo do diálogo entre as fontes do Direito, em que se pode vislumbrar as idas e vindas das diversas fontes, em um movimento circular, mas que poderá assumir outras formas de movimento, sempre perspectivado para o atendimento mais adequado possível das questões suscitadas pelo caso da vida. Por isso a formulação da regra de ponderação ampliada, que estrutura as pontes ou os elos entre as fontes, orientadas pelos princípios constitucionais, destacadamente pela dignidade da pessoa humana.

Nesse movimento também se deverá construir e perceber as limitações da constitucionalização do Direito Privado. Observar os limites significa dizer: há relações privadas que ainda deverão ser solucionadas por meio da aplicação do Código Civil e de outros Códigos forjados nos microssistemas privados. A Constituição é coadjuvante nesses casos. Ela não resolve tudo e nem se poderá aplicá-la para solver qualquer situação. Resta ainda mais clara essa situação dos limites, quando se busca a iluminação trazida pelo manejo do controle de convencionalidade, ainda pouco conhecido pela Doutrina no Brasil.

O caso *Riggs vs. Palmer* foi trazido para o cenário deste artigo a fim de mostrar que a construção de respostas jurídicas sempre deverá ser ancorada na história e tradição do horizonte conformado daquela situação, em casos anteriores. Os princípios também reforçam essa conclusão. Embora se tenha claro que os referidos princípios não sejam os princípios gerais do Direito, que se encontram (ainda) consagrados no artigo 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que estão vinculados a uma tradição positivista. Não se faz a crítica dessa categoria de princípios, considerando que eles representaram um avanço no momento histórico em que foram planejados, mas que se mostram inadequados e não recepcionados pela Constituição do Brasil de 1988.

O problema que orientou a elaboração deste artigo foi assim apresentado na Introdução: sob quais condições o caso Riggs vs. Palmer poderá orientar a construção de modelo jurídico para se conservar a fundamentalidade constitucional da dignidade da pessoa humana, no panorama da chamada constitucionalização do Direito Privado? O percurso da pesquisa sinalizou que a constitucionalização do Direito Privado deverá ser examinada com cautela, sob pena de destruir as bases e os institutos próprios do Direito Privado, em nome de uma constitucionalização sem limites e critérios, colocando em risco as características jurídicas que distinguem o Direito Público do Direito Privado. O movimento da invasão da Constituição em todos os ramos do Direito e a incorporação de muitos institutos do Direito Privado nas regras constitucionais passou a (falsa) impressão de que o Código Civil e os demais textos legais tipicamente privados tivessem ficado sem função. Não é o que se deve imaginar e nem praticar. Tanto a Constituição quanto o Código Civil continuam existindo e com aplicação específica nas relações da vida. O que se exige para a percepção desse movimento e dos limites é o exercício hermenêutico realizado pelo *phrónimos*.

Não pode haver surpresas na resolução dos casos da vida, pois as fontes são conhecidas e deverão ser manejadas no interior do diálogo entre as fontes do Direito, com criatividade e flexibilidade para dar conta do inédito e do inovador, próprio do gênero humano. A dignidade da pessoa humana, como se viu, não poderá ser usada como um princípio (ou regra) que seja capaz de assegurar a proteção de toda e qualquer demanda oriunda da sociedade. Para tanto, as decisões judiciais no Brasil deverão ser fundamentadas adequadamente, em atenção a esse direito fundamental inserido na Constituição do Brasil, observando o horizonte hermenêutico já construído para o tema a ser decidido, na tentativa de continuar a linha decisória trazida pela tradição. Não se pensa em construir a resposta correta, mas a resposta adequada ao caso concreto. Aí o ponto fulcral que se pode aprender das decisões proferidas no Sistema Jurídico da *Common Law*, ou

seja, é uma tradição que precisa continuar. As rupturas são possíveis, mas em casos muito bem justificados. Não são a regra. O que não se verifica no Brasil. É difícil a criação de laços de tradição se cada magistrado decide como quer e de acordo com a sua consciência. Essa não é uma resposta constitucional e convencionalmente adequada. Aprender com a caminhada bem mais longa da *Common Law* não significa imitação ou cópia, mas humildade intelectual de observar e trazer para o cenário brasileiro, de maneira crítica e contextualizada, lições que já mostraram ser positivas. Aqui a importância fulcral do estudo do caso trazido na primeira seção do artigo.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Distribuciones Fontamara, 1993a.

ALEXY, Robert. *El concepto y la Validez del Derecho*. 2. ed. Tradução: Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. Inclusive Non-Positivism. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Joaçaba, v. 16, n. 2, p. 283-292, jul./dez. 2015.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993b.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. Tradução: Mário da Gama Kury. Brasília, DF: Ed. UnB, 2001.

AUBENQUE, Pierre. *A Prudência em Aristóteles*. Tradução: Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial, 2003.

BENIGNO, Verônica. *Robert Earl. Historical Society of The New York Courts*. Disponível em: <http://www.nycourts.gov/history/legal-history-new-york/history-legal-bench-court-appeals.html?http://www.nycourts.gov/history/legal-history-new-york/luminaries-court-appeals/earl-robert.html>. Acesso em: 20 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1. Turma). AgRg nos EREsp 319.997/SC. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Relator para Acórdão: Ministro Humberto Gomes de Barros, 14 de agosto de 2002. *Diário da Justiça*, 7 abr. 2003.

CASO RIGSS vs. PALMER. *The Road Not Taken: Riggs and the Fiction of Civil Death*. Disponível em: <http://publishing.cdlib.org/ucpressebooks/view?docId=ft9q2nb693&chunk.id=d0e1538&toc.id=d0e1282&brand=ucpress;query=socialized%20medicine>. Acesso em: 10 jan. 2016.

COSTA FILHO, Vescelau Tavares. Não mencione o código de Napoleão! Análise crítica da pesquisa no ambiente das pós-graduações em Direito Civil. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovskiet al. (org.). *Direito civil constitucional. A resignificação da função dos institutos fundamentais do Direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 605-612.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jéferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico. Princípios, regras e o conceito do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.



Wilson Engelmann, Raquel von Hohendorff, Paulo Junior Trindade dos Santos



ENGELMANN, Wilson. O diálogo entre as fontes do Direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à juridicização do risco. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 319-344.

FACHIN, Luis Edson. Mind the gap between the new portfolio and the so-called old systems. *Civilistica.com*, i. 2, n. 1, 2013.

GADAMER, Hans-George. *Verdade e Método*. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis; Rio de Janeiro: Vozes, 2002. v. 2.

GUASTINI, Riccardo. La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

LAW RESOURCE (org.). *Bulk Access to primary Legal materials*. Disponível em: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/US/117/117.US.591.html>. Acesso em: 10 jan. 2016.

LIBRARY OF CONGRESS. *United States: Inheritance Laws in the 19th and 20th Centuries*. Disponível em: [http://www.loc.gov/law/help/inheritance-laws/unitedstates.php#\\_ftnref16](http://www.loc.gov/law/help/inheritance-laws/unitedstates.php#_ftnref16). Acesso em: 20 jan. 2016.

LISBOA, Roberto Senise. Dignidade e solidariedade civil-constitucional no direito brasileiro. *Revista de Direito Privado*, v. 11, n. 42, p. 30-70, abr./jun. 2010.

MARTINEZ GARCIA, Jesús Ignacio. La Constitución, Fundamento Inquieto del Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 55, enero/abr. 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 9-40.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. *In*: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

OST, Françóis. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Barcelona: Doxa, n. 14, p. 169-194, 1993.

OWENS vs. OWENS. *Case text*. Disponível em: <https://casetext.com/case/owens-v-owens-94>. Acesso em: 5 jan. 2016.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O fenômeno da Constitucionalização do Direito: seus efeitos sobre o Direito Civil. *In*: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovskiet al. (org.). *Direito civil constitucional. A ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 547-562.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *Civil Law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 1º, III. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 121-128.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org.). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a. v. 2.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009b.

STRECK, Lenio Luiz. *Decisionismo e discricionariedade judicial em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. Separata: o direito e o futuro, o futuro do direito*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Diálogos (neo)constitucionais. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna (org.). *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma aplicação hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de. Comentário ao artigo 1º. (Estado Democrático de Direito). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 113-116.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Temas de Direito Civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. *In*: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Doutrina: edição comemorativa 20 anos. Brasília, DF: STJ, 2009.

WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão, Risco e Saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais*. Curitiba: Juruá, 2013.



# O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA E SUA MANIFESTAÇÃO NAS RÁDIOS COMUNITÁRIAS E NAS EMISSORAS DE TELEVISÃO: UM PANORAMA CONSTITUCIONAL E SEUS POSSÍVEIS LIMITES<sup>1</sup>

Michel Ferrari Borges dos Santos<sup>2</sup>

Resumo: Este artigo aborda o direito fundamental à liberdade religiosa, analisando o proselitismo religioso nas rádios comunitárias e as programações religiosas nas emissoras de televisão brasileiras. O tema é tratado sob o ponto de vista do direito fundamental à liberdade religiosa, do princípio da laicidade estatal e da comunicação social, conforme os parâmetros constitucionais e o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566. O objetivo é traçar o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade religiosa e sua expressão nos meios de comunicação – verificando quais as limitações que poderiam constitucionalmente ser defendidas. O estudo orienta-se por uma abordagem metodológica que combina aspectos analíticos e hermenêuticos. Concluiu-se que o direito fundamental à liberdade religiosa contempla a transmissão da religiosidade nos meios de comunicação, objetos de outorga estatal, com a necessária observação das normas constitucionais que regem a temática da comunicação social e do respeito às crenças minoritárias, de forma a não pregar intolerâncias e o discurso do ódio.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Liberdade Religiosa. Sociedade da Informação. Emissoras de televisão. Comunicação Social.

<sup>1</sup> Esta publicação não é inédita. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

<sup>2</sup> Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público; Mestrando em Direitos Fundamentais Cíveis: A ampliação dos Direitos Subjetivos pelo Programa de Pós-graduação stricto sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado; michelfbsadv@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo aborda o direito fundamental à liberdade religiosa na sociedade da informação, analisando o proselitismo religioso nas rádios comunitárias e as programações religiosas nas emissoras de televisão brasileiras. O tema é tratado sob o ponto de vista do direito fundamental à liberdade religiosa, do princípio da laicidade estatal e da comunicação social, conforme os parâmetros constitucionais e o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566.

O objetivo é traçar o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade religiosa e sua expressão nos meios de comunicação – verificando quais as limitações que poderiam constitucionalmente ser defendidas –, de forma a proteger religiosidades minoritárias e reconhecer a legitimidade de grupos formadores do processo civilizatório nacional. Neste ponto, o direito fundamental à liberdade de expressão, em um plano secundário, tornou-se relevante, uma vez que os direitos fundamentais à liberdade de expressão, consciência, religião e comunicação parecem permeáveis entre si.

O estudo orienta-se por uma abordagem metodológica que combina aspectos analíticos e hermenêuticos na compreensão do direito fundamental à liberdade religiosa, buscando conhecer como esse direito é compreendido no Brasil, qual seu âmbito de proteção e como se estabelece na sociedade da informação, tendo em vista as disposições constitucionais que englobam o princípio da laicidade estatal e a comunicação social.

O presente ensaio está dividido em três partes. Primeiramente, introduz-se a temática do direito fundamental à liberdade religiosa, analisando-o conforme disposto na Constituição Federal de 1988, abordando seus aspectos normativos e sociais. Em um segundo momento, faz-se uma abordagem do entendimento firmado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal

declarou constitucionalmente possível o proselitismo religioso em rádios comunitárias.<sup>3</sup> Finalmente, em um terceiro momento, trabalha-se com a transmissão de programas religiosos nas redes de TV abertas do Brasil, para, aplicando o entendimento da Corte constitucional na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566, descrever os limites que a manifestação religiosa pode sofrer nos meios de comunicação.

Trabalha-se com a hipótese de que o direito fundamental à liberdade religiosa contempla a transmissão da religiosidade nos meios de comunicação, objetos de concessão estatal, com a necessária observação das normas constitucionais que regem a temática da comunicação social e do respeito às crenças minoritárias, de forma a não pregar intolerâncias e o discurso do ódio.

## 2 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – ASPECTOS NORMATIVOS E SOCIAIS

O lugar central ocupado pela religião no contexto social e político das sociedades humanas é demonstrado através de estudos arqueológicos, antropológicos e históricos, sendo que, durante muitos séculos, a ciência, o direito, a educação e o poder político foram concebidos através de uma teoria teológico-confessional. A religião e o discurso teológico-confessional, que ainda são capazes de ocupar papéis centralizadores no corpo social, por vezes foram unificadores de segmentos sociais que possuíam os mesmos interesses e que compartilhavam as mesmas crenças (MACHADO, 1996, p. 9 e 92-93). Apesar de o fenômeno da religiosidade aparecer como vetor de

<sup>3</sup> Destaca-se que nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal não tratou somente sobre o proselitismo religioso nas rádios comunitárias, mas sim sobre a possibilidade do discurso proselitista – ocasião em que a religiosidade ganhou algum destaque. O presente trabalho analisa a temática sob o enfoque do discurso religioso nos meios de comunicação.

coesão social ao longo da história, prestou-se muitas vezes para opressão e discriminação de grupos “infiéis”. Por esses aspectos e também por possuir uma ligação direta com a dignidade da pessoa humana, relacionando-se com a identidade individual e autodeterminação das pessoas, o direito constitucional dos Estados Democráticos se ocupa de tutelar o direito fundamental à liberdade religiosa, objetivando uma livre convivência com os valores da igualdade, pluralismo e justiça social (WEINGARTNER NETO; SARLET, 2016, p. 60).

Ferreira e Fiorillo (2018, p. 42-43) tratam das religiões enquanto relações existentes entre o ser humano e um poder sobre-humano no qual se acredita ou se sente dependente, associando-se a questões existenciais presentes nas mais diversas culturas. No Brasil, a religiosidade vincula-se ao modo de viver dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, resultante de um processo civilizatório politeísta. No mesmo sentido, Velho (2006, p. 240), quando, ao tratar do tombamento de um terreiro de candomblé na capital da Bahia, mencionou que a valorização cultural dos grupos formadores da sociedade brasileira reverbera uma visão dessa sociedade como multiétnica, caracterizada por um pluralismo sociocultural, já que constituída por tradições luso-brasileiras, afrodescentes, indígenas e entre tantas outras. O autor relatou divergências na sociedade baiana quanto ao que se considera patrimônio cultural, divergências essas que florescem no seio social justamente por ser a sociedade moderna-contemporânea fruto de múltiplos segmentos e de diversas manifestações culturais.

Dados de 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em pesquisa que se refere à população residente no país, por religião, apontam uma maioria da população Católica Apostólica Romana, representada por 123.280.172 pessoas, acompanhada por um grande contingente de seguidores da Igreja Católica Apostólica Brasileira, em número de 560.781 fiéis, enquanto a denominação Católica Ortodoxa conta com 131.571 seguidores. Declarados evangélicos são 42.275.440, sendo a Assembleia de Deus a maior denominação evangélica do Brasil, que conta com 12.314.410

seguidores. Pontua-se que as Igrejas Evangélicas possuem diversas denominações, constando no referido censo uma variação indeterminada. As religiões de matriz africana, representadas pela Umbanda e o Candomblé – mas não só, pois nesse número também entram outras declarações de religiosidade afro-brasileira – são representadas por 588.797 pessoas.<sup>4</sup> A variedade de denominações religiosas ficou muito bem demonstrada no censo realizado pelo instituto, sendo muitas vezes mencionada essa indeterminação através da expressão “outras denominações”, seguida do número de praticantes. Lembra-se que a religiosidade não é e nem poderia ser algo estanque, sendo subjetiva quando pensada em relação ao que o indivíduo acredita ou sente conforto em expressar, podendo esses números ter se modificado ao longo dos últimos anos, bem como através do surgimento de novas religiões.

Diante do politeísmo religioso existe no país – mesmo se apontando uma grande maioria cristã –, vem a calhar a reflexão de Santos (1997, p. 13), quando afirmou que falar de religião é falar de diferenças de fronteiras e de particularismos entre as pessoas e os povos. Atenta, a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 5º,<sup>5</sup> inc. VI,<sup>6</sup> inviolável a liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos e dos locais onde são praticadas suas liturgias. Veja-se que o referido dispositivo não menciona expressamente um direito fundamental à “liberdade religiosa”, mas conforme explicou Weingartner Neto (2007, p. 79-81), trata a liberdade de consciência como ponto de base para a consagração constitucional da “liberdade de religião”, declarando a Constituição inviolável a liberdade de consciência, e, conforme ditou o autor, “num salto”, o direito fundamental à liberdade de crença. Encontra-se neste dispositivo uma liberdade para

<sup>4</sup> Para maiores detalhes, consultar censo do IBGE (2010).

<sup>5</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988).

<sup>6</sup> VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. (BRASIL, 1988).

opções em matéria de fé, relegadas para o foro da consciência individual. A inviolabilidade de consciência aqui é tratada como raiz de um direito fundamental à liberdade religiosa.<sup>7</sup>

O autor português Jónatas Machado (1996, p. 194-195) se posicionou no sentido de haver um direito geral de liberdade de consciência, uma autodeterminação existencial e ética do indivíduo, desdobrando-se em múltiplas opções, sendo a religiosidade uma delas. Trata-se a liberdade religiosa de um corolário da liberdade de consciência – pois a gestão dos valores pessoais faz parte da esfera de singularidade de cada ser humano. Canotilho e Moreira (2007, p. 609), ao comentarem a Constituição da República Portuguesa, se posicionaram no mesmo sentido. Os autores explicaram que a liberdade de consciência consiste na liberdade de opção quanto à padrões e valores, possibilitando a escolha dos próprios padrões de valoração ética ou moral. A liberdade religiosa monta um cenário no qual é possível adotar ou não uma religião, não ser prejudicado por qualquer atitude religiosa ou antirreligiosa, fazer proselitismo no sentido da religião escolhida ou optar por abster-se. Para além, tem-se também a liberdade de culto, que é uma dimensão da liberdade religiosa de quem professa uma fé, o direito individual ou coletivo de praticar a religiosidade através de atos externos de veneração de determinada devoção.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 mostra-se atenta ao fenômeno religioso, prevendo então, nos incisos do art. 5º, a garantia dos direitos fundamentais à liberdade de consciência e à liberdade de religião – na esteira do raciocínio acima exposto. Em comentários especificamente

---

<sup>7</sup> A posição que pensa na liberdade de consciência como raiz da liberdade religiosa encontra controvérsias. Neste trabalho, filia-se, seguindo a doutrina de Weingartner Neto (2007, p. 81-84), à corrente que entende a inviolabilidade de consciência como fonte da qual defluem outras liberdades, como a liberdade religiosa e liberdades de outras naturezas, como a filosófica. Cientifica-se ao leitor que outras correntes doutrinárias entendem que o direito fundamental à liberdade religiosa deriva da liberdade de pensamento, sendo esse entendimento amplamente difundido no Brasil. Salienta-se, porém, que tal discussão não merece tanta relevância, uma vez que se acredita impossível delinear as liberdades fundamentais de modo absoluto, já que as categorias de liberdades de consciência, pensamento, religião e comunicação parecem permeáveis entre si. (BRASIL, 1988).

a esse dispositivo, Weingartner Neto e Sarlet (2016, p. 63), apontam que na primeira parte do inc. VI se estabelece a garantia da liberdade de consciência – autonomia moral e prática do sujeito e autonomia quanto a padrões éticos e existenciais – o que resta reforçado pelo direito à escusa de consciência previsto no inc. VIII.<sup>8</sup> Já a liberdade de religião configura-se como um direito complexo que permite ao indivíduo escolher entre ter ou não ter religião ou deixar de ter religião, desdobrando-se na liberdade de crença – segunda parte do inc. VI –, na liberdade de expressão e informação em matéria religiosa, na liberdade de culto – terceira parte do inc. VI –, no direito à assistência religiosa – garantia constante no inc. VII<sup>9</sup> –, além de outros direitos mais específicos como de reunião, associação e privacidade, banhados pelo aspecto religioso.

Ferreira e Fiorillo (2018, p. 44) trabalham com um conceito jurídico de religião como um bem cultural estruturado em face dos artigos 215<sup>10</sup> e 216<sup>11</sup> da Constituição Federal de 1988, uma vez que as religiões se associam às referências de identidade, ação e memória de povos formadores sociedade brasileira, estando intimamente ligadas aos grupos participantes do processo civilizatório nacional. Assim, as manifestações das culturas populares indígenas, afrobrasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, devem ser protegidas pelo Estado, em virtude do mandamento constitucional constante no art. 215, §1º,<sup>12</sup> pois

<sup>8</sup> VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei. (BRASIL, 1988).

<sup>9</sup> VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva. (BRASIL, 1988).

<sup>10</sup> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. (BRASIL, 1988).

<sup>11</sup> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...]. (BRASIL, 1988).

<sup>12</sup> § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afrobrasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. (BRASIL, 1988).

a religiosidade faz referências à identidade, ação e memória dos povos. Nesse sentido, os autores classificam o direito fundamental à liberdade de crença tutelado também pelas normas que estruturam o “meio ambiente cultural”, para então proteger constitucionalmente através “da cultura”, o livre exercício dos cultos religiosos, a proteção aos locais das cerimônias e liturgias, além da garantia constante no art. 5º, inc. VI, da Constituição Federal de 1988. Nesse mesmo sentido, Velho (2006, p. 328), para quem a religião compreende um fenômeno que constitui a identidade de parcelas da população, sendo suas crenças abarcadas na concepção de cultura.

Merece atenção o dispositivo constitucional onde se encontra a regra que deve reger as relações entre o Estado brasileiro e as confissões religiosas. O art. 19, inc. I,<sup>13</sup> consagra o princípio do Estado laico, informando que igrejas e confissões religiosas estariam apartadas da estrutura e organização estatal, localizando-se o dispositivo constitucional o Título III, Capítulo I, referente à “Organização Político-administrativa” do Estado. Mariano (2011, p. 6) ensinou que, histórica e normativamente, a laicidade se refere à emancipação do Estado frente aos poderes eclesiásticos, uma autonomia entre os poderes políticos e as igrejas, de forma a tornar ilegítima a intervenção da igreja na decisão política. Para além, o significado de laicidade prescreve um dever de neutralidade do Estado quanto ao fenômeno religioso, concedendo-se tratamento igualitário para todas as formas de religiosidade, preservando os direitos fundamentais à liberdade religiosa, de crença, e de culto. Para Weingartner Neto (2007, p. 148), a Constituição Federal de 1988 não é indiferente e muito menos hostil com relação à religiosidade, sendo uma Carta solidária e tolerante, aspecto importante no momento de se interpretar o princípio da laicidade estatal e, como se fará nos próximos passos deste ensaio, a transmissão de doutrinas religiosas nos meios de comunicação.

<sup>13</sup> Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:  
I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público. (BRASIL, 1988).

### 3 O PROSELITISMO RELIGIOSO NAS RÁDIOS COMUNITÁRIAS – UMA ABORDAGEM A PARTIR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2566

Bucci (2016, p. 96), explanando sobre a tecnologia nos meios de comunicação, que reformulou as formas de interação social, adverte que ela pode se projetar como enunciadora de um discurso, mas que não substitui o jornalista e a comunicação social. É a partir desse ponto, do jornalista como possuidor de um discurso proselitista, que se faz uma abordagem da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566, utilizando-se os votos proferidos no plenário do Supremo Tribunal Federal, para compreender o posicionamento da Corte quando da discussão acerca do art. 220<sup>14</sup> da Constituição Federal de 1988 e da possibilidade do discurso proselitista<sup>15</sup> nas rádios comunitárias. Referida ADI, ajuizada pelo Partido da República, antigo Partido Liberal, objetivou declarar inconstitucional o §1º, do art. 4º, da Lei n. 9.612/98,<sup>16</sup> que vedava o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária, e que infringiria o disposto no artigo 5º,<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (BRASIL, 1988).

<sup>15</sup> Na ADI 2566 discutiu-se a possibilidade de acontecerem discursos proselitistas – sejam esses discursos políticos, religiosos, filosóficos ou de outra qualquer natureza. No presente ensaio se dá uma atenção maior ao discurso proselitista enquanto religiosidade, já que o direito fundamental à liberdade religiosa e o princípio da laicidade estatal são os objetos de estudo.

<sup>16</sup> Art. 4º As emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária atenderão, em sua programação, aos seguintes princípios: [...].  
§ 1º É vedado o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária (Vide ADIN n. 2566). (BRASIL, 1998).

<sup>17</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988).

incisos IV,<sup>18</sup> VI,<sup>19</sup> IX,<sup>20</sup> e no art. 220 da Constituição Federal de 1988. Ponto interessante a ser destacado, apesar de não ter sido tão fortemente debatido no Supremo Tribunal Federal, é a previsão constante no art. 223,<sup>21</sup> da Carta da República, onde consta ser competência do Poder Executivo outorgar e renovar a concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

O relator ministro Alexandre de Moraes argumentou que a lei impugnada leva em consideração a função sociocultural específica das rádios comunitárias, importante na formação de ideias, elementos culturais e hábitos sociais da comunidade, de modo que, vedando o proselitismo, o §1º, do art. 4º, da Lei n. 9.612/98, estaria atendendo aos interesses de uma comunidade plural. Afirmou não se tratar de censura prévia e que a livre manifestação do pensamento é garantida pela legislação, uma vez que os programas e locuções da rádio continuariam livres, apenas estando vedado o desvio de finalidade para o proselitismo, com sanção *a posteriori*. Observou que o proselitismo é o discurso de doutrinação sistemática e autoritária de um determinado pensamento, direcionando parcelas da comunidade a uma só informação, de modo a converter o ouvinte a uma verdade absoluta. Ao vedar o proselitismo de qualquer natureza, a lei reforça que as rádios comunitárias devem respeitar todas as ideias religiosas, políticas, sociais e filosóficas, evitando-se a utilização de rádios comunitárias como monopólio de um só pensamento religioso.

Ponto a ser destacado no voto do ministro Alexandre de Moraes é seu entendimento de que a utilização de concessões estatais por rádios

<sup>18</sup> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. (BRASIL, 1988).

<sup>19</sup> VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. (BRASIL, 1988).

<sup>20</sup> IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. (BRASIL, 1988).

<sup>21</sup> Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. (BRASIL, 1988).

comunitárias não combina com a exclusividade de determinado discurso religioso específico. Votou no sentido de que a rádio comunitária possa divulgar preceitos religiosos, mas que o proselitismo religioso acabaria por tornar a rádio um instrumento de conversão de ouvintes à determinada religiosidade. Assim, o Estado não poderia conceder um meio de comunicação para que determinado grupo entre com exclusividade em uma comunidade com seu discurso proselitista, seja ele político ou religioso. Advertiu que vê o discurso proselitista religioso em um veículo de comunicação de concessão Estatal com mais preocupação, por conta do princípio da laicidade estatal. Assim, votou pela improcedência da Ação Direta de inconstitucionalidade 2566, de maneira a entender constitucional a parte da lei que veda o proselitismo de qualquer natureza nas rádios comunitárias. No mesmo sentido foi o voto do ministro Luiz Fux,<sup>22</sup> que acompanhou o relator.

O ministro Edson Fachin votou de forma a divergir do relator ministro Alexandre de Moraes. Citando o conteúdo do art. 220, *caput* e §1º,<sup>23</sup> da Constituição Federal de 1988, consignou que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação não sofrerão qualquer

<sup>22</sup> O ministro Luiz Fux argumentou, em linhas gerais, de modo a entender constitucional a vedação ao proselitismo nas rádios comunitárias, uma vez que o discurso proselitista visa converter adeptos a um discurso sectário, seja de ordem religiosa, política ou de qualquer espécie. Defendeu que a natureza dúplice da liberdade de expressão compreende também uma dimensão positiva que legitima a regulamentação e a fiscalização dos sistemas de comunicação para melhorar a qualidade do debate e a inclusão de grupos sociais, sendo que o desenho institucional das rádios comunitárias lhes assegura o espectro de difusão de ideias e formação de pensamentos amplos e plurais, o que legitima a intervenção estatal. Afirmou que as rádios comunitárias se caracterizam pela baixa frequência, alcance limitado, cunho social e sobretudo, pela exclusividade, sendo essencial que sejam veículos democráticos com representatividade cultural. Por se tratar de serviço público prestado com exclusividade, que visa a transmissão de informações e a inclusão social em todos os rincões do país, necessária uma neutralidade ideológica tanto quanto possível, evitando capturas privadas. Para o ministro, o proselitismo nas rádios comunitárias constitui uma ameaça à democracia, à cidadania, ao pluralismo político, ao pluripartidarismo e à soberania popular.

<sup>23</sup> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. (BRASIL, 1988).

restrição, sendo que nenhuma lei pode conter dispositivo que embarace a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social – observando-se o texto constitucional. Complementou seu raciocínio citando o art. 13,<sup>24</sup> do Pacto de San José da Costa Rica, que consigna que o exercício do direito à liberdade de expressão não pode estar sujeito à censura prévia, devendo a responsabilização por eventuais prejuízos acontecer posteriormente. Explicou que o exercício da liberdade de expressão compreende o direito de quem fala e também o direito de receber as informações, o que possibilita a mudança de opinião e inclusive a mudança de religiosidade, que faz parte do direito fundamental à liberdade religiosa previsto constitucionalmente. No caso do discurso religioso, o ministro Fachin relatou que existem religiões que se pretendem universais e que alcançar o outro faz parte da prática religiosa que está amparada pelos direitos constitucionais. Sendo assim, a legislação que veda o proselitismo nas rádios comunitárias seria inconstitucional, pois não se amoldaria às cláusulas que legitimam restrições à liberdade de expressão e religião.

O ministro Fachin conferiu um grande alcance à liberdade de expressão – e, conseqüentemente, ao discurso proselitista religioso –, especialmente nos meios de comunicação, realçando a primazia do direito fundamental à liberdade de expressão – sem esquecer que, por não se tratar de um direito absoluto –, pode ser limitado com base na Constituição

<sup>24</sup> Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão. 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: [...]. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência [...]. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Federal de 1988 e nos tratados de direito internacional. Continuando seu voto, apontou importante questão: a veiculação de discurso proselitista nas rádios deve ocorrer sem incitação ao ódio<sup>25</sup> e “evidentemente sem discriminações”. Assim, sustentou que a inconstitucionalidade do §1º, do art. 4º, da Lei n. 9.612/98 se impõe, até mesmo para obstar a sedução do Estado pelo controle e sua fascinação pela censura, julgando procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566. No mesmo sentido foi o voto do Ministro Roberto Barroso, quando mencionou que o abuso do direito à liberdade de expressão pode trazer algumas consequências, como o dever de retificação, o direito de resposta e até mesmo uma indenização, mas que a liberdade de expressão não pode ser previamente censurada, sendo inconstitucional a norma que veda o proselitismo de qualquer natureza em rádios comunitárias.

A ministra Rosa Weber votou no mesmo sentido do voto divergente do ministro Fachin, acrescentando questão que merece realce quando se trata do direito fundamental à liberdade religiosa. Afirmou que o princípio da laicidade do Estado se impõe no art. 19, inc. I, da Constituição Federal de 1988 e que, devidamente equacionado, esse princípio não suprime a expressão da religiosidade, mas veda o tratamento discriminatório, o favorecimento de determinado grupo, organização ou facção. O princípio da laicidade se realiza pela promoção da pluralidade e não pela imposição do silêncio. Defendeu, assim, a livre manifestação de ideias contrapostas e a circulação de múltiplos pontos de vista nas ondas de rádio disponíveis ao sistema de rádio difusão comunitária. Na mesma entoadada, o ministro Marco Aurélio afirmou que a Constituição Federal não diferenciou a espécie de veículo de comunicação, aplicando-se a ampla liberdade de expressão, prevista em seu art. 220, também às rádios comunitárias. Entendeu, portanto,

<sup>25</sup> O ministro Celso de Melo, no mesmo sentido, entendeu que a liberdade de expressão somente se deslegitima quando há incitação ao ódio contra qualquer pessoa grupo ou povo, exemplificando como inadmissíveis as incitações ao ódio religioso ou racial.

inconstitucional a lei que veda o discurso proselitista, pois criaria embaraço ao direito fundamental à liberdade de expressão – e de expressão religiosa.

Dessa forma, restou julgada procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566, declarando-se inconstitucional o § 1º, do art. 4º, da Lei n. 9.612/98. Restou firmado um entendimento que compreende o direito fundamental a liberdade de expressão não como absoluto, mas impassível de censura prévia. Prestigiou-se a mais ampla liberdade de expressão, ainda que feita através de proselitismos, sendo eles religiosos, políticos ou filosóficos. O Supremo Tribunal Federal deixou livre a escolha das programações das rádios comunitárias em nome de um direito fundamental à liberdade de expressão mais amplificado. Enunciou-se a possibilidade de o discurso proselitista acontecer nas rádios comunitárias, sendo a ele inerente a ideia de liberdade religiosa, que inclui também o direito de tentar convencer os outros a mudar de religião, sem prejuízo de indenizações posteriores em caso de configuração do discurso do ódio.

A Corte não se alongou a explicar o que configuraria o discurso do ódio, apenas citando-o como limite à liberdade de expressão. Nos próximos passos segue-se o raciocínio do Supremo Tribunal Federal para analisar, para além das rádios comunitárias, as redes de televisão que apresentam programações vinculadas a religiões específicas. Destaca-se que essa atividade depende também de uma outorga estatal – art. 223 da Constituição Federal de 1988. Nesse aspecto, analisa-se como acontecem esses programas nas emissoras de televisão brasileiras, fazendo-se uma relação com o entendimento firmado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566 e os limites propostos pelo discurso do ódio.

## 4 A TRANSMISSÃO DE DOCTRINAS RELIGIOSAS NAS EMISSORAS DE TELEVISÃO BRASILEIRAS – O DISCURSO DO ÓDIO COMO LIMITADOR DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA

Neste momento, localiza-se o presente artigo no contexto da ampla difusão de ideias na sociedade da informação, notadamente nos meios de televisão. É na era digital que a sociedade segue seus passos, no jornalismo online e nas redes interconectadas. Conforme Bucci (2016, p. 87-90), narrando o desenvolvimento do cenário comunicativo, o telégrafo se espalhou em 1910, o telefone e o filme mudo entraram nas sociedades desenvolvidas por volta de 1925, o rádio e o filme falado, em 1940. A televisão é mundialmente conhecida em 1955, instalando-se os meios de comunicação em massa. No século XXI a sociedade se conecta à internet: bases de dados, algoritmos e as interconexões leem os sentidos das mais diversas mensagens em trânsito e identificam as motivações dos usuários. Está-se diante de uma biblioteca inteira através de um dispositivo capaz de armazenar todos os livros, caracterizando uma era de liberdades tecnológicas não imaginadas. O autor continua seu raciocínio advertindo que o jornalismo da era digital tem como fontes as multidões, pois as ferramentas tecnológicas estendem o alcance e abrem novas relações entre os sujeitos, mas que o poder continua muito ligado ao portador do discurso.

Em texto publicado antes de a sociedade da informação ser invadida por *smartphones*, Bucci (2000, p. 71-73) revelou a importância dos meios televisivos na formação da opinião pública, ocasião em que advertiu que a violência é show a ser mostrado e repetido quantas vezes for necessário para atrair o telespectador. Na década de 1990, houve um crescimento de programas de televisão sensacionalistas que comentavam fatos e crimes acontecidos no Brasil, momento em que programações de grandes emissoras brasileiras passaram a abordar a violência de forma a distorcer a imagem do policial – ora herói, ora vilão –, o que, segundo o autor, deformaria a

compreensão que os próprios policiais tinham do seu papel. Na era da televisão “tudo é imagem”, inclusive a competência e a incompetência que se atribui às autoridades públicas, podendo os meios televisivos se configurarem no terreno propício no qual a sociedade mata sua sede de justiça através de doses fortes de imagens que escancaram aquilo que o povo quer ver. Na década de 2010 a sociedade se vê com o mundo na mão: os *smartphones* abrem janela para as mais diversas plataformas digitais: televisão, rádio, *youtube*, *WhatsApp* e outros tantos aplicativos que misturam “informação”<sup>26</sup> e interatividade.

Apesar da difusão dos meios de comunicação nas mais variadas ferramentas tecnológicas, a imagem e o discurso proferido nas programações dos canais de televisão brasileiros despertam interesse, notadamente quanto à crescente exibição de doutrinas e proselitismo religioso nas grades dessas emissoras. Com semelhante preocupação, Ferreira e Fiorillo (2018, p. 41) buscaram interpretar juridicamente como a transmissão de conhecimentos religiosos poderia se desenvolver dentro do processo de comunicação e da sociedade da informação. Os autores seguiram uma linha de raciocínio de forma a desenvolver o tema do direito fundamental à liberdade religiosa em face do meio ambiente cultural – associando a religiosidade com questões existenciais de grupos formadores da sociedade brasileira. Assim, a transmissão de doutrinas religiosas na sociedade da informação é vista como uma manifestação cultural dos grupos participantes do processo civilizatório. Uma pergunta que se faz é: que grupos participantes do processo civilizatório nacional – ou seja, que culturas e religiões –, estão nos meios de comunicação televisivos?

Conforme antes descrito, programas de televisão sensacionalistas que abordavam a violência das maiores cidades brasileiras tiveram grande

---

<sup>26</sup> Informação neste contexto é colocada entre aspas como referência à vasta quantidade de acesso aos meios de comunicação e notícias que circulam na rede, porém por vezes com baixo grau de confiabilidade – uma vez que hoje qualquer pessoa se torna emissor e produtor de conteúdo. Por vezes, a credibilidade do meio de comunicação passa a ter uma importância maior do que a própria notícia.

importância nas grades das emissoras de televisão na década de 1990. Nos últimos anos, passou-se a observar que as programações com cunho religioso ganharam espaço, especialmente quando se trata da exibição de cultos evangélicos neopentecostais. Em estudo divulgado em agosto de 2017, a Agência Nacional de Cinema – Ancine – constatou que as programações religiosas nas grades das emissoras de televisão aberta no Brasil representavam 21% do conteúdo programado no ano de 2015. O estudo abrangeu as programações das principais emissoras do país – Record, Rede Bandeirantes, Rede TV!, CNT, Rede Globo, SBT, TV Cultura e TV Brasil<sup>27</sup> (FERREIRA; FIORILLO, 2018, p. 40). Segundo Giumbelli (2002, p. 288), a Igreja Universal do Reino de Deus controlava a Record, a extinta Rede Mulher – hoje Record News –, a Rede Família, e entre outras afiliadas, que somavam, no total mais de 20 emissoras de TV, além de outras empresas ligadas a jornais impressos e revistas.

Verificando as informações, no mês de junho de 2019, contactou-se que a Record possuía em sua programação semanal uma média de 4h e 45min de programação exclusivamente religiosa e vinculada à Igreja Universal do Reino de Deus, mais especificamente concentrada no horário da madrugada. Nos fins de semana a programação religiosa aumentava para cerca de 5h45min aos sábados e 7h45min aos domingos, estendendo-se para o horário da manhã. A programação da Record é composta, portanto, de cerca de 22% de conteúdo religioso vinculado à Igreja Universal do Reino de Deus. A Rede Bandeirantes exibe diariamente cultos da Igreja Internacional da Graça, com o Ministro RR Soares, juntamente com outros programas religiosos, totalizando 1h20min em cada dia da semana, 3h50min aos sábados e aos domingos 1h30min de programação religiosa. Aos domingos, é exibido, com duração de 30 min, o programa “Federação Israelita”, com

<sup>27</sup> Na época de constituição desta pesquisa, a Rede Globo não apresentava programas religiosos na sua programação semanal. Aos domingos, no horário da manhã, a emissora carioca exibia o programa “Santa Missa”, católico, podendo haver variações de acordo com a programação regional das emissoras afiliadas. O SBT, TV Cultura e TV Brasil, de forma geral, não apresentavam programas religiosos em sua programação.

informações acerca da comunidade judaica do Rio, Israel e o mundo judaico. O restante dos programas das emissoras Record e Rede Bandeirantes se destinam ao jornalismo, esporte e entretenimento.

As programações das duas emissoras acima analisadas – Record e Bandeirantes –, demonstraram uma quantidade de programação destinada à religiosidade evangélica neopentecostal, que ocupam na Record um longo horário na madrugada e na Rede Bandeirantes curtos espaços diurnos. Chama-se atenção, porém, às programações neopentecostais na emissora Rede TV!, que veicula cerca de 30% da sua programação, uma média de 8h diárias, aos cultos e pregações da Igreja Internacional da Graça de Deus e da Igreja Universal do Reino de Deus, em horários variados. A Rede CNT é quase que integralmente destinada à programação religiosa, com poucos minutos durante o dia destinado a informações – e com algum programa esportivo ou jornalístico veiculado no horário da noite. Outra emissora que merece destaque é a TV Canção Nova, com conteúdo predominantemente católico, mas mesclado com entretenimento, programação infantil e dicas de saúde.

Percebe-se que as programações religiosas das emissoras de televisão brasileiras são predominantemente relativas à religiosidade cristã, mais especificamente evangélica neopentecostal. Em resposta ao questionamento anteriormente formulado, sobre quais seriam as culturas e religiões dos povos formadores do processo civilizatório nacional que estariam nos meios televisivos, pontua-se, de forma geral, que se verificou que culturas minoritárias não tem espaço nos meios de comunicação. Exemplo disso são as religiões de matriz africana, que não encontram representatividade na grande mídia. Levando-se em consideração o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566, ocasião em que foi privilegiada a liberdade de expressão, permitindo o proselitismo nas rádios comunitárias, que pode sofrer restrições apenas no caso de configuração do discurso do ódio, desenvolve-se nos próximos passos uma integração entre o entendimento

da Corte e a necessidade do olhar atento estatal aos grupos minoritários formadores da sociedade brasileira.

O Capítulo V da Constituição Federal de 1988, que é inaugurado pelo art. 220, versa sobre a comunicação social” e não faz distinção à espécie de veículo de comunicação ao qual se dirige. A partir do entendimento firmado na Ação Direta de inconstitucionalidade 2566, pode-se concluir que leis ordinárias não poderiam oferecer embaraços à liberdade de expressão nos meios de comunicação, permitindo-se o proselitismo religioso. Ficou assentado no Supremo Tribunal Federal, não na ementa da ação, mas no conteúdo de alguns votos, que a liberdade de expressão somente se deslegitima quando há incitação ao ódio contra qualquer pessoa ou povo. Apesar dessas passagens, o conteúdo do que se entende por ódio no discurso proselitista não restou muito aprofundado, e, veja-se: compreensível, já que não era o ponto crucial da ação que tramitou na Corte. Nesse momento, delinea-se o que configuraria o ódio passível de repreensão.

Para Castro e Freitas (2013), o discurso do ódio resta caracterizado quando há uma manifestação do pensamento com vistas a humilhar e calar grupos minoritários, sendo que repudiá-lo é uma forma de garantir a expressão desses grupos e conferir-lhes o exercício da cidadania. O reconhecimento do discurso do ódio como limitador da liberdade de expressão traz a ideia de que o princípio da dignidade humana incorpora valores de inclusão social em sua configuração constitucional. Nesse sentido, inclusive quando se tratam de manifestações religiosas, uma vez que a convicção religiosa transforma a órbita de comportamento do indivíduo, fazendo parte da sua liberdade agir de acordo com a religiosidade adotada e exteriorizar esse pensamento – a dignidade humana, incorporada de valores inclusivos, não aceita a exclusão de grupos através do discurso intolerante. A manifestação religiosa que configure humilhação a grupos minoritários e que configure o ódio, pode ser restringida em Estados preocupados com a inclusão social dos grupos formadores do processo civilizatório nacional.

Coadunada com esse entendimento é a leitura de Santos (1997, p. 13-16). Ao tratar dos direitos humanos e de como eles devem ser compreendidos, o autor defendeu que sua aplicação deve acontecer de forma a se respeitar a peculiaridade de cada povo e de cada cultura, sendo a política de direitos humanos basicamente uma política cultural. Assim, o direito humano fundamental à liberdade religiosa garante que grupos minoritários exerçam livremente suas crenças e não tenham suas práticas desestruturadas por uma religião hegemônica que se pretenda globalizante. E nesse sentido deve haver a preocupação estatal, inclusive, com o discurso do ódio proferido por religiões que possuem a concessão estatal dos meios de comunicação, por conta dos impactos que firam as próprias razões de ser e as essências de determinado grupo. A liberdade religiosa, sob esse ponto de vista, precisa ser olhada sob uma concepção não discriminatória e ofensiva, mesmo que parte inerente a determinada religião é a pretensão de ser universal.

Esse discurso do ódio no meio televisivo gera um grande impacto, pois atinge uma gama maior de pessoas e em diversas regiões, o que pode gerar um dano difuso a determinado grupo social. Nesse sentido, humilhar, inferiorizar e desqualificar religiões minoritárias não deve ser uma atitude protegida pela liberdade religiosa ou pelo direito fundamental à liberdade de expressão. Conforme Castro e Freitas (2013), a democracia contemporânea se afirma na pluralidade, tolerância e respeito para com as características culturais dos mais diversos povos. Os propósitos do discurso do ódio – que calam e excluem segmentos – não podem encontrar amparo na Constituição Federal de 1988. Apesar de tímida a menção ao discurso do ódio como limitador do direito fundamental à liberdade de expressão religiosa no momento do proselitismo religioso na rádio comunitária – conforme assentado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566 –, filia-se à ideia de que estados sociais e democracias constitucionais têm de delinear esses limites, uma vez que a liberdade de expressão e a

liberdade religiosa não constituem justificativa para incitar intolerância contra grupos humanos.

## 5 CONCLUSÃO

Traçado o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988, assim como o princípio da laicidade estatal, denota-se que, quando analisados em casos concretos no Supremo Tribunal Federal ou mesmo através do controle de constitucionalidade de leis, o assunto é capaz de gerar grandes controvérsias e debates. A forma como a religiosidade se apresenta no discurso e nos meios de comunicação formou na Corte constitucional brasileira dois entendimentos divergentes, mas que tinham, ambos, o objetivo de proteção dos direitos fundamentais constitucionais – olhados por vieses diferentes. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566, tanto os votos vencidos como os vencedores, não divergiram no sentido de que a manifestação da religiosidade deve ser garantida e deve ser plural, sendo que o objetivo de garantir a pluralidade do pensamento e de sua manifestação estava presente nos entendimentos da Corte. No voto do então relator, ministro Alexandre de Moraes, prestigiou-se uma restrição ao discurso proselitista religioso em nome da liberdade de religiosa e multicultural de minorias. Por outro lado, o voto divergente e vencedor, do ministro Fachin, pregou a ampla liberdade de expressão – o proselitismo religioso, inclusive –, como garantia da pluralidade de todos os grupos, limitado pelo discurso do ódio.

Constitucionalmente, enxergando a problemática pelo viés do direito fundamental à liberdade religiosa e da ampla manifestação do pensamento que rege a comunicação social, concorda-se com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. O voto vencido, que a pretexto de amparar grupos minoritários, proíbe o proselitismo religioso nas rádios comunitárias, é compreendido em seu caráter inclusivo, porém em uma

ação Direta de Inconstitucionalidade, onde se discute a lei em abstrato, formular um entendimento que se pretende ideologicamente neutro, pode gerar sérias complicações às liberdades fundamentais e notadamente à liberdade de manifestação da religiosidade. Restou firmado na Corte um entendimento interessante no sentido da constitucionalidade do discurso religioso proselitista: porém de forma a pontuar que a liberdade de expressão religiosa não permite o discurso do ódio.

As emissoras de televisão brasileiras vinculam, em sua grande maioria – ou quase que integralmente –, programas religiosos vinculados a religiões cristãs e, mais notadamente, as evangélicas neopentecostais. Acredita-se que o acesso de grupos minoritários aos meios de comunicação – inclusive televisivos –, poderia aclarar suas características perante quem os enxerga de forma preconceituosa e traria benefícios na compreensão, inclusive cultural, dos grupos formadores da sociedade brasileira. Porém, fuge da atribuição do Estado regular o tipo de religiosidade que está nos meios de comunicação, sob pena de se censura. A busca por uma “neutralidade religiosa” – se é que pode assim ser chamada –, poderia devastar as liberdades fundamentais em nome da inclusão social de grupo minoritários. Reprimir o discurso do ódio, de forma a não se aceitar que sob o manto da liberdade religiosa se humilhe e inferiorize indivíduos e grupos sociais, pode ser um caminho que leve à concretização do respeito à cada religião.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 9.612, de 19 de fevereiro de 1998. Institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 fev. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.566. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Redator do acórdão: Ministro Edson Fachin, 16 de maio de 2018. *Diário de Justiça da União*, DF, 23 out. 2018.

BUCCI, Eugênio. A imprensa, o consumo (de informação, inclusive) e o fetiche da tecnologia. *Signos do Consumo*, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 85-96, 2016. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/signosdoconsumo/article/view/123197/120358>. Acesso em: 18 jul. 2019.

BUCCI, Eugênio. Como a violência na TV aumenta a violência real – da polícia. *Revista USP*, São Paulo, n. 48, p. 68-73, 2000. Disponível em: [file:///C:/Users/Cliente/Downloads/32892-Texto%20do%20artigo-38461-1-10-20120710%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Cliente/Downloads/32892-Texto%20do%20artigo-38461-1-10-20120710%20(1).pdf). Acesso em: 20 jul. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra, Portugal: Editora Coimbra, 2007.

CASTRO, Matheus Felipe de; FREITAS, Riva Sobrado de. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. *Revista Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 327-355, jul. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n66p327/25072>. Acesso em: 16 jun. 2019.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pacto de San José da Costa Rica*. 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 16 jun. 2019.

FERREIRA, Renata Marques; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Transmissão de conhecimentos religiosos na sociedade da informação e sua tutela jurídica em face do direito ambiental constitucional. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 16, n. 22, p. 38-54, jan./jun. 2018. Disponível em: [https:// http://revistaopiniaojuridica.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/viewFile/1751/619](https://http://revistaopiniaojuridica.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/viewFile/1751/619). Acesso em: 29 mar. 2019.

GIUMBELLI, Emerson. *O fim da religião: dilemas da liberdade religiosa no Brasil e na França*. São Paulo: Attar Editorial, 2002.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos do cidadão*. Coimbra, Portugal: Editora Coimbra, 1996.

MARIANO, Ricardo. Laicidade à brasileira: católicos, pentecostais e laicos em disputa na esfera pública. *Civitas*, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 238-258, 2011. Disponível em: <https://www.redalyc.org/html/742/74220016005/>. Acesso em: 10 mar. 2019.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova*, São Paulo, n. 39, p. 105-124, 1997. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451997000100007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000100007&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 19 jul. 2019.

VELHO, Gilberto. Patrimônio, negociação e conflito. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 237-248, 2006. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-93132006000100009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132006000100009&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 16 jul. 2018.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WEINGARTNER NETO, Jayme; SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade religiosa no Brasil com destaque para o marco jurídico-constitucional e a jurisprudência do STF. *Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor*, v. 3, n. 2, p. 59-104, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/7739/pdf>. Acesso em: 27 maio 2019.

# O CONTROLE DOS ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIETÁRIOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NO DIREITO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Gracieli Baumgarten Bauer<sup>1</sup>

**Resumo:** A presente pesquisa versa os aspectos históricos, jurídicos e intelectuais da sociedade da informação face às transformações e inovações culturais externadas no meio social, observadas também na esfera trabalhista e na educação em geral. Discutem-se também os efeitos da globalização nos veículos de comunicação, tornando este um dos grandes poderes na regulação dos interesses gerais da sociedade. O ciberespaço e a internet com sua base virtual sob uma ótica de poder sem fronteiras no tempo e espaço e que demonstra uma capacidade ilimitada, seja pela socialização, conhecimento, aprendizado. Além dos benefícios, versa ainda sobre os reflexos negativos e os possíveis ilícitos praticados mediante a invasão da privacidade, bem como as alterações culturais oriundas dessas mudanças ao longo do seu desenvolvimento. Menciona também sobre uma das ferramentas da comunicação mais usadas a favor da educação no âmbito escolar e no cotidiano da sociedade em geral, que se estabelece no uso da produção cinematográfica, selecionando os conteúdos conforme o interesse pretendido, bem como o controle normativo que visa proteger os direitos autorais e de imagem.

**Palavras-chave:** Sociedade da informação. Ciberespaço. Tecnologia.

## 1 INTRODUÇÃO

O principal objetivo almejado neste estudo é compreender e analisar os atuais efeitos da informação no âmbito familiar, escolar e sociedade em

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

geral. Os resultados negativos e desfavoráveis ao desenvolvimento humano mediante a consolidação do poder da informação e da tecnologização realizada sobre a humanidade. São efeitos que resultam dos altos investimentos destinados à digitalização e a informatização realizada em todas as esferas da sociedade e que influenciam no desenvolvimento saudável e natural da vida humana.

Constatam-se realidades adversas ao inicialmente esperado, para muitos, representa uma ameaça à preservação da privacidade, sendo em muitos casos uma ameaça a cultura de um grupo ou de uma sociedade. Por outro lado, podem servir de incentivo ao desenvolvimento intelectual/ cognitivo do sujeito que diante dos resultados adversos ao esperado, se desafiam na construção de novas formas, novos modelos de cultura e de vida. O que preocupa é a quantidade informações, tecnologias de ponta, mas uma carência de valores que priorizam o ser humano no conjunto das necessidades básicas.

Para tanto, será trabalhado na primeira parte do artigo algumas informações teóricas que relatam aspectos das sociedades estruturadas a partir de intervenções físicas e mecanizadas nas diversas áreas e que diante da globalização e das inovações assumem uma postura que muda completamente a organização e o desenvolvimento em todos os setores, bem como as alterações sofridas com a chegada do capitalismo e a cultura de massa.

Na segunda parte estudam-se as influencias trazida pelas diversas formas de acesso as informações e conhecimentos, especialmente no uso de produções cinematográficas e demais ferramentas tecnológicas que invadem diariamente o cotidiano familiar, político, acadêmico e social.

Por fim, o artigo traz argumentos que dialogam com a realidade atual no sentido de adequar os novos instrumentos tecnológicos a favor da sociedade, com objetivos que visam uma estruturação regrada em ações que realizam e elevam os direitos fundamentais, bem como um controle

severo sobre o poder de influencia que a comunicação e a informação digital exercem nas concepções individuais de cada sujeito.

## 2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TRAJETÓRIA HISTÓRICA DA SOCIEDADE INFORMACIONAL E DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

As comunidades formadas a partir do sistema de informação e comunicação têm surpreendido os grupos societários no mundo todo com as vastas produções que vão desde uma mera informação noticiaria, jornalística, até as mais variadas produções artísticas e cinematográficas que podem ser possibilitadas por meio de mecanismos tecnológicos que são constantemente aperfeiçoados e tem desafiado quanto à proteção e conservação dos direitos autorais e demais aspectos da área.

Nesse contexto, o Direito pode contribuir com projetos que possibilitam ao poder legislativo criar regulamentações que favoreçam a proteção dos direitos voltados para o campo da propriedade intelectual e informacional nos diversos veículos de comunicação e entretenimento. Contudo, antes mesmo de atingirmos o patamar atual da comunicação em geral, a história mostra que foram muitas as formas de linguagens, os mecanismos e as ferramentas criadas para esse fim. Mas o que isso representa para a humanidade?

Bem, a sociedade desde o seu início se organiza entre aqueles que dominam, ou seja, os mais fortes, sobre os dominados, os mais fracos, que se submetem ao comando daqueles e assim, para manter essa estrutura ao longo da história da humanidade, em cada época observou-se a presença de elementos específicos que serviram de base na manutenção do poder de poucos sobre a maioria.

Desse modo, desde que o mundo foi inserido no sistema globalizado e capitalista, a informação por meio dos veículos de comunicação, tem sido

um dos grandes poderes que regulam os interesses materiais e imateriais da sociedade. Diante disto, “a informação, portanto, funciona como parâmetro das relações de poder do mundo contemporâneo, onde a globalização teve papel basilar para a construção da Sociedade da Informação.” Na verdade a informação tem sido o combustível desse sistema, na medida em que existe

uma coletividade mundial pautada em decisões políticas, mas também fruto de um intercâmbio de redes de conhecimento. É nesta sociedade globalizada que verificamos a circulação deste conhecimento, de cultura e de informação. Temos o berço da Sociedade da Informação. (OLIVEIRA, 2019).

Com base nisso, verificam-se rupturas flagradas a partir do início do século XX, quando surgem verdadeiras mudanças de paradigmas em todo sistema industrial e consumerista com a chamada “segunda colonização” que agitou o globo inteiro com “as palavras e imagens” que passaram a ser externadas “aos borbotões dos teletipos, das rotativas, das películas, das fitas magnéticas, das antenas de rádio e de televisão; tudo que roda, navega, voa, transporta jornais e revistas.” Assim como “não há uma molécula de ar que não vibre com as mensagens que um aparelho ou um gesto tornam logo audíveis e visíveis.” (MORIN, 2007, p. 13).

Em síntese, os meios de comunicação se sustentam com “fornecedores de todo tipo”, onde “toda sociedade tornou-se alimentador regular da Internet e a grande moeda corrente do sistema são exatamente esses bens imateriais e um novo poder, edificado sobre a mercadoria abstrata ‘informação’, que passou a definir as novas regras econômicas e políticas.” (MARCONDES FILHO, 2002, p. 145-146).

Diante das inovações tecnológicas, aquilo que se operava manualmente, com o uso de equipamentos físicos, entre outros, passou para uma esfera digital chamada de ciberespaço.

Nesse sentido Oliveira (2019) argumenta que:

O tema das tecnologias da informação e da comunicação no ciberespaço tem adquirido notável importância entre os círculos acadêmicos e em geral nas sociedades atuais, particularmente no que diz respeito aos usos e feitos da Internet. Estamos diante de uma nova forma de condensar a vida em uma representação espaço-temporal, basta observar a quantidade de pessoas que se interconectam na rede eletrônica constituindo um espaço de comunicação e interação emergente: o ciberespaço, e um ator social: o ciber-usuário.

Na verdade a tecnologia se transformou em uma ferramenta indispensável e cumpre funções distintas e pontuais que é a comunicação e todo desenvolvimento social que se constitui em torno dela. De acordo com o contexto e as condições que se estabelecem, novas formas tecnológicas da comunicação informacional são pensadas e reproduzidas para atender as mudanças sociais, culturais e econômicas. O sistema tecnológico informacional não se desvincula do contexto social, na medida em que não possui vontades próprias nem mesmo sobrevive de modo independente, pelo contrário, representa a “parte material e artificial dos fenômenos humanos”. A partir da potencialização das tecnologias de informação e comunicação, ampliam-se “as construções de linguagem”, os objetivos existenciais com novas possibilidades interpessoais (LÉVY, 1999, p. 21-22).

A tecnologia criada com a Internet e toda sua base organizacional deu existência ao “ciberespaço”, sendo movido e atualizado por mecanismos que não exigem de espaço físico para se desenvolver, por isso, tantas discussões em torno desses instrumentos que possuem um alto poder de invasão e violação de direitos personalíssimos da esfera privada, na medida em que não existem fronteiras limitando o seu uso num determinado espaço. Essa realidade tem sido a forma pelo qual as pessoas têm usufruído das facilidades digitais nos mais diversos modos e posturas que podem divergir daquilo que se entende como certo (OLIVEIRA, 2019).

Tais realidades se constituem justamente por que existem comunidades de “atores humanos” que se dedicam exclusivamente

na reconfiguração verbal ou nas mais variadas formas de produção e interpretação dos sistemas e mecanismos digitais. Analisando o contexto, percebe-se que a era da computação proporcionou mais facilidade nas formas de encaminhar e conduzir uma informação, modificando até mesmo estruturas sociais vinculadas aos sistemas de domínio e poder. Nessa jogada de sistemas tecnológicos, "agem e reagem ideias, projetos sociais, utopias, interesses econômicos, estratégias de poder, toda gama dos jogos dos homens em sociedade." Por isso, não pode ser aplicado um entendimento exclusivo ao uso da "técnica", na medida em que se abrem múltiplas possibilidades diante dos múltiplos interesses envolvidos. Assim, "a ambivalência ou multiplicidade das significações e dos projetos que envolvem as técnicas são particularmente evidentes no caso do digital. O desenvolvimento das cibertecnologias é encorajado por Estados que perseguem a potencia", bem como a "supremacia militar". Representa também uma das grandes demandas do sistema econômico mundial, principalmente entre as companhias de "eletrônica e do software", assim como "entre os grandes conjuntos geopolíticos". Por outro lado, a tecnologia aplicada no ciberespaço, também é visada pelos "desenvolvedores e usuários que procuram aumentar a autonomia dos indivíduos e multiplicar suas faculdades cognitivas." (LÉVY, 1999, p. 23-24).

É benéfico o uso desses instrumentos enquanto conhecimento, socialização e aprendizado, todavia, altamente perigoso diante dos atos ilícitos imagináveis, tais como a exposição de intimidades alheias, bem como os inimagináveis em virtude da criatividade humana que vai além das fronteiras e que sempre consegue nos surpreender, sem, contudo, esquecer-se dos prejuízos oriundos do uso incorreto que pode ser por diversas outras razões. A preocupação é pertinente pelas mudanças observadas na sociedade a partir do acesso a esses mecanismos, sendo que a influência do ramo virtual está sendo determinante entre os humanos, diante das alterações organizacionais e comportamentais nunca vistas antes em toda história da humanidade (OLIVEIRA, 2019).

Verifica-se uma ausência de valores e de exílio comunitário nesse contexto, substancialmente nas relações interpessoais pela “substituição da interação face a face”. Desse modo, se estabelecem novas dimensões que mudam a organização educacional e trazem consigo algumas preocupações como o surgimento de “armas ideológicas”, que tanto podem trazer benefícios a partir do acesso as informações pelos cidadãos no sentido de propiciar um senso crítico, como podem também influenciar negativamente com “impactos nefastos na sociedade como o desemprego, exclusão social e aumento da concentração de renda nas mãos de uma minoria rica.” (TAVARAYAMA et al., 2012, p. 253-254).

De outra parte, ao considerar as dimensões alcançadas pelo “ciberespaço” quanto aos limites territoriais não se constituírem fisicamente, questiona-se sobre o campo da virtualização no sentido de ter causado uma ruptura da “soberania dos Estados Nacionais”, na medida em que pelo uso acaba corrompendo as “barreiras territoriais”, sendo que nos “limites físicos como são”, interage diretamente com o “fenômeno expansivo da Globalização. Cabe aos Estados a reconstrução do próprio ordenamento jurídico com a finalidade de adequá-lo a uma nova dimensão que supera o ordenamento anterior baseado na soberania territorial”. Considerando que o Direito é uma ciência que muda constantemente, do mesmo modo como o espaço virtual também, e considerando que a “informação é parâmetro primordial no mundo globalizado de grande difusão de conhecimento”, nada mais coerente que a junção de ambas as áreas para que possíveis mudanças possam ser introduzidas nos grupos societários, com uma proteção jurídica mais ampla para os novos conflitos e divergências. Ademais, “que esta informação seja disponibilizada de forma universal deve ser umas das características basilares da Sociedade da Informação.” (OLIVEIRA, 2019).

Percebe-se nesse sentido, que a sociedade da informação, bem como todas as circunstâncias relacionadas ao contexto da propriedade intelectual, exige um tratamento mais apurado, devendo atualizar os parâmetros jurídicos já estabelecidos. Um cuidado com os bens imateriais cuja proteção

jurídica existente não atende as demandas é motivo para estudo e futuras alterações legislativas, por exemplo. O que temos hoje à disposição é uma verdadeira engenharia tecnológica e digital, representando um novo domínio sobre toda sociedade conectada a uma rede digital. Isso porque se visualizou um aspecto primordial que até então, ainda não havia sido explorado. É a chamada “industrialização do espírito”, que estuda justamente a característica mais subjetiva do ser humano, a sua “alma”. Anteriormente, quando mencionei sobre a segunda colonização, com todos os aspectos inovadores da época, a transformação foi motivada por essa constatação, do vasto domínio que poderia ser aplicado em torno das fragilidades humanas, explorando-se não somente as possibilidades externas e materiais, mas principalmente para a esfera da imaginação, da alegria, do medo, da angústia, dos sonhos, das ideias, injetando-se “mercadorias culturais” que passaram a alimentar o sistema da tecnologia e da informação com mais eficiência e agilidade. “Não há dúvida de que já o livro, o jornal eram mercadorias, mas a cultura e a vida privada nunca havia entrado a tal ponto no circuito comercial e industrial”. Todavia, nenhuma evolução se desenvolve apenas de modo positivo. O sucesso dessa nova realidade, a denominada “cultura de massa” trouxe consigo o capitalismo, a burocracia, o privilégio burguês e o “individualismo”, gerando influência direta na estrutura emocional dos humanos. Uma cultura que é produto da “imprensa, do cinema, do rádio” e “televisão”, que aprendeu a condicionar “um aglomerado gigantesco de indivíduos compreendidos aquém e além das estruturas internas da sociedade.” (MORIN, 2007, p. 13-15).

Assim, caminha-se nos passos de “um processo contínuo e em permanente construção”, cuja relação entre os veículos de comunicação e os seres humanos é constante e as transformações são conduzidas substancialmente pelo acesso as informações. Desse modo, os avanços não param, as mudanças correm em alta velocidade, com propostas inovadoras que muitas vezes são diárias, onde “novas tecnologias que prometem facilitar a vida do homem são apresentadas. Considerável parte delas

está relacionada à informática e à comunicação”, aplicando-se também ao sistema de produção artística cinematográfica (BAEZ et al., 2015, p. 143).

### 3 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E AS INOVAÇÕES CONTEMPORÂNEAS

Toda sociedade traz consigo uma bagagem cultural alimentada por valores e regras. A partir da culturalização em massa, adotou-se “um corpo de símbolos, mitos e imagens concernentes à vida prática e a vida imaginária, um sistema de projeções e de identificações específicas.” São ferramentas para invadir o cotidiano familiar e social (MORIN, 2007, p. 15).

Os efeitos gerados pelos organismos informacionais e pela invasão digital impactaram substancialmente o intelecto humano que em contato com as tecnologias e informações tem levado a novas formalidades e condutas sociais, modificando-se as relações interpessoais em todos os sentidos. Entretanto, isso representa apenas uma parte das mudanças, muitas outras estão a caminho e que ainda pode trazer mais reflexos que não se sabe exatamente os efeitos, se bons ou ruins, pois, a quantidade de informações disponibilizadas ao sujeito ampliam o uso de instrumentos de redes e computadores e o resultado de tudo isso ainda é incerto (MIGDALIA et al., 2003, p. 254).

Por óbvio, todas essas transformações permitem estabelecer caminhos favoráveis no desenvolvimento da inteligência e do conhecimento humano. A título de exemplificação e corroborando com objetivo da pesquisa, o cinema, mediante o conteúdo fornecido por meio de um filme pode servir de estudo, contribuindo na atividade cognitiva e de assimilação das informações. Filmes que trazem situações, problemas e riscos do cotidiano e que aproximados da realidade permitem entender melhor a teoria de uma área específica, por exemplo. Podendo servir também para compreender temas humanos que visam maior atenção na tomada de decisões de alta

complexidade, fatos que pendem entre a vida e a morte, acaba servindo para além do entretenimento, contribuindo para uma competência educacional extensiva, demonstrado por imagens e expressões verbais as intenções que acabam gerando influencias significativas na consciência daqueles que interagem com o mundo do cinema. É possível ainda trabalhar diversas ideologias que podem favorecer na quebra de paradigmas e promover até mesmo a inclusão social. Consoante ao entendimento que relaciona a teoria ao contexto cinematográfico, um dos filmes desenvolvidos com riqueza de detalhes é a produção "Menina de Ouro", no qual, verifica-se, por exemplo, a prática esportiva destinada exclusivamente para o público masculino e que é dotado de valentia e força, onde o treinador se recusa treinar atletas do sexo feminino pelo fato de ser mulher (FERNANDES; MOURÃO, 2014).

Do mesmo modo, se analisarmos os aspectos formais que circundam o ramo artístico, verifica-se as informações contidas nos filmes "passam a ser qualificados segundo a utilidade que têm para a pessoa que deles se serve", criando-se desse modo responsabilidades patrimoniais mediante a qualificação desses bens imateriais. Isso ocorre porque se constituiu um novo modelo estrutural do homem movido pelas máquinas para o homem que agora está sendo conduzido e transformado pela informação. Isso configura um dos resultados da vinda da "informática, biotecnologia e telecomunicações" que se enredam "na tecnociência contemporânea, desenhando a sociedade como uma rede de comunicações". Tais instrumentos permitiram acelerar também a produção artística, enfatizando ideias movidas apenas no contexto cinematográfico, uma verdadeira fantasia, passando a ser uma realidade a partir da evolução tecnológica, já outros fatos que ocorriam apenas no mundo fático, devido à sua repercussão geral na sociedade, acaba sendo reproduzidos no mundo artístico, por meio dos filmes. Com a definição "sociedade da informação", conchava-se um

novo modelo que encontra no diálogo que absorve os sujeitos, foro privilegiado, no qual a informação torna-se o centro das atenções. Em seu traçado, quantidade e celeridade conjugam-

se com a ruptura de fronteiras, [desenhando-se] um acesso quase ilimitado. (MEIRELLES; RIBEIRO, 2011, p. 183-184).

Embora todas essas novidades muitas vezes sejam prejudiciais por inúmeras razões, é aceitáveis e compreensíveis quando é afirmado se tratar de mecanismos essenciais e indispensáveis para a convivência humana, seja de modo pessoal ou profissional. Todavia, nesse contexto, resta lembrar que mesmo incorporando na sociedade tantas facilidades e comodidades, nem todos terão acesso à todas as inovações, considerando que depende de um certo custo financeiro e quantos não terão acesso a qualquer tecnologia por falta de poder aquisitivo. “Por outro lado, essa realidade pode ser inversa quando a capacidade financeira e econômica é suficiente para o acesso, mas sua disponibilidade inexistente.” Consoante às ideias expostas por Baez et al. (2015, p. 145), é preciso considerar que:

Em todos os aspectos da vida, as mudanças produzidas pela tecnologia da informação são relevantes, sendo necessário aprender a manuseá-la. Há facilidade em expor a vida pessoal e pública, em editar livros, revistas, jornais e outros. As produções literárias, na forma impressa e digital, são incontáveis. As digitais estão em franco crescimento, em razão dos avanços e da disponibilidade dos meios tecnológicos. A vida das celebridades, e até de indivíduos comuns, é constantemente exposta, principalmente, na televisão e na internet, despertando o interesse das pessoas. As obras biográficas, autorizadas ou não, despertam a atenção. Inúmeras personalidades, sobretudo artistas e políticos, já foram alvo desse tipo de publicação, gerando diversas discussões sobre os limites de proteção da vida privada.

Em se tratando de um filme como a “Menina de Ouro”, produzido e disponibilizado nas redes de comunicação digital, os impactos gerados em relação às concepções morais e psicológicas, ocorrem de várias formas, constituindo-se desde a ideia da masculinidade no esporte até ao contexto ético e moral que coloca em destaque, procedimentos essenciais na área

da medicina e que resultam em consequências para a vida ou para a morte, aspectos que muitas vezes não são aceitos e nem bem quistos. São situações polêmicas e controversas.

As interferências ocasionadas por meio desses sistemas, conforme supramencionado, o acesso aos filmes em si, também passaram por transformações consideráveis na esfera da informação artística, na medida em que não se resume mais apenas nas opções disponíveis no cinema, vídeo locadora e nos canais de televisão, sendo encontrados agora em canais digitais que permitem acessar a qualquer hora, com uma extensão ilimitada, ao alcance de um público muito maior, desde que o acesso a internet se tornou algo fácil para todos.

Tornou-se uma oportunidade, inclusive para as regiões mais afastadas onde as pessoas viviam de modo mais isolado pela ausência desses mecanismos até então. Agora, diante das facilidades atuais no uso dessas informações, quais são prejuízos e benefícios ou ganhos e consequências que irão resultar do uso e do excesso ilimitado das informações impulsionadas a uma velocidade ímpar, bem como sobre a proteção desses direitos imateriais no campo da informação e da propriedade intelectual?

Considerando que são verdadeiras redes conectadas entre si, distribuindo conteúdos sem respeitar qualquer limite de tempo e espaço, bem como a inexistência de soberania e de uma linha delimitando a fronteira, essas modalidades respondem por cenários cada vez mais artificiais e menos naturais, impactando inclusive nos aspectos interativos de uma produção artística.

Criou-se já um distanciamento entre os humanos, deixando as relações pessoais mitigadas e frias, criando-se na verdade, um novo problema, a deficiência de contato, do calor humano, da afetividade, da amizade e principalmente a troca de experiências possíveis apenas com a relação pessoal. O Direito terá um compromisso a zelar no âmbito dessas evoluções, no sentido de preservar e proteger os direitos fundamentais responsáveis pelo desenvolvimento humano adequado, na medida em que isso apenas

ocorre mediante o contato pessoal. É uma crítica que necessariamente precisa ser feita em face do sistema de informação e suas evoluções.

Doutrinas filosóficas, por exemplo, defendem muito a responsabilidade que temos uns para com os outros em termos de convívio comunitário, do enriquecimento pessoal e do aprendizado que adquirimos apenas com a troca de convivência e se analisarmos as rupturas mais sérias em torno desses aspectos, vamos perceber que de fato os progressos tecnológicos informacionais não sejam totalmente benéficos, sendo que esse era o objetivo inicial, entretanto, os resultados iniciais são outros.

“Como principal componente desse diálogo social, destaca-se a liberdade da informação. Contudo, essa liberdade acha-se ameaçada, ao converter-se a informação em mercadoria”, sendo necessário “questionar a qualificação jurídica da bioinformação e sua tutela, trazendo ao primeiro plano um embate de contornos axiológicos: prevalência do mercado ou tutela da pessoa? Para tanto, escolheu-se a informação genética humana como forma de destacar a aliança” que existe “entre a biotecnologia e a informática diante do corpo digitalizado”. Assim, passa a existir uma “nova categoria de bem jurídico” no Direito Privado pelas regras contratuais, regulando-se os objetos resultantes de apropriação e que entram em circulação com fins econômicos. Nessa perspectiva, apresentou-se um comparativo em relação ao uso dos corpos humanos no mundo digital, confrontando-se a circunstância de que as células humanas possuem um “código universal, idêntico a todos os seres vivos. Porém, o conjunto de informações genéticas inscritas neste código, varia para cada espécie, delineando o genoma”. Nessas condições, “apresenta-se, portanto, o corpo humano como um programa de computador, pronto para ser decifrado, à semelhança do *software*”. A partir dessas condições, abandona-se a “materialidade expressa pelo corpo-máquina. O corpo passa a ser retratada como informação digitalizada, conformado em sua imaterialidade”, e assim, a materialidade corporal começa aborrecer, pois, tudo passa a ser incorporado numa dimensão artificial de um programa mutável, transferindo-se, na perspectiva dos programadores, para as redes

de comunicação digital, parte do que seria da carne em si (MEIRELLES; RIBEIRO, 2011, p. 184-190).

Nesse sentido, em conformidade com o exposto, Migdalia (2003, p. 254) descreve:

*Ello está perfilando una sociedad que no tenderá tanto hacia la información como representación tangible de datos o ideas processadas por otros para un usuario final, sino hacia el conocimiento como proceso cognitivo, donde la información es contextualizada en torno a un individuo y sus circunstancias y es utilizada como conocimiento aplicado para la toma de decisiones y la solución de problemas. La distinción entre la SC y la SI actual es tal, que esta última está organizada por relaciones y estructuras rígidas entre sus actores, que inhiben su creatividad e iniciativa, ya que sólo una parte de ellos puede desarrollarlas, de modo que la información para la creación fluye en un solo sentido; mientras que la primera tiene una estructura mixta, con formas horizontales fuertes que contrarrestan las verticales y permiten acuerdos e interacción entre pares, en una estructura jerárquica escalonada que facilita a cada escalón cierta autonomía e independencia.*

Todavía, o que realmente se tenta transferir para o campo da inteligência artificial, pode não se concretizar efetivamente, na medida em que a “materialidade do corpo” continua sendo “um entrave a ser superado para se poder mergulhar no ciberespaço e vivenciar o catálogo completo de suas potencialidades”. Curiosamente, a carne continua resistente ao que se planeja na esfera digital (MEIRELLES; RIBEIRO, 2011, p. 190).

Um filme ou qualquer outro programa interativo, por exemplo, produzido por seres humanos de carne e osso, consegue transmitir a emoção de maneira muito mais consistente, pois, algumas características, felizmente não se reproduzem apenas com efeitos digitais e sim, com a presença orgânica, pois, a criatividade é própria dos seres pensantes, fantasticamente não sendo possível até então, ajustar um corpo humano nos moldes da tecnologia virtual.

## 4 ASPECTOS DE CONTROLE DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E INFORMACIONAL NO CONTEXTO CINEMATOGRAFICO: RESPONSABILIDADES SOBRE A INFLUÊNCIA E O CONSUMO DOS FILMES NO MUNDO ACADEMICO E SOCIETÁRIO

A propriedade intelectual tem a função de proteger todos os aspectos do campo literário, artístico, de invenções de todas as áreas humanas, bem como assegurar a proteção dos intérpretes, a exemplo de atores de um filme e demais criações intelectuais que se constituem pela produção e a utilização exclusiva da respectiva obra, bem como a sua reprodução e a publicação, conforme estabelece o artigo 5º, inciso XXVII da Constituição Federal de 1988, o qual resguarda o direito e proteção também aos herdeiros (BRASIL, 1988; MPI; ABIMAQ, ([entre 1988 e 2018])).

Diante disto, define-se como propriedade intelectual nas palavras de Barbosa (2010, p. 10) da seguinte forma:

A soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico. [...] Tem-se, assim, correntemente, a noção de Propriedade intelectual como a de um capítulo do Direito, altíssimamente internacionalizado, compreendendo o campo da Propriedade Industrial, os direitos autorais e outros direitos sobre bens imateriais de vários gêneros.

Abraçando o entendimento acima, a produção cinematográfica se enquadra nessa proteção como artístico de natureza imaterial, devendo proteger todos os aspectos relacionados ao conteúdo, autoria e as imagens de todos os envolvidos quando for utilizar os filmes, mediante autorização ou por meio de citação, informando todos os dados de autoria e demais informações pertinentes. Um exemplo disso está ilustrado no guia prático do manual de propriedade intelectual da Unesp (PINHEIRO, 2012; 2013, p. 32) declara os seguintes termos para uso de filmes e demais obras:

Filmes, fotografias, músicas e textos são obras protegidas por direitos autorais e seu uso, em geral, necessita ser autorizado pelo autor. Quando o uso for meramente didático em sala de aula presencial, sem distribuição dos materiais para os discentes, não há a necessidade de obtenção de autorização prévia. No caso de filmes, porém, o mais recomendado é que seja exibido um trecho contínuo, pois embora haja a defesa de que a exibição integral seja apenas para fins didáticos, há casos de ações judiciais de distribuidoras e produtoras de filmes contra instituições de ensino que usam filmes integrais em sala de aula. Quando o uso for em um ambiente virtual ou para a composição de materiais didáticos que serão distribuídos aos alunos e/ou disponibilizados no site Unesp Aberta, há a necessidade de obtenção da autorização do autor. Se a obtenção da autorização for inviável, os produtores de recursos educacionais ou de produção acadêmica em geral podem: usar obras que estejam em domínio público; usar obras que estejam previamente licenciadas pelos autores em Creative Commons ou em qualquer outra licença pública; valer-se do direito de citação de passagem para fins de estudo e crítica ou do direito de reprodução de pequeno trecho (de 10% a 25%, com citação completa de fonte e autoria) ou de obra integral quando for obra de artes plásticas.

Fala-se da utilização acadêmica para fins de aprendizado, pois, defende-se que ao fazer uso de filmes existe a possibilidade de enriquecer o aprendizado quando o tema da produção vai ao encontro dos objetivos em questão. Nesse sentido, pontua-se que, oferecer um filme em ambiente acadêmico, por exemplo, é tão relevante quanto às obras de literatura, filosofia,

sociologia, entre outros. Entendeu-se que a opção cinematográfica se torna um instrumento passível de aprendizados e momentos que acabam sendo únicos e com o poder de estimular desde muito cedo, crianças, adolescentes, jovens e adultos ao conhecimento através da observação e memorização por som e imagem. Usando desse meio tecnológico, o conhecimento pode ser estimulado pelo uso da imagem, bem como a disciplina do “olhar”, decifrando-se um problema “na moldura do espaço imagético”. Na verdade, “são consumidores” de imagens (VIGLUS, 2019, p. 5-6).

A tecnologia da informação é bem aceita para esses fins justamente porque não se move apenas coisas materiais e matemáticas. A comunidade do conhecimento consegue trazer para o mundo real aquilo que os homens promovem uns pelos outros por meio da convivência e assim, avançar para além das fórmulas exatas e conquistar aquilo que se resume pela emoção, o que é espiritual, conforme comentado no início deste artigo. O interessante é olhar para esse contexto e ver que tudo isso é obra do próprio ser humano, pois, é ele mesmo que gera todo esse sistema e busca a qualificação para manter a criatividade no processo de transformação das informações em conhecimento. O que ocorre também, que os acessos às redes conectadas a nível mundial possibilitam criar relações globais recíprocas de horizontalidade e com isso, realizar a troca de experiência com mais velocidade e liberdade ou verticalmente pelos meios de comunicação (MIGDALIA, 2003, p. 254).

As transformações que se estabeleceram do mundo fático para a dimensão virtual englobam além das mudanças no campo do lazer, a discussão sobre o uso das produções e imagens de um grupo inteiro de pessoas envolvidas no trabalho, visto que para além daquilo que se tenta digitalizar, subsiste a participação orgânica dos humanos e sendo estes possuidores de direitos sobre o material produzido, sobre as imagens das pessoas envolvidas, sobre as ideias reproduzidas e demais aspectos pertinentes ao trabalho intelectual conectado ao cinema em si.

E para fundamentar a ideia supra, o filme "Menina de Ouro", é um bom exemplo disso. Sob a direção e atuação de Clint Eastwood, foi produzido a partir de histórias reais vivenciadas pelo treinador de boxe já falecido, Senhor "Jerry Boyd (1930-2002), o qual, sob o pseudônimo FX Tooler" contou por meio de um livro, "historias tristes e tensas sobre boxeadores, treinadores, apostadores, vagabundos, mafiosos e muito mais" do que acontece no mundo do boxe. A produção literária de "Jerry Boyd" foi reeditada com o "nome original do filme *Million Dollar Baby*", como resultado do sucesso "Menina de Ouro", assim, constata-se, por si só, a grande influencia já comentada neste texto, que ocorre sobre aqueles que assistem e convivem com o material cinematográfico, bem como os direitos e deveres autorais e de imagem sobre os fatos extraídos do trabalho anterior ao filme (FERNANDES; MOURÃO, 2014, p. 1614).

Podemos arriscar em dizer que a cinematografia se tornou uma excelente ferramenta de apoio para trabalhar a consciência dos homens a medir suas forças pelas questões de gênero, da arte de se desafiar no esporte, da solidariedade e, sobretudo, das condicionantes para uma decisão mais severa que atinge a nossa existência em si.

Assim, é possível trazer para a coletividade de modo consciente os problemas e conflitos que costumam atormentar os sujeitos em determinadas circunstâncias da vida, o qual, muitas vezes não se sabe de modo seguro, qual a melhor decisão a ser tomada, principalmente quando estamos diante de fatos extremos, com necessidades que são decisivas e que é parte dos direitos fundamentais, o qual exige uma resolução devida, de modo que seja menos ofensivo à dignidade do sujeito.

Com efeito, o tema se vincula diretamente ao estudo que esclarece o aprendizado por observação, que é o caso dos princípios trabalhados na produção "Menina de Ouro", na medida em que o conteúdo tratado acaba interferindo nas concepções, tornando-se instrumento para criar entendimentos críticos sobre o assunto e assim, contribuir com as diversas áreas humanas para uma nova forma de pensar e de agir, estabelecendo-

se condutas benéficas ou não, na medida em que os filmes podem transmitir valores morais e éticos aos espectadores. Tanto é que, “qualquer filme, independente da sua temática e de seu gênero”, pode ser usado como “documento para o estudo do passado remoto e recente”. Nessa perspectiva, foi por isso que educadores visualizaram por meio da produção cinematográfica, uma forma de aperfeiçoar o sistema de educação nas escolas, no qual, fazendo o uso desse recurso, percebeu-se que o aprendizado poderia ser mais didático e facilitado, no sentido de adquirir novos métodos de compreensão e memorização dos conteúdos trabalhados (VIGLUS, 2019, p. 5-9).

Com o acesso a informação, é possível estabelecer uma estrutura de conhecimento que passa a integrar seus dados e formular soluções a partir do uso inteligente das informações na base dos conflitos e demais problemas sociais, tendo em vista que a informação em si, representa a integração de elementos que já possuem uma definição e um conhecimento estabelecido. É o intelecto que se vincula numa rede ampla e aplicando-se a tecnologia, criam-se novos modelos de desenvolvimento (MIGDALIA, 2003).

Sob esse ponto de vista, “as imagens em movimento, embora não traduzam a realidade, podem ser um elemento interessante para perceber as formas de apresentação da realidade, sob aspectos sócio culturais” de sujeitos inseridos em ambientes que podem “colaborar na construção do conhecimento histórico”. Desse modo, trazer para os filmes “questões históricas como diversidade cultural, organizações econômicas, trabalho compulsório, povos, mentalidades de uma determinada sociedade, gênero e tantas outras com ajuda de filmes proporcionará aos alunos uma melhor compreensão dos conceitos” e permite aqueles que assistem, a “construírem suas percepções”. (VIGLUS, 2019, p. 5-9).

Por outro lado, a criação de produções artísticas e de conhecimento se tornou alvo do sistema capitalista que de modo constante movimenta e articula esse meio e o seu consumo. Fala-se de uma economia, de novas formas de trabalho usando-se da “dimensão cognitiva”, a partir de todas as

possibilidades ofertadas pelo sistema de tecnologia que explora justamente a inteligência humana e a sua conversão para uma extensão artificial. Nessa perspectiva é preciso estabelecer novas formas de pensar, na medida em que, “no capitalismo cognitivo a lógica seguida é a de valorização da inovação, que por sua vez é baseada em bens imateriais, ao invés da simples reprodução e repetição de bens em suporte material que caracterizava o período fordista de produção.” (MEDEIROS, 2014, p. 479-481).

Em conformidade com a ideia supra, Migdalia (2003, p. 255) fala:

*Es el ser humano el que adquiere jerarquía en la sociedad del conocimiento antes que las tecnologías y las informaciones que ellas generen o procesen. Porque es la persona humana la capacitada para reordenar creativamente la información y convertirla en conocimiento. La creación de redes interconectadas, como Internet, da paso a procesos de relaciones globales entre seres humanos que se sienten conectados y partícipes de contactos comunicativos horizontales, de intercambios informativos, de relaciones interpersonales múltiples a distancia, los cuales les otorgan mayor libertad de acción, dando lugar a nuevos espacios comunicativos diferentes a los establecidos por los contactos cara a cara o por los procesos de información vertical de los medios masivos.*

Agora tudo gira em torno de uma grande movimentação e baseado na fonte de bens imateriais como os programas de *software*, destoando-se completamente do sistema industrial dos séculos anteriores com estruturas grandiosas de maquinários e a operacionalização manual realizada pelos humanos. Esse aspecto se transformou de tal maneira que em muitas atividades a intervenção humana já é dispensada, resumindo-se apenas na programação digital e automatizada (MEDEIROS, 2014, p. 480-481).

Nesse sentido, diante da “liberdade de iniciativa econômica não é apenas a liberdade de o fornecedor desenvolver e ofertar seus produtos e serviços no mercado, mas, em igual medida, é a liberdade de o consumidor escolher, dentre esses, aqueles mais adequados à satisfação de suas necessidades”. É oportuno salientar, que por essas razões o ordenamento

jurídico considera o princípio da liberdade inerente a cada indivíduo no direito de escolha, bem como a “vulnerabilidade do consumidor”, no qual, consagra-se o “princípio do acesso, veracidade, adequação e suficiência da informação”, no sentido de fazer respeitar o consumidor nas suas escolhas de consumo e assim, evitar que o mesmo se torne vítima de violações de modo a ser influenciado de forma ilegítima nas suas preferências (MEIRELLES; RIBEIRO, 2011, p. 303-305).

Por óbvio, isso deve ser considerado no âmbito cinematográfico com as vendas e consumo de prestação de serviços com a exibição dos filmes para cada faixa etária, analisando-se o conteúdo e as influências que o mesmo pode gerar sobre o público, substancialmente o público infantil.

O consumidor tem o direito de saber se aquele conteúdo de fato é o que deseja consumir. Consoante às possibilidades oferecidas, o consumidor efetiva suas escolhas com base na informação disponível, sendo por isso de extrema importância prestar as informações objetivas quanto ao produto, na medida em que se percebem em muitos casos, consideráveis “distorções em razão de diferenças (assimetria) nas possibilidades de acesso e assimilação das informações disponíveis, o que pode levar os consumidores a escolhas deletérias aos seus próprios interesses (seleção adversa).” (MEIRELLES; RIBEIRO, 2011, p. 303-305).

A regulamentação deve ser exigida com requisitos específicos justamente pela influência que pode gerar sobre aquele que consome, tendo em vista os aspectos psicológicos e toda estrutura emocional e sendo esta afetada com reações adversas ao comportamento normal quando o conteúdo, por exemplo, é constituído de agressão e violência e sendo este consumido assiduamente pelo indivíduo. Estudos revelam uma correlação de condutas ilícitas cometidas por sujeitos que por longo período, assistiram filmes violentos ou programas de televisão que enfatizaram a ilicitude e a ilegalidade, inclusive com as respectivas técnicas comportamentais. Com efeito, a interatividade estabelecida com aquele que assiste a respectiva produção cinematográfica se resume nas reações externadas na medida

em que sendo de extrema violência, diminui-se a sensibilidade do sujeito, aumentando dessa forma, a predisposição de comportamentos ilícitos, pois, nesse caso, a observação se deu em pessoas cujo o filme continha atos violentos (GOMIDE, 2000).

A preocupação em torno desses fatores se dá exatamente pelo vínculo que existe entre uma informação disponibilizada e o sujeito, de modo que a “transmissão/recepção de informações (comunicação) que os indivíduos constroem” nas “relações sociais” com reações positivas e negativas. Isso se deve ao fato que a informação também é responsável “no processo de desenvolvimento humano”, tanto que a Constituição Federal de 1988 teve o cuidado de regulamentar o “acesso à informação como direito fundamental (art. 5º, XIV)”. Reporta-se não apenas as restrições de “mera formalidade na transmissão de dados”, mas “todo o regramento pertinente às práticas comerciais e publicitárias enganosas/abusivas”, no qual, o objetivo está em proteger o consumidor para que receba “informações verazes acerca dos produtos e serviços”, com declarações que explicam a sua finalidade e demais características na medida em que é preciso ter ciência de qualquer risco a saúde e segurança, nos termos já exposto sobre as influencias geradas por conteúdos violentos e inadequados a certa faixa etária conforme comentado acima (MEIRELLES; RIBEIRO, 2011, p. 305-308).

A sociabilidade realizada pelas redes digitais tem causado efeitos estruturais na cultura de uma sociedade, na medida em que se verificam novas concepções de cultura e de pensamento a partir da troca de conhecimento que veste outra configuração que não é mais físico. Isso, todavia, tende afetar as relações interpessoais, o próprio espaço laboral e da vida familiar que perde boa parcela de sua intimidade pela exposição de informações que são do cotidiano (MIGDALIA, 2003).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O grande poder que organiza a sociedade atualmente sem dúvida, é a tecnologia e a comunicação mediante as transformações no contexto social de modo geral, e nas relações humanas. A disparidade é perceptível no próprio relacionamento entre os sujeitos e as adequações cotidianas diante das ofertas encontradas no mundo virtual, visto que são muitas e cada vez mais acessíveis.

Os meios tecnológicos de comunicação se tornaram a ferramenta chave na atuação dos mais fortes sobre os menos favorecidos. Assim, nos deparamos com uma estrutura societária organizada a base de diretrizes estratégicas e com resoluções hegemônicas. Assistir um filme, por exemplo, é uma prática favorável quando o conteúdo é condizente com uma realidade harmônica e saudável, que inspira boas ações e que prioriza valores fundamentais para um desenvolvimento considerado adequado nos padrões ideais de comportamento, enfatizando-se nesse sentido, a intervenção acadêmica sobre os alunos e demais instituições que possam se valer dos filmes como ferramenta de aprendizado.

Entendo e concordo que o mundo acadêmico e jurídico tem uma função substancial quanto ao desenvolvimento do sujeito, devendo-se observar assiduamente as transformações societárias e assim, implementar as modificações cabíveis diante das mudanças originadas a partir da influência da mídia e de todo sistema tecnológico informacional. Isso porque a comunicação e a tecnologia adquiriram um poder elevado de invasão, não respeitando qualquer limite de tempo e espaço.

Nessa perspectiva, em se tratando do contexto acadêmico, cabe aos educadores analisar de forma prévia, os filmes e qualquer outro material digital que serão usados e reproduzidos, verificando-se os objetivos pedagógicos e se contém a base teórica para uma análise crítica do assunto

em questão. O mesmo deve fornecer também, as informações que permitem fazer uma boa escolha quanto ao filme que vai assistir.

O uso da informação e demais ferramentas disponíveis assumem um papel fundamental quando usados de maneira correta e criativa também com os mais vulneráveis, tendo em vista que o acesso à informação também abre oportunidades para o conhecimento e desenvolvimento humano mais equilibrado e sustentável.

Um aspecto negativo criado pela sociedade da informação está no distanciamento dos sujeitos entre si, à deficiência dos contatos interpessoais, na medida em que se perderam algumas bases sensitivas, seja de afetividade, seja nas amizades e no cuidado com o outro e principalmente a troca de experiências possíveis apenas com o contato físico.

Para o Direito será uma oportunidade preservar e proteger os direitos fundamentais que visam o desenvolvimento humano adequado, por meio de soluções regradas impondo-se limites mais severos sobre as violações realizadas no uso incorreto e desigual da informação e demais instrumentos tecnológicos. A mudança sobre o ambiente equilibrado e natural das coisas e da relação do sujeito com a humanidade em geral, se dá justamente pela superioridade da tecnologia e inovação sobre a capacidade do indivíduo e a total indiferença sobre os rumos que a sociedade está tomando.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS. *Manual Propriedade Industrial*, São Paulo, ([entre 1988 e 2018]). Disponível em: <http://www.abimaq.org.br/Arquivos/Html/IPDMAQ/10%20Propried%20Ind,%20Manual%20-%20IPDMAQ.pdf>. Acesso em: 9 set. 2019.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier *et al.* *O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2015.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2010. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>. Acesso em: 9 set. 2019.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 set. 2019.

CHAVES, Paula Nunes; ARAÚJO, Alysson Carvalho de. Million dollar baby: um marco na representação hollywoodiana do gênero no esporte. *Recorde: Revista de História do Esporte*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 1-13, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/Recorde/article/viewFile/658/605>. Acesso em: 20 ago. 2019.

FERNANDES, Vera; MOURÃO, Ludmila. "Menina de Ouro" e a representação de feminilidades plurais. *Movimento (ESEFID/UFRGS)*, Porto Alegre, p. 1611-1629, jun. 2014. DOI: <https://doi.org/10.22456/1982-8918.46151>. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/Movimento/article/view/46151>. Acesso em: 10 set. 2019.

GOMIDE, Paula Inês Cunha. A influência de filmes violentos em comportamento agressivo de crianças e adolescentes. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, 2000. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-79722000000100014&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722000000100014&lng=en&nrm=iso&tlng=pt). Acesso em: 9 set. 2019.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução: Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora F.D. 34, 1999.

MARCONDES FILHO, Ciro. *Comunicação e jornalismo. A saga dos cães perdidos*. 2. ed. São Paulo: Hacker Editores, 2002.

MEDEIROS, Heloísa Gomes. Propriedade intelectual na sociedade informacional: produção e proteção de bens imateriais em tempos de capitalismo cognitivo. In: DIREITO E NOVAS TECNOLOGIAS: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 23., 2014, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis: Conpedi/UFSC, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7c2af8b8038c80b6>. Acesso em: 5 set. 2019.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Direito e Desenvolvimento: biomedicina, tecnologia e sociedade globalizada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MIGDALIA, Pineda *et al.* La sociedad de la información como una sociedad en transición: Caracterización, tendencias y paradojas. *Revista de Ciencias Sociales (Ve)*, Maracaibo, Venezuela, v. 9, n. 2, p. 252-270, mayo/nov. 2003.

MORIN, Edgar. *Cultura de massa no século XX: neurose*. Tradução: Maura Ribeiro Sardinha. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

OLIVEIRA, Rodolpho Silva. A sociedade da informação: princípios e relações jurídicas. *Âmbito Jurídico.com.br*, Rio Grande, 2019. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10792&revista\\_caderno=17](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10792&revista_caderno=17). Acesso em: 24 jun. 2019.

PINHEIRO, Patrícia Peck (coord.). *Guia Prático do Manual de Propriedade Intelectual da Unesp*. São Paulo: Unesp, 2012-2013. Disponível em: <https://www.ibilce.unesp.br/Home/Administracao456/apoioapesquisa/guia-pratico-do-manual-de-propriedade-intelectual.pdf>. Acesso em: 9 set. 2019.

VIGLUS, Darcy. *O filme na sala de aula: um aprendizado prazeroso*. Disponível em: <http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/1532-8.pdf>. Acesso em: 4 set. 2019.

# AS “NOVAS” FAMÍLIAS BRASILEIRAS: UMA ANÁLISE DA (IN)SUFICIÊNCIA DO RECONHECIMENTO JURÍDICO E DA NECESSÁRIA ACEITAÇÃO SOCIAL<sup>1</sup>

Gabriel Moreira de Melo<sup>2</sup>

Nathalie Kuczura Nedel<sup>3</sup>

**Resumo:** Através da evolução histórica, o direito de família brasileiro vem sofrendo diversas alterações, reconhecendo juridicamente arranjos familiares, anteriormente, deixados à margem do direito. Nesse sentido, cabe perquirir em que medida o reconhecimento jurídico, por si só, é suficiente para resguardar os direitos às denominadas “novas” famílias no âmbito da sociedade brasileira atual? Assim, para responder o problema de pesquisa utilizou-se o método de abordagem dedutivo e como método de procedimento o histórico. Porém, o reconhecimento desses “novos” modelos de família requerem uma atenção especial, tanto no Poder Judiciário quanto no meio social, visto que, não basta somente o Poder Judiciário reconhecer e dar direitos a esses novos modelos familiares, para que esses direitos sejam devidamente efetivados é preciso que se tenha também a aceitação social. A matéria vai ao encontro com a linha de pesquisa da Fadisma “constitucionalismo e concretização de direitos”. Ademais, importante ter presente que este artigo possui relevância jurídica, posto que, o reconhecimento dessas novas organizações familiares afeta diretamente o ramo do Direito de Família brasileiro. Para melhor compreensão do tema, dividiu-se o trabalho em 2 (dois) capítulos. O primeiro capítulo versará sobre a análise histórica e a evolução do Direito de família brasileiro, para

<sup>1</sup> O presente trabalho tem como objetivo analisar o reconhecimento jurídico das “novas famílias” brasileiras e a sua aceitação social. Frise-se, contudo, que esses arranjos familiares sempre existiram, apenas não eram reconhecidos juridicamente.

<sup>2</sup> Graduando no Curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria (Fadisma); gabrielmelo\_16@hotmail.com

<sup>3</sup> Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria; Professora de Direito na Faculdade de Direito de Santa Maria (Fadisma); nathalie.kuczura@fadisma.com.br

que se possa compreender a noção atual de famílias. E o segundo capítulo terá como objetivo verificar a reação social aos novos conceitos de família, apontando medidas necessárias para que ocorra a necessária aceitação social das “novas famílias”. Ao final, verificou-se que as “novas” famílias são reconhecidas juridicamente, porém não aceitas socialmente.

**Palavras-chave:** Aceitação social. Conceito tradicional de família. Novas Famílias. Reconhecimento jurídico.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito é o instrumento pelo qual se dá a organização da vida em sociedade, sendo ele a forma adequada para que o Estado assegure os direitos e a proteção aos indivíduos. Através da evolução histórica o direito de família brasileiro, cada vez mais, vêm se adaptando às novas demandas e realidades sociais, reconhecendo juridicamente e dando direitos aos novos arranjos familiares.

É inegável que as famílias brasileiras estão evoluindo e junto com essa evolução também se modifica o direito de família. Exemplo disso, são as demandas que são levadas todos os dias ao Poder Judiciário, onde o julgador se depara com situações distintas e, diante disso, faz uma reanálise sobre os direitos e princípios que regem o direito de família e, desse modo, reconhece novas estruturas familiares que não sejam somente a família tradicional que é composta pelo marido a mulher e seus filhos.

Dessa forma, problemas que eram enfrentados antigamente e muitos deles considerados tabus, deixam de existir, tendo em vista o reconhecimento dos novos modelos familiares, no qual o que realmente importa é o afeto e o amor entre as partes. Porém, o reconhecimento desses novos modelos de família requerem uma atenção especial, tanto no Poder Judiciário quanto no meio social, tendo em vista que, não basta somente o Poder Judiciário reconhecer e dar direitos a esses novos modelos familiares, para que esses

direitos sejam devidamente efetivados é preciso que se tenha também a aceitação social sobre os novos arranjos familiares.

Nesse sentido, cabe perquirir em que medida o reconhecimento jurídico, por si só, é suficiente para resguardar os direitos às denominadas “novas”<sup>4</sup> famílias no âmbito da sociedade brasileira atual? Assim, o presente artigo tem como objetivo analisar, a correspondência entre o reconhecimento jurídico das “novas” famílias no Brasil e a sua aceitação social.

Assim, para responder ao problema de pesquisa empregou-se como método de abordagem o dedutivo, posto que, para obter o resultado final foi feita uma análise bibliográfica e como método de procedimento empregou-se o método histórico, visto que, foi feita uma abordagem descendente desde a parte histórica até a atualidade. Ademais, importante referir que a matéria vai ao encontro com a linha de pesquisa “constitucionalismo e concretização de direitos” da Fadisma, tendo em vista que o objetivo da abordagem é verificar o reconhecimento jurídico e social das novas famílias.

Ademais, importante ter presente que este artigo possui relevância jurídica, posto que, o reconhecimento dessas novas organizações familiares afeta diretamente o ramo do Direito de Família brasileiro. A temática da pesquisa tem, também, notória relevância social, tendo em vista que, diariamente, todos estão expostos a novos arranjos familiares. Sendo assim, demonstrar amparo e garantir direitos a essas famílias além buscar seu reconhecimento social é um assunto de claro e notório destaque.

Para melhor compreensão do tema, dividiu-se o trabalho em 2 (duas) partes. A primeira versará sobre a análise histórica e a evolução do Direito de família brasileiro, para que se possa compreender a noção atual de famílias. E a segunda terá como objetivo verificar a reação social aos novos conceitos de família, apontando medidas necessárias para que ocorra a necessária aceitação social das “novas” famílias.

---

<sup>4</sup> As famílias não tradicionais sempre existiram, contudo, ficavam à margem da sociedade e não eram reconhecidas juridicamente.

## 2 O CONCEITO DE FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO NO ÂMBITO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Mesmo que a vida em grupos fosse um fato natural, no qual a união dos indivíduos ocorre por uma química biológica, surgiu a denominada família, a qual se trata, inicialmente, de uma reunião informal, formada espontaneamente no meio social. A entidade familiar é uma estruturação social, e organiza-se através de regras que são culturalmente elaboradas, submetidas a modelos de comportamento. Sob o ponto de vista do direito, a família é conjugada através de duas estruturas associadas, que são os vínculos e os grupos. Sendo assim, a família pode existir ou coexistir através dos laços de sangue, de direito ou de afetividade (LÔBO, 2011, p. 17-18).

Além disso, possui como característica uma estruturação psíquica, na qual todos os seus integrantes ocupam um lugar e possuem uma função, sem estarem necessariamente ligados biologicamente (DIAS, 2007, p. 27).

Nesse contexto, cabe analisar como se incutiu no ordenamento jurídico brasileiro a questão da família. O reconhecimento jurídico da família, em âmbito brasileiro, teve como principal inspiração o direito romano e o direito canônico, dando-lhe características de uma unidade jurídica, econômica e religiosa fundada na autoridade soberana de um líder (GOMES, 2000, p. 39).

Em Roma, a família não dependia necessariamente da consanguinidade (WALD, 2005, p. 10). Dessa forma, existiam duas formas de parentesco: os cognados que eram os descendentes e ascendentes em linha reta baseados na consanguinidade, e os agnados, que eram todos os descendentes masculinos do *pater famílias*, a mulher *inmanu*, a qual estava sob o poder e as ordens do marido e os filhos adotados que eram tão importantes, quanto os filhos naturais. A semelhança do parentesco sanguíneo admitiu, no direito romano, o parentesco por afinidade, o qual se estabelecia entre um dos cônjuges e os parentes do outro (GOMES, 2000, p. 40).

Por conseguinte, verifica-se que não havia uma flexibilidade na formação do vínculo familiar, posto que a estrutura desta instituição era sempre formada pelos mesmos membros. Sendo assim, não se considerava o parentesco com os parentes da mulher, o filho apenas da mulher era estranho à família. Tal demonstra, pois, que o direito romano reconhecia a instituição familiar a partir da perspectiva patriarcal (RIZZARDO, 2011, p. 9-10).

O *pater familias* (o mais elevado *status* de poder familiar) era exercido sempre por uma figura masculina, a qual desempenhava sua autoridade sobre seus descendentes não emancipados, esposa e também sobre as mulheres casadas com os seus descendentes, desde que estas não permanecessem sob a autoridade paterna após o casamento. Assim, tinha-se o casamento *sem manus* e o casamento *com manus*. No casamento *sem manus*, a mulher permanecia sob o poder do pai. Diferentemente, no casamento *com manus*, a mulher entrava na família marital e ficava sob o poder do marido (WALD, 2005, p. 10).

No direito romano, os filhos não se emancipavam quando atingiam uma determinada idade, visto que, outrora, a emancipação dos filhos ocorria como uma forma de punição, ficando o filho emancipado desvinculado da família e sem direitos sucessórios e a mulher ficava sob o poder do homem, que era quem exercia o *pater familias* (GOMES, 2000, p. 39). Em uma fase mais evoluída da família romana, no sentido de restringir progressivamente a autoridade do *pater*, deu-se maior autonomia a mulher e aos filhos, sendo assim, o *pater*, perdeu o direito de vida e morte que exercia sobre a mulher e os filhos. A emancipação dos filhos, que, antes era uma punição, passou a ser um direito, conservando ao filho emancipado os seus direitos sucessórios (WALD, 2005, p. 10-11).

A organização jurídica das famílias no Brasil teve, também, como influência o direito canônico, o qual deu origem à doutrina dos impedimentos matrimoniais (GOMES, 2000, p. 40). Dessa forma, constituiu-se o quadro que descrevia as causas impeditivas para a realização do casamento,

sendo fundada na incapacidade (idade, diferença de religião, impotência, casamento anterior), parentesco, afinidade e vícios no consentimento (WALD, 2005, p. 14).

Além disso, o direito canônico baseava-se no cristianismo, segundo o qual a família deve fundar-se no matrimônio e no acordo em comum entre as partes. Também foi de influência do direito canônico a forma solene da celebração do casamento e o *desquite*, na qual se dissolvia a sociedade conjugal sem haver a quebra do vínculo matrimonial. Configura-se, pois, a denominada separação de corpos (GOMES, 2000, p. 41).

Importante ressaltar, ainda, que a separação de corpos no direito canônico dependia da autorização de um representante religioso. Ademais, era admitida apenas em casos muito específicos, como o adultério, heresia e tentativas de homicídio de um cônjuge em relação ao outro. Somente em uma fase posterior na história, mais precisamente após o século XIV, é que se admitiu à separação de corpos no caso de acordo entre os cônjuges, porém evidencia-se que, a separação de corpos no direito canônico consistia apenas no término de alguns deveres matrimoniais, sem extinguir o casamento (WALD, 2005, p. 15-17).

Em que pese à influência do direito canônico no âmbito do direito brasileiro, é importante ter presente que alguns institutos não foram importados. É o caso, por exemplo, do reconhecimento apenas do casamento religioso. Isso porque a separação entre Estado e igreja ocorreu no Brasil com a Proclamação da República. Desse modo, a primeira constituição republicana elaborada em 1891<sup>5</sup>, reconheceu como válido somente o casamento civil, em seu artigo 72, parágrafo 4º, cuja celebração era feita de forma gratuita (LÔBO, 2011, p. 34). A regulamentação do casamento civil, foi elaborada pelo decreto n. 181, de 21-1-1890, o qual teve como autor Rui Barbosa (WALD, 2005, p. 21).

<sup>5</sup> Anteriormente à Constituição republicana de 1891, havia a Constituição de 1824, a qual, contudo, não trazia nenhum dispositivo tratando de questões familiares (LÔBO, 2011, p. 34).

O decreto n. 181 de 21-1-1890 teve como objetivo também, impulsionar o processo de secularização da vida privada, que até então era mantida sob o controle da igreja e do direito canônico. Assim sendo, teve como propósito garantir aos indivíduos a liberdade de escolha religiosa (LÔBO, 2011, p. 34).

Para o autor Arnaldo Rizzardo, as grandes evoluções históricas, culturais e sociais pelas quais passou o direito de família brasileiro, fez com que o mesmo seguisse rumos próprios, com as devidas adaptações à realidade brasileira, sem deixar, contudo, de ter as raízes no direito canônico, que ainda pode ser observado em alguns pontos do direito de família em âmbito pátrio (RIZZARDO, 2011, p. 6-7). Exemplo disso, é o Código Civil brasileiro de 1916, o qual adotou um direito baseado no direito canônico no que se refere ao processo preliminar de habilitação para o matrimônio, impedimentos e nulidades, considerando o vínculo matrimonial indissolúvel (WALD, 2005, p. 21).

Na versão do Código Civil do ano de 1916, o homem ainda matinha, com algumas restrições, a sua posição de chefe de família. A mulher era considerada relativamente incapaz e dependia do marido para poder praticar os atos da vida civil ou exercer uma profissão (WALD, 2005, p. 21).

A Constituição de 1934 do estado social brasileiro destinou à família normas explícitas e dedicou um capítulo à família, manifestando pela primeira vez a referência expressa à proteção especial do estado. Na Constituição de 1937, a educação manifestou-se como dever dos pais, devendo os filhos naturais serem equiparados aos legítimos e, por fim, na Constituição democrática de 1946, estimulou-se a prole numerosa, assegurando a assistência a maternidade (LÔBO, 2011, p. 34).

Posteriormente, com declínio do patriarcalismo, que tem sua origem histórica na revolução industrial e na revolução francesa, surgiu um novo e importante ciclo histórico a qual se denomina idade contemporânea, período no qual surgiu o movimento feminista, que foi uma das grandes revoluções do século XX. Seu marco inicial, no Brasil, deu-se na década de 60 do século

XX, e suas primeiras influências no âmbito do Direito de Família ocorreram com a Lei n. 4.121/64, a qual se denominou Estatuto da Mulher Casada (PEREIRA, 2005, p. 3). O Estatuto da Mulher Casada foi a mais expressiva alteração legislativa da época, a qual conferiu à mulher a plena capacidade para praticar os atos da vida civil, concedendo plena propriedade aos bens adquiridos com o seu trabalho (DIAS, 2007, p. 30).

A partir do Estatuto da Mulher Casada, o direito de família seguiu em uma constante evolução. Isso porque, tal normativa deixou a superioridade da figura masculina abalada e como consequência estremeceu a estrutura e a organização da entidade familiar, a qual teve os papéis do homem e da mulher equiparados, sendo repensada a organização jurídica da família (PEREIRA, 2005, p. 3-4).

Em 1977, ocorreu outra importante evolução no Direito da Família, com a Emenda Constitucional 9 e a Lei n. 6.515. Desde de então, admitiu-se no Brasil o divórcio, cessando, assim, a indissolubilidade do casamento que até então tinha como pilar regras do direito canônico de ser uma instituição de natureza divina não podendo ser dissolvida por atos dos cônjuges. Inicialmente, o divórcio era permitido apenas uma única vez para a mesma pessoa, restrição essa que desapareceu em 1989, com a Lei n. 7.841. Porém, mesmo com essa alteração, manteve-se a impossibilidade do divórcio direto. Dessa forma, o requisito prévio para o divórcio era a separação judicial, e somente após três anos, se consumaria efetivamente o divórcio (LÔBO, 2011, p. 149-151).

Essa constante no que tange à configuração da família e dos direitos de seus membros se cristalizou, ainda mais, com o advento da Constituição Federal de 1988. Ao contrário do Código Civil de 1916, que era constituído na patrimonialização e na matrimonialização das relações familiares, o novo texto jurídico fixou-se no desenvolvimento da pessoa humana, estabelecendo princípios gerais de proteção do instituto da família, além da proteção e igualdade no direito dos filhos, independentemente de sua origem ser do casamento, união estável, monoparentalidade ou adoção. Assim, analisando

o texto constitucional, verifica-se que este apresenta princípios gerais, que devem reger o Direito de família (MADALENO, 2009, p. 12).

A consagração dos princípios gerais de proteção da família foi uma grande revolução para o direito de família, pois foi a partir desta evolução que se consolidou o referido progresso. A partir destes princípios, entre eles o da cidadania e o da dignidade da pessoa humana, o direito de família teve que romper terminantemente com velhas concepções, entre eles o da ilegitimidade dos filhos, uma vez que, todas as formas de filiação foram legitimadas pela Constituição Federal de 1988, além da superioridade do homem sobre a mulher nas relações matrimoniais e o casamento como única forma de se constituir família (PEREIRA, 2005, p. 5-6).

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma efetiva revolução no direito de família, que buscou acolher no plano jurídico a realidade social das uniões informais instituídas no mundo dos fatos. Sendo assim, novos arranjos familiares passaram a ter proteção constitucional entre elas a união estável entre o homem e a mulher, por exemplo (MADALENO, 2009, p. 3-12).

Contudo, apesar de reconhecer a união estável, as normas constitucionais não lograram o efetivo êxito de aplicabilidade. Dessa forma, duas leis infraconstitucionais vieram a regulamentar o novo instituto, que foram a Lei n. 8.971/1994, a qual assegurou o direito a alimentos e à sucessão do companheiro e a Lei n. 9.278/1996, que albergou as relações entre pessoas separadas de fato e fixou a competência das varas de família para o julgamento dos litígios, além de reconhecer o direito real de habitação (DIAS, 2007, p. 157).

O Código Civil de 2002, por fim, sistematizou toda a matéria relativa à união estável, revogando as legislações infraconstitucionais (LÔBO, 2011, p. 170). Dentro do livro IV da parte especial do Código Civil de 2002, está disciplinado o assunto em cinco artigos. Depois de sucessivas emendas, os dispositivos pertinentes se consolidaram, firmando que é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, desde que

configurada na convivência pública, contínua e duradoura, que tenha sido estabelecida com o objetivo de constituir família (MADALENO, 2009, p. 829).

A partir dessas evoluções constitucionais e a redução dos laços entre o Estado e a Igreja, ocorreu a modificação jurídica no conceito e na estrutura da família moderna. Dessa forma, o principal papel da família é oferecer suporte emocional aos seus indivíduos, onde há mais flexibilidade e intensidade no que diz respeito a laços afetivos, estabelecendo-se sobre os pilares da afetividade, pluralidade e do eudemonismo<sup>6</sup> (DIAS, 2007, p. 40-41). A afetividade enquanto construção doutrinária, surgiu a partir da evolução do Direito de Família, o qual instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto, tendo em vista que, as relações de família por mais complexas que sejam, nutrem-se de afeto e dependem, em última análise, da competência dos indivíduos em dar e receber amor (DIAS, 2007, p. 68-69).

A afetividade não é um princípio jurídico explícito, porém decorre dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Sendo assim, a afetividade fundamenta o Direito de Família no que diz respeito a estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida (LÔBO, 2011, p. 71).

Desde o reconhecimento da afetividade como elemento essencial no convívio familiar, muitos foram os números de surgimentos de uniões estáveis e filiações sócio afetivas, permitindo vislumbrar uma nova família retratada a partir desta evolução. Sendo assim, a afetividade se tornou fator suficiente e relevante para as escolhas pessoais dos indivíduos a partir da sua aceitação pela sociedade (CALDERÓN, 2017).

A liberdade no exercício das escolhas pessoais dos indivíduos passou a ser exercida de uma forma concreta, sendo constatada nas mais

<sup>6</sup> O Eudemonismo é a busca da felicidade, tendo como seu principal objetivo a busca de uma vida feliz e a satisfação plena de cada membro da entidade familiar, levando em consideração tanto o aspecto global, como também o aspecto particular de cada um. A partir das novas conquistas da família contemporânea, como novos valores e quebras de paradigmas, o Eudemonismo tem um conceito no qual a felicidade é o objetivo e a finalidade da vida humana (ALBUQUERQUE, 2019, p. 1-13).

variadas formas de relacionamentos. Posto isso, a partir do reconhecimento da afetividade como essencial para o vínculo familiar reconheceu-se uma pluralidade de outras entidades familiares, entre elas a união homoafetiva (CALDERÓN, 2017).

Muitas foram as decisões a respeito das uniões homoafetivas que foram se incorporando no ordenamento jurídico brasileiro, exemplo disso são as decisões dos Tribunais que tratam a respeito do tema (LÔBO, 2011, p. 92-93). A mais importante delas, que foi o marco inicial para o reconhecimento das uniões homoafetivas por todos os órgãos do poder judiciário foi o julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, ambas julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, a qual reconheceu a união estável entre homossexuais como entidade familiar. Frise-se que a referida decisão foi fundamentada com base no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, o qual veda qualquer tipo de discriminação em virtude de sexo, raça ou cor. Sendo assim, entendeu-se que ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual (BRASIL, 2018).

Assim, mesmo que a Constituição federal de 1988 não tenha reconhecido a união homoafetiva como entidade familiar, para a autora Maria Berenice Dias nenhuma entidade familiar que tenha por base o afeto pode deixar de ser conferido o *status* de família. Tal posicionamento se funda na proteção constitucional da família, tendo em vista que, no texto constitucional, a família merece toda a proteção do estado, sendo consagrada como cláusula pétrea o respeito e dignidade da pessoa humana (DIAS, 2007, p. 40-41).

Nesse mesmo sentido, o autor Paulo Lôbo discorre que, as uniões homoafetivas são entidades familiares que são constitucionalmente protegidas desde que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, posto que a Constituição Federal não veda o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo e por mais que não existam Leis que regulamentem essas uniões não há impedimentos para que elas ocorram,

haja vista que, as normas descritas no artigo 226 da Constituição Federal são autoaplicáveis independentemente de regulamentação. Dessa forma, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro como um todo já reconhece a família como sendo qualquer relacionamento entre pessoas, em que haja vínculo afetivo. Assim, frente ao reconhecimento jurídico cumpre apreciar como essas “novas” famílias diferentes das tradicionais são recepcionadas pelo seio social (LÔBO, 2011, p. 90-91).

### 3 O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS “NOVAS” FAMÍLIAS E A MANUTENÇÃO DO REPÚDIO SOCIAL

De acordo com o referido anteriormente, atualmente, existe um conceito jurídico diverso do tradicional e mais amplo de entidade familiar. Isso porque, tradicionalmente, esta era composta pelo homem a mulher e os filhos advindos do casamento. Sua estrutura era patriarcal, ou seja, o homem era o chefe da família e exercia sua autoridade sob a mulher e os filhos, tendo a família função religiosa, política e econômica. Atualmente, a mesma possui como cerne o afeto, sendo este o elemento nuclear e definidor da união familiar, tornando-se um espaço de realizações existenciais (LÔBO, 2011, p. 22-23).

Frise-se que embora antigamente não se reconhecessem determinados arranjos como sendo uma entidade familiar, essas situações já ocorriam, porém ficavam à margem do reconhecimento jurídico e, assim, eram tratadas de forma desigual, tendo em vista que o reconhecimento jurídico da família se dava através do casamento e da prole daí advinda. Sendo assim, as entidades familiares que não fossem formadas através do matrimônio eram invisíveis ao direito, bem como à sociedade (RIZZARDO, 2014). Exemplo disso, é que ao tempo do Código Civil de 1916, qualquer arranjo familiar, que não fosse instituído através do casamento era marginalizado pela sociedade.

Conforme se denota da análise da primeira seção deste artigo, a história do direito de família brasileiro é marcada por diversos registros de exclusão jurídica, o que acabava chancelando a exclusão social e ausência de reconhecimento de diversos vínculos enquanto familiares. Anteriormente à Constituição Federal de 1988 era notória a falta de direitos das entidades familiares que não fossem a tradicional (ROSA, 2013). As mães solteiras eram as que mais sofriam discriminação e afrontas da sociedade, tendo em vista que além de não serem casadas possuíam a prole advinda de seus relacionamentos, o que para a época era uma afronta aos bons costumes. O entendimento social era que essas mulheres se aproveitavam da sua sexualidade para obter sua reprodução fora da estrutura do casamento (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 11-13). Desse modo, os filhos havidos fora do casamento não eram reconhecidos juridicamente, portanto, eram também apontados e discriminados pela sociedade (ROSA, 2013).

Além disso, quando um homem e uma mulher constituíam um *concubinato puro*,<sup>7</sup> também ficavam à margem da sociedade sem ter seu devido reconhecimento tanto social como jurídico. Sendo assim, os efeitos advindos dessas relações eram praticamente inexistentes. Ademais, quando existentes esses efeitos jurídicos eventuais, estes eram regidos pelo Direito das Obrigações, pois, essas entidades familiares eram comparadas às sociedades de fato. Dessa forma, a falta de reconhecimento jurídico de outras entidades familiares, enquanto tais, fazia com que o posicionamento da sociedade se pautasse no sentido de excluir essas famílias (MADALENO, 2016).

Evidente, pois, diante dos exemplos acima apresentados que as “famílias” informais fundadas em uniões não matrimonializadas não tinham o devido reconhecimento jurídico e eram fortemente discriminadas, tendo em vista que tradicionalmente inexistia reconhecimento jurídico e tampouco social de outras formas de famílias. Contudo, conforme restou cristalino, essa situação foi alterada, uma vez que o ordenamento jurídico

<sup>7</sup> O concubinato puro era semelhante à união estável atualmente.

passou a reconhecer como família aquela entidade que tenha o afeto como instrumento fundamental para sua composição (MADALENO, 2016).

A partir da Constituição Federal de 1988, decaiu a exclusividade da família matrimonial, por mais que o casamento continue sendo uma forma de constituição familiar, esta já não é mais única. Isso porque, conforme referido, se abriu espaço para a formação de outras entidades familiares mediante as mais diversas e variadas estruturas desde que preencham os requisitos básicos para a sua concepção (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 11-13).

A atual estrutura de família tem como elemento essencial o afeto. Frise-se que o afeto, por si só, não é o único elemento caracterizador da relação familiar, porém a sua presença é decisiva para constituição e subsistência do núcleo familiar. Ademais, atualmente valoriza-se cada membro da família considerado individualmente, havendo, pois ampla liberdade para se constituir ou desfazer laços conjugais, por exemplo (PEREIRA, 2005, p. 180-183).

Apesar da Constituição Federal de 1988 não elencar todas as entidades familiares em seu artigo 226, entende-se que todas as entidades familiares, que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade estão implicitamente protegidas pelo texto constitucional, devendo ter seus efeitos regidos pelo direito de família e não mais pelo direito das obrigações como era feito anteriormente. Dessa forma, todas as entidades familiares mesmo que não acolhidas explicitamente pelo artigo 226 estão respaldadas juridicamente pela doutrina e pela jurisprudência (ROSA, 2013).

A partir do reconhecimento das novas estruturas familiares, surgem então, as denominadas famílias mosaico ou reconstituídas. As quais podem ser conceituadas como aquelas formadas por pessoas que já possuíram uma família e decidem, em um determinado momento, formar uma nova família. Esses novos arranjos familiares podem advir de família monoparental, uniões estáveis e uniões homoafetivas. As famílias mosaico estão cada vez mais presentes na sociedade moderna. Uma pesquisa realizada no ano de 2007,

mostrou que em 16% (dezesesseis por cento) dos casamentos realizados no Brasil, os cônjuges já haviam se casado pelo menos uma vez e no que tange aos filhos em mais de 70% (setenta por cento) das separações os filhos tinham menos de 18 anos de idade (VALADARES, 2010, p. 53-77).

Segundo o senso demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) do ano de 2010, os arranjos familiares são menos tradicionais, ocorrendo um crescimento de uniões consensuais. Ademais, com o crescimento significativo dos divórcios aumentaram também o crescimento as chamadas famílias reconstituídas e também famílias monoparentais, indicando que os arranjos familiares não tradicionais estão presentes em 50,1 % dos lares, ou seja, as famílias não tradicionais são a maioria no Brasil (IBGE, 2010).

Porém, verifica-se que o reconhecimento jurídico não é suficiente para que se opere o reconhecimento social, exemplo disso é o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, que apesar de ter seu reconhecimento jurídico, não existe um reconhecimento social. A título exemplificativo, podem se citar inúmeros exemplos de repúdio social em relação às quais os casais são vítimas diariamente. Mesmo tendo seus direitos legalmente garantidos os casais homoafetivos enfrentam muitos constrangimentos ao demonstrarem publicamente suas relações (LISBOA, 2015).

Com o objetivo de demonstrar o acima relatado, cita-se o caso ocorrido em 12 de março de 2017, um casal homoafetivo foi violentamente espancado com chutes, socos e golpes com uma pá, por dois homens na cidade de Araraquara no Estado de São Paulo. O motivo das agressões se deu porque o casal se abraçou em uma praça. Segundo os relatos das próprias vítimas, os homens os agrediram pelo fato de serem um casal homoafetivo. O caso foi registrado no 4º distrito policial na cidade de Araraquara (SEGNINI, 2017).

Também no ano de 2017, um casal gay de idosos de 60 (sessenta anos) e 62 (sessenta e dois anos) foram agredidos por vizinhos do prédio onde moravam no Rio de Janeiro. Aproximadamente 20 homens cercaram o casal quando eles saíam de seu apartamento, desferindo chutes, socos e

até tentativa de enforcamento no casal. Durante as agressões, o casal foi humilhado e ouviu palavrões dos agressores que diziam que ali não era lugar de “veado” (LARA, 2017).

Recentemente, no dia 21 de maio de 2018 dois homens foram vítimas de agressões verbais na cidade de Cuiabá, por serem um casal homoafetivo. Um vizinho de condomínio, onde o casal mora, os agrediu verbalmente e segundo uma das vítimas o agressor os ameaçou de agredi-los fisicamente até que eles virassem homens. Ainda segundo umas das vítimas o agressor falou que o casal era uma aberração e uma afronta à família. O caso foi registrado como injúria mediante preconceito motivado por homofobia (CASAL..., 2018).

Essa situação, igualmente, se opera em relação às famílias mosaico, tendo em vista que o conservadorismo social e alguns valores patriarcais ainda persistem. Ocorre que independentemente da terminologia jurídica que se utilize, seja ela, “tradicional”, “substituta”, “monoparental”, “mosaico”, “união poliafetiva” etc., o que não se pode negar é a existência dessas entidades familiares. Apesar dessas novas uniões serem alvos de repúdio social, negar os novos arranjos familiares é negar a própria essência do ser humano, visto que o homem é mutante em sua essência e as formas de família se diversificam ao longo da história (PADILHA, 2018).

Apesar do reconhecimento jurídico, os novos arranjos familiares ainda enfrentam algumas resistências sociais em aceitar seus novos relacionamentos. Exemplo disso são os casais que se separam e se reestabelecem em outra família, trazendo consigo os filhos havidos no relacionamento anterior. Nessa forma de relacionamento, surgem duas novas figuras: a do padrasto e a da madrasta. Acontece que esse termo clássico para conceituar os novos membros da família tem sua origem das relações de orfandade, o que não corresponde ao tipo de relacionamento estabelecido entre o casal e seus respectivos filhos da relação anterior. Apesar de existir alguns termos para denomina-los como “pais sociológicos” ou “pais de acolhida” existe uma resistência em criar novos termos para essas figuras

familiares, que está diretamente associada ao modelo de família tradicional, o que dificulta a aceitação dessas novas estruturas familiares (SARAIVA, 2018, p. 18-19).

Constantemente, as famílias reconstituídas ou mosaico são vistas como frágeis ou instáveis. Porém, o que deve se ter presente é que essa nova configuração familiar apenas requer um maior investimento de cada um de seus membros justamente pelo fato de haverem os filhos de outro casamento. Entretanto, mesmo com impasses que essa família enfrenta, nem sempre ela será conflituosa ou com tendências a se dissolver (HINTZ, 2018).

Verifica-se, ainda, repúdio social no que tange, por exemplo, à adoção por casais homoafetivos. No Brasil, ainda há uma evidente resistência em aceitar os vínculos afetivos entre casais homossexuais, fazendo com que ocorra um sistema de exclusão permeada de preconceito no meio social. Tal fato ocorre devido à crença de que a adoção de crianças por esses casais poderia acarretar danos à criança devido à ausência de parâmetros comportamentais (DIAS, 2018b).

Porém, já restou comprovado que, crianças que crescem em uma família homoafetiva não apresentaram, em razão disso, problemas na sua vida adulta no que tange à sexualidade. Em suma, tem-se que a orientação sexual dos pais não interfere no desenvolvimento psíquico da criança, que receberá influência da qualidade do vínculo que ela terá. Ademais, ao se proibir que um casal homoafetivo possa adotar, se estaria abandonando mais uma vez a criança, que normalmente permanece em casas de abrigo ou orfanatos (CECÍLIO; COMIN; SANTOS, 2018).

Esses são apenas alguns dos vários casos de repúdio social às novas estruturas familiares. Dessa forma, fica evidente que o simples reconhecimento jurídico de novas formas de famílias não é suficiente para que ocorra a necessária aceitação social (DIAS, 2000, p. 46-47).

A família é o agente socializador do ser humano, independente da sua estrutura. A instituição familiar é a entidade que desempenha o papel fundamental da formação da sociedade e do indivíduo, tendo em vista que é

dela que advém os valor éticos e morais. Desse modo, é importante ressaltar que a família bem estruturada não é aquela que promove somente o conforto material, mas acima de tudo promove amor, respeito, solidariedade e valorização de cada um dos seus membros (VIANNA, 2018, p. 511-514).

Nesse norte, reforça-se o já afirmado anteriormente, no sentido de que a família tem como princípios basilares a igualdade e a solidariedade, sendo identificada principalmente pelo afeto. Diante disso, as relações de consanguinidade não possuem um grau de importância maior do que as relações oriundas dos laços de afetividade (VIANNA, 2018, p. 511-514).

Evidente, pois, que os novos arranjos familiares já são reconhecidos juridicamente, posto que a visão jurídica sobre essa temática sofreu mudanças ao longo dos anos. Porém, isso não foi suficiente para se operasse a aceitação social dessas novas famílias. Frise-se que, por vezes, o reconhecimento social torna-se muito mais importante do que o próprio reconhecimento jurídico. Assim, apesar do preconceito ainda existente na sociedade, no âmbito jurídico, já está estabelecida uma família contemporânea, que tem como pilar primordial o afeto (RAMOS, 2014, p. 155-158).

Desse modo diante das novas formas de convívio familiar, é necessário que se faça uma reanálise dos fatos sociais, para que assim, se possa alcançar a verdadeira igualdade e o reconhecimento social. Incentivar ainda tanto no âmbito da legislação como também por meio de políticas públicas, a inserção dessas famílias no meio social (DIAS, 2018a).

## 4 CONCLUSÃO

Historicamente, o direito de família vem passando por um grande processo de evolução. O conceito de família adotado a partir do direito romano e canônico, que era fundado através do matrimônio e constituído pelo pai, a mãe e os filhos não é mais uma regra, abrindo-se espaço para o reconhecimento de novos arranjos familiares, pautados, principalmente na

existência de vínculo afetivo entre os integrantes da família. Frise-se que esses novos modelos familiares não são novidades, porém por não serem reconhecidos juridicamente, acabam não sendo tratados abertamente, ficando, assim, tanto à margem do direito quanto da sociedade.

A partir da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 226 reconheceu outras formas de famílias que não só a tradicional, passou-se a tratar de novas formas de família, as quais, conforme já referido, já existiam, porém não possuíam reconhecimento jurídico. Dessa forma, vige, no campo do direito, atualmente um conceito mais amplo de família, que tem como elemento essencial o afeto e a valorização de cada um de seus membros, baseados no princípio da dignidade humana. Sendo assim, não é necessário que a mesma seja formada apenas pelo pai, devidamente casado a mãe e os filhos advindos desse relacionamento.

Todavia, como pode se constatar, apesar de haver o reconhecimento jurídico dessas famílias, o mesmo não implicou em um reconhecimento social, tendo em vista que, ainda é muito presente na sociedade atual diversas formas de preconceito e repúdio a essas famílias. Exemplo disso são as inúmeras agressões que os integrantes dessas famílias sofrem no meio social, uma vez que, ainda existe uma resistência da sociedade em aceitar esses novos arranjos familiares.

Dessa forma, para que se opere o devido reconhecimento social é necessário que seja feita uma reanálise dos fatos sociais, para que se adotem políticas públicas, a fim de buscar a sua efetiva aceitação. Dessa forma, apesar de grande parte da sociedade estar presa aos princípios conservadores da família tradicional, é necessário que ocorra a necessária aceitação social, tendo em vista que esses arranjos familiares não podem ser motivos de desintegração social, posto que estão, inclusive, contemplados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, verificou-se que os novos arranjos familiares possuem reconhecimento jurídico na atualidade. Isso, contudo, não veio acompanhado

do necessário reconhecimento social, o qual é imprescindível para que os laços familiares já reconhecidos se fortaleçam e sigam se estabelecendo.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *A família eudemonista do século XXI*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/269.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: Famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 11-13.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277 e ADPF n. 132*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 19 set. 2018.

CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CASAL GAY REGISTRA B.O. CONTRA VIZINHO APÓS DISCUSSÃO EM CUIABÁ: 'ABERRAÇÕES'. *G1 Mato Grosso*, 23 maio 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/casal-gay-registra-bo-contravizinho-apos-discussao-em-cuiaba-aberracoes.ghtml>. Acesso em: 23 out. 2018.

CECÍLIO, Mariana da silva; COMIN, Fabio Scorsolini; SANTOS, Manoel Antônio dos. *Produção científica sobre adoção por casais homossexuais no contexto brasileiro*. Disponível em: <http://www.redalyc.org/html/261/26128793011/>. Acesso em: 16 nov. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Amor versus Preconceito*. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_674\)15\\_\\_amor\\_versus\\_preconceito.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_674)15__amor_versus_preconceito.pdf). Acesso em: 19 de nov. 2018a.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DIAS, Maria Berenice. *União homoafetivas*. Disponível em: [http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/12\\_-\\_uni%F5es\\_homoafetivas\\_-\\_uma\\_realidade\\_que\\_o\\_brasil\\_insiste\\_em\\_n%E3o\\_ver.pdf](http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/12_-_uni%F5es_homoafetivas_-_uma_realidade_que_o_brasil_insiste_em_n%E3o_ver.pdf). Acesso em: 16 nov. 2018b.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HINTZ, Helena Centeno. *Novos tempos, novas famílias? Da modernidade a pós modernidade*. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Helena\\_Hintz/publication/320919866\\_Novos\\_tempos\\_novas\\_familias\\_Da\\_modernidade\\_a\\_pos-modernidade/data/5a0261ccaca2720df3ca982b/PF3HelenaHintzNovostemposnovasfamilias.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Helena_Hintz/publication/320919866_Novos_tempos_novas_familias_Da_modernidade_a_pos-modernidade/data/5a0261ccaca2720df3ca982b/PF3HelenaHintzNovostemposnovasfamilias.pdf). Acesso em: 16 nov. 2018.

IBGE. *Censo demográfico*. 2010. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/97/cd\\_2010\\_familias\\_domicilios\\_amostra.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/97/cd_2010_familias_domicilios_amostra.pdf). Acesso em: 20 out. 2018.

LARA, Rafaela. Foi um crime premeditado, diz aposentado agredido por ser gay. *Veja*, 29 abr. 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/foi-um-crime-premeditado-diz-aposentado-agredido-por-ser-gay/>. Acesso em: 21 out. 2018.

LISBOA, Vinicius. *Casais homoafetivos ainda enfrentam limitações para demonstrar afeto em público*. 2015. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-07/casais-homoafetivos-ainda-enfrentam-limitacoes-para-demonstrar>. Acesso em: 20 out. 2018.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PADILHA, Elisângela. *Novas estruturas familiares: algumas reflexões*. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/8433/1/Novas%20estruturas%20familiares%20-%20algumas%20reflex%C3%B5es.pdf?fbclid=IwAR31iJZ1xllmIAbGyQsB04ekSQxjPVUa7G9fvr-KFSonyWvDWOoFYnh0Qhk>. Acesso em: 15 nov. 2018.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Princípios norteadores do direito de família*. Belo horizonte: Del Rey, 2005.

RAMOS, Elaine Cristina Gabriel. *A evolução do conceito de família no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro*. 2014. Disponível em: [file:///C:/Users/Positivo/Downloads/190-Texto%20do%20artigo-396-1-10-20171228%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Positivo/Downloads/190-Texto%20do%20artigo-396-1-10-20171228%20(1).pdf). Acesso em: 15 nov. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROSA, Conrado da. *IFamily: um novo conceito de família?* São Paulo: Saraiva, 2013.

SARAIVA, Camille de Andrade. *Ser padrasto em famílias recompostas: os desafios da pluriparentalidade*. Disponível em: [http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/1111664\\_2013\\_completo.pdf?fbclid=IwAR2QnITROLmGbgYxChPz0Fr\\_-T4uoABm1jSdohBicLMikq0\\_zC-8sovDEmg](http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/1111664_2013_completo.pdf?fbclid=IwAR2QnITROLmGbgYxChPz0Fr_-T4uoABm1jSdohBicLMikq0_zC-8sovDEmg). Acesso em: 16 nov. 2018.

SEGNINI, Caliandra. Casal gay e espancado com pá após abraço e alega homofobia. *G1*, 15 mar. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2017/03/casal-gay-e-espancado-com-pa-apos-abraco-e-alega-homofobia-bichinhas.html>. Acesso em: 21 out. 2018.

VALADARES, Maria Goreth Macedo. Os meus, os seus e os nossos: as famílias mosaico e seus efeitos jurídicos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família*, Belo horizonte, 2010.

VIANNA, Roberta Carvalho. *O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <https://revista.esmes.org.br/re/article/view/41/45>. Acesso em: 13 nov. 2018.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.



# FAKE NEWS: A DESINFORMAÇÃO NA ERA DIGITAL E SUA AFETAÇÃO À DEMOCRACIA

Adriana Martins Ferreira Festugatto<sup>1</sup>

**Resumo:** Nada vem do nada, e por isso a importância de se perquirir as origens da desinformação que aflige a sociedade contemporânea, enquanto fruto das cercas artificiais que a sociedade digital nos impõe. Assim, o presente texto tem por objetivo analisar o fenômeno *fake news*, a partir de sua correlação com a nova arquitetura comunicacional das mídias digitais, com ênfase no papel dos algoritmos como mediadores sociais de informação, bem como os seus reflexos para o debate político e formação da opinião pública. Com base na pesquisa bibliográfica e análise de dados, foi possível concluir que apesar de não ser algo novo na história da humanidade, a manipulação intencional de fatos e notícias, ganhou novos contornos a partir da revolução digital, mostrando-se necessário pensar formas de enfrentamento visando salvaguardar a efetividade da democracia. Para isso, faz-se imprescindível uma análise crítica sobre o poder que a tecnologia está exercendo no mundo hoje, principalmente em virtude do risco da separação entre poder e política.

**Palavras-chave:** *Fake News*. Tecnologia. Debate público. Democracia.

## 1 INTRODUÇÃO

A informação, por estar atrelada ao saber e a autodeterminação do cidadão, sempre foi o centro de gravidade das relações entre os sujeitos e portanto, significado de poder. Tendo em vista a influência direta que exercem no modo que flui a informação, inegável afirmar que as estruturas

<sup>1</sup> Especialista em Direito pela FIE; Mestranda em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Servidora do quadro do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina; [drika\\_ferreira1@hotmail.com](mailto:drika_ferreira1@hotmail.com)

dos meios de comunicação afetam a formação da sociedade, refletindo na forma de viver, conviver e se relacionar dos indivíduos.

A livre expressão põe-se como garantia à essa livre circulação de informação, sendo peça fundamental do sistema de deliberação pública e democrática. A partir do direito à liberdade de expressão e informação possibilita-se o exercício da autonomia privada decisória e nasce a formação da opinião pública, posto que o pensar não é tarefa meramente individual e está atrelado à intersubjetividade que as liberdades comunicativas propiciam (MIRANDA, 2001). O princípio do discurso, portanto, é intrínseco às condições de socialização comunicativa em geral e do próprio sistema de direitos fundamentais.

Essa questão, entretanto, merece atenção redobrada a partir das novas tecnologias que alteraram significativamente a forma de comunicação, propiciando a globalização e impondo uma nova lógica ao mercado, que culminou com o advento da sociedade informacional (SANCHEZ BRAVO, 2011). Da era analógica da comunicação em massa, sob a égide da televisão e rádio, passou-se a era digital, bem representada pelo duopólio Facebook e Google, na qual impera a circulação personalizada de informação, retroalimentada pelos rastros deixados a cada interação nas plataformas digitais.

Posto esse cenário atual, viu-se emergir uma onda crescente de disseminação de desinformação, sob a alcunha de *fake news*, o que apesar de não ser algo novo, passou a reverberar com mais intensidade a partir da rede mundial de computadores. Como exemplo dramático, temos as eleições presidenciais norte americanas de 2016, sendo que nesse cenário de disputa eleitoral, os reflexos da desinformação são ainda mais devastadores, haja vista a influência direta no exercício do voto e vulnerabilidade ao processo eleitoral que as notícias fraudulentas implicam. Há de se problematizar, portanto, a relação entre a (des)informação na era digital e as *fake news*.

Tem-se, como objetivo do artigo, esclarecer o que são as *fake news*, a partir do papel das liberdades comunicacionais na sociedade atual,

principalmente com advento das tecnologias de informação, bem como seus possíveis reflexos ao processo eleitoral e à democracia.

Do ponto de vista metodológico, explorou-se as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com estruturação pelas seguintes etapas: i) A comunicação como direito humano, e sua relação com liberdade de expressão e o direito à informação, bem como os caminhos para sua conquista no Brasil; na sequência ii) o texto discorre sobre a comunicação em rede, principalmente a partir das plataformas digitais, trazendo importantes aspectos desse novo cenário em que se desenvolve os fenômenos de consumo e distribuição de informação; iii) enfrenta-se o tema *fake news*, correlacionando-o ao modo de circulação da informação na sociedade digital e elenca-se seus principais reflexos ao processo eleitoral e à própria democracia. Ao final, são ofertadas as notas conclusivas.

## 2 DIREITOS HUMANOS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL: UMA CONSTRUÇÃO RECENTE

Em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal de Direitos Humanos, a qual traz 30 artigos elencando aqueles direitos que foram considerados essenciais para o ser humano, independente de raça, credo, gênero ou mesmo posição social, significando um ideal a ser alcançado por todos os povos e nações.

Para Norberto Bobbio (2004, p. 18), a Declaração Universal dos Direitos Humanos carrega, pela primeira vez na história, um sistema de valores universal – de fato – a medida em que houve um consenso geral sobre sua validade e capacidade de reger a humanidade para a formação de uma sociedade de homens livres e iguais. O autor defende, ainda, que os direitos humanos não são taxativos, e sim um produto da civilização, suscetíveis de transformação e ampliação, estando em aperfeiçoamento constante.

Nesse sentido, inúmeros e complexos os fatores que levaram a elaboração desse documento, ainda em 1946, pela Organização das Nações Unidas, mas reputam-se ao sentimento liberal dominante à época e ainda às atrocidades da Segunda Grande Guerra Mundial, as principais razões sociais e históricas a justificar a adoção de uma Declaração Universal de direitos humanos visando o advento de um mundo livre e melhor.

Nesse primeiro momento, referiam-se apenas a garantia de liberdades, como discorreu Norberto Bobbio (2004, p. 14), “obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos.” Em síntese, eram/são os direitos garantidos pela não intervenção do Estado na vida privada, configurando-se em verdadeiros direitos individuais e subjetivos.

Entretanto, para além dessa postulação enquanto direitos, fazia-se necessária a promulgação de legislações que regulassem as matérias ali tratadas. Claro que a criação de leis internas não garante por si só o cumprimento desses direitos, mas sem essa reafirmação, acabariam fadados à inoperância, devido aos óbices impostos cotidianamente a sua fruição pelos cidadãos. Nesse sentido, Bobbio (2004, p. 37) traz que:

As cartas de direito, enquanto permanecem no âmbito do sistema internacional do qual promanam, são mais do que cartas de direitos no sentido próprio da palavra: são expressões de boas intenções, ou, quando muito, diretivas gerais de ação orientadas para um futuro indeterminado e incerto, sem nenhuma garantia, de realização além da boa vontade dos Estados, e sem outra base de sustentação além da pressão da opinião pública internacional ou de agências não estatais [...]

No que tange à liberdade de expressão, tomado em sua especificidade dado o objeto da presente pesquisa, o artigo 19 da DUDH trouxe que “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e

transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.” (UNICEF, 1948).

O dispositivo garante, dessa forma, a liberdade de difundir informações e idéias, por qualquer meio de expressão, e implica, também, na liberdade de mantermos nossas próprias opiniões. Por outro lado, possibilita-nos saber o que acontece na sociedade, e, portanto, fornece meios para que exerçamos nossa cidadania de forma mais crítica, interagindo de forma livre e consciente no debate público.

Rawls (2008, p. 225) escreveu sobre a importância da comunicação e por conseguinte, da mútua influência, nesse processo de construção democrática, enfatizando como seus pressupostos a liberdade de expressão e a assembleia, a liberdade de pensamento e a consciência. E isso tudo está ainda correlacionado a própria autonomia do ser humano e sua capacidade de cognição. Pontes de Miranda (2001) traz a polivalência do “pensar” atrelada à intersubjetividade, pois viabiliza que as ideias internas sejam amalhadas ao que se apreende com a interação com o outro.

Do ponto de vista da norma legal, pode-se considerar que atualmente vivemos numa situação de plena liberdade de expressão no Brasil.

Mas o caminho para se alcançar esse status foi árduo, houveram muitos episódios de desrespeito a esse direito, mesmo sendo o Brasil signatário original do Declaração Universal - foi um dos 48 países que votou favoravelmente à Declaração, durante a Assembleia de 1948.

Não poderia deixar-se de mencionar aqui o período de exceção que o país vivenciou após o ato militar de 1964, que destituiu o então presidente João Goulart e instaurou uma verdadeira ditadura, a qual perdurou por 21 anos, lapso em que vários direitos e liberdades acabaram renegados a segundo plano sob o pretexto da ordem pública.

Foi nesse período que se iniciou uma verdadeira caçada à imprensa, sendo a partir da edição da Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, também chamada Lei de Imprensa, o começo do controle governamental sobre tudo que era publicado. Nessa linha de restrição do direito à liberdade de

expressão, o qual guarda íntima correlação com a crítica política ao governo, houve ainda o Decreto-Lei n. 898, denominado Lei de Segurança Nacional, de 29 de setembro de 1969, complementada no ano seguinte pelo Decreto-Lei n. 1.077, os quais instituíram expressamente a censura prévia, exercida por meio de duas frentes: uma equipe de censores de forma permanente na redação dos jornais e das revistas, para decidir o que poderia ou não ser publicado, ou o envio prévio pelo veículo de comunicação para a Divisão de Censura do Departamento de Polícia Federal, em Brasília (REIMÃO, 2011).

Assim, toda informação, antes de ser publicada, era previamente catalogada para análise quanto ao seu "potencial subversivo", sendo considerado anedótico a arbitrariedade do crivo dos órgãos censores em relação às notícias em geral e mesmo a espetáculos públicos (NOHARA, 2018, p. 83). Em verdade, objetiva-se conter a crítica ao governo, e por via de consequência, reflete no empobrecimento do debate público, esse crucial para a formação da opinião e mesmo personalidade do cidadão. A censura, em verdade, é um instrumento de controle pelo próprio Estado a fim de se perpetuar no poder sem maiores indagações ou embates.

Somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, é que o país voltou a se alinhar a ordem mundial que pugnava pela democracia. E a liberdade de expressão acabou tomando um lugar de destaque nesse processo de constitucionalização de direitos fundamentais, pois instrumentalizou a liberdade individual de pensamento e opinião, e, por conseguinte, refletiu na autodeterminação democrática da sociedade política (CUNHA E CRUZ, 2010, p. 409).

A Carta Magna atual conferiu status de cláusula pétrea à liberdade de expressão, tendo o legislador, em várias passagens (art. 5º, IV, IX, XIV, e art. 220 da CF-88), reafirmado esse direito, haja vista ocupar o centro axiológico da democracia.

Sobre a transformação operada na legislação infraconstitucional a partir dessa nova ordem democrática, o Código Civil de 2002, através dos seus artigos 186 e 187 ao prever a caracterização do ato ilícito e a

possibilidade de indenização, tratou de salvaguardar a sociedade contra abusos que qualquer das liberdades individuais pode ocasionar.

Nesse ponto, convém enfatizar que nenhum direito é absoluto por si só, inclusive o de expressão e informação, os quais estão propensos a tensões frequentes frente os direitos de personalidade. É visto que apesar de vivermos em um Estado Democrático de Direito desde 1988, a nossa legislação “não se alinha com uma proposta de liberdade indiscriminada, pois as pessoas não possuem liberdade para causarem danos à coletividade [...]” (NOHARA, 2018, p. 87). Assegurou-se à sociedade, assim, contra eventual dano às pessoas e à própria informação.

Nesse caminhar, em 2009, foi declarada a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa na ADPF n. 130,<sup>2</sup> pela sua total incompatibilidade com os valores e princípios abrigados na Constituição Federal de 1988, já que imprensa livre é uma das bases da formação de uma sociedade com pensamento crítico, como trouxe Cunha e Cruz (2010, p. 410):

É inegável, hodiernamente, o poder social que da imprensa se extrai. A sua relevância lhe direciona o protagonismo na sociedade democrática, com repercussões econômicas, políticas, sociais e jurídicas. Com a liberdade de imprensa, portanto, vislumbra-se proteger institucionalmente o veículo que conduz as informações e as opiniões.

Desde então, os jornalistas passaram a ser regidos pelos códigos Penal e Civil.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Acórdão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, na ação de Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130, cujo relator foi o Ministro Carlos Ayres Britto, publicada em 5 de novembro 2009 (BRASIL, 2009).

<sup>3</sup> Assim como qualquer outro cidadão no exercício de suas liberdades, os jornalistas também estão sujeitos na esfera penal, a incidir em crimes contra a honra - calúnia, difamação e injúria - previstos nos artigos 140 a 143 do Código Penal ou ainda no art. 323 do Código Eleitoral, que prevê como crime eleitoral a divulgação de informações inverídicas. Isso tudo, sem prejuízo das sanções cíveis por ato ilícito, conforme disposto no Código Civil, em seus art. 186 a 188.

Por outro lado, é de fundamental importância compreender a formação de monopólios na comunicação, para entender como as ideias propagadas por esses meios acabam constantemente formando a ideia de um país, ainda que as liberdades estejam formalmente asseguradas. O sistema de comunicação guarda forte relação com os mecanismos de poder e, se utilizado de forma perniciosa, tornam-se verdadeiros instrumentos de 'cabresto político e cultural'. E é sobre essa interferência no debate público, através do controle que a mídia exerce sobre o indivíduo, principalmente com os avanços tecnológicos no que tange à comunicação social, que se debruça a segunda parte do presente trabalho.

### 3 AS PLATAFORMAS DE INTERNET E A MÍDIA EM TRANSFORMAÇÃO

Com os avanços da tecnologia das telecomunicações, principalmente a partir da década de 90, emergiu o que foi chamado de "sociedade da informação" (BRAVO, 2001), tendo a internet como seu símbolo emblemático. Passou-se a observar a difusão de uma quantidade imensurável de informações, em tempo real, e sem limites de fronteira, elevando o direito à liberdade de expressão e informação a uma nova dimensão, não apenas individual-liberalista, mas de natureza coletiva-democrática, configurando em verdadeiro "direito do povo ser bem-informado." (NOBRE, 1988, p. 33).

Impossível compreender a cultura do mundo contemporâneo, dissociando-a do mundo digital, ao ponto do homem da atualidade ser referenciado como *Homo digitalis* (VESTING, 2018, p. 105). Novos paradigmas precisaram ser formados a partir da morfologia em rede que passou a permear as relações sociais, que alterou a forma de viver e se relacionar.<sup>4</sup> Verifica-se

<sup>4</sup> A expansão e a conseqüente complexidade das relações sociais não pode ser entendida como característica apenas da sociedade moderna. Trata-se de algo inerente às organizações humanas, como coloca Pontes de Miranda: "A História, a Etnologia e, até certo ponto, a Pré-História mostram-nos que as organizações humanas surgem e se sucedem no

verdadeira ruptura midiática, principalmente a partir das transformações na forma de comunicação entre os indivíduos, na qual a hierarquia deixou de ser fator crucial, e teve início a era da comunicação horizontal.

Até os anos 1980, o predomínio da cultura de massas, que teve seu apogeu nos anos 60 com o rádio e a televisão, era reflexo do fluxo verticalizado, assimétrico e unidirecional de comunicação (de um para muitos), sendo que a manipulação pelos grandes meios de comunicação era facilmente perceptível: refletia-se na padronização e homogeneização de produtos para consumo imediato, com todos ouvindo a mesma música e assistindo os mesmos programas. Até então, o jornalismo era a atividade legitimada a informar os fatos.

Mas, com o advento da internet, essa hegemonia das mídias tradicionais entrou em crise. Embora a *web* tenha nascido com fins militares em 1969, viu-se expandir nas décadas seguintes no afã de ser uma rede intrinsecamente democratizante, em verdadeira bandeira de emancipação da grande mídia. A partir das novas formas de comunicação possibilitadas, todos são simultaneamente remetentes e destinatários, numa pretensa simetria. E essa uma das chaves do que Castells (2016, p. 11-20) denomina autocomunicação: “passou-se a produzir, acessar e compartilhar conteúdos, sem mediação, a partir das redes sociais, em completa oposição ao meios de comunicação tradicionais. O fluxo da comunicação agora é de muitos para muitos, com verdadeira pulverização da autoria.” O autor discorre ainda sobre a transformação cultural que se passou a observar, à medida que a virtualidade se tornou uma dimensão essencial da nossa realidade.

---

sentido de círculos cada vez mais largos e no sentido de cada vez maior integração dos grupos sociais. Etnólogos falam de lei de aglutinação crescente; moralistas, de expansão e desenvolvimento da solidariedade; sociólogos, se só interessados no fenômeno político, de crescimento dos imperialismos e da absorção estatal; economistas, de progressiva interpenetração dos interesses e consequente federalismo econômico; antropogeógrafos, de lei dos espaços crescentes; e até teólogos e sociólogos das religiões, em expansibilidade aglutinante das crenças. São, evidentemente, visões parciais, enunciados insuficientes. Em todos os processos sociais (que nós podemos representar como dimensões dos corpos coletivos) observa-se a mesma tendência à expansão.” (MIRANDA, 1968, p. 47).

Foi dado início, então, a um processo lento de desintermediação comunicativa, com a sociedade passando a construir seus canais de comunicação sem filtros nem mediação dos monopólios das grandes empresas de rádio e televisão. Não que essa nova forma de comunicação interativa tenha excluído a mídia vertical, mas vislumbra-se que ambas estão em verdadeiro processo de convergência.

Nesse contexto, o cidadão passa a assumir o controle do consumo de informação, no que denominou-se de *narrowcasting*. Entretanto, com a justificativa de fornecer uma melhor experiência de navegação, as relações sociais e econômicas desenvolvidas na rede mundial de computadores passaram a ser monitoradas ininterruptamente. Os dados que são dioturnamente entregues de maneira trivial e voluntária pelos usuários, servem para customizar o mundo digital que os cerca, de maneira ainda pouco transparente. É a mercantilização da vida privada: das compras dos indivíduos à geolocalização por satélites transmitida pelos seus *smartphones*, tudo é convertido em informação para fins publicitários. A partir da formação dessas “data-bases” e dos mecanismos cognitivos criados pelas novas tecnologias, os resultados esperados passam a ser adiantados sob os nossos olhos, numa espécie de “estado de bem-estar digital”. Não existe uma *timeline* igual a outra e o que importa é o engajamento que se pode alcançar. Na “era da quantificação”, como sugere Sadin (2015), tudo se tornou enumerável, medido através da quantidade de curtidas, compartilhamentos e desempenho, o que se traduz em lucratividade.

A partir da agregação desses dados e identificação de correlações, o comportamento individual passou a ser analisado e catalogado por perfis de personalidade, sempre sob a promessa de mais liberdade. Como expôs Mozorov (2018, p. 323-342), a partir da regulação algoritma as plataformas acabaram por construir uma “cerca invisível de arame farpado” ao redor de nossas vidas. A cada novo uso das plataformas digitais e tecnologias correlatas, tem-se a retroalimentação imediata e contínua desse sistema, gerando mais e mais dados, em verdadeiros ciclos infinitos. Passamos a

viver em supervisão constante, com controle sobre a vida privada de cada um, passo a passo. Ele traz a analogia do criminoso recém libertado, que continua a fazer uso permanente da tornozeleira. Lassale (2019, p. 71-88), por sua vez, fala do retorno à minoridade, com o cidadão capaz passando a ter sua liberdade assistida.

As maiores ameaças ao sistema democrático atual parecem, assim, brotar da própria relação privado x privado, pois as grandes corporações ligadas à internet não denotam ter compromisso em sustentar a liberdade de expressão e informação, estando focados predominantemente em aumentar o tempo de permanência nas redes e envolver o maior número de pessoas possível, tudo para extrair todo tipo de informação que possa reverter algum valor comercial.

O estado do bem-estar social que deveria oferecer as melhores condições para a prosperidade humana parece fraquejar perante esse cenário de direcionamento eletrônico que vem sendo aplicado pelas grandes corporações digitais, no qual o ambiente passa a atuar sobre o cidadão, instigando-o na direção “certa”, em total desvinculação dos meios aos fins. Independente dos possíveis benefícios imediatos, caminha-se para um regime político no qual o indivíduo passa a ser predominantemente influenciado pelo meio, deixando de decidir ativamente o próprio destino (MOZOROV, 2018, p. 970-1247).

Em verdade, na sociedade informacional, o processo de interação continua a ser mediatizado, a diferença é que isso se dá com base em tecnologias de inteligência artificial.

É salutar observar que os velhos instrumentos de manipulação não desapareceram, apenas se transformaram, definindo-se em novos termos na atual organização em rede. A intermediação na comunicação ganhou, pois, uma roupagem mais moderna, no que foi chamado por Eli Pariser, de “filtros bolha”: a partir do estabelecimento de perfis de personalidade, a informação é refinada e o indivíduo passa a estar exposto predominantemente a pensamentos que coadunam com suas predisposições, em verdadeiro

isolamento intelectual, passando imune aos discursos contraditórios e à realidade fora de seu ambiente. Cria-se um habitat onde é estimulado o consumo adaptado ao interesses e anseios de cada um, e ignora-se o que não condiz com seus pontos de vista, sobrando menos espaço para os embates que despertam a troca democrática de idéias e produzem conhecimento e inovação (PARISIÉR, 2011). Nesse caso, tecnologia não necessariamente reflete em progresso social, pois a partir dessas cercas artificiais, perde-se muito da complexidade das relações humanas e do contato com a hiperculturalidade, já que as pessoas são aglomeradas por similitudes, fechando-se com relação às realidades de vida que se encontram fora do grupo. Essa produção de unidade não é algo característico nem da natureza nem da cultura, que são intrinsecamente geradores de diferenças (HAN, 2018).

Altera-se, assim, sobremaneira a forma de busca e troca de ideias e informação, afetando a subjetividade humana e sua capacidade de decidir.

Extrai-se de todo exposto que a Internet, que foi arquitetada em torno do fluxo aberto e livre de ideias, em completa observância ao melhores anseios democráticos, está se fechando em torno da monetização da informação, pois o que está submerso nisso tudo, em verdade, é o interesse das grandes empresas na venda dessas dados coletados para publicidade. Como explanou Pariser, essa personalização deixa-nos em um mundo isolado e ecoante, no qual não é o indivíduo que escolhe ativamente o canal com o qual interage, mas os filtros que escolhem grande parte do que vai ser mostrado a ele, sendo ainda desconhecidos os caminhos para evitar esse determinismo informacional. As plataformas parecem agora ser os próprios cidadãos, e a autoridade passa aos algoritmos (LASSALE, 2019, p. 101).

Vesting (2018, p. 102), ao abordar a conexão automatizada de pessoas por agregação de pontos de vista, faz referência aos efeitos de cegueira em relação às realidades de vida que se encontram além de seu próprio bolha, e enfatiza as graves perdas em reflexão que daí advém. O cidadão acaba preso na sua visão de mundo e alheio que a verdade vai além do seu único

entendimento, sendo desconsiderados os próprios fundamentos do ser social, definidos por Supiot (2007), como a individualidade, a subjetividade e a personalidade.<sup>5</sup>

E nesse ponto, apesar da liberdade de expressão prevista nas Declarações de direitos internacionais, bem como legislações internas, é possível falar-se em retorno do domínio feudal partilhado pelas empresas de alta tecnologia e dos serviços de inteligência (MOZOROV, 2018, p. 117-118).

Han (2019, p. 96) coloca em evidência que a hiperinformação e a hipercomunicação não necessariamente trazem “luz à escuridão”, pois uma grande massa de informações não necessariamente gera verdade. Vive-se um contrassenso, pois apesar de quantitativamente termos muito mais informação circulando, temos o retorno do senso comum, reflexo do efeito bolha tal como descrito acima. De certa maneira, pela grande influência no processo de formação da opinião e tomada de decisões que essa abordagem da comunicação carrega, os direitos políticos são diretamente afetados, trazendo vulnerabilidade ao processo eleitoral, pois a vontade da maioria deve exprimir-se num ambiente neutro, transparente e livre de manipulações, para que o ideal democrático cumpra seu papel dentro do Estado Social.

Han (2018, p. 10) coloca-nos, ainda, a necessidade de pensar sobre esse determinismo informacional e sobre a influência que as mídias digitais vêm exercendo sobre nossas vidas, ao passo de apenas aceitar o papel que nos é conferido:

Arrastamo-nos atrás da mídia digital, que, aquém da decisão consciente, transforma decisivamente nosso comportamento, nossa percepção, nossa sensação, nosso pensamento, nossa vida em conjunto. Embriagamo-nos hoje em dia da mídia digital, sem que possamos avaliar inteiramente as consequências

<sup>5</sup> Para compreender mais sobre a influência do poder do capitalismo nas transformações da sociedade e no comportamento dos indivíduos, ler a obra de Supiot (2007).

dessa embriaguez. Essa cegueira e a estupidez simultânea a ela constituem a crise atual.

Em termos de legislação nacional, para disciplinar esse novo cenário que se apresenta como inerente à realidade mundial, tivemos a aprovação do Marco Civil da Internet, em abril de 2014, consubstanciada na Lei n. 12.965/2014. Ele regula o uso da rede no país através do estabelecimento de princípios, garantias, direitos e deveres para os usuários, fixando também diretrizes para a atuação do Estado. Afirma no artigo 8º que “a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.” (BRASIL, 2014). Em linhas gerais, a lei estimula a ampla difusão de informações à sociedade civil, e ressalta no artigo 7º, que a “internet é essencial ao direito da cidadania.” (BRASIL, 2014). O Marco civil, entretanto, não trouxe regras no que tange a regulação do mercado das empresas de *Big Data*.

E sem a proteção dos dados que permitem o monitoramento constante do indivíduo e acabam por revelar os traços de sua personalidade, não há de se falar em exercício pleno da liberdade de expressão. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709/2018) foi promulgada, então, com o intuito de regular a coleta e armazenamento desses dados em território nacional, embora ainda não está em plena vigência. Carrega em si, uma preocupação do legislador com o acesso à informação, frente o compartilhamento massivo de dados para finalidades diferentes daquelas para as quais haviam sido coletados.

## 4 A DESINFORMAÇÃO NA ERA DIGITAL

Foi nessa mudança de paradigma informacional, da mídia tradicional para a mídia digital, que se viu sobressair o fenômeno denominado *fake news*. Entretanto, é cediço que a propagação de mentiras para manipulação da vontade pública não é nenhuma novidade na história na humanidade.

Apenas os meios de disseminação inovaram-se frente a imprensa tradicional escrita, ao imprimir mais rapidez, maior raio de ação e acrescer o efeito emotivo a partir da junção com fotos e “memes”. São os velhos truques de manipulação e dominação, mas em meios novos, não podendo ser considerado um produto exclusivo das plataformas digitais, como expôs Genesini (2018, p. 49):

O novo é que estamos numa nova era, turbinada pela internet e pelas redes sociais, em que o crescimento é viral e o efeito exponencialmente explosivo. O novo é o Facebook, o Google e o Twitter, não a tentativa de contar mentiras ou falsificar informações, o que sempre existiu na história do mundo.

Embora os indivíduos ainda estão aprendendo a lidar com as mídias digitais, cada vez mais as fontes de informação personalizadas das redes sociais, ou mesmo os aplicativos de mensagens, tem se tornado a fonte de informação principal da sociedade. Segundo o Digital News Report, em 2018, 90% dos brasileiros utilizaram a rede para buscar notícias, sendo que dois terços (66%) dos entrevistados declararam especificamente fazer uso das redes sociais para se informar (REUTERS INSTITUTE DIGITAL NEWS REPORT 2018, 2019). Portanto, impossível dissociar-se a informação na era moderna e as plataformas digitais.

Faz-se oportuno, prioritariamente, construir um conceito do que vem ser as *fake news*, haja vista a inadequação do termo, como trouxe o Relatório do High Level Group – HLEG para a Comissão Europeia, publicado em 2018, ao sugerir sua designação por desinformação, assim definindo-a: “*Disinformation as defined in this Report includes all forms of false, inaccurate, or misleading information designed, presented and promoted to intentionally cause public harm or for profit.*” (EUROPEAN COMMISSION, 2018, p. 3-5).

Frias Filho (2018, p. 43), por sua vez, sintetizou:

O termo *fake news* deveria ser compreendido como toda informação que, sendo de modo comprovável falsa, seja capaz

de prejudicar terceiros e tenha sido forjada e/ ou posta em circulação por negligência ou má-fé, neste caso, com vistas ao lucro fácil ou à manipulação política. É prudente, tudo indica, isolar a prática, diferenciando-a da mera expressão de pontos de vista falsos ou errôneos, assim como do entrechoque de visões extremadas.

Pode-se dizer, então, que se trata da mentira qualificada pelo dano e dolo, isto é, os fatos manifestamente manipulados, que muitas vezes se apresentam como “pegadinhas” inofensivas em busca de visualizações e, em sua forma mais tóxica, são capazes de desmoralizar pessoas e instituições, resultando numa crise generalizada de credibilidade. O que não deve ser considerado *fake news*: a manchete sensacionalista, a expressão de juízo valor ou mesmo a opinião, ainda que em tom agressivo. Mister se faz diferenciar o fato falso de uma opinião, a qual nunca é falsa, pois é sempre seletiva e carrega a verdade pessoal do interlocutor.

Para a relatoria da liberdade de expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a desinformação é “uma estratégia sistemática criada com o propósito deliberado de confundir a sociedade ou causar questionamento quanto a algum assunto em particular por meio da circulação massiva de notícias distorcidas ou falsas.”

A estratégia, portanto, é justamente desinformar. Retira-se a credibilidade de qualquer discurso, inclusive da própria imprensa. Aos envolvidos nos escândalos cabe contraargumentar e à imprensa checar a veracidade, enquanto os autores tornam-se os protagonistas dessas narrativas, dando o ritmo à história.

Pesquisa publicada na Revista *Sciense* (VOSOUGHI; ROY, 2019), em março de 2018, indica que as *fake news* tem 70% mais chances de viralizar que as notícias comuns, e curiosamente, ao contrário do esperado, deve-se a maior parte por ação humana, e não por influência de robôs ou outros mecanismos automatizados.

Justifica-se a característica viral que pode ser atingida pela mídia digital, pelos planos emocionais que é capaz de atingir, elevando-se o seu alastre a uma verdadeira epidemia. Nenhuma outra mídia é capaz desse alcance (HAN, 2018, p. 99).

Como efeito da circulação massiva de (des)informação vivenciada na atualidade, Han (2019, p. 26-34) traz a formação de *enxames digitais* na sociedade contemporânea, compostos por indivíduos singularizados, sem qualquer sentimento de unicidade e que se movem de forma efêmera e instável, dissolvendo-se tão rapidamente como surgiram. Por não compartilharem uma marcha comum, não tem voz, servindo sua atuação apenas para escandalizar. O autor renega a atuação dessas massas a mero barulho comunicativo. Entretanto, essa atuação desorganizada guarda correlação com a poluição informacional que aflige o mundo hoje, pois impulsiona e acelera a circulação de informações, na grande maioria das vezes sem responsabilidade com a qualidade das mesmas, em verdadeira reação instintiva em cadeia. O importante é “postar” e “causar”, colecionando “curtidas”.

É nesse movimento da política do escândalo, que a sedução pela mentira envolve os indivíduos isolados em suas telas de LCD, e prevalece o viés de confirmação, expressão essa utilizada por Daniel Kahneman e Amos Tversky, psicólogos, na década de 1970, para referir-se à tendência natural que os indivíduos têm de conceber como verdadeiras as informações que coadunem com suas ideias preconcebidas. É nesse ambiente, no qual as crenças prevalecem sobre fatos, que a polarização política tende a se intensificar.

Bordieu (1997, p. 28) fala sobre o poder das mídias em criar extremos, e apesar de referir-se à televisão enquanto meio dominante à época, é perfeitamente aplicável ao que visualizamos hoje em relação às plataformas digitais:

A potenciação desse perigo ocorre em virtude do fato de que o poder de “evocação” exercido pela mídia tem efeitos de “mobilização”. A mídia pode fazer existir ideias

ou representações, mas também grupos. As variedades, os incidentes ou os acidentes cotidianos podem estar carregados de implicações políticas, éticas etc. Capazes de desencadear sentimentos fortes, frequentemente negativos, como o racismo, a xenofobia, o medo-ódio do estrangeiro, e a simples narrativa, [...] implica sempre uma construção social da realidade capaz de exercer efeitos sociais de mobilização (ou de desmobilização).

As implicações que surgem a partir da saga algorítmica sobre a subjetividade humana são imensuráveis, pois ao utilizar os dados para desenvolver sentimentos, inclusive medo e insegurança, acabam por gerar uma perspectiva unilateral da situação, que resultam no desenvolvimento predominante de percepção binária e limitada, capaz de inflar o discurso de ódio e a dicotomia. E o ódio vende bem mais que a solidariedade (MOZOROV, 2018, p. 83).

Os filtros bolhas atuam justamente junto a defesa imunológica do pensar do indivíduo, enfraquecendo as barreiras normalmente postas frente ao que lhe é exposto. Ao enfraquecê-la, torna-se mais rápida a circulação de informações, fortalecendo o seu consumo (HAN, 2018, p. 103-105). Elimina-se a alteridade do alheio, a resistência do outro, e acelera-se o processo de comunicação entre iguais (HAN, 2017, p. 11). Assim, essa massa de informações sistematicamente posta ao indivíduo guarda propositalmente grande potencial de sensibilizá-lo, ao enfraquecer sua capacidade analítica.

O *modus operandi* das *fake news* é justamente conduzir os cidadãos-eleitores através de suas emoções, e neutralizar a sua racionalidade (GROSS, 2018, p. 168), e assim proliferar-se com forte intensidade.

É em razão dessa influência tecnológica no modo que flui a informação, capaz de manipular sentimentos ao ponto de debilitar o crivo crítico do indivíduo, que a conjugação de desinformação e plataformas digitais reverbera tanto. Ao adaptar o ambiente aos nossos interesses e desejos e criar o cenário de polarização, que as redes sociais contribuem para a estratégia de desinformação. Embora as notícias falsas podem ser disseminadas pelos meios tradicionais de comunicação, é nesse meio que

a ação se ressignifica. A elevação do poder de distorção do debate público transforma-a num golpe a liberdade de expressão e o direito à informação.

Invariavelmente, vemo-nos imersos na era do Pós verdade, expressão eleita a palavra do ano pela Oxford para 2016, e definida como “um substantivo que se relaciona ou denota circunstâncias nas quais fatos objetivos tem menos influencia em moldas a opinião pública do que apelos a emoção e a crenças pessoais.” (*POST-TRUTH*, 2019). Para Dunker (2017, p. 13), seria a verdade inflacionada de subjetividade, na qual os fatos passam a ser irrelevantes, com as convicções sobressaindo-se, de acordo com os marcos ideológicos já estabelecidos na formação dos sujeitos. É dessa aresta frágil da psique humana que se aproveitam as estratégias de manipulação de notícias e discursos, o que nos faz conectar a pós-verdade às *fake news*.

O que se tem é cada vez mais o distanciamento entre verdade e informação, com essa passando ao status de mercadoria, algo a ser consumido. Vivemos um processo de ressignificação da comunicação, no qual cresce o desinteresse pelo real, e a mentira passa a ser a nova verdade.

Genesini (2018, p. 48) diz que:

[...] quem sustenta que as notícias falsas são responsáveis por estarmos vivendo em um mundo pós-verdadeiro acha que antes havia um mundo em que a verdade existia e era objetiva. O real é que tal mundo nunca existiu. A impossível e improvável expectativa de que algum dia as notícias falsas desaparecerão não trará de volta o nirvana de uma verdade perdida que nunca houve. A verdade, quase sempre, é subjetiva e não conhecível.

Segundo a pesquisa, realizada pela Ideia Big Data, com 1660 entrevistados, 67% concordam com a frase “eu certamente recebi fake news no WhatsApp durante a campanha eleitoral em 2018”, - Brazil Fórum UK, conferência realizada nos dias 18 e 19 de maio/19 na Universidade Oxford, no Reino Unido (*DIÁLOGOS SOBRE UMA AGENDA CONSTRUTIVA*, 2019).

Para Harari (2018, p. 287-303) trata-se de um problema muito maior do que supomos, com a ficção tornando-se um instrumento de união

de pessoas, sendo cada vez mais difícil a sua distinção do real, pois “uma mentira dita uma vez continua uma mentira, mas uma mentira dita mil vezes torna-se verdade.” E no mundo digital, uma vez mentira, sempre verdade. Portanto, é responsabilidade de todo nós investirmos tempo e esforço para verificar nossas fontes de informação. O autor faz a ressalva ainda que informação confiável geralmente é paga, pois a maior probabilidade quando a notícia é gratuita, é que o produto seja você.

No contexto eleitoral, o impacto da desinformação é ainda mais nocivo, pois ameaça a legitimidade das escolhas democráticas. Observa-se que cada vez mais o debate político acontece nas redes sociais, e, portanto, sob a mira dos mecanismos de inteligência artificial inerentes a esse meio:

As eleições brasileiras de 2018 mostraram o alto custo a ser cobrado de sociedades que, dependentes de plataformas digitais e pouco cientes do poder que elas exercem, relutam em pensar as redes como agentes políticos. O modelo de negócios da Big Tech funciona de tal maneira que deixa de ser relevante se as mensagens disseminadas são verdadeiras ou falsas. Tudo que importa é se viralizam (ou seja, se geram números recordes de cliques e curtidas), uma vez que é pela análise de nossos cliques e curtidas, depurados em retratos sintéticos de nossa personalidade, que essas empresas produzem seus enormes lucros. Verdade é o que gera mais visualizações. Sob a ótica das plataformas digitais, as fake news são apenas as notícias mais lucrativas. (MOZOROV, 2018, p. 74-75).

Pesquisa IBOPE sobre mídias sociais e eleições, apontou que para 34% dos eleitores, as mídias sociais têm muita influência na escolha dos seus candidatos, do que se extrai que as mídias sociais passaram a ocupar uma posição de suma importância como fonte de informação para o exercício do voto (RAIS, 2018, p. 159).

Embora a questão verdade *versus* política não seja atual, com base nas escolhas digitais que ocorrem diariamente, o botão curtir tornou-se a cédula eleitoral digital, e a internet o novo local de eleição. O local de eleição e o mercado de coisas passaram a ocupar o mesmo espaço, com a

propaganda eleitoral misturando-se com propaganda comum, e a introdução com o marketing nas campanhas, com os eleitores transformando-se em consumidores passivos (HAN, 2018, p. 117-119). É uma nova forma de fazer política, pelas redes sociais.

Em verdade, as pontas da sociedade polarizada como observada na atualidade, pouco estão suscetíveis aos efeitos das *fake news*, pois são enxames impenetráveis. Todavia, os moderados, aqueles sem convicções absolutas sobre os candidatos envolvidos no pleito, são os maiores prejudicados, pois a partir da estrutura das plataformas digitais, não conseguem estabelecer um debate dialético, com antítese, e gerar conhecimento para a decisão sobre o voto.

O eixo de preocupação se dá, portanto, entre a comunicação baseada na fabricação de cenários e realidades falaciosos e a possibilidade de manipulação de votos.

A sociedade digital da vigilância nos dirige a era da psicopolítica digital (HAN, 2018, p. 134), sendo a desinformação um instrumento dessa, ao atingir diretamente os processos políticos decisórios e influenciar na formação psíquica dos indivíduos. Com esse *modus operandi*, a construção da opinião pública resta diretamente afetada.

A partir das novas tecnologias da informação, fala-se do surgimento de um “poder telemático”, em razão que “alguns, ao invés de terem sua privacidade protegida contra o olhar dos detentores dos poderes técnico e econômico, passam a ser cada vez mais escrutináveis e catalogáveis.” (MENEZES NETO; BOLZAN DE MORAIS, 2013, p. 894-897). Os *data-doubles* passam a formar uma “versão digitalizada do ser humano”, com base nas informações por ele disponibilizadas de maneira consciente ou não, e são responsáveis por estabelecer relações antidemocráticas de visibilidade, controle e poder.

Pela correlação com os escritos de Hannah Arendt, pode-se afirmar que desinformação carrega intrinsecamente uma natureza totalitária, ao manipular a verdade factual. No ensaio *Verdade e Política*, de 1967, já dizia

que os políticos transmutavam fatos em opiniões, e que essa distinção era essencial para a democracia. Defendia que a mídia tem um papel crucial em apurar a verdade dos fatos, para justamente impedir que os políticos façam o uso dela como bem entendam e referencia alguns mecanismos que induzem as pessoas a aceitarem prontamente as mentiras.

Castells, por sua vez, trabalha na obra *O Poder da Comunicação* a importância de se conhecer a estrutura em que se dá o poder em razão de estar atrelado ao marco social, cultural e político em que todos vivemos. O autor procura demonstrar que o âmbito em que se constrói o poder é, sobretudo, a mente humana e a batalha para influenciar nossas mentes dá-se no espaço da comunicação.

Verifica-se, pois, que as relações de poder que se instalam no meio digital são completamente diferentes das advindas das mídias de massa tradicional, na qual os destinatários recebem passivamente a informação, sem ter espaço para contraposição. Surge um poder não regulado, não condizente com o modelo contemporâneo de Estado, capaz de tecnologicamente influenciar e controlar os atores sociais, a partir da descontextualização espaço-temporal dos dados. Basta o acesso aos dados para que a informação passe a não ser mais informativa, e sim deformadora (HAN, 2018, p. 77-106).

E pensar a liberdade de expressão sem direito à informação não manipulada dos fatos é uma falácia.

O Relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento sobre Desenvolvimento Humano de 2002, "Aprofundar a Democracia em um Mundo Fragmentado" afirma:

É possível que nenhuma reforma seja tão significativa para fazer as instituições democráticas funcionarem quanto a reforma da mídia: a construção de meios de comunicação diversos e pluralistas livres e independentes, que alcancem acesso e divulgação em massa, e que apresentem informações precisas e imparciais. (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2002 apud MENDEL, 2009, p. 75).

O que se pretendeu aqui é enfatizar que para elaboração de qualquer plano de ação visando o enfrentamento desse fenômeno da era moderna, é necessário, antes de tudo, compreender o cerne da questão, como fruto da revolução digital que estamos imersos e, conseqüentemente, da nova arquitetura comunicacional (im)posta pelas grandes corporações ligadas às plataformas de Internet. A partir da interferência operada pelos mecanismos de inteligência artificial no debate público e no sistema de formação de opinião, a subjetividade humana é afetada, bem como sua capacidade de decidir por si mesmo. Dentro da esfera político-eleitoral, isso reflete diretamente na quebra dos fundamentos democráticos da cidadania e coloca em “xeque” a legitimidade do processo de escolhas representativas. O desafio que se impõe, sobretudo, é tecnológico, sob pena da submissão da política ao poder algoritmo (BOLZAN, 2018), e conseqüente, arrefecimento da crise do Estado Democrático de Direito.

Assim, antes de se cogitar “uma bala de prata” capaz de solucionar o problema, é importante refletir sobre a arquitetura da Internet, a qual tem grande responsabilidade pelas causas e efeitos desse fenômeno.

## 5 CONCLUSÃO

Tendo presente, a partir do desenho esboçado, que a complexidade da sociedade contemporânea muito está atrelada às novas mídias digitais e a forma com que a tecnologia exerce poder na formação da opinião pública, resta clara a influência que as plataformas digitais vêm exercendo no fluxo de informações. A partir da mediação entre os atores que exercem, resta evidente a afetação aos processos de formação e desenvolvimento dos indivíduos, e, por conseguinte, às construções sociais e políticas que acarretam.

Extraí-se que os novos circuitos informativos, a partir da regulação algorítmica, não contribuem para o desenvolvimento de debates dialéticos, e, portanto, prejudicam a construção do pensamento e o exercício do direito fundamental à liberdade de expressão e informação. E mais, levam a novas formas de manipulação de opinião. A importância das liberdades comunicacionais dá-se precipuamente ao promover a autonomia discursiva do indivíduo e a diversidade na esfera pública, assegurando ao cidadão tomar decisões bem informado.

A pesquisa analisou a importância de se compreender o fenômeno *fake news*, a partir desse novo contexto comunicacional, pois ele ressignifica o processo de circulação de informação, sejam falsas ou verdadeiras. A forma de atuar da mídia digital, mediante a tríade dados-algoritmos-inteligência artificial, possibilita a categorização do comportamento das massas e cria o ambiente perfeito para a disseminação e compartilhamento de (des) informação, a partir do inconsciente dos indivíduos.

E isso traz reflexos também à legitimidade do processo eleitoral, tendo em vista que abre espaço para vícios na formação da vontade do eleitor, a partir da fabricação/apresentação de cenários e realidades falsos ou recortados. Portanto, transformações nesse sistema de comunicação serão cruciais para os esforços de garantia à efetividade da democracia.

A partir dessa investigação preliminar, com foco no desafio tecnológico imposto na atualidade, poder-se-á pensar possíveis ações de enfrentamento às *fake news*. A internet nasceu para ser uma revolução, então que seja transparente, democrática e participativa. É imprescindível à democracia, que tenhamos espaços públicos neutros para discussão, pois a análise de pontos de vistas diversos e fundamentados possibilita reduzir o efeito danoso desse fenômeno.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (coord.). *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ARENDRT, Hannah. *Verdade e política. Entre o passado e o futuro*. Tradução: Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.  
Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod\\_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf). Acesso em: 24 jul. 2019.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Tradução: Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 898*, de 29 de setembro de 1969. Lei de Segurança Nacional. Disponível em: [https://www.normasbrasil.com.br/norma/decreto-lei-898-1969\\_61972.html](https://www.normasbrasil.com.br/norma/decreto-lei-898-1969_61972.html). Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.077, de 26 de janeiro de 1970. Dispõe sobre a execução do artigo 153, § 8º, parte final, da Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 jan. 1970. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1077.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1077.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) Acesso em : 20 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 jul. 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm) Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso: 30 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 130. Acórdão que reconheceu a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. *Diário de Justiça da União*, 5 nov. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Seminário Internacional Fake News e Eleições. Painel 2 – Eleições e fake news*. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/arquivos/livro-fake%20news-miolo-web.pdf>. Acesso: 27 set. 2019.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CASTELLS, Manuel. *O Poder da comunicação*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues. A Evolução conceitual da liberdade de expressão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Espaço Jurídico*, Joaçaba: Editora Unoesc, v. 11, n. 2, p. 402-421, jul./dez. 2010.

DIÁLOGOS SOBRE UMA AGENDA CONSTRUTIVA. Londres: Brasil Fórum UK, 2019. 1 vídeo (8 min). Publicado pelo Facebook. Disponível em: <https://www.facebook.com/brazilforum/videos/451336938766187/>. Acesso em: 30 set. 2019.

DUNKER, Christian. Subjetividade em tempos de pós-verdade. In: DUNKER, Christian *et al.* Ética e pós-verdade. Porto Alegre; São Paulo: Dublinense, 2017.

EUROPEAN COMMISSION. *A multi-dimensional approach to disinformation*. 2018. Disponível em: [https://blog.wan-ifra.org/sites/default/files/field\\_blog\\_entry\\_file/HLEGReportonFakeNewsandOnlineDisinformation.pdf](https://blog.wan-ifra.org/sites/default/files/field_blog_entry_file/HLEGReportonFakeNewsandOnlineDisinformation.pdf). Acesso em: 25 set. 2019.

GENESINI, Silvio. A pós-verdade é uma notícia falsa. *Revista USP*, n. 116, p. 45-58, 29 maio 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/146577/140223>. Acesso em: 25 set. 2019.

HAN, Byung-Chul. *No enxame: perspectiva digital*. Tradução: Lucas Machado. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

HAN, Byung-Chul. *Sociedade da Transparência*. Tradução: Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2018.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Psychological Review*, v. 80, n. 4, p. 237-251, jul. 1973. Disponível em: <https://psycnet.apa.org/doiLanding?doi=10.1037%2Fh0034747>. Acesso em: 25 set. 2019.

MENDEL, Toby. *Liberdade de Informação: um direito comparado*. Brasília, DF: UNESCO, 2009. Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/liberdade-informacao-estudo-direito-comparado-unesco.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2019.

MENEZES NETO, Elias Jacob de; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Direitos fundamentais, democracia e surveillance: as insuficiências do modelo estatal na sociedade em rede. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE: MÍDIAS E DIREITOS DA SOCIEDADE EM REDE, 2., 2013, Santa Maria. *Anais [...]*. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2013. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/6-11.pdf>. Acesso: 27 set. 2019.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MIRANDA, Pontes de. *Democracia, Liberdade, Igualdade (os Três Caminhos)*. Campinas: Bookseller, 2001.

MORAIS, José Luís Bolzan de. O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”! *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021>. Acesso em: 19 nov. 2019.

MOZOROV, Evgeny. *Big Tech. A ascensão dos dados e a morte da política*. São Paulo: UBU Editora, 2018.

NOBRE, Freitas. *Imprensa e liberdade: os princípios constitucionais e a nova legislação*. São Paulo: Summus, 1988.

PARISIER, Eli. *The Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and How We Think*. USA: Penguin Books, 2011.

POST-TRUTH. *Dicionário on line Oxford*. Disponível em: <https://languages.oup.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>. Acesso em: 30 set. 2019.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Relatório sobre Desenvolvimento Humano, 2002*: aprofundar a democracia em um mundo fragmentado. New York: Oxford University Press, 2002.

RAIS, Diogo. *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thomas Reuters, 2018.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REIMÃO, Sandra. *Repressão e Resistência: Censura a livros na ditadura militar*. São Paulo: Edusp, 2011.

REUTERS INSTITUTE DIGITAL NEWS REPORT 2018. Disponível em: <http://media.digitalnewsreport.org/wp-content/uploads/2018/06/digital-news-report-2018.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019.

SADIN, Éric. *La Vie Algorithmique. Critique de la raison numérique*. Paris: Échappée, 2015.

SANCHEZ BRAVO, Alvaro. *Internet y la sociedad europea de la informacion: implicaciones para los ciudadanos*. Servilha: Ed. Universidade de Sevilla, 2001.

SUPIOT, Alain. *Homo jurídicos: Ensaio sobre a antropológica do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

UNICEF. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso: 23 jun. 2019.



Adriana Martins Ferreira Festugatto



VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb Roy; ARAL, Sinan. *The spread of true and false news online*. Disponível em: <https://science.sciencemag.org/content/359/6380/1146>. Acesso em: 25 set. 2019.

# INCOMPARTILHÁVEL<sup>1</sup>: A PORNOGRAFIA DE VINGANÇA ABORDADA EM TRÊS DECISÕES PROFERIDAS PELO STJ

Rafaela Pederiva<sup>2</sup>

Resumo: O artigo aborda o tema da pornografia de vingança. O estudo justifica-se por ser esse tema de relevância social e acadêmica, uma vez que compreende espécie de violência que se disseminou no ciberespaço e que atenta contra os direitos de personalidade e a dignidade da pessoa humana. Tratado sob o ponto de vista dos direitos fundamentais, o estudo objetivou conhecer a visão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito da pornografia de vingança a partir de decisões em que essa forma de violência foi suscitada. Especificamente, se objetivou: verificar a lesão aos direitos de personalidade ocasionados pela pornografia de vingança; identificar como as Leis n. 13.718/2018, n. 12.965/2014 e Lei n. 12.737/2012 abordam assuntos atinentes à pornografia de vingança; e analisar a forma como o STJ abordou a pornografia de vingança em Um Acórdão e duas Decisões Monocráticas. Constituindo-se como problema de pesquisa saber: Como o Superior Tribunal de Justiça tem julgado casos que envolvem a pornografia de vingança? Metodologicamente, o artigo resulta de estudo de abordagem qualitativa, que teve por base a pesquisa bibliográfica, a análise jurisprudencial de Acórdão e Decisões Monocráticas, todos do STJ. No estudo procedeu-se a triangulação teórica, culminando com a análise de conteúdo<sup>3</sup>. Concluiu-se que nas Decisões do STJ a pornografia de vingança é considerada grave violação aos direitos de personalidade, lesionando a

<sup>1</sup> O título do artigo faz referência à campanha "As mulheres compartilháveis" promovida em Curitiba, PR, no ano de 2015, pelas Secretarias da Mulher e da Comunicação Social, cujo slogan era: "SE NÃO É PRA VOCÊ, É MELHOR NEM VER. Compartilhar fotos íntimas também é crime".

<sup>2</sup> Especialista em Psicologia Jurídica pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Público e Privado: Material e Processual pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Mestranda em Direitos Fundamentais Cíveis no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina; rafaella.pederiva@unoesc.edu.br

<sup>3</sup> Análise de Conteúdo é uma forma de tratamento analítico do conteúdo em pesquisas qualitativas e quantitativas estabelecido por Bardin (2011).

vítima de forma irreparável, posto que impossível retornar ao estado anterior em que sua intimidade não havia sido maculada, o que justifica a reparação civil pelo dano causado, bem como a punição com penas não tão brandas de forma a efetivamente punir o agressor e coibir novas práticas dessa forma de violência.

**Palavras-chave:** Direitos de Personalidade. Pornografia de Vingança. Violência Simbólica. Sexualidade.

## 1 INTRODUÇÃO – INCOMPARTILHÁVEL

A pornografia de vingança<sup>4</sup> é o tema abordado neste artigo por ser considerado seu estudo de relevante discussão social e jurídica devido as consequências extremamente danosas que causa, tanto pela lesão aos direitos de personalidade quanto aos danos psicológicos e simbólicos que pode acarretar às vítimas. A pornografia de vingança consiste na divulgação, no espaço virtual, de conteúdos de ordem íntima sexual configurando um crime tipificado no Código Penal Brasileiro (CPB).<sup>5</sup>

Essa forma de vingança acarreta danos à vítima, entre outras razões, porque o espaço virtual dificulta a contensão da informação devido a dinamicidade, a amplitude e a fluidez desse espaço. Com a disseminação de parte de sua intimidade sexual a pessoa resta exposta e violada em seus Direitos Fundamentais de Personalidade, pois tem afetada sua intimidade, privacidade, imagem e honra (Art. 5º, X, CRFB/88), razão pela qual se justifica o estudo da pornografia de vingança. Igualmente, o estudo se justifica pela

<sup>4</sup> A *Non-Consensual Intimate Images (NCII)* é uma expressão oriunda da língua inglesa, também conhecida como *Revenge Porn*, e que compreende a divulgação não consentida na web de imagens íntimas (por vídeos ou fotografias), independentemente de se houve ou não o consentimento na obtenção delas. No Brasil não há uma nomenclatura definida. No Superior Tribunal de Justiça foi empregada a expressão “pornografia da vingança” termo que passou a ser utilizado no presente artigo.

<sup>5</sup> No Código Penal Brasileiro, a pornografia de vingança é tratada no Crime “Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia”, tipificado no art. 218-C que é abordado neste artigo no segundo capítulo.

grave violação à dignidade sexual da mulher, que configura violência simbólica e de gênero porque frequentemente ela é identificada como vítima.

Pela considerável lesão aos direitos fundamentais de personalidade, bem como pela violência simbólica e de gênero que afetam a vítima de pornografia de vingança em sua dignidade da pessoa humana, se estabeleceu como problema de pesquisa saber: Como o Superior Tribunal de Justiça tem julgado casos que envolvem a pornografia de vingança? O artigo resultou de estudo que objetivou conhecer a visão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito da pornografia de vingança a partir de decisões em que essa forma de violência foi suscitada. Especificamente, se objetivou: verificar a lesão aos direitos de personalidade ocasionados pela pornografia de vingança; identificar como as Leis n. 13.718/2018, n. 12.965/2014 e Lei n. 12.737/2012 abordam assuntos atinentes à pornografia de vingança; e analisar a forma como o STJ abordou a pornografia de vingança em Um Acórdão e duas Decisões Monocráticas.

Constitui, portanto, como problema de pesquisa saber: Como o Superior Tribunal de Justiça tem julgado casos que envolvem a pornografia de vingança? Metodologicamente, o artigo resulta de estudo de abordagem qualitativa, que teve por base a pesquisa bibliográfica, a análise jurisprudencial de Acórdão e Decisões Monocráticas, todos do STJ. Para o procedimento da referida análise, utilizou-se a triangulação teórica, culminando-se com a análise de conteúdo (BARDIN, 2011) dos achados distribuídos nas seguintes categorias de análise acerca dessa forma de violação: Definição, Leis que fundamentam, Direitos violados e Violência perpetrada.

O presente artigo está dividido em três partes. A primeira aborda a pornografia de vingança como lesão aos direitos fundamentais de personalidade. A segunda, sobre as leis que disciplinam: relação com a internet, Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet<sup>6</sup>); invasão de dispositivos de informática, Lei n. 12.737/2012 (Lei Caroline Dieckmann); e que tipifica o

<sup>6</sup> Que sofreu alterações a partir das leis: Lei n. 13.709/2018 e Lei n. 13.858/2019.

crime de Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia, a Lei n. 13.718/2018. A terceira, analisa os posicionamentos do STJ em três casos em que a pornografia de vingança foi suscitada. Por fim, apresenta as considerações finais.

## 2 PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: DESRESPEITO À SEXUALIDADE E A LESÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PERSONALIDADE

A sexualidade como direito fundamental encontra respaldo nos princípios da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Os debates e manifestações de grupos que combatem a desigualdade de gênero e buscam a necessária afirmação dos direitos sexuais como direitos fundamentais pautados nos direitos humanos, conferem a esses direitos a legitimidade necessária. Também, corroboram para tal reconhecimento os estudos jurídicos tais como o de Esther Vicente e Patricia Otón Oivieri (2012) sobre a sexualidade que envolvem os direitos fundamentais, a autonomia, a isonomia, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Não obstante os diversos avanços e reconhecimentos da sexualidade como importante tema social, político e jurídico, ainda persiste de diversas formas a violência a esse direito. Além da exclusão e do preconceito, o recente fenômeno da exposição indevida da intimidade na Rede, tem denotado que a sexualidade humana apreciada como direitos sexuais ainda encontra obstáculos e desafios tanto para sua compreensão como para seu desenvolvimento, exigindo, inclusive, que o legislativo e os Tribunais estabeleçam regras e parâmetros para sua contensão.

Nesse contexto, salienta-se que os avanços e tolerâncias alcançadas sobre a sexualidade na primeira década do século XXI dizem respeito a algumas mudanças de posicionamento e de amadurecimentos teórico e científico sobre ela, e que deram aporte para as manifestações e organizações de representantes sociais. No entanto, vale considerar que

muitas manifestações, conhecimentos (e até mesmo a falta deles) sobre a sexualidade se disseminaram na sociedade quando as pessoas passaram a fazer parte da Rede,<sup>7</sup> usufruindo sem muito conhecimento desses avanços tecnológicos e comunicacionais (PEREIRA, 2011).

Pode-se dizer que as manifestações sexuais, bem como as reflexões a esse respeito viralizaram na Rede ainda mais após o surgimento da prática do *sexting*.<sup>8</sup> O que marca a abertura da privacidade também gera a exposição da intimidade, certa perda do controle sobre a informação, instantaneidade e superficialidade nas relações (BAUMAN, 2004). Além disso, a mulher historicamente é educada para que renuncie sua autonomia e se ofereça como um objeto cuja função é agradar (BEAUVOIR, 1967), inclusive sexualmente.

Nesse contexto de extrema exposição pessoal, de relações rasas e pouco duradouras, e de um lugar submisso e servil para a mulher, a pornografia de vingança surge como espécie de violência, em que há a exposição da intimidade sexual por meio de fotografias e/ou outros meios audiovisuais, motivada por vingança. Por essa razão, ao se buscar dar conta juridicamente da pornografia de vingança que se instalou na Rede, faz-se necessário esclarecer sobre a privacidade e a intimidade por ela afetadas.

A Privacidade e a intimidade, juntamente com a honra e a imagem, são consideradas no ordenamento jurídico brasileiro como direitos fundamentais, portanto, previstos como invioláveis e passíveis de indenização quando violados (art. 5º, inciso X, da CRFB) (BRASIL, 1988). Disciplinados no Código Civil (CC), compreendem os Direitos de personalidade que, na visão de Orlando Gomes (2016) são os direitos essenciais à pessoa humana que

<sup>7</sup> Pereira (2011) esclarece que a Internet não se restringe a web – sendo essa última apenas uma aplicação da primeira –, antes, ela compreende a Rede que é constituída por milhares de outras redes de computadores, todas funcionando por meio de protocolos. Quando um usuário se conecta à internet ele não simplesmente entra, mas passa a fazer parte da Rede.

<sup>8</sup> O *sexting* é um termo anglo-saxão – cuja origem é a junção de duas palavras *sex* (sexo) e *texting* (mensagem de texto) – utilizado para definir uma nova forma de expressão sexual, muito partilhada por adolescentes e jovens, mas que já alcançou outras faixas etárias. O *sexting* consiste em partilhar por meio de diversos aplicativos de celular conteúdos eróticos e/ou sensuais, os quais podem compreender fotos, vídeos, áudios e textos (BUZZI, 2015).

visam resguardá-la em sua dignidade. Em consonância está a concepção de Borges (2005) que salienta que os direitos de personalidade são próprios tão somente dos seres humanos e que encontram suas bases no princípio da dignidade da pessoa humana. Compreendidos, portanto, como os direitos que constituem o mínimo imprescindível para que uma pessoa tenha desenvolvimento digno.

Por serem direitos de personalidade ganham *status* de irrenunciáveis e intransmissíveis, e não podem sofrer limitação voluntária nos seus exercícios, exceto nos casos que a lei prevê (art. 11, do CC). Privacidade, honra e imagem são considerados direitos morais, no entanto, cada um tendo suas próprias características. Privacidade e Intimidade ora são tratadas doutrinariamente como sinônimos ora como coisas distintas, mas o legislador constituinte as previu como dois institutos distintos para assegurar a mais ampla proteção (FREGADOLLI, 1998), alçando a intimidade à direito subjetivo.

Corroborar essa visão o posicionamento de Pereira (2011) que vê nelas correspondência, mas nunca sinonímia. Dessa feita, privacidade é correspondente à vida privada, enquanto que a intimidade, por ser um aspecto muito mais restrito da primeira, possui duas acepções. Uma como direito de defesa contra a intromissão e a outra como um direito de controle que abrangem a vontade e a liberdade. Quanto à imagem, diz respeito aos aspectos físicos e morais (ARDENGI, 2017). A honra, por sua vez, engloba o conjunto de qualidades que caracterizam o respeito, a reputação e a dignidade, estando sujeita em sua definição ao tempo, ao lugar, aos usos e costumes (SILVA, 2017).

Dentre os direitos de personalidade, a privacidade pode ser entendida como aquela que se situa no campo jurídico. Consiste nos atos externalizados, mas que não saem nem podem sair de seu círculo privado, tais como: a família, o lar, a orientação sexual, as correspondências, as crenças. Ela deve ser garantida pela condição e reconhecimento da pessoa como ser

humano, independentemente de profissão, função política, importância pública (SANTOS et al., 2013).

Por sua vez, a intimidade é definida como atos humanos internos que consistem no mundo interior, íntimo e mais secreto de cada pessoa, e que por essa razão se quer resguardar como secreto, exclusivo e compartilhável (ALONSO, 2005; LÔBO, 2010). A CRFB/88 garante também à intimidade a plena indenização quando violada, seja por meio material ou moral (FREGADOLLI, 1998).

Em que pese a proteção constitucional, há na sociedade uma busca por tornar público fatos da vida íntima, sempre fomentados pelo fascínio que o meio público e a vida em comum exercem na maioria das pessoas (CACHAPUZ, 2006). Há uma aparente igualdade de acesso de bens de serviço, e de se tornar figura pública, ocasionadas pelo conhecimento instantâneo e o intercâmbio de informações. No mesmo sentido é o entendimento de Lana (2014) que, ao pesquisar sobre as periguetes, constatou que as mulheres que se enquadram nesse fenômeno comportamental adotam condutas extremamente sensuais – agindo com extroversão, desembaraço e naturalidade – com o objetivo de alcançar um espaço na mídia. A exposição é constante, e por vezes jocosa, e se configura numa tentativa de se sair da invisibilidade social.

A visibilidade social é historicamente permitida apenas aos homens. Às mulheres só é tolerada no exercício do próprio papel social – manifestação de sua feminilidade e sua utilidade doméstica – com o qual deve cumprir com a submissão, o recato e a culpa. A mulher que recusa esse papel, é tida como anarquista; a que não quer instigar o desejo masculino, é masculina, lésbica; a que quer se singularizar, é excêntrica; e a que se propõe provocar e instigar abertamente o desejo masculino, é malvista (BEAUVOIR, 1970). Na pornografia de vingança a mulher é exposta contra a sua vontade. É o meio de dominação encontrado para a punir por quer exercer com liberdade e privacidade seu direito sexual (CAVALCANTE; LELIS, 2015).

Há mulheres que exercem sua liberdade sexual produzindo conteúdos íntimos – fotos, vídeos, etc. – destinados somente para si e/ou seus parceiros, não visam publicá-los. Dentro do contexto de dominação masculina e vingança, por vezes esses conteúdos são, maliciosamente e sem consentimento, disponibilizados na Rede pelo (s) próprio (s) parceiro (s) ou exparceiro (s), frequentemente, com informações pessoais nem sempre verídicas sobre as vítimas. Claramente, objetivam a humilhação pública. A consequência da divulgação não-consensual desse conteúdo é o assédio, a intimidação, a perseguição e a humilhação das mulheres, formando-se um ciclo conhecido como *slut-shaming*<sup>9</sup> (BUZZI, 2015).

A ânsia em ter o nome reconhecido leva algumas pessoas ao excesso de exposição da intimidade e da própria imagem nas plataformas e aplicativos da Rede. A imagem, na visão de Pontes de Miranda (1983) compreende sempre aquilo que pode ser retratado, ou concretamente perceptível – inclui-se a voz, a fotografia, reprodução de gestos e formas – trata-se, portanto da imagem enquanto figura, a qual muitas vezes é exposta na pornografia de vingança.

Sobre o nome da pessoa, disciplina o Código Civil que esse “não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória (art. 17, do CC).” (BRASIL, 2002). E, nos casos em que houver a violação, a requerimento da vítima e sem prejuízo de indenização que couber, poderão ser proibidas a exposição, a publicação ou mesmo a utilização da imagem de uma pessoa, se isso lhe atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais, salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública (art. 20, do CC) (BRASIL, 2002).

<sup>9</sup> Buzzi (2015) esclarece que o termo *Slut-shaming* é de origem anglo-saxã e ainda não tem tradução para o português, e que pode ser definido como atos que induzem a mulher a sentir-se inferior ou culpabilizada por praticar comportamentos sexuais desviantes da expectativa social sobre seu gênero – tais como, vestir-se de maneira extremamente sexual, ter grande número de parceiros sexuais, ter relações sexuais casuais e ter relações fora do casamento.

O excesso de exposição social e a proteção proposta pelo Código Civil convidam a refletir sobre a autonomia privada e a noção de disponibilidade dos direitos de personalidade. Sobre isso, reflete Borges (2005) que a disponibilidade não significa abrir mão dos próprios direitos de personalidade. Antes, diz respeito a liberdade jurídica que se tem de exercê-los, e que se os exerce de forma ativa e positiva na esfera privada. Sendo que essa compreende não o direito à privacidade, mas, à vida privada em sentido amplo para a condução da própria vida sem interferências tanto do Estado como de particulares, desde que não cause danos a terceiros. Parece ser essa a questão implicada na pornografia de vingança, de um lado a liberdade da pessoa que arquivou em seu próprio dispositivo ou que partilhou – como um ato de vontade e liberdade – sua intimidade sexual com um(a) parceiro(a). Como consequência, há uma violação dessa liberdade por parte do outro que a torna pública sem consentimento.

O Código Civil disciplina que a cessação da violação pode ser exigida, bem como podem ser reclamadas as perdas e os danos causados, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei (art. 12, caput, do CC). Tal cuidado decorre da concepção sustentada na lei civil brasileira de que a vida privada da pessoa natural é inviolável, e que o juiz, a requerimento da pessoa interessada, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma (art. 21, do CC). O direito subjetivo tutelado à privacidade e à intimidade devem ser interpretados incorporados com a da cláusula geral do art. 187 (do CC) que trata da boa-fé. É a compreensão de Cachapuz (2006, p. 289) para quem a interpretação visa tornar ao intérprete compreensível “que ele deve pressupor o discurso jurídico – e potencializá-lo por meio de uma interpretação que se valha de princípios jurídicos – para que chegue à tutela da privacidade sempre que suscitada a pergunta sobre o íntimo e o privado.”

Como se percebe, a pornografia de vingança fere os direitos de personalidade da intimidade, privacidade imagem e honra. Direitos esses que, como abordados acima são previstos como invioláveis (Art. 5º, X, da

CRFB) (BRASIL, 1988), e caracterizados como irrenunciáveis, inalienáveis, intransmissíveis e disponíveis. Sendo a reparação da violação a esses direitos imprescritível, pois como são indisponíveis, não podem ser extintos pelo uso, nem pelo decurso do tempo ou mesmo pela inércia na pretensão de os defender. Tais direitos são tidos como perpétuos e não estão sujeitos à decadência ou prescrição (SANTOS et al., 2013).

As lesões aos direitos da personalidade são irreversíveis, especialmente no que diz respeito ao direito de intimidade, porque uma vez exposta (a intimidade), não há como voltar ao *statu quo ante* no qual a intimidade não estava maculada. Além disso, deve-se ter em conta que a exposição da intimidade não lesiona somente a vítima, pois também atinge seu entorno doméstico. Por essa razão, o dano moral gerado com a exposição da intimidade deve ser reparado no intento de atenuar o injusto sofrimento e coibir o agente de que reincida na prática. Configurando também o caráter punitivo (THEODORO JUNIOR, 2016).

A proteção a esses direitos pode se dar de forma preventiva ou repressiva, quando a lesão já ocorreu. Nesse caso, o tratamento repressivo pode ocorrer tanto por meio de sanção cível como penal. A respeito da proteção aos crimes de divulgação virtual de conteúdos íntimos, destaca-se a entrada em vigor da Lei n. 13.718/2018 que incluiu no Código Penal o art. 218-C, tipificando como crime essa forma de divulgação. Assunto esse a ser tratado no tópico a seguir.

### 3 LEIS PARA NÃO COMPARTILHAR O INCOMPARTILHÁVEL

Nos casos de divulgação virtual de conteúdos íntimos, em geral, as vítimas são mulheres. E seus agressores frequentemente são ex-cônjuges/ companheiros que buscam provocar humilhação e/ou constrangimento. Há situações em que ex-parceiros sexuais se utilizam de imagens – obtidas de forma partilhada ou consentida – para extorsão ou chantagem. Ainda, há

situações em que a divulgação é praticada por pessoas que não partilham da intimidade da vítima, mas, por serem desafetos – e terem acesso acidentalmente ou ilicitamente aos conteúdos íntimos sexuais – praticam a violação por vingança.

Como se discutiu no tópico anterior, qualquer intromissão ou divulgação que viole a pessoa em sua vida privada pode ser impedida ou proibida. Inclusive, pode-se buscar a reparação à vítima e a responsabilização do autor (arts. 20 e 21, do CC). Dessa feita, o dano pode ser reparado tanto punitivamente como compensatoriamente, nos casos em que a lesão configurar dano moral (MIRANDA, 1983). E, nos casos em que decorrer de ato tipificado em lei a sanção poderá atingir a liberdade física do agente.

Importa, portanto, refletir sobre o sentido de dano compreendido pelo prejuízo experimentado por alguém, no patrimônio e ou na personalidade, decorrente de ato ilícito ou mesmo do exercício de atividade perigosa realizada por outra pessoa (BITTAR, 2015). Portanto, o dano se dá em razão de ato comissivo ou omissivo de outrem, que tanto pode ser contrário ao Direito como estabelecido pelo fato da pessoa lesada não compactua com o resultado.

A lesão aos direitos de personalidade é disciplinada tanto na esfera civil como na penal. Na penal, a Lei n. 12.737/2012 e a Lei n. 13.709/2018 vêm disciplinar, respectivamente, a exposição indevida de imagem e a proteção de dados pessoais. Além dessas, a Lei n. 13.772/2018, alterou a Lei Maria da Penha – reconhecendo a violação da intimidade da mulher como violência doméstica – e acrescentou dispositivo no Código Penal que tipifica o crime de registro não autorizado da intimidade sexual. Já na esfera Civil a Lei n. 12.965/2014 vem disciplinar a relação com a internet. Não surpreende essa relação e a proteção do usuário dos riscos de exposição indevida da imagem e da intimidade só se efetivaram legislativamente no Brasil após a repercussão social do caso da atriz Carolina Dieckmann. Historicamente

outras Leis brasileiras foram implantadas as pressas para responder pressões popular e da mídia.<sup>10</sup>

A Lei n. 12.737/2012 – Lei Carolina Dieckmann – tipificou como crime a invasão de dispositivo informático mediante violação de mecanismo de segurança independentemente de a condição do dispositivo estar conectado ou não à Rede, com o propósito de “obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita (art. 154, caput, CP).” (BRASIL, 2012). Note-se que a definição estabelece como crime apenas a invasão que burle a segurança do aparelho e como pena prevê detenção que não ultrapassa o período de um ano, e multa. O aumento da pena, será de um sexto a um terço, se da invasão resultar prejuízo econômico à vítima, o que denota a relevância dada ao conteúdo de ordem patrimonial. Ainda, prevê a pena de reclusão, não superior a dois anos, e multa se não se constitui em crime mais grave.

Essas penas de reclusão e multa se destinam àqueles que, da invasão no dispositivo obtém “conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo (art. 154, § 3º, do CP).” (BRASIL, 1940). O aumento de pena pode ser de um a dois terços se, a qualquer título, houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro e sofrerá aumento de um terço à metade caso o crime for contra representantes do governo de qualquer instância.

No que concerne à Ação penal, conforme o novo Art. 154-B, “somente se procede mediante representação, salvo se o crime for cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.” (BRASIL, 1940).

<sup>10</sup> Foi o que se passou nas décadas de 80 e 90 com os casos do sequestro de Abílio Diniz e do homicídio de Daniela Peres que, sob pressão popular e da mídia, passaram a ser tipificados como crimes hediondos.

Como se percebe, a Lei Carolina Dieckmann limitou-se a tipificar o crime de invasão em dispositivo informático com violação de segurança. Suas penas restaram excessivamente brandas, podendo ser consideradas irrisórias, pois, equivalentes àquelas dos crimes de menor potencial ofensivo. Dão ao criminoso a certeza da impunidade, pois esse é frequentemente anônimo e muito mais ágil do que o sistema de justiça em verificar o crime e o punir.

A Lei Carolina Dieckmann e suas fragilidades instigam à reflexão sobre os direitos de personalidade que nela não foram contemplados. A esse respeito vale lembrar o que Warren e Brandeis já afirmaram, em 1890, em artigo paradigmático quanto aos direitos de privacidade, intimidade, imagem e honra. Esses autores consideraram que a violação desses direitos – hoje conhecidos como direitos de personalidade – leva à grave exposição pública de aspectos íntimos e privados, ainda que aparentemente inofensivos. Em consequência, geram desconforto e sofrimento mental maior que o decorrente de uma lesão física. Por isso, a proteção a tais direitos deve ser revista e redefinida de tempos em tempos devido às mudanças sociais, políticas e econômicas nelas implicadas, bem como devido a própria natureza e a extensão dessa proteção. Para essa análise exige-se uma série de ponderações, que demandam certo tempo. Não podem ser definidas simplesmente pela pressão.

Portanto, a Lei Carolina Dieckmann, não se mostrou suficiente para a regulação da relação e do uso da Rede no País. O fato de a lei prever que a invasão requer que haja violação indevida de meio de segurança para que se configure o crime, dá margem a compreensão de que as invasões que não violem meio de segurança, não configuram crime. Ora, o artigo de Warren e Brandeis (1890) deixa bem evidente que, no que tange a privacidade e a intimidade, cabe a própria pessoa dizer se ao que é seu será dada publicidade, independentemente de ser uma ideia, uma correspondência, uma fotografia ou uma emoção. Logo, qualquer invasão pode implicar em lesão aos direitos de personalidade, não dependendo da violação de segurança.

Como a Lei Carolina Dieckmann também não deu conta de apresentar meios processuais para garantir sua eficácia, fez-se necessário disciplinar o uso da Rede no Brasil. A Lei n. 12.965/2014, também conhecida como Marco Civil da Internet, vem tentar suprir tais falhas e objetiva promover, com o estabelecimento da disciplina do uso da Rede (Art. 4º, I-V):

o direito de acesso à internet a todos; acessibilidade de: informação, conhecimento, participação cultural e na condução de assuntos públicos; fomento à inovação e à ampla difusão de novas tecnologias e de modelos para acesso e uso; e, no que tange a aplicação e as bases de dados, que haja adesão aos padrões tecnológicos abertos, facilitando a acessibilidade, a comunicação e a interoperabilidade. (BRASIL, 2014).

Importa destacar que o Marco Civil da Internet apresenta como fundamento a liberdade de expressão (art 2º, caput) o que, para Colombo e Facchini Neto (2017), denota aparência de que esse fundamento se sobressai em relação a outros. Entretanto, como bem refletem os autores, os outros valores e princípios estão resguardados, pois, o disposto na referida lei será sempre aplicado à luz da Constituição Federal e, quando da ocorrência de colisão, a solução se dará pelo juízo da ponderação.

Ademais, os arts. 3º<sup>11</sup> e 7º do Marco Civil da Internet asseguram o não prejuízo aos outros princípios constitucionais, pois preveem respectivamente

<sup>11</sup> Lei n. 12.965/2012. Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;

V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;

VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

VII - preservação da natureza participativa da rede;

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 2012).

princípios que norteiam a disciplina de uso da Rede no Brasil e os direitos e garantias dos usuários essenciais para o exercício da cidadania no uso da Rede. Como princípios norteadores e disciplinadores, estabelece o Art. 3º, incisos I a IV: liberdade de expressão; proteção da privacidade; proteção dos dados pessoais; preservação e garantia da neutralidade de rede; preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede; responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades; preservação da natureza participativa da rede; liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet.

O acesso à Rede, a partir da Lei n. 12.965/2012, é reconhecido como essencial para o exercício da cidadania. Dessa forma, como direitos e garantias dos usuários nesse exercício, em seu artigo 7º, I a XIII, a lei do Marco Civil da Internet assegura dentre outras garantias: inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevendo proteção e indenização por danos a elas causados tanto material como moral; inviolabilidade e sigilo de comunicações pela Rede, em seu fluxo e armazenamento; a não suspensão de conexão na Rede, com exceção de situações em que o mau uso justificar tal suspensão; clareza e completude nas informações; o não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais sem consentimento livre, expresso e informado; exclusão definitiva dos dados pessoais; publicidade e clareza nas políticas de uso dos provedores de conexão e de aplicações.

Como se vê, o Marco Civil da Internet considera que o pleno exercício de acesso à Rede só se dá com a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações (Art. 8º, caput). Ademais, assinala serem “nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput (Art. 8º, Parágrafo Único), tais como aquelas que: impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet (Art. 8º, I)”; ou que, “em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil (Art. 8º, II).” (BRASIL, 2012).

Nesse contexto de liberdade de expressão e de avanço tecnológico que possibilitou não apenas a participação passiva dos usuários na Rede,

mas a produção por eles de conteúdos e a alimentação de informações diversas – sejam reflexões extremamente complexas ou a exposição de trivialidades (COLOMBO; FACCHINI NETO, 2017) – numa verdadeira cultura de convergência<sup>12</sup> (JHEKINS, 2008), é que surge a pornografia de vingança virtual. O Marco Civil da Internet vem garantir civilmente certa proteção às vítimas de pornografia de vingança porque disciplina e tutela o uso da Rede levando em consideração alguns direitos de personalidade, a saber, a intimidade (arts. 7º, I; 10, caput; 21, caput, Parágrafo Único; 23, caput), a privacidade (arts. 3º, II; 8º, I; e 11, caput, § 3º), a imagem (arts. 10, caput; 23, caput) e a honra (arts. 10, caput; 19, §3º; 23, caput) (BRASIL, 2012), pois busca evitar a exposição íntima virtualmente, prevendo a proteção, meios judiciais para a cessação da violação e o ressarcimento dos danos causados.

Dada a gravidade da violação pela intrusão na privacidade e na intimidade na Rede, a Lei n. 13.709/2018<sup>13</sup> veio abordar, dentre outras coisas, aspectos penais que obviamente o Marco Civil da Internet não contempla. Com isso, estabeleceu alterações no Código Penal que tipificaram crimes sexuais, a saber, a importunação sexual e a divulgação de cena de estupro e de intimidade sexual. Também tornou pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável. Além disso, estabeleceu causas de aumento de pena para tais crimes, bem como definiu como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo (Lei n. 13.718/2018, art. 1º, caput).

<sup>12</sup> Cultura de Convergência pode ser definida pelo “fluxo de conteúdos através de múltiplas plataformas de mídia, à cooperação entre múltiplos mercados midiáticos e aos comportamentos migratórios dos públicos dos meios de comunicação, que vão a quase qualquer parte em busca das experiências de entretenimento que desejam. Convergência é uma palavra que consegue definir transformações tecnológicas, mercadológicas, culturais e sociais, dependendo de quem está falando e do que imaginam estar falando.” (JHEKINS, 2008).

<sup>13</sup> Posteriormente essa Lei também sofreu alteração, pois a partir de 8 de julho de 2019, devido à Lei n. 13.853/2019, passou vigorar a ementa: “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).” (BRASIL, 2019). Além disso, essa nova lei criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), vetou alguns artigos e parágrafos do Marco Civil da Internet e acrescentou outros que preveem a atuação da ANPD e regulam aspectos não contemplados anteriormente no Marco Civil da Internet.

Em se tratando da Divulgação de cena de sexo ou de pornografia, na qual se enquadra a pornografia de vingança, a referida Lei acrescentou o art. 218-C, no Código Penal. Dentro das condutas tipificadas encontram-se entre outras ações: oferecer, trocar, disponibilizar e divulgar, inclusive por meio de comunicação de massa, registros íntimos fotográficos ou audiovisuais que contenham cenas de sexo consentido ou não. Como pena prevê a reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, caso o fato não constitua crime mais grave.

Como se observa no novo texto, há descrição de fatos que configuram a pornografia de vingança, pois prevê como crime a divulgação de cenas sexuais sem o consentimento da vítima. Tais fatos são efetivamente enquadrados como pornografia de vingança no § 1º, prevendo-a como causa de aumento de pena de 1/3 até 2/3. Entretanto, essa previsão fica delimitada para situações em que o agente teve relação íntima com a vítima e se utilizou da divulgação na Rede com o propósito de a humilhar.

Outra lei que tipifica essa violação é a Lei n. 13.772/2018, conhecida como Lei Rose Leonel, que acrescentou um dispositivo no Código Penal, para criminalizar o registro não autorizado da intimidade sexual (art. 216-B, no CP). Também alterou a Lei n. 11.340/2006 – Lei Maria da Penha –, reconhecendo a violência doméstica e familiar que está presente na violação da intimidade da mulher. Além disso, criminaliza o registro não autorizado de conteúdos privados e íntimos que tragam cenas de nudez ou ato sexual ou libidinoso (art. 1º, *caput*). Na Lei Maria da Penha, alterou o art. 7º, inciso I, que passou a considerar atos praticados na pornografia de vingança causas de violência psicológica, posto que causa dano emocional e diminuição da autoestima, além de a prejudicar em seu desenvolvimento e autodeterminação.

Esquecem tanto a Lei n. 13.718/2018 quanto a Lei n. 13.772/2018 de prever expressamente as situações em que a vítima e seu algoz não tinham qualquer relação íntima sexual. Situação possível, e que inclusive foi tratada num Acórdão do STJ, o qual será discutido no próximo tópico.

## 4 COMO O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SE POSICIONA NOS CASOS QUE ENVOLVEM A PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

Como visto, a pornografia de vingança é crime virtual violador dos direitos de personalidade e da liberdade sexual de mulheres. Até o surgimento da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e da Lei n. 13.718/2018, danos e crimes virtuais eram tratados pelo Judiciário aplicando-se o Código Penal e outras leis específicas que disciplinavam crimes e atos correlatos. Mesmo após as adequações no Código Penal, na Lei Maria da Penha e o estabelecimento do Marco Civil da Internet, a matéria está disciplinada de forma insuficiente, pois as relações na Rede e os crimes nela cometidos são dinâmicos, complexos e mutáveis. Por essa razão, muitas vezes há que se recorrer ao Superior Tribunal de Justiça para uniformizar interpretações.

Ao empreender a busca por decisões no Superior Tribunal de Justiça para a pesquisa, se utilizou o descritor *pornografia de vingança* por ser a expressão usada no Brasil para nomear a exposição virtual não consentida da intimidade sexual de outra pessoa. Como resultado, foram encontradas 03 decisões – cujas identificações foram inventariadas no Quadro 1 – sendo um Acórdão, de 2018, e duas Decisões Monocráticas, ambas de 2019.

Quadro 1 – identificação das Decisões

DECISÃO	DATA DJE	N. RECURSO ESPECIAL	RELATOR (A)	PARTES	DECISÃO PROFERIDA
Acórdão	19 Mar 2018	REsp. n. 1.679.465 SP (2016/0204216-5)	Ministra Nancy Andrighi	Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo	A Terceira Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e, nesta parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

DECISÃO	DATA DJE	N. RECURSO ESPECIAL	RELATOR (A)	PARTES	DECISÃO PROFERIDA
Decisão Monoc. 1	30 Abr 2019	REsp. n. 1.799.117-RO (2019/0052463-8)	Ministro Jorge Mussi	Recorrente: Particular – Lucas Silva de Oliveira Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia	Provimento ao Recurso Especial negado.
Decisão Monoc. 2	17 Jun 2019	REsp. n. 1.652.406-MG (2016/0318487-0)	Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva	Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrida: particular - Rimênia Diana Barbosa Nunes	Provimento ao Recurso Especial negado.

Fonte: o autor.

Como se observa no Quadro 1 a empresa Google Brasil Internet Ltda. figurou em dois Recursos Especiais como recorrente. No primeiro, no qual foi Relatora a Ministra Nancy Andrighi, se insurgiu contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. No segundo, que teve como Relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, opôs-se ao acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Em ambos recursos pretendeu afastar sua responsabilidade enquanto provedor alegando que as decisões contrariam lei federal, dando interpretação divergente do entendimento do STJ.<sup>14</sup>

No REsp n. 1.652.406-MG (2016/0318487-0), além da pretensão de afastar responsabilidade, buscou reduzir o valor arbitrado em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a título de indenização por dano moral. O Ministro Relator, negou provimento para ambos pedidos sustentando: que o acórdão recorrido estava em conformidade com jurisprudência do STJ “no sentido de que a responsabilidade do provedor de aplicação em relação a atos lesivos anteriores à publicação da Lei n. 12.965/2014 independe de notificação judicial (BRASIL, 2019)”; e, que a redução de valor pleiteada é

<sup>14</sup> Foram fundamentos dos recursos da empresa Google Brasil Internet Ltda.: o art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da CRFB/1988; o art. 493, do CPC; o art. 19 da Lei n. 12.965/2014; e os arts. 186 e 927, ambos do CC.

inviável por esbarrar na Súmula n. 7 do STJ<sup>15</sup> e porque, para arbitramento do dano moral, deve-se dentre outros aspectos considerar: as condições do ofensor e do ofendido e as repercussões para a vítima, tanto em seu mundo interno como externo.<sup>16</sup>

No REsp. n. 1.799.117 RO (2019/0052463-8), o recorrente foi um particular que se insurgiu contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia que negou provimento à apelação defensiva e manteve sentença condenatória devido à prática de conduta prevista na Lei n. 8.069/1990,<sup>17</sup> com penas aplicadas cumulativamente.<sup>18</sup> Ao proceder o exame recursal, o Ministro Jorge Mussi, também se utilizou da Súmula n. 7 para afastar o pedido de análise de acervo fático-probatório e compreendeu que a condenação pelo Tribunal de origem foi sustentada em provas aptas.

Finda a análise inventariante das decisões, passa-se a Análise de Conteúdo (BARDIN, 2011) sobre como a pornografia de vingança foi abordada nesses Recursos Especiais. Para tanto, elaborou-se o Quadro 2 que apresenta as seguintes categorias de análise referentes à essa violação: Definição, Leis que fundamentam, Direitos violados e Violência perpetrada.

<sup>15</sup> "Súmula n. 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." (BRASIL, 1990b).

<sup>16</sup> "Isso porque, em se tratando de dano moral, cada caso, consideradas as circunstâncias do fato, as condições do ofensor e do ofendido, a forma e o tipo de dano, bem como suas repercussões no mundo interior e exterior da vítima, reveste-se de características que lhe são próprias. Sendo assim, ainda que, objetivamente, possam parecer semelhantes, no aspecto subjetivo serão sempre diferentes." (BRASIL, 2019).

<sup>17</sup> Lei n. 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente: "Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: [...] Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. [...] Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: [...] Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa." (BRASIL, 1990a).

<sup>18</sup> Código Penal, art. 69, caput: "Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela." (BRASIL, 1940).

O Quadro 2 exposta abaixo evidencia que nas apreciações dos Recursos Especiais os três Ministros reconheceram a incidência de atos de violação da imagem que configuram o que se denomina de pornografia de vingança. Em que pese tal reconhecimento, nenhum deles a tinha como foco de apreciação recursal, tal como foi apresentado anteriormente no Quadro 1. Ademais, em análise à *Categoria – Definição*, dos três apenas a Ministra Relatora foi quem procurou definir a expressão pornografia de vingança e para isso se utilizou de estudos realizados por Buzzi (2015) e por Cavalcante e Lelis (2016). Os outros dois Ministros fizeram menção ao conceito, especificando a exposição virtual de conteúdo íntimo sexual sem consentimento. Enquanto o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva explicitou o objetivo de constranger e humilhar a vítima, o Ministro Jorge Mussi ressaltou a consequência do ato de exposição, a saber, a lesão aos direitos de personalidade.

Como se vê, a definição mais completa sobre a pornografia de vingança consistiu em estabelecer o conceito considerando: a fonte; a obtenção do material; a (não) permissão de divulgação; e a motivação para a publicação. Logo, compreende pornografia de vingança todo ato lesivo que envolve a disseminação no espaço virtual de conteúdo ou materiais íntimos e de cunho sexual; obtidos de forma consentida ou não; sem autorização/ consentimento da vítima para torna-lo público, motivado por vingança; com a finalidade de humilhar e/ou constranger. Definição essa sustentada nos estudos de Sydow e Castro (2017) que estabelecem tais critérios como variáveis que minimamente devem estar presentes para delimitação do ato e definição da violência.

Quadro 2 – Pornografia de Vingança

MIN.	ADMISSÃO DA PORN. DE VINGANÇA	IDEIAS PRESENTES NA DEFINIÇÃO	LEIS	DIREITOS VIOLADOS	ATO COMETIDO	VIOLÊNCIA PERPETRADA
Nancy Andrighi	Admitiu a presença da pornografia de vingança e a conceituou.	o ato de disseminar; internet; fotos e\ ou vídeos; privados; Sem autorização; cenas de nudez ou sexo; exposição; viralização do conteúdo; Danos sociais e emocionais; Vingança.	Lei n. 12.965/14 Lei n. 12.737/12 Lei n. 11.340/06 Lei n. 13.772/18	Direitos de personalidade: imagem; privacidade; e intimidade.	Disseminar na internet, sem autorização da vítima, conteúdo de nudez e sexo.	Reconhece violência simbólica. Violência de Gênero
Ricardo Villas Bôas Cueva	Reconheceu a presença da pornografia de vingança e a conceituou	Responsabilidade do provedor; Cena de nudez; atos sexuais de caráter privado.	Lei n. 12.965/14 Código Civil; Código de Processo Civil.	Direitos da personalidade: Imagem; privacidade; honra e intimidade.	Disseminar na internet, cenas de nudez, sem autorização da vítima	Violência de Gênero
Jorge Mussi	Reconheceu a definição de pornografia de vingança apresentada pelo Tribunal de origem	Exposição; internet; fotos e/ou vídeos íntimos; sem o seu consentimento; objetivo de constranger e humilhar as vítimas	Lei n. 8.069/ 90	Direitos fundamentais da adolescente	Produção de vídeo; Exposição e distribuição na internet de atos ou cenas sexuais com adolescente	Violência contra sexual contra adolescente

Fonte: o autor.

No que diz respeito à *Categoria – Direitos Violados*, a lesão aos direitos das vítimas enquanto o Ministro Mussi discorreu e sustentou na violência sexual contra o adolescente, previsto no ECA, os outros dois Ministros apontaram a grave violação dos direitos de personalidade configurada pela pornografia de vingança porque há exposição não consentida da imagem, ferindo a honra, a intimidade e a privacidade. Inclusive, a Ministra destacou as consequências danosas para as vítimas que podem acarretar depressão grave e/ou suicídio.

Já a Ministra Nancy Andrighi centrou-se na violação da privacidade, da imagem e da intimidade, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva considerou que a publicação das imagens de conteúdo sexual e explícito, inclusive

associando o nome da vítima à prostituição, afronta evidentemente sua honra e sua imagem. A esse respeito o Código Civil disciplina vedação ao emprego do nome de outrem em publicação que lhe exponha ao desprezo público, mesmo quando não há intenção difamatória (art. 17, do CC) e prevê possibilidade de proibição de exposição, publicação ou utilização da imagem quando atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, podendo pleitear indenização (art. 20, do CC).

A *Categoria – Leis que fundamentam*, vê-se que a Ministra Nancy Andrighi e o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva basearam suas decisões no Marco Civil da Internet. Ambos com o propósito de afastar divergência jurisprudencial, apontaram que na época dos fatos, a Lei n. 12.965/2014 ainda não vigorava. Razão pela qual a Ministra aplicou também o enunciado da Súmula n. 211/STJ em seu voto, sustentando que não houve violação do art. 19 da referida Lei. Já os outros Ministros aplicaram em conjunto a Súmula n. 7/STJ como argumentando para não proceder reexame. O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva firma sobre a impossibilidade de revisão de valores fixados pelos danos morais causados à vítima. Já o Ministro Jorge Mussi, justifica decisão que descaracteriza o pedido de recurso especial na pretensão de simples reexame de prova.

No tocante à *Categoria – Violência perpetrada*, as decisões do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva e da Ministra Nancy Andrighi novamente são consoantes, pois sustentam que a pornografia de vingança configura grave violência simbólica e de gênero. Enquanto violência simbólica, tal como conceituou Bourdieu (2007), a pornografia de vingança evidencia a dominação legitimada pelo discurso dominante vigente, sendo a opressão específica seu meio de exercício de poder. Por exemplo, a ideia que socialmente vigeu por muito tempo, de que a mulher é dotada de menos inteligência e é mais fraca, portanto menos confiável. Claramente essa é uma construção simbólica que afetou e ainda afeta a mulher no exercício de seus direitos sexuais.

Vale lembrar que na definição de violência simbólica se pressupõe o reconhecimento e a cumplicidade da vítima sem, no entanto, configurar consentimento. Há uma subordinação que ao mesmo tempo incorpora as estruturas imanentes e constrói as noções de mundo e de ação nele (BOURDIEU, 2003, 2007). Trata-se de uma participação tácita, pois a pessoa dominada não se reconhece nessa condição, logo não se percebe como vítima. Na pornografia de vingança a mulher não percebe que ao produzir conteúdo íntimo sexual ou que ao consentir com a produção desse material por um terceiro, fica sujeita a exposição e ao poder simbólico do outro que a domina pela culpabilização e julgamento moral ao se dar a ideia de que sua sexualidade deve ser mantida na esfera íntima. Dessa forma, as mulheres que ousam exercer sua liberdade sexual são duramente criticadas.

No que diz respeito ao reconhecimento dela como violência de gênero, destacam-se também as ponderações da Ministra Relatora de que, a partir do contexto histórico e social da ocorrência da pornografia de vingança no Brasil, embora essa modalidade de violência não seja exclusivamente suportada por mulheres, é mais frequentemente praticada contra elas numa tentativa de dominação e reafirmação do poder masculino. Como se vê nos Recursos Especiais ora em comento, todas as vítimas eram pessoas do gênero feminino: uma mulher – que, sem seu consentimento, teve imagens, nome e contato telefônico divulgado em site de conteúdo erótico; uma jovem – cujo cartão de memória do celular foi furtado por um colega que divulgou, sem seu consentimento, vídeo com conteúdo íntimo de caráter sexual feito por ela quando ainda era adolescente; e uma adolescente – a qual contava com 16 anos na época em que o namorado havia produzido fotografias de cenas pornográficas que a envolviam e teve esse conteúdo divulgado após o fim do relacionamento.

Essa forma de violência contra a mulher, no entendimento da Ministra Relatora, portanto, denota a persistência da cultura de gênero construída na sociedade, a qual vem sustentar a superioridade masculina e a opressão do feminino a partir da violência simbólica que fixa e sustenta a mulher num

papel social desvalido. Em Beauvoir (1970) encontra os argumentos sobre a opressão e a manutenção do estado de dependência da mulher por meio dos códigos estabelecidos contra ela.

Ainda, a Ministra Relatora lembra que a prática da pornografia de vingança é anterior ao surgimento da Rede, mas que com ela se difunde assustadoramente pela velocidade com que a informação se dissemina. Também pela dificuldade em se conseguir excluído da Rede um conteúdo tanto definitivamente como em sua totalidade. Situa o primeiro caso dessa violência nos Estados Unidos, em 1980. Um casal produziu fotos íntimas em que se encontravam nus. Posteriormente, quando suas fotografias estavam guardadas em lugar que julgavam seguro, tiveram a casa invadida por um vizinho que encontrou as fotografias. Falsificando informações e fornecendo o verdadeiro endereço e telefone da vizinha, ele enviou as fotografias dela para uma revista destinada ao público masculino, especializada em publicação pornográfica amadora. Em consequência, ela sofreu assédio sexual de diversos homens (CAVALCANTE; LELIS, 2015).

Assevera também a Ministra Relatora que, tanto por se constituir como violência de gênero como por se configurar grave violação aos direitos de personalidade, o perpetrador da pornografia de vingança pode ser responsabilizado nas esferas civil e penal. Como argumento sobre a responsabilização na esfera penal, destacou a Lei n. 12.737/2012 que tipifica a invasão dos dispositivos de informática, conectados ou não a rede, e prevê pena de detenção de três meses a um ano. Também fez referência à Lei n. 13.772/2018 – conhecida como Lei Rose Leonel e que na época consistia em Projeto de Lei – que alterou a Lei Maria da Penha, assegurando a comunicação e especialmente reconhecendo a violação e a exposição da intimidade da mulher como forma de violência doméstica e de ofensa à dignidade humana dela. Além disso, tipificou a exposição pública da intimidade sexual e previu a pena de reclusão de três meses a um ano e multa.

Por considerar a pornografia de vingança uma espécie de violência de gênero, a Ministra Relatora conclui em seu Relato que seu combate deve

ser contundente utilizando-se dos meios jurídicos disponíveis. Portanto, independentemente de haver ou não lei que trate da matéria, deve-se usar as leis específicas e os Códigos Civil e Penal, no que cada um couber, para a devida proteção das vítimas dessa forma de violência tão danosa e tão grave. Consoante a definição dessa violência como sendo de gênero, vale lembrar que o principal critério é o ato ser perpetrado em razão do gênero e que resulte ou seja passível de resultar em um dano psicológico, físico ou sexual; ainda, a busca de reafirmação do poder masculino ao perpetrar a violência punido a mulher em seu corpo e sua autonomia, pela insubordinação e não aceitação dela do papel que lhe é imputado; e também o fato de um maior número de mulheres são vitimadas, devido ao gênero, por meio de atos de vingança (BUZZI, 2015).

Ao fim, da análise sobre os Recursos Especiais apreciados no STJ, vale lembrar o que leciona Cachapuz (2006) sobre a necessidade de constantemente se manter em discussão, a cada nova situação, a identificação do que é da esfera íntima ou privada. Dessa forma, a interpretação de um fenômeno jurídico deve cuidar de manter em análise sobre o que na vida se constitui público ou privado.

## 5 CONSIDERAÇÕES PARA NÃO COMPARTILHAR O INCOMPARTILHÁVEL

O estudo empreendido confirma a relevância do tema da pornografia de vingança, bem como reitera a justificativa em estudá-lo em diversas esferas do Direito – tais como: direitos humanos, direito civil, direito penal, direito obrigacional – uma vez que configura grave forma de violência simbólica e implica tanto lesão à dignidade da pessoa humana da vítima como aos seus direitos fundamentais de personalidade, cabendo, inclusive, a reparação de dano. Ademais, deve ser reconhecido como tema de significativa relevância, pois trata-se igualmente de grave violação à dignidade sexual da mulher,

o que configura as violências simbólica e de gênero, dado que a vítima frequentemente é pessoa de sexo e/ou gênero feminino.

Com a busca jurisprudencial que se empreendeu no Superior Tribunal de Justiça referente ao período de 2012 a 2019, encontrou-se somente três Decisões que suscitaram a pornografia de vingança, o que denota certo atraso no Brasil na identificação e no tratamento jurídico e legal sobre o tema. A esse respeito, vale lembrar que essa prática foi identificada e sua expressão cunhada nos Estados Unidos na década de 1980. Além disso, que a lesão aos direitos de personalidade por meio de exposição de imagens íntimas e invasão da privacidade também foram suscitadas naquele país no ano de 1890.

Tal atraso brasileiro parece decorrer do fato de que no País a violência simbólica em relação ao gênero feminino permaneceu por muito tempo naturalizada. Reflexo disso é que, em que pese a atual legislação protetiva, as punições e sanções permanecem brandas. Em consequência, nem há efetiva proteção nem prevenção para novos casos. Restando nesse contexto a vítima como culpada por seu comportamento sexual e o agressor impune.

Não obstante o número limitado de Decisões do STJ encontradas que suscitaram a pornografia de vingança, considera-se que o estudo alcançou o objetivo que pretendeu, que foi o de conhecer como o STJ aborda os casos de pornografia de vingança suscitados nos Recursos Especiais. Mostrou-se que em todas as decisões ela foi suscitada como grave lesão aos direitos de personalidade. Somente em uma foi definida como violência simbólica, mas em duas delas foi entendida também como violência de gênero. Nesse sentido, o resultado a que se chegou a partir da análise das categorias demonstra que o STJ vem estabelecendo uniformização para as decisões que envolvem a pornografia de vingança.

Ainda sobre a fase de levantamento e seleção das decisões, a leitura dos documentos em inteiro teor permitiu encontrar indicativos de que esse tema passou a ser suscitado nas decisões especialmente após três importantes mudanças legislativas, sendo uma delas a Lei 13. 772/2018

que alterou artigos do Código Penal e da Lei Maria da Penha, reconhecendo a violência doméstica e familiar quando da violação à intimidade da mulher. Além disso, criminalizou o registro não autorizado de conteúdo de caráter íntimo e privado que tenham cena de nudez ou ato sexual. Tais constatações demonstram que a metodologia utilizada foi válida e possibilitou alcançar os objetivos que se pretendeu com a pesquisa.

Por fim, o estudo possibilitou identificar, por meio da Análise de Conteúdo conforme Bardin (2011), que as três publicações apresentaram em comum: uma tendência a ver o ato de divulgação como lesão aos direitos de personalidade, havendo um predomínio em consideração à intimidade e à imagem; que dessa lesão cabe reparação civil do dano causado, ainda que moral ou psíquico; e que, os provedores de internet também podem ser responsabilizados civilmente pelos danos causados à vítima pela não retirada do conteúdo da Rede.

Importante destacar que a violação aos direitos de personalidade abordados pelo STJ em suas Decisões, devem ser reconhecidas como violações cuja gravidade e extensão do dano causado é irreparável. Isso porque, uma vez disseminada na Rede tal violação, impossível para a vítima o retorno ao estado anterior em que não havia mácula à imagem, honra e intimidade. Além disso, deve-se ter em conta que essa violação atinge também seu entorno doméstico. Considera-se necessário, portanto, que se aprimorem no Brasil a definição e a disciplina legal sobre a pornografia de vingança para que essa prática seja efetivamente punida e coibida.

## REFERÊNCIAS

ALONSO, Félix Ruiz. Pessoa, intimidade e o direito à privacidade. *In*: MARTINS FILHO, Ives Granda; MONTEIRO JUNIOR, Antônio Jorge (coord.). *Direito à privacidade*. Aparecida: Ideias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 11-35.

ARDENGHI, Régis Schneider. Os direitos da personalidade: vida privada, intimidade, segredo, honra e imagem na legislação brasileira. *Unisul de Fato e de Direito*: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, [s. l.], v. 8, n. 15, p. 59-68, nov. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.19177/ufd.v8e15201759-68>. Disponível em: [http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U\\_Fato\\_Direito/article/view/5674/3409](http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/5674/3409). Acesso em: 22 set. 2019.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. São Paulo: Edições70, 2011.

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo*: A experiência vivida. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2015.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOURDIEU, Piérre. *A Dominação Masculina*. Tradução: Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BOURDIEU, Piérre. *O poder simbólico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BRASIL. Câmara Legislativa. *PL 5452/2016*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2086414>. Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 jul. 1990a.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm#capituloii](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm#capituloii). Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 3 dez. 2012.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm). Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato20152018/2018/Lei/L13709.htm#art60](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato20152018/2018/Lei/L13709.htm#art60). Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 set. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm). Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Lei 13.772, de 19 de dezembro de 2018. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 dez. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13772.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13772.htm). Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.853, de 8 de julho de 2019. Altera a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 dez. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm#art](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm#art). Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 7. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 3 jul. 1990b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). REsp. n. 1.652.406/MG. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 13 de junho de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, 17 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). REsp. n. 1.679.465/SP (2016/0204216-5). Recorrente: Google Brasil Internet LTDA. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. *Diário da Justiça*, 19 mar. 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201602042165&dt\\_publicacao=19/03/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602042165&dt_publicacao=19/03/2018). Acesso em: 6 set. 2019.

BUZZI, Vitória de Macedo. *Pornografia da Vingança: Contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro*. 2015. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

CAVALCANTE, Vivianne Albuquerque Pereira; LELIS, Acácia Gardênia Santos. Violência de gênero contemporâneo: uma nova modalidade através da pornografia da vingança. *Interfaces Científicas. Direito*, Aracaju, v. 4, n. 3, p. 59-68, jun. 2016. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/3118/0>. Acesso em: 22 set. 2019.

COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. Ciberespaço e conteúdo ofensivo gerado por terceiros: a proteção dos direitos de personalidade e a responsabilização civil dos provedores de aplicação, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Brazilian Journal of Public Policy*, v. 7, n. 3, p. 217-238, 2017. Disponível em: [https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/brazjpp7&div=61&start\\_page=217&collection=journals&set\\_as\\_cursor=0&men\\_tab=srchresults](https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/brazjpp7&div=61&start_page=217&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults). Acesso em: 21 set. 2019.

DEL PRIORE, Mary. *Histórias Íntimas: sexualidade e erotismo na história do Brasil*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2011.

FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 21. ed. São Paulo: Forense, 2016

JEHKINS, Henri. *Cultura da Convergência*. São Paulo: Alpeh, 2008.

LANA, Ligia. A popularização da periguetete em telenovelas brasileiras recentes. *RumoRes*, v. 8, n. 15, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/Rumores/article/view/83565/86502>. Acesso em: 12 set. 2019.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1983. v. 7.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na internet*. Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, Luciana Pereira dos et al. Imprescritibilidade dos Direitos da Personalidade. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 13, n. 1, p. 379-393, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2764>. Acesso em: 20 set. 2019.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VICENTE, Esther; OLIVIERI, Patricia Oton. La Sexualidad y los Derechos Humanos: Una Plataforma en Construcción. *Rev. Estudios Críticos del Derecho*, [s. l.], 2012. Disponível em: [https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/clave8&div=6&start\\_page=10&collection=journals&set\\_as\\_cursor=16&men\\_tab=srchresults](https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/clave8&div=6&start_page=10&collection=journals&set_as_cursor=16&men_tab=srchresults). Acesso em: 19 set. 2019.



Rafaela Pederiva



WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The right to privacy (O Direito à Privacidade) 1890*. Disponível em: [http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy\\_brand\\_warr2.html](http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html). Acesso em: 20 set. 2019.

# REGISTRO AUDIOVISUAL DO DEPOIMENTO ESPECIAL E PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Lisiane Junges<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017, batizada como “Lei da Escuta Protegida”, centra a justificção do texto submetido à Câmara dos Deputados na ausência de uma legislação protetora dos direitos das crianças e adolescentes submetidos ao sistema de justiça na condição de vítimas ou testemunhas de violência, buscando implementar um atendimento mais humanizado ao público infanto-juvenil nessa condição, além de criar condições para a produção de uma prova com mais credibilidade.

Com esse propósito, a Lei n. 13.431/17 previu métodos de acolhimento de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência pela rede de proteção e pelo sistema de justiça passando a exigir, para sua implementação, uma sensível reestruturação de espaços e capacitação de profissionais envolvidos no atendimento dessas pessoas.

A “escuta especializada” e o “depoimento especial” são os métodos através dos quais os órgãos integrantes da rede de proteção e do sistema de justiça passam, doravante, a acolher o público infanto-juvenil quando vítimas ou testemunhas de violência, sendo aquele concernente a um atendimento inicial e de encaminhamento, ao passo que o depoimento especial se trata da oitiva da criança ou do adolescente com finalidade probatória.

<sup>1</sup> Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Anhanguera – LFG; Especialista em Direito Público pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Delegada de Polícia no Estado de Santa Catarina; lisianepcsc@gmail.com

No que diz respeito ao “depoimento especial”, está conceituado no art. 8º da Lei n. 13.431/17, reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, através de ação de antecipação de prova quando envolver criança menor de sete anos e ou violência sexual (art. 11). O ato, segundo procedimento descrito no art. 12, deverá, dentre outros requisitos, ser transmitido em tempo real à sala de audiência quando colhido no curso do processo judicial e será gravado em áudio e vídeo.

Esse formato, tendo em conta o móbil protetivo anunciado na justificção do Projeto de Lei n. 3.792/15, que resultou na “Lei da Escuta Protetiva”, tem dado ensejo a críticas que de um lado reconhecem as vantagens da previsão legislativa, por viabilizar a produção de uma prova com mais credibilidade e evitar que a criança e o adolescente tenham que ser ouvidos repetidas vezes, e por outro lado, apontam o depoimento especial gravado como atentatório à intimidade e privacidade das crianças e adolescentes, por expor algo muito íntimo desse público vulnerável e vulnerabilizado, que ficará registrado e disponível nos autos, acessível à(o) investigada(o)/ré(u) que, na maioria dos casos, se trata de pessoa de seu círculo de afeto/convivência.

Esta pesquisa, visando a aprofundar o assunto, utilizando método teórico, a partir de pesquisa bibliográfica, analisa se o formato previsto para o registro do depoimento especial, gravado em áudio e vídeo, observa os postulados constitucionais e legais protetivos da criança e do adolescente, priorizando seus interesses.

Inicialmente, é feita uma análise da crescente adoção de recursos tecnológicos para a prestação jurisdicional para, em seguida, ser apresentada a Lei n. 13.431/17 e os métodos de escuta protegida previstos para crianças e adolescentes envolvidos em situação de violência na condição de vítimas ou testemunhas. Por fim, é feita análise crítica do depoimento especial, no que diz respeito à forma de registro do depoimento especial, ou seja, gravado em áudio e vídeo, a fim de avaliar se a adoção desse formato observa a legislação protetiva do público infanto-juvenil no que diz respeito

à sua intimidade e privacidade, em atendimento aos postulados da proteção integral, passando-se, ao fim, para as considerações finais.

## 2 A TECNOLOGIA E O DIREITO

O avanço tecnológico dos últimos anos, como fato social total (MAUSS, 2010), não passou despercebido pelo Direito que não só regulou a disposição de alguns desses recursos em uma perspectiva de direito da tecnologia,<sup>2</sup> como se valeu deles para otimizar a prestação jurisdicional, agora, em uma perspectiva de tecnologia do direito.<sup>3</sup>

No que diz respeito à função normativa estatal, Mozetic, Santos e Moller (2018, p. 42) pontuam cinco setores da sociedade que podem sofrer impactos a partir dos avanços e progressos de novas tecnologias, quais sejam, ecológico, econômico, social, cultural e político, asseverando que o Direito deve intervir junto às tecnologias para evitar os abusos que possam obstar o gozo pleno dos direitos pela sociedade.

Vivemos uma época de avassaladoras mudanças técnicas que mudam de maneira irreversível o mundo do trabalho, da educação, da política, do lazer, da saúde, da gestão e de outras esferas da atividade humana. A técnica aporta produtos muito úteis e que conferem conforto, lazer e facilitam a realização de tarefas diárias, em todos esses âmbitos, entretanto, como adverte Barrientos-Parra (2011, p. 56), ela tem consequências sobre nós e sobre o nosso modo de vida e, pelo Direito, o homem de nosso tempo, no plano nacional e internacional, procura não diremos solucionar problemas mas minorar os efeitos potencialmente limitadores de direitos fundamentais decorrentes do avanço técnico.

Já, quanto à utilização desses recursos – que compreendem desde hardwares e softwares até sofisticadas técnicas de produção de prova, como

<sup>2</sup> Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, por exemplo.

<sup>3</sup> Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, por exemplo.

videoconferências, identificação criminal, perícias técnicas, digitalização de imagens, vídeo e voz – voltados à prestação jurisdicional, é realidade que avança a passos largos e que se mostra, na mesma medida, controversa e inexorável.

Quanto ao ponto, Raatz e Anchieta (2018, p. 349), citando José Carlos Barbosa Moreira, afirmam ser impossível falar de melhora na qualidade do serviço judiciário sem aludir à necessidade de utilização mais intensa dos modernos recursos tecnológicos.

As apontadas vantagens da utilização da tecnologia no âmbito jurídico alcançam questões concernentes à facilitação do trânsito de informações, resultando em celeridade da investigação/do processo,<sup>4</sup> transparência, economia de papel e de espaço para armazenamento de documentos, além de possibilitar maior grau de exatidão e controle de informações, potencializando os resultados buscados.

Por outro lado, há preocupação no que diz respeito à utilização desmedida e irrefletida de tecnologia, especialmente no processo penal, tendo em conta possíveis prejuízos a direitos e garantias fundamentais das pessoas de alguma forma envolvidas, além da vulnerabilidade de algumas tecnologias de registro e replicabilidade de depoimentos gravados em áudio e vídeo, por exemplo.

Na busca pela agilização do trâmite da persecução penal, na busca pela famigerada “verdade real”, a utilização da tecnologia pelo aparato estatal pode atingir negativamente direitos fundamentais das partes, tais como o contraditório e a ampla defesa, aproximando-nos de um sistema

<sup>4</sup> “Um dos mais importantes problemas que o direito processual enfrenta na atualidade é, sem dúvida, o da duração do processo, o qual equivale à duração da neutralização do princípio da inocência, que, como é evidente, deveria ser breve. [...] o problema da excessiva duração do processo penal, sem definição sobre a relação de direito material, prejudica os fins substantivos do processo, impedindo que a paz pública se restabeleça com a sentença, seja ela absolutória ou condenatória, além de afetar, também, o direito fundamental de o acusado ser julgado sem dilações indevidas, o que gera uma verdadeira crise de legitimidade dos postulados de processo penal. A questão envolvendo a lesão aos direitos fundamentais deteriora, ainda mais, não somente a própria administração da justiça penal, mas também os fundamentos que estruturam as bases do Estado Democrático de Direito, ao passo que uma justiça lenta é uma justiça negada.” (RODRIGUES; VARGAS, 2018, p. 284).

inquisitivo ao ser abreviado o tempo de tramitação do processo; bem como a privacidade e intimidade a partir da captação e registro digitalizado de voz, vídeo e imagem disponibilizado nos autos sem critérios seguros de armazenamento e compartilhamento.

Imperioso, assim, que a integração entre o Direito e a tecnologia ande lado a lado com reflexões norteadas pelos primados constitucionais, em absoluto respeito aos direitos e garantias fundamentais, filtrando as verificações iniciais empíricas que costumam ocorrer em decorrência de o tempo do Direito não coincidir com a velocidade do avanço tecnológico, bem como assegurando que direitos não sejam atingidos pela legislação infranconstitucional em nome da potencialização de resultados, especialmente no que diz respeito ao público infantojuvenil.

Isso porque o princípio da proteção integral, decorrente da doutrina da proteção integral adotada pela Constituição Federal (arts. 6º, 227 e 228, CF/88), guarda íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88) e reconhece às crianças e adolescentes a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento e, portanto, destinatárias de prioridade absoluta na garantia de seus direitos fundamentais, havendo uma verdadeira *hiperdignificação* da sua vida, superando quaisquer obstáculos eventualmente encontrados na legislação ordinária para regrear ou limitar o gozo de bens ou direitos (LEAL; SOUZA; SABINO, 2018, p. 36).

Assim, a inovação das práticas persecutórias que envolvam crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência por meio do incremento das novas tecnologias compõe o escopo de um atual e controverso debate que envolve justamente o impacto dessa expansão exponencial de tecnologias e interesses informacionais e comunicacionais no Direito e nas suas instituições, notadamente quando analisado sob a luz do marco legal protetivo vigente.

### 3 A LEI N. 13.431, DE 4 DE ABRIL DE 2017

No dia 4 de abril de 2018, após *vacatio legis* de um ano, entrou em vigor no Brasil a Lei n. 13.431/17, conhecida como a “Lei da Escuta Protegida” ou “Lei da Escuta Especial”, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera artigos do Estatuto da Criança e Adolescente.

Trata-se de previsão de um sistema de garantia de direitos especializado em relação ao Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente cujo processo de formação iniciou-se já com a Constituição Federal e com o Estatuto da Criança e do Adolescente e ganhou contornos mais definidos com a Resolução n. 113 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), na medida em que normatiza e organiza um sistema de garantia de direitos voltado às crianças e adolescentes que estejam envolvidos na condição de vítimas ou testemunhas em situação de violência.

A legislação protetiva inspirou-se nas previsões constitucionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente que visam a promover uma política de atendimento intersetorial que garanta prioridade absoluta à consecução dos interesses deste público, especialmente quando expostos a situação de especial vulnerabilidade, como é o caso do envolvimento em algum contexto de violência.

No bojo da legislação protetiva são previstos métodos para o acolhimento do público infanto-juvenil que tenha envolvimento em situação de violência na condição de testemunha ou vítima que inovam na exigência de abordagem e ambiente mais adequados para um atendimento humanizado de crianças e adolescentes, visando a minimizar os danos decorrentes da exposição deste público ao sistema de justiça.

No art. 7º da Lei n. 13.431/17<sup>5</sup> está prevista a “escuta especializada”, método destinado ao acolhimento inicial da criança e do adolescente, especialmente por agentes que integrem a rede de proteção, com finalidade assistencial e de encaminhamento, razão pela qual menciona a lei que o relato a ser solicitado a estas pessoas seja limitado ao estritamente necessário para a finalidade do atendimento em curso.

Diferentemente do depoimento especial, não é instrumento que possui dentre suas finalidades principais a investigação das circunstâncias do fato e sua autoria, devendo cingir-se a obter ou confirmar a revelação da violência sofrida ou testemunhada e a prover cuidados de atenção, tratando-se de método de entrevista a ser realizado pelos órgãos da rede de proteção nos campos da educação, saúde, assistência social, segurança pública, justiça e Direitos Humanos (LEAL; SOUZA; SABINO, 2018, p. 87).

Já, o “depoimento especial” é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência exclusivamente perante autoridade policial ou judiciária e está previsto no art. 8º da Lei da Escuta Protegida.

Este depoimento deverá ser realizado, sempre que possível, uma única vez, através de ação cautelar de antecipação da prova quando envolver crianças menores de sete anos ou em caso de violência sexual (art. 11, §1º, incisos I e II), em local adequado (art. 10) e por profissionais capacitados (art. 12, inciso I).

A finalidade do “depoimento especial” é a produção de provas, o que, aliás, vem expressamente previsto no Decreto n. 9.603/2018 (BRASIL, 2018), que regulamenta a Lei da Escuta Protegida, e se trata, de um modo geral, de um conjunto de atitudes e procedimentos promotores da oitiva humanizada da vítima ou testemunha infanto-juvenil, o qual se dá por intermédio de profissional especificamente capacitado para tanto e em sala

<sup>5</sup> “Art. 7º. Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.” (BRASIL, 2017).

ambientada para acolhimento e proteção, livre do contato com pessoas aptas a influenciar no ânimo e na saúde psicológica da criança e do adolescente (LEAL; SOUZA; SABINO, 2018, p. 92).

O procedimento do “depoimento especial” está previsto no art. 12 da “Lei da Escuta Protegida”,<sup>6</sup> destacando, dentre outros requisitos, que o ato deverá ser gravado em áudio e vídeo (inciso VI), na íntegra, desde o começo (art. 26, §2º, Decreto n. 9.603/2018) e os sistemas de videogravação deverão preferencialmente ser assegurados com a instalação de equipamentos eletrônicos, tela de imagem, painel remoto de controle, mesa de gravação em CD e DVD para registro de áudio e imagem, cabeamento, controle manual para zoom, ar-condicionado para manutenção dos equipamentos eletrônicos e apoio técnico qualificado para uso dos equipamentos tecnológicos

- <sup>6</sup> Art. 12. O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento:
- I - os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais;
  - II - é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos;
  - III - no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo;
  - IV - findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco;
  - V - o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente;
  - VI - o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo.
- § 1º À vítima ou testemunha de violência é garantido o direito de prestar depoimento diretamente ao juiz, se assim o entender.
- § 2º O juiz tomará todas as medidas apropriadas para a preservação da intimidade e da privacidade da vítima ou testemunha.
- § 3º O profissional especializado comunicará ao juiz se verificar que a presença, na sala de audiência, do autor da violência pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco, caso em que, fazendo constar em termo, será autorizado o afastamento do imputado.
- § 4º Nas hipóteses em que houver risco à vida ou à integridade física da vítima ou testemunha, o juiz tomará as medidas de proteção cabíveis, inclusive a restrição do disposto nos incisos III e VI deste artigo.
- § 5º As condições de preservação e de segurança da mídia relativa ao depoimento da criança ou do adolescente serão objeto de regulamentação, de forma a garantir o direito à intimidade e à privacidade da vítima ou testemunha.
- § 6º O depoimento especial tramitará em segredo de justiça. (BRASIL, 2017).

instalados nas salas de audiência e de depoimento especial (Recomendação n. 33/10 do Conselho Nacional de Justiça) (MEIRELLES; GORGA, 2016).

A determinação legal para a gravação do depoimento especial em formato audiovisual destaca a importância da captação de toda a dinâmica da entrevista com a criança ou com o adolescente, a partir do registro da fala e expressões da pessoa que entrevista e da que está sendo entrevistada, proporcionando uma mais completa percepção das circunstâncias e do que é informado no ato, a fim de não seja necessária nova oitiva desse sujeito e que sejam fornecidas ao julgador melhores condições para a prolação de uma decisão mais justa.

Todavia, o uso de tecnologias de videogravação de depoimentos de crianças e adolescentes vem sendo discutido, nos âmbitos científico e institucional, não sem controvérsia. Como salientam Santos, Viana e Gonçalves (2017, p. 300), entre os aspectos mais debatidos estão questionamentos sobre a eficiência e a eficácia dessas novas tecnologias, a credibilidade dos depoimentos videogravados, as condições de replicabilidade e armazenagem, bem como os aspectos ético-morais de sua utilização em processos judiciais que envolvem crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de crimes sexuais.

## 4 REGISTRO AUDIOVISUAL DO DEPOIMENTO ESPECIAL E PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O processo judicial está inserido em um contexto de transformação tecnológica e o registro audiovisual da prova é uma das manifestações desse fenômeno que já permeava o cenário jurídico desde a década de 1980, quando o art. 14 da Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984 (BRASIL, 1984), estabeleceu a primeira possibilidade, válida juridicamente, do registro de audiências judiciais em fitas magnéticas.

Mais recentemente, dois anos após o advento da Lei n. 11.419/06 (BRASIL, 2006) que dispôs sobre a informatização do processo judicial, surge a Lei n. 11.719/2008 (BRASIL, 2008) que introduziu no ordenamento jurídico-processual penal regra sobre produção e registro de prova em audiência, ao dispor no §1º do art. 405 do código adjetivo que os depoimentos dos envolvidos será feito, sempre que possível, através dos meios e recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações. O registro audiovisual da prova, a partir de então, estendeu-se a outras leis, como, por exemplo, a Lei n. 12.850/13,<sup>7</sup> que trata das organizações criminosas, a Lei n. 11.340/06,<sup>8</sup> alterada pela Lei n. 13.505/2017, conhecida como “Lei Maria da Penha” e à Lei n. 13.431/17, “Lei da Escuta Protegida”, determinando que o depoimento de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência seja gravado em áudio e vídeo.

A utilização do recurso audiovisual para registro do “depoimento especial” vem lastreada em justificação de cunho probatório, na medida em que permite ao/à Delegado/a de Polícia e a/o Juiz/a uma mais completa

---

<sup>7</sup> Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

[...]

§ 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações. (BRASIL, 2013).

<sup>8</sup> Art. 10-A. É direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores – preferencialmente do sexo feminino – previamente capacitados.

[...]

§ 2º Na inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de delitos de que trata esta Lei, adotar-se-á, preferencialmente, o seguinte procedimento:

[...]

III - o depoimento será registrado em meio eletrônico ou magnético, devendo a gravação e a mídia integrar o inquérito. (BRASIL, 2006a).

percepção do que é informado, já que, muitas vezes, a expressão diz mais que as próprias palavras.

Nessa esteira, Leal, Souza e Sabino (2018, p. 167) defendem que a câmera de filmagem não seja programada para captar apenas o rosto da criança ou adolescente, como ocorre nos depoimentos tradicionais videogravados, mas que capte o ambiente, especialmente o corpo todo da pessoa depoente, a fim de que sejam registrados movimentos, comportamentos e expressões.

Além dessas, outras vantagens da gravação do depoimento em áudio e vídeo são apontadas, tais como: a facilitação da escuta ativa pelo entrevistador, o registro das evidências orais em seu formato original, a proteção de entrevistados e entrevistadores contra a prática/alegação de abusos (CONVENTION AGAINST TORTURE INITIATIVE, 2017), além de privilegiar a ampla defesa a partir da possibilidade de acesso integral ao conteúdo da entrevista.

Para Santos, Viana e Gonçalves (2017, p. 321) a utilização de tecnologia para a coleta de evidências, produção de provas com crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência e sua replicabilidade no sistema de justiça não só conferem a esses sujeitos uma condição diferenciada, mais digna e abrangente para a sua participação no processo, como oferecem novas condições para a administração eficaz da justiça.

Todavia, em que pese as numerosas e inquestionáveis vantagens procedimentais da gravação do “depoimento especial” em áudio e vídeo, imperioso que seja analisada a condição da criança e do adolescente, vítima ou testemunha de violência, submetida ao sistema de justiça, ouvida acerca de situação agravadora de sua já reconhecida vulnerabilidade, a partir de recurso que perpetuará sua participação no processo.

A proteção à intimidade e privacidade é garantia de estatura constitucional, nos termos do art. 5º, X, CF/1988 e às crianças e adolescentes, com maior ênfase, devem ser assegurados esses direitos, pois destinatários de prioridade absoluta e proteção integral.

A Doutrina da Proteção Integral, que ingressou no ordenamento brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988<sup>9</sup> e da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989,<sup>10</sup> sendo regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990,<sup>11</sup> refere-se a um conjunto harmonioso e sistêmico de regras e princípios aplicáveis às relações jurídicas que envolvem direitos e deveres de crianças e adolescentes, independentemente de quaisquer condições sociais, econômicas e culturais (SOUZA, 2018, p. 55), com previsão de direitos especiais e específicos, pela condição que ostentam de pessoas em desenvolvimento (SARAIVA, 2002, p. 14).

E no que diz respeito à privacidade e intimidade, Cerón e Mozetic (2018, p. 198) asseveram que *“la intimidad y la privacidad, ya homónimamente consideradas; ya sutilmente diferenciadas, ya estimadas individualmente, constituyen derechos fundamentales del ser humano; por tanto, inalienables, inviolables e imprescriptibles.”*

A garantia de preservação da imagem, intimidade e reserva da vida privada das crianças e adolescentes vêm expressamente prevista no art. 17 e art. 100, parágrafo único, inciso V, do Estatuto da Criança e Adolescente, o que foi reforçado pela Lei n. 13.431/17, ao prever que o público infantojuvenil terá sua intimidade e condições pessoais protegidas quando vítima ou testemunha de violência e as informações prestadas serão tratadas com confidencialidade.

Vê-se que, ao lado de vantagens que, pelo menos em tese, permitem uma persecução penal mais fluida, célere e com condições mais favoráveis de convicção pelo julgador, há necessidade de amadurecimento e reflexão acerca da implementação da gravação em áudio e vídeo do “depoimento especial” tendo em conta a necessária observância à proteção integral das crianças e adolescentes, preservando-os de severa exposição de sua intimidade.

<sup>9</sup> Art. 6º, art. 227 e art. 228 da CF/1988 (BRASIL, 1988).

<sup>10</sup> Art. 3.2 (BRASIL, 1988).

<sup>11</sup> Art. 1º, 3º e 100, II, da Lei n. 8.069/90 (BRASIL, 1990).

Prevê a Lei da Escuta Protegida que o depoimento especial reger-se-á por protocolos de entrevista investigativa ou entrevista forense e estas metodologias preveem, como regra, uma etapa de estabelecimento de vínculo entre entrevistador e entrevistado denominada *rapport*, em que são realizadas abordagens neutras voltadas primordialmente a estimular o relato livre da pessoa entrevistada.<sup>12</sup>

Esses relatos podem trazer, além de dados sobre o(s) fato(s) violento(s) cujas circunstâncias se espera esclarecer, informações pessoais sobre os mais variados aspectos da vida da criança e do adolescente, tais como menções a experiências, pessoas e sentimentos que, não obstante desprovidos de relevância jurídica, não poderão sofrer qualquer espécie de filtro voltado a minimizar a exposição da pessoa entrevistada, sob pena de comprometimento da obtenção do relato livre da criança ou do adolescente.

E essa mídia, contendo a íntegra do relato e das expressões corporais e faciais de uma criança ou de um adolescente vítima de violência ficará disponível nos autos, acessível aos envolvidos na investigação/no processo em curso.

Essa exposição se agrava pelo fato de que no que diz respeito à violência praticada contra o público infantojuvenil, especialmente nos casos de violência sexual, 64,6% dos suspeitos integram o núcleo familiar ou são amigos próximos das vítimas (ANÁLISE..., 2018), tornando ainda mais devastador o protagonismo dessa criança ou adolescente em processos dessa natureza em razão de sua participação estar registrada, na íntegra, em áudio e vídeo.

---

<sup>12</sup> A entrevista investigativa é um método de entrevista desenvolvido por profissionais para responder à grande quantidade de evidências científicas de que técnicas abusivas e coercitivas produzem informações não confiáveis. Pode ser utilizada pela justiça criminal, incluindo casos de terrorismo, bem como na área de inteligência e de segurança. Através da construção do *rapport* com o entrevistado observou-se que a técnica previne práticas abusivas e aumenta a quantidade e fidedignidade da informação, melhorando, assim, a percepção da população a respeito da equidade do Sistema de Justiça (CONVENTION AGAINST TORTURE INITIATIVE, 2017).

Além disso, não obstante já vigente a lei que obriga que a escuta da criança e do adolescente seja feita através dos métodos que previu, quais sejam, escuta especializada e depoimento especial, não existem regras claras e seguras quanto ao controle do armazenamento, compartilhamento e replicabilidade dos registros e mídia resultante da gravação do “depoimento especial”.

No §5º do art. 12, a Lei n. 13.431/17 prescreve que as condições de preservação e segurança dessa mídia serão objeto de regulamentação, de forma a garantir o direito à intimidade e a privacidade da vítima ou testemunha, e criminaliza, prevendo pena de reclusão de 01 a 04 anos, além de multa, a conduta de quem violar o sigilo processual, permitindo que o depoimento de criança ou adolescente seja assistido por pessoa estranha ao processo, sem autorização judicial e sem o consentimento do depoente ou de seu representante legal.

Pertinente a lição de SANTOS (2017, p. 317) quanto ao ponto, ao reconhecer que um dos grandes desafios da tecnologia digital se refere à dificuldade de controle original do material, bem como das cópias produzidas em virtude da necessidade de replicabilidade das provas em um processo judicial.

O advento da Lei n. 13.431/17 trouxe consigo, destarte, o desafio de implementação de uma integração harmônica entre seus postulados com o marco teórico protetivo do público infantojuvenil em que se insere, que exige que o tratamento destinado a esses sujeitos prime pelos postulados da proteção integral, atendendo, sempre, aos melhores interesses da criança e do adolescente, unidade de medida que deve prevalecer quando múltiplos interesses entrarem em confronto.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese não se esteja falando de um tema novo, na medida em que, como visto, o avançar da utilização de recursos tecnológicos no processo jurídico, inclusive penal, é realidade que avança a passos firmes e largos, inovou a Lei da Escuta Protegida ao prever procedimento de escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência através de depoimento que deverá ser gravado, na íntegra, em formato audiovisual.

A inovação tem dado ensejo a manifestações que evidenciam a natureza controversa do procedimento investigativo normatizado na Lei n. 13.431/17, eis que, na mesma medida em que é apresentado como um instrumento de proteção do público infantojuvenil levado ao sistema de justiça, assim como anunciado na exposição de seus motivos,<sup>13</sup> também é apontado como potencial violador de direitos fundamentais desses sujeitos no que diz respeito à violação de sua intimidade, privacidade e imagem, além de os benefícios atribuídos ao formato de registro audiovisual limitarem-se a conveniências relacionadas à persecução penal estatal, não propriamente às crianças e adolescentes.

Pontualmente quanto ao argumento de que a partir da gravação do depoimento esses sujeitos seriam preservados de sucessivas oitivas a respeito do fato investigado, pertinente a lição de Coimbra (2014, p. 364) ao destacar que, diferentemente do que se espera, a prática do depoimento especial, por si, não tem essa condição, que depende muito mais dos arranjos que envolvem coordenação entre instituições distintas e de ajustes internos a essas mesmas instituições, tais como o Poder Judiciário, a Polícia Civil, a saúde, a assistência, que precisarão, para este fim, desenvolver um alto grau de proximidade e coordenação entre os atores envolvidos.

<sup>13</sup> Justificação do Projeto de Lei n. 3.792/2015 (ACCESS TO JUSTICE FOR CHILDREN: BRAZIL, 2019).

Aí, evidencia-se que, ao lado da implementação de mudanças na forma de acolher e ouvir o público infantojuvenil, está o necessário fortalecimento da rede de proteção e dos órgãos que a compõe, individualmente, a partir da integração e capacitação dos seus agentes, voltado a garantir a assistência transdisciplinar às crianças e adolescentes envolvidos em situação de violência,<sup>14</sup> sejam ou não trazidos ao sistema de justiça.

Para Azambuja (2017, p. 184) a utilização de técnicas inovadoras na persecução penal de crimes envolvendo crianças e adolescentes, ainda que imbuídas das melhores intenções, exige cautela, a fim de que não se agreguem mais problemas às recentes e patogênicas experiências da pequena vítima, impostas pela trajetória familiar desfavorável a que esteve submetida.

Considerando-se, assim, tratar-se de inovação legislativa recente, não há que se ignorar absolutamente nenhum apontamento voltado ao debate acerca do que trouxe de avanço no tratamento de crianças e adolescentes testemunhas ou vítimas de crime e do que ainda exige reflexão e amadurecimento.

A implementação dos dispositivos já cogentes da Lei da Escuta Protegida deve observar, sem ressalvas, a proteção integral da criança e do adolescente, preservando e promovendo sua privacidade e sua intimidade ao serem submetidos ao método de escuta investigativa gravada, o depoimento especial.

Com fulcro na previsão do §2º e §4º do art. 12 da Lei n. 13.431/17, a autoridade judiciária, e também a autoridade policial, deverão avaliar com especial cuidado a pertinência da gravação do depoimento especial em cada caso, valendo-se fundamentadamente da hipótese que a lei tratou como excepcional, mas que deve ser invocada toda vez que a utilização do método audiovisual representar reconhecido risco à intimidade, à privacidade e à

<sup>14</sup> Através de pessoas de apoio, por exemplo, como previsto pontualmente na Resolução n. 20/2006 – ECOSOC, a atuar junto à criança antes, durante e depois de ser ouvida pelo sistema de justiça, o que é também previsto o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 100, XII.

vida privada da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência que seja submetido ao “depoimento especial”.

## REFERÊNCIAS

ACCESS TO JUSTICE FOR CHILDREN: BRAZIL. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=421972&filename=PL+7524/2006](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=421972&filename=PL+7524/2006). Acesso em: 5 set. 2019.

ANÁLISE EPIDEMIOLÓGICA DA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL, 2011 A 2017. *Boletim Epidemiológico*, v. 49, jun. 2018. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/junho/25/2018-024.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

BARRIENTOS-PARRA, Jorge. A violação dos direitos fundamentais na sociedade técnica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 48, n. 189, p. 55-67, jan./mar. 2011. Disponível em: [www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/ri\\_l\\_v48\\_n189.pdf#page=56](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/ri_l_v48_n189.pdf#page=56). Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. *Constituição*: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto n. 9.603, de 10 de dezembro de 2018. Regulamenta a Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. *Jusbrasil*, Brasília, DF, 11 dez. 2018. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/657507119/decreto-9603-18>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 nov. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1980-1988/L7244.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7244.htm). Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em: 5 set. 2018.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 ago. 2006a.

BRASIL. Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 dez. 2006b. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm). Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 jun. 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm). Acesso em: 5 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 ago. 2013.

BRASIL. Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 abr. 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm). Acesso em: 5 set. 2019.

COIMBRA, José Cesar. Depoimento Especial de Crianças: Um lugar entre Proteção e Responsabilização? *Psicologia, Ciência e Profissão*, v. 34, n. 2, p. 362-375, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pcp/v34n2/v34n2a08.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

CONVENTION AGAINST TORTURE INITIATIVE. *Investigative Interviewing for Criminal Cases*. 2017. Disponível em: [https://cti2024.org/content/docs/CTI-Training\\_Tool\\_1-Final.pdf](https://cti2024.org/content/docs/CTI-Training_Tool_1-Final.pdf). Acesso em: 10 set. 2019.

CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

LEAL, Fábio Gesser; SOUZA, Klauss Corrêa de; SABINO, Rafael Giardini. *Comentários à Lei da Escuta Protegida*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2018.

MAUSS, Marcel, *Sociologia e antropologia*. São Paulo: Cosac e Naify, 2005.

MEIRELLES, João Victor Esteves; GORGA, Maria Luiza. Depoimento especial: eficácia e compatibilidade como meio de produção de prova. *Migalhas*, 12 ago. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1194>. Acesso em: 10 set. 2019.

MOZETIC, Vinícius Almada; SANTOS, Paulo Júnior Trindade dos; MOLLER, Gabriela Samrsia. *(Re)pensar o Direito a partir das novas tecnologias e da complexidade social*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2018.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Nathasha. Acesso à Justiça e Novas Tecnologias. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al. (org.). *O impacto das novas tecnologias nos Direitos Fundamentais*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2018.

RODRIGUES, Saulo Tarso; VARGAS, Róbson de. A problemática do Direito ao processo penal sem dilações indevidas e o impacto das novas tecnologias na prestação jurisdicional. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al. (org.). *O impacto das novas tecnologias nos Direitos Fundamentais*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2018.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos et al. *Crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência sexual: metodologias para tomada do depoimento especial*. Curitiba: Appris, 2017.

SARAIVA, João Batista Costa. *Direito Penal Juvenil. Adolescente e Ato Infracional. Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SOUZA, Jadyr Cirqueira de. *Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes no Sistema de Justiça*. São Paulo: Pillares, 2018.

# VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA, DIREITO À INFORMAÇÃO, CIBERATIVISMO E O EMPODERAMENTO FEMININO

Milena Veloso de Linhares<sup>1</sup>

**Resumo:** Na presente pesquisa sobre o tema proposto visa analisar questões relacionadas à violência obstétrica no Brasil. Assunto este que, apesar de reconhecido pela Organização Mundial da Saúde, teve sua importância minimizada pelo Ministério da Saúde quando emitiu despacho abolindo o termo em maio de 2019. A prática dessa violência é corriqueira e gera impactos negativos na vida das mulheres vítimas, que aos poucos começam a ser alertadas sobre assunto, bem como, a respeito de seus direitos enquanto pacientes gestantes. Nesse sentido, esta pesquisa pretende analisar a prática de atos pelos profissionais da saúde que se configuram em violência obstétrica, as formas pelas quais são difundidas tais informações e a importância do ciberativismo na conscientização e proteção das mulheres vítimas. Tem como objetivo verificar se o ciberativismo é um mecanismo eficaz ou não para difundir a informação sobre violência obstétrica e em incentivar medidas para seu combate. A pesquisa é desenvolvida pelo método dedutivo, preponderantemente pesquisas bibliográficas, em livros, revistas, artigos científicos somado as legislações que se referem ao tema e a notícias de jornais sobre a atualidade desse debate no Brasil. Por fim, percebe-se que a expressão violência obstétrica é atualmente alvo de uma série de debates envolvendo seu uso, o que revela a importância da difusão de informações a esse respeito e a elaboração de documentos como a Agenda 2030. A realização de um debate público e amplo sobre o tema é meio de demandar a criação de políticas públicas para que sejam eliminadas as violações aos direitos fundamentais das mulheres, resultantes da precariedade da assistência, da má aplicação das legislações e da não efetivação das medidas de cuidados as gestantes, as quais devem ser incorporadas com maior rigor pelo legislador e, dar efetivação em sua aplicação, em respeito às diretrizes

<sup>1</sup> Mestranda em Direito no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Bolsista da Capes; milenalinhares94@gmail.com

da Organização Mundial da Saúde (OMS), a qual trata da violência obstétrica como questão de saúde pública.

## 1 INTRODUÇÃO

A questão da violência obstétrica não é algo recente, que há muito tempo ocorre com uma parcela considerável de mulheres parturientes, que são intimamente lesadas em seus direitos, como ser humano, mulher e mãe. Recentes são as discussões sobre o tema.

O assunto ganhou visibilidade nos últimos anos, seja nos veículos de informação, em órgãos dedicados à proteção dos direitos humanos ou nos movimentos feministas, havendo incansável e incessante luta pela eliminação desse tipo de violência cometido contra as mulheres, com vistas a garantir que elas tenham um atendimento mais humanizado e que sejam respeitadas durante a gestação, o parto e o puerpério.

Tal visibilidade fez o Ministério da Saúde emitir portaria em maio de 2019 para que o termo “violência obstétrica” fosse evitado em documentos e políticas públicas, sendo tal orientação rechaçada pelo Ministério Público Federal, que recomendou que o termo fosse novamente adotado, uma vez que a portaria ia de encontro as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS) (MINISTÉRIO..., 2019).

Assim, em virtude do debate sobre o tema estar cada vez mais em voga, essa pesquisa pretende analisar a prática de atos pelos profissionais da saúde que se configuram em violência obstétrica, as formas pelas quais são difundidas tais informações e a importância do ciberativismo na conscientização e proteção das mulheres vítimas. Tem como objetivo verificar se o ciberativismo é um mecanismo eficaz ou não para difundir a informação sobre violência obstétrica e em incentivar medidas para seu combate.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dedutivo, preponderantemente pesquisas bibliográficas, em livros, revistas, artigos

científicos somado as legislações que se referem ao tema e a notícias de jornais sobre a atualidade desse debate no Brasil.

A violência obstétrica pode ocorrer de diversas formas e maneiras. Sendo caracterizada pela apropriação do corpo e processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais de saúde (Defensoria do Estado de São Paulo). Conforme será apresentado aqui, apesar de existir tal violência, o direito a ter informações sobre o tema é muitas vezes negado, sendo que a vítima, por desconhecer o assunto, acaba por considerar serem normais procedimentos violentos.

## 2 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Conforme conceito da Defensoria do Estado de São Paulo, a violência obstétrica é caracterizada pela apropriação do corpo e processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais de saúde, utilizando-se de tratamento desumanizado, patologização dos processos naturais, ocasionando em perda de autonomia e capacidade da decisão sobre seus corpos e sexualidade, tendo impacto direto na qualidade de vida das mulheres.

Segundo Silva (2016) o conhecimento médico sobre a gestação e o parto evoluiu ao longo da história, entre eles a forma de se fazer o parto. A cesariana, por exemplo, foi instituída como forma de proteção de complicações e mortalidade tanto do bebê como a da mãe. Porém, o que se tem é o parto cesáreo protagonista de muitas violências praticadas contra as mulheres que sofrem em um momento que é um dos mais importantes de suas vidas, além de sofrerem violências obstétricas, práticas abusivas e desumanas.

Dentre as práticas desumanas está a negação ao direito ao acompanhante no momento do parto. Sendo que, segundo pesquisa realizada pela rede cegonha, em 2013, os principais motivos alegados pelas mulheres que não tiveram acompanhante durante o parto, 55,17% responderam que

o serviço não permitiu e, 16,54% que não sabiam que tinham esse direito (SILVA, 2016).

O Decreto n. 4.377/2002 (BRASIL, 2002) promulgou a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher de 1979, afirmando que os Estados-Partes devem tomar medidas para buscar eliminar a discriminação contra a mulher na esfera de cuidados médicos e a fim de garantir assistência apropriada durante a gestação, ao parto e ao pós parto (art. 12) (BRASIL, 2019). Porém, não traz a convenção qualquer especificidade em relação à violência obstétrica.

A Constituição de 1988 é enfática em trazer os direitos e garantias fundamentais, como direito a vida, a igualdade, não discriminação, ressaltando “que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 1988), garantindo que ninguém será submetido a tratamento desumano.

Ora, os direitos garantidos pela Carta Magna são absurdamente desrespeitados quando um médico ou qualquer outro profissional da saúde comete a violência obstétrica contra a mulher, retirando dela o direito sobre seu próprio corpo, fazendo-a passar por momentos de constrangimento, angústia e sofrimento em situação na qual ela se encontra fragilizada. Alguns profissionais da saúde aproveitam-se desse fato para violentá-la fisicamente, psicologicamente e emocionalmente.

Segundo Nadal et al. (2017) há algum tempo o parto e o nascimento de uma criança eram tidos como algo natural, tendo a mulher como a protagonista desse acontecimento. Essa compreensão, porém, foi alterada e passou-se a tratar o parto pura e simplesmente como um evento médico e masculino, e a noção de risco e da patologia, que deveria ser a exceção, passou a ser regra, ou seja, são retirados os direitos da mulher sobre seu corpo, suas condições de decidir, cabendo então ao médico a tomada de decisões (NADAL et al., 2017).

Segundo pesquisa em 2010 de Fundação Perseu Abramo (2019), uma em cada quatro mulheres sofre algum tipo de violência durante o

parto e, entre as mais comuns estão: gritos, procedimentos dolorosos sem o consentimento ou informação para a mulher, falta de analgesia e negligências. Ainda, segundo uma ativista pelo parto humanizado ouvida na pesquisa, as violências já descritas se somam aos impedimentos de acompanhamento, tratamento agressivo, falta de empatia, tratamento grosseiro, tratar de forma inferior a mulher, submetê-la a procedimentos dolorosos, desnecessários e humilhantes, como posição ginecologia de portas abertas, realização de mais de um exame e toque constrangendo-a, por mais de um profissional, acelerar o parto, fazer episiotomia sem que ela consinta para tanto, dentre tantas outras (FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO, 2019).

Na busca pelo atendimento humanizado nas clínicas e hospitais particulares ou públicos, criaram-se algumas normativas que deveriam ser seguidas pelos profissionais da saúde. Assim, foi criada a portaria n. 569/2000, a qual deixa explícito que todas as gestantes possuem o direito a atendimento digno e de qualidade no decorrer de sua gestação, parto e puerpério, ainda, garantido o direito ao parto e puerpério de forma humanizada e segura (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2000). O anexo II da Portaria n. 569/2000 traz como condição para o adequado acompanhamento do parto a humanização da assistência obstétrica e neonatal, além de ter uma vasta lista de responsabilidades que as unidade integrantes do SUS deve observar.<sup>2</sup>

Nesse sentido, também foi promulgada a Lei n. 11.108/2005, que dá direito à parturiente de ser acompanhada por alguém indicado por ela, que permaneça com ela durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, obrigando tanto os serviços de saúde do SUS, quanto a rede própria ou conveniada a permitir a presença de um acompanhante (BRASIL, 2005).

<sup>2</sup> A humanização da Assistência Obstétrica e Neonatal é condição para o adequado acompanhamento do parto e puerpério. Receber com dignidade a mulher e o recém-nascido é uma obrigação das unidades. A adoção de práticas humanizadas e seguras implica a organização das rotinas, dos procedimentos e da estrutura física, bem como a incorporação de condutas acolhedoras e não-intervencionistas (BRASIL, 2000).

A Organização Mundial de Saúde, em 2018, realizou uma publicação com recomendações para os cuidados durante o trabalho de parto e parto onde foram elencados 56 cuidados considerados como importantes para o parto espontâneo, e preservação da saúde tanto da mãe como bebê, tendo como foco cuidados respeitosos, comunicação eficaz entre parturientes e aqueles que lhe prestam assistência, bem como garantia de acompanhante (TRAPANI JUNIOR, 2018).

É preciso cada vez mais divulgar informações a respeito violência obstétrica, deixando claros os direitos que devem ser observados por todos os profissionais de saúde que fazem o acompanhamento da mulher e fomentando para que as próprias mulheres, desde os primeiros acompanhamentos médicos até o nascimento de seu filho(a), tenham conhecimento sobre as violências cometidas e que sejam encorajadas a exigir que seja respeitado o momento pelo qual está passando.

### 3 CIBERATIVISMO E EMPODERAMENTO FEMININO

A mulher ao longo da história foi considerada um ser inferior e submissa ao homem (SILVA et al., 2005). O homem tinha o direito de controlar a vida da mulher como se esta a pertencesse. Com a modernização da sociedade as lutas das mulheres em busca da igualdade de direitos, libertação de sofrimentos e direito sobre seu próprio corpo passaram a ser cada vez mais frequentes (BORIS; CESIDIO, 2007).

Atualmente, o ciberativismo tem sido ferramenta de empoderamento através do ativismo digital. Tal expressão, segundo o Dicionário Priberam da língua portuguesa é "um tipo de ativismo em que são usados meios, eletrônicos e computadores, notadamente em redes informáticas." (PRIBERAM DICIONÁRIO, 2008-2013).

Para Fonseca et al. (2017) o ciberativismo – ou também, como é conhecido, ativismo digital – é considerado parte integrante de uma

mobilização marcado pela cibercultura e com meios de crescimento, na medida em que ocorre um aumento na democratização de acesso as tecnologias de informação e comunicação.

O ciberativismo se mostra como uma nova ferramenta de mobilização social, frente aos problemas vivenciados diariamente pelas mulheres, vítimas de violência obstétrica, as quais por este meio buscam informar e levar a sua vivência para que outras mulheres não passem pela mesma situação, ou mesmo, que estejam preparadas para agir diante de determinadas situações de desrespeito para com seus direitos enquanto ser humano.

A ONU traçou novos objetivos de desenvolvimento sustentável global na agenda 2030, dentre tantos objetivos importantes, traz em seu objetivo 5 alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas. Buscar de todas as formas acabar com a discriminação contra mulheres e meninas em toda parte, eliminando também todas as formas de violência contra mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas (ONUBR, 2019).

Mas ainda há muito que ser feito. Nadal et al. (2017) ressaltam que além das intervenções obstétricas desnecessárias, maioria das mulheres sofrem violência no parto, por exemplo, vivências de parto dolorosas, ofensa, humilhação e preconceitos em relação à sua saúde e sexualidade, violando de todas as formas os direitos humanos e fundamentais das mulheres de modo geral, estando ausentes o profissionalismo e humanização daqueles profissionais da saúde que deveriam servir de suporte para elas.

Para promover o empoderamento feminino os itens 5b e 5c da agenda 2030 sinalizam a necessidade do uso e tecnologias de informação e comunicação, bem como destacam que é preciso adotar e fortalecer políticas mais sólidas e legislação aplicável na promoção da igualdade de gênero e empoderamento de todas as mulheres e meninas em todos os níveis (ONUBR, 2019).

Com o passar do tempo foram difundidas informações acerca do tema, abrindo os olhos e despertando o interesse pelo assunto de mulheres que passaram por situações que até então não sabiam se tratar de uma violência

obstétrica e, alertando para os cuidados com as futuras mães, alertando-as de seus direitos que não podem e não devem ser violados. Fato este que pode ser comprovado através da análise do termo “violência obstétrica” na ferramenta Google Trends<sup>3</sup> que demonstra que nos últimos 5 anos houve um aumento em buscas na internet da expressão (FARIAS, 2018).

Para Sena e Tesser (2017) “a internet possui papel de destaque entre as demais mídias, tanto em função das inúmeras possibilidades que permite quanto por tornar possível que o usuário não seja apenas um receptor passivo.” Acrescem ainda dizendo que o usuário é mais do que apenas receptor de uma informação, pois há interação ativa com o sistema (SENA; TESSER, 2017).

O total descaso e desrespeito com as gestantes quando da assistência ao parto, seja no setor público ou privado, tem sido cada vez mais tema de discussão e veiculação na imprensa e principalmente em redes sociais, em sua maioria por meio de relatos de mulheres que foram vítimas de tal violência (NADAL et al., 2017).

Movimentos feministas utilizam das redes sociais como ferramentas de divulgação e debate sobre assuntos pertinentes a suas demandas. O movimento Artemis (2019) que visa, dentre outros objetivos, a erradicação da violência obstétrica do Brasil, possui mais de 186 mil seguidores em sua página no Facebook e utiliza a rede social como meio de publicação de notícias, depoimentos, leis, além de organização de eventos como palestras, encontros, orientações jurídicas exibição de documentários entre outros.

Segundo Sena e Tesser (2017) as ferramentas de mídias sociais vêm contribuindo de maneira significativa no fortalecimento e na promoção de ações políticas femininas como forma de trazer uma mudança legislativa para erradicar a violência. No Brasil, duas iniciativas em meados de 2010 e 2012 foram criadas e desenvolvidas em total ambiente de conectividade, usando de mídias para promoção da saúde, em especial voltada à mulher

<sup>3</sup> “O Google Trends é uma ferramenta gratuita que permite acompanhar a evolução do número de buscas por uma determinada palavra-chave ao longo do tempo.” (FARIAS, 2018).

vítima da violência obstétrica. As duas iniciativas foram “o teste da violência obstétrica” e o videodocumentário “violência obstétrica – a voz das brasileiras”, ambas fundamentais na reflexão acerca da qualidade do atendimento quando do parto, fazendo com que um número ainda maior de mulheres pudessem se manifestar e partilhar as suas vivências.

Para Oliveira e Pinto (2016) a informação é fonte que permite gerar conhecimento para facilitar o exercício de outros direitos, assim, o acesso à informação se mostra essencial para que as mulheres tenham maior visibilidade e, conhecedoras de seus direitos, tomem para si o poder de decidir em relação a seu corpo e sua saúde. Tais informações deveriam ser repassadas pelo médico, porém, quando não o são, são supridas pelas tecnologias de informática, pelas redes sociais.

Ainda, os movimentos em prol do empoderamento das mulheres não estão adstritos ao procedimento do parto em si, mas sim, a tudo que envolve o nascimento de uma criança. A maternidade é opção da mulher, assim, as informações são meio de recuperação da sua autonomia sobre o corpo. As redes ciberfeministas proporcionam acesso à informação, mas muito mais que isso, incorporadas a realidades de muitas mulheres, promovem o acesso à informação e liberdade de escolha. Além de empoderar as mulheres, os movimentos sociais refletem na criação de políticas públicas e demais instrumentos que tenham por objetivo a proteção dos direitos das mulheres (OLIVEIRA; PINTO, 2016).

Sem sombra de dúvidas a informação é meio de efetivar os direitos e garantias fundamentais e o ciberativismo feminino é uma forma de trazer mais conhecimento às mulheres acerca de seus direitos, principalmente encorajando-as para tomadas de decisões no que diz respeito aos seus corpos e à maternidade.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ninguém vem ao mundo se não por meio de uma mulher. Essas mulheres que se tornam mães são, sobretudo, seres humanos, que têm sentimentos, são capazes de tomar as suas próprias decisões.

Se as mulheres conquistaram muitos direitos que ao longo da história lhes foram negados, sua luta por empoderamento continua se mostrando necessária, para que ocorram ainda muitas mudanças culturais. Apesar de muitos ganhos, ainda as mulheres não têm seus direitos plenamente resguardados, em especial na seara dos direitos sexuais e reprodutivos.

No caso da maternidade e do parto, aqui analisados, há muitas expectativas sociais e pessoais das mulheres em torno disso. Contudo, não raras vezes o momento sonhado e aguardado para algumas mães torna-se verdadeiro pesadelo, experiência jamais esperada. O parto muitas vezes se torna um momento de desrespeito e de violência, não dando à mulher qualquer direito a tomada de decisão.

O protagonismo do momento, que deveria ser da mulher e da criança, passa a ser unicamente da equipe médica ou de quem lhe atende, que submetem a mulher a situações constrangedoras, procedimentos desnecessários e invasivos, sem sua permissão, retirando dela a autonomia sobre seu corpo, sem nenhuma escolha. Muitas parturientes são submetidas a condutas violentas, com ameaças, uso de palavras que as diminuem, negligências, insultos, entre outros.

Para que esta realidade possa mudar, começaram a surgir movimentos, por meio redes sociais, com relatos reais de mulheres que sofreram violência obstétrica e que visavam a alertar para que outras não passem pelas mesmas situações. O ciberativismo feminista se mostrou, assim, como ferramenta de suma importância para levar a informação e conhecimento para todas as mulheres, para que elas estejam preparadas para exigir seus direitos e que

se sintam empoderadas para combater as desigualdades ainda existentes, tendo autonomia sobre seus corpos e para tomada de decisões.

A disseminação da informação e a facilidade de divulgação pela internet permite alcançar um número cada vez maior de mulheres e é através do conhecimento que as mulheres podem reivindicar um atendimento mais humano, digno e respeitado nos procedimentos que envolvem o parto.

O Estado por sua vez, passa a ser pressionado de certa maneira para criar políticas públicas de proteção e também formas de punição se não cumpridos e respeitados os direitos da mulher ao longo da gestação, durante o procedimento do parto e no pós-parto.

## REFERÊNCIAS

ARTEMIS. Disponível em: [https://www.facebook.com/pg/artemisong/about/?ref=page\\_internal](https://www.facebook.com/pg/artemisong/about/?ref=page_internal). Acesso em: 5 jul. 2019.

BORIS, Georges Daniel Janja Bloc; CESÍDIO, Mirella de Holanda. Mulher, corpo e subjetividade: uma análise desde o patriarcado à contemporaneidade. *Revista Mal-Estar e Subjetividade*, Fortaleza, v. 2, n. 7, p. 451-478, set. 2007. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1518-61482007000200012](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482007000200012). Acesso em: 1 jun. 2019.

BRASIL. *Constituição*: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federa, 1988.

BRASIL. Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 set. 2002. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm). Acesso em: 5 mar. 2019.

BRASIL. Lei n. 11.108, de 7 de abril de 2005. Altera a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 abr. 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm). Acesso em: 5 mar. 2019.

FARIAS, Flaubi. Google Trends: o que é a ferramenta e como usá-la na sua estratégia. *Resultados Digitais*, 9 nov. 2018. Disponível em: <https://resultadosdigitais.com.br/blog/o-que-e-google-trends/>. Acesso em: 20 jun. 2019.

FONSECA, Stêvenis Moacir Moura de *et al.* O impacto do ciberativismo no processo de empoderamento: o uso de redes sociais e o exercício da cidadania. *Revista Desenvolvimento em questão*, p. 59-84, 2017. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/view/4375>. Acesso em: 10 mar. 2019.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. *Violência no parto: na hora de fazer não gritou*. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/2013/03/25/violencia-no-parto-na-hora-de-fazer-nao-gritou/>. Acesso em: 12 mar. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria n. 569, de 1 de junho de 2000. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 jun. 2000. Disponível em: [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2000/prt0569\\_01\\_06\\_2000\\_rep.html](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2000/prt0569_01_06_2000_rep.html). Acesso em: 5 mar. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE RECONHECE LEGITIMIDADE DO USO DO TERMO 'VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA'. *G1*, 10 jun. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/06/10/ministerio-da-saude-reconhece-legitimidade-do-uso-do-termo-violencia-obstetrica.ghtml>. Acesso em: 20 jun. 2019.

NADAL, Ana Hertzog Ramos de *et al.* *Violência obstétrica no Brasil: uma revisão narrativa*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v29/1807-0310-psoc-29-e155043.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2019.

ODSBR. *Transformando nosso mundo. A agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 11 mar. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Santos de; PINTO, Gabriela Rousani. Mães de suas decisões: o papel do ciberfeminismo no empoderamento da mulher e na reivindicação de direitos relativos ao parto a partir do acesso à informação. *RVMD*, Brasília, DF, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/7660/4789>. Acesso em: 13 mar. 2019.

PRIBERAM DICIONÁRIO. "Ciberativismo". 2008-2013. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/ciberativismo>. Acesso em: 12 mar. 2019.

SENA, Ligia Moreiras; TESSER, Charles Dalcanale. *Violência obstétrica no Brasil e o ciberativismo de mulheres mães: relato de duas experiências*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/icse/v21n60/1807-5762-icse-1807-576220150896.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2019.

SILVA, Glauce Cerqueira Corrêa da *et al.* A mulher e sua posição na sociedade: da antiguidade aos dias atuais. *Revista da Sociedade Brasileira de Psicologia Hospitalar*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 65-76, dez. 2005. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rsbph/v8n2/v8n2a06.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2019.

SILVA, José J. Nascimento. *Violência Obstétrica*. Disponível em: <http://redehumanizaus.net/94562-rede-cegonha-ja-chega-de-violencia-obstetrica/>. Acesso em: 11 mar. 2019.

TRAPANI JUNIOR, Alberto. *Cuidados no trabalho de parto e parto: recomendações da OMS*. 2018. Disponível em: <https://www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/556-cuidados-no-trabalho-de-parto-e-parto-recomendacoes-da-oms>. Acesso em: 13 mar. 2019.



# O DIREITO DA SOCIEDADE À INFORMAÇÃO E A LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE: ENTRE A COMUNICAÇÃO PÚBLICA E A TIPIFICAÇÃO PENAL

Diego Roberto Barbiero<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho, entregue em forma de paper para avaliação final da disciplina “Direito da Sociedade da Informação e Propriedade Intelectual”, tem o objetivo de demonstrar que, especificamente em relação ao crime previsto em seu art. 38, a Lei n. 13.869/19, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade e que teve vetos presidenciais derrubados pelo Congresso Nacional, marca um retrocesso no controle social das atividades desempenhadas pelos agentes públicos por ofender o exercício da comunicação pública e o direito da sociedade à informação. Por meio da revisão bibliográfica, será demonstrado que tipos penais abertos e genéricos são incompatíveis com um sistema jurídico de um Estado Democrático, sobretudo quando permitem a utilização da interpretação de conceitos na atividade de subsunção dos fatos à norma. Por fim, afirmar-se-á a existência de prejuízo ao pleno exercício da interlocução do Ministério Público com a sociedade.

**Palavras-chave:** Direito à informação. Criminalização do exercício da função pública. Abuso de autoridade.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema central deste *paper* é a recém-publicada Lei Federal n. 13.869, de 5 de setembro de 2019, que, conquanto tenha tido 36 pontos em 19 de seus artigos vetados pelo Presidente da República, viu 18 desses

<sup>1</sup> Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina; Mestrando em Direitos Fundamentais na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

vetos rejeitados pelo Congresso Nacional em sessão conjunta realizada na forma do art. 66, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Dentre os assuntos tratados na Lei Federal n. 13.869/19, que disciplina os crimes de abuso de autoridade, importará a este trabalho o delito previsto no art. 38, que foi um dos dispositivos vetados pelo Presidente da República. Por meio desse tipo penal pune-se com detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, a conduta de “antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação.” (BRASIL, 2019a).

Como se trata de lei editada e ainda não vigente – foi previsto um período de 120 dias de *vacatio legis* – e inserida no ordenamento jurídico em um cenário de questionamentos sobre os avanços – ou retrocessos – da Operação Lava Jato, até então a maior investigação de corrupção da história brasileira, é grande o embate científico e ideológico entre os que defendem a lei e os que a refutam – ao menos da forma como o instrumento normativo foi produzido e a partir de uma previsão dos reflexos que terá à atuação dos agentes públicos.

No decorrer do texto será abordada, de forma crítica, a técnica de redação do art. 38 da Lei n. 13.869/19 e a possibilidade agora prevista de criminalização do exercício da função pública e da interlocução da autoridade investigativa com a sociedade – tendo, como consequência imediata, o enfraquecimento do acesso da população à informação.

## 2 PRELIMINARMENTE. COMO SERÁ?

O ano é 2020. Em uma pequena cidade do interior do Estado de Santa Catarina, as pessoas amanhecem com uma intensa movimentação de veículos das forças de segurança. Esses veículos vão até a residência de um

secretário municipal – conhecido por toda a população do pacato município – e à Prefeitura Municipal.

As diligências seguem até por volta do meio dia. Na vestimenta dos agentes que cumprem as medidas é possível identificar a inscrição “GAECO”, força-tarefa que também é bem conhecida da população catarinense em razão das operações realizadas na última década no enfrentamento ao crime organizado.

A sociedade se alvoroça; os jornalistas, ávidos pelo conhecimento da situação, buscam informações sobre as diligências e sobre a investigação naquilo que julgam ser a fonte mais idônea: o Promotor de Justiça coordenador do GAECO.

Ao receber a imprensa, o Promotor de Justiça sente, na pele, a frieza e a afiação impecável da Espada de Dâmocles.

### 3 A LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE E A TÉCNICA EMPREGADA

Promulgada definitivamente em 27 de setembro de 2019, após a derrubada dos vetos presidenciais, a Lei Federal n. 13.869/2019 definiu os novos contornos da apuração e responsabilização dos crimes de abuso de autoridade.

Fruto do Projeto de Lei do Senado n. 85/2017, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues (tendo, na Câmara, recebido o número 7596/2017), a nova legislação trouxe, consigo, insegurança e incertezas às autoridades que atuam no campo jurídico.

Dentre as novas figuras típicas penais previstas, interessa a esse *paper* o crime previsto no art. 38 da Lei de Abuso de Autoridade (LAU), que define como crime, punido com 6 meses a 2 anos de detenção, além de multa, a conduta de “antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação.” (BRASIL, 2019a).

Nucci (2019) não vê desvantagens na lei: segundo o magistrado, pode-se até argumentar que “a nova Lei de Abuso de Autoridade foi editada em época equivocada, pois pareceu uma resposta vingativa do Parlamento contra a Operação Lava Jato.” Porém, a par das discussões sobre os reflexos na atuação de magistrados, promotores e procuradores – sobretudo ligadas à criminalização da função –, Nucci (2019) afirma que “na essência técnica, trata-se de uma lei absolutamente normal, sem nenhum vício de inconstitucionalidade.”

Em sentido oposto, a Frente Associativa da Magistratura e do Ministério Público (Frentas) emitiu, em 25 de setembro de 2019, uma nota pública sobre as possíveis consequências à atuação funcional de magistrados e membros do Ministério Público a partir da vigência da lei.

Da nota destaca-se a seguinte passagem:

Os 36 vetos promovidos pelo presidente da República, Jair Bolsonaro, reduziram significativamente graves problemas presentes no texto original, especialmente os que se referem à definição de tipos penais. A decisão de senadores e deputados federais, de rejeitar a maioria dos vetos do Palácio do Planalto, produziu uma lei subjetiva, vaga e repleta de imperfeições. As associações da FRENTAS sempre defenderam o aperfeiçoamento da legislação sobre o abuso de autoridade, mas esse aprimoramento deveria ser gestado a partir de debate amplo, em tramitação ordinária, sem açodamento e sem gerar o alto potencial de criminalização da regular atuação de juízes e membros do Ministério Público.

O texto chancelado pelos parlamentares será responsável por inibir a atuação da magistratura, do Ministério Público e das forças de segurança, prejudicando o desenvolvimento de investigações e processos em todo o país, contribuindo, assim, para o avanço da impunidade e para o cometimento de ilegalidades. A legislação aprovada impõe o medo e o receio na atuação de juízes, promotores e procuradores. (FRENTE ASSOCIATIVA DA MAGISTRATURA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2019).

A questão que se coloca é, efetivamente, o receio de vir o magistrado ou membro do Ministério Público a sofrer algum tipo de perseguição criminal pelo mero desempenho de sua atividade profissional. E diz-se mero desempenho porque eventuais desvios de conduta, quando praticados no exercício e em função da atividade profissional, constituem-se em objeto, por excelência, da atividade correccional dos órgãos – não havendo o porquê falar-se em imputação criminal.

Especificamente em relação ao art. 38, em que se centra o presente estudo – mas sem prejuízo da extensão da temática aos demais artigos da LAU – a norma penal apresenta-se aberta e com alto grau de subjetividade: afinal, relega-se à atividade do intérprete definir os contornos e conceitos do que seria, no caso concreto, “antecipar atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação.” (BRASIL, 2019a).

Afinal, existe um conceito unânime e objetivamente reconhecido sobre “culpa” ou sobre o que é atribuir culpa? O que se entende por conclusão de apuração? O conceito se refere às diligências isoladamente consideradas ou à finalização total da investigação, após superadas todas as suas fases? Em qual momento se pode ter certeza sobre a formalização da acusação? É no momento do oferecimento da denúncia? Do recebimento da denúncia? Da pronúncia, no caso de crimes dolosos contra a vida?

Welzel (2001, p. 48) ensina que uma disposição penal geral compreende uma conduta punível imaginável, mas, justamente em razão dessa generalidade, não se permite ao cidadão saber quais condutas efetivamente estão proibidas. É por essa razão que o ordenamento jurídico deve descrever objetivamente a conduta que se proíbe.

A exigência de se ter uma lei clara em relação aos tipos penais também é afirmada por Toledo (2007, p. 29): “o legislador não deve deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas gerais ou tipos incriminadores genéricos ou vazios.”

Em havendo disposições penais abertas ou gerais, haverá campo fértil para a arbitrariedade; e, para ilustrar a generalidade do crime do art.

38 da LAU, basta fazer um cotejo entre o alcance de seu verbo nuclear, qual seja, “antecipar”, com outros verbos nucleares que definem, há décadas, condutas criminosas, como, por exemplo, “matar”, “subtrair” ou mesmo “constranger”.

O autor do projeto que resultou na LAU, Senador Randolfe Rodrigues, ao apresentar as justificativas para a criminalização das condutas que consistem em abuso de autoridade, fez as seguintes ressalvas, especificamente no que toca ao crime do art. 38:

Por fim, no âmbito da tipificação penal, destacam-se a inclusão de 2 novos crimes [...]

O segundo, o uso abusivo dos meios de comunicação ou de redes sociais pela autoridade encarregada da investigação que antecipa a atribuição de culpa, antes de concluída a investigação e formalizada a acusação.

O anteprojeto não proíbe a divulgação da investigação, permitindo que o seu encarregado preste contas do que foi feito e porque o foi, como mecanismo de indispensável transparência. Contudo, na divulgação de uma investigação pública, quem a conduz não deve fazer acusações ou adiantar conclusões sobre a culpa do suspeito, porquanto o quebra-cabeças ainda não foi montado, não se sabe qual a imagem vai aparecer ao final e é grande o risco de se cometer injustiças e leviandades e causar prejuízos, não só ao indivíduo, mas também ao interesse público. (BRASIL, 2019a).

Conquanto a justificativa seja politicamente consistente – e não poderia ser diferente, fato é que, na aplicação da lei, não fica o julgador vinculado aos argumentados aventados durante o processo legislativo. Muito pelo contrário, as justificativas legislativas dificilmente integram o âmbito de discussão judicial sobre a atividade de subsunção.

De se ver que, também na justificativa do Senador Randolfe Rodrigues, há a afirmação de que a nova legislação buscaria evitar a chamada “tipificação hermenêutica”:

Por outro lado, o anteprojeto procurou evitar a tipificação da hermenêutica. Isso porque, não se confunde com abuso de autoridade a aplicação da lei pelo agente público e a avaliação de fatos e provas, no exercício de sua independência funcional, com as quais não se concorde ou não se conforme, desde que as faça de modo fundamentado.

A divergência na interpretação da lei ou na avaliação dos fatos e das provas deve ser resolvida com os recursos processuais cabíveis, não com a criminalização da hermenêutica ou com atentado às garantias constitucionais próprias dos agentes políticos, que são cláusulas pétreas e pilares do Estado Democrático de Direito.

Evitou-se engessar o juiz ou o membro do Ministério Público, desamarrando-o da necessidade de adotar interpretação de acordo com a jurisprudência atual, ainda que minoritária. Optou-se por manter a permissão para inovar. A capacidade de inovar é que evitou que ainda hoje estivéssemos aplicando os mesmos conceitos e soluções jurídicas do século XIX. As garantias e os direitos que foram reconhecidos pelos tribunais ao longo das últimas décadas, e que tiveram seu início em decisões inéditas, desbravadoras ou pioneiras de juizes de primeiro grau, não existiriam se lhes fosse castrada a possibilidade de inovar. (BRASIL, 2019a).

A questão, todavia, é mais profunda: como afirmar que não se buscou criminalizar a atividade dos agentes sujeitos à LAU se a própria lei, com seus termos abertos e incertos, exige do aplicador a atividade interpretativa?

Bruno (2003, p. 129) há muito tempo advertia não ser lícito ao juiz, na função de intérprete, desprezar o sentido da norma e fazer verdadeira inovação de direito, afinal, é no texto legal que repousa a segurança nas relações sociais, incompatível com um regime jurídico flutuante. O problema se apresenta, porém, quando a norma exige do aplicador a atividade interpretativa – sendo lógico supor, também, que o agente ativo do crime igualmente execute uma atividade interpretativa para concluir se está, ou não, violando o tipo penal incriminador.

## 4 A MOTIVAÇÃO PÚBLICA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS, A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O SILÊNCIO IMPOSTO

Parece mais cômodo e seguro, aos destinatários e potenciais sujeitos ativos da LAU, que se abstenham de realizar condutas que, a depender da interpretação preliminar que se ofereça, possam consistir em abuso de autoridade, ainda que, à luz do disposto no § 1º do art. 1º da LAU,<sup>2</sup> exija-se dolo específico para a perfeita subsunção dos fatos à norma.

Só que, desse impasse, nasce o maior dos problemas: se, de um lado, a atividade comunicativa pode consistir-se em elemento para a caracterização do crime de abuso de autoridade, a omissão informativa também pode ser elemento de um crime de prevaricação por parte do agente responsável pela comunicação (Código Penal, art. 319, primeira parte), sobretudo a partir do que dispõe a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/11, arts. 1º, parágrafo único, I, e art. 7º, V).

A vivência em uma sociedade de informação caracteriza-se pelo constante fluxo de dados entre emissores e destinatários. Nem sempre esse movimento é de disseminação de informações fidedignas – aqui entram as badaladas *fake news* – e, nesse terreno arenoso, ganha especial destaque a informação emitida por uma fonte oficial.

Quando o emissor é um agente público ou a informação guarda relação com a atuação estatal, haverá aí uma comunicação pública. A comunicação pública, assim, é o processo comunicativo que se estabelece entre Estado, governo e sociedade: é o fator estratégico para a plena vivência da democracia no país e se coloca em um espaço privilegiado de negociação entre a sociedade e o Estado (BRANDÃO, 1998, p. 2).

<sup>2</sup> Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

<sup>5</sup> 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal. (BRASIL, 2019a).

É da natureza da informação pública ser fidedigna e almejar a disseminação do conhecimento e a construção da cidadania. Não por outra razão Mainieiri e Franco (2014, p. 204), fazendo alusão aos escritos do pesquisador francês Pierre Zémor, afirmam que a comunicação pública deve encarregar-se de tornar a informação disponível ao público e estabelecer a relação de diálogo sempre que houver interesse geral sobre o assunto em pauta.

Na linha da importância história da produção da comunicação pública foi sancionada, no ano de 2011, a Lei n. 12.527, que tinha por objetivo regular o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição da República.

Apesar das críticas quanto ao atraso em sua edição, a Lei n. 12.527/11 estabeleceu, na visão de Castro (2013, p. 13), a partir de então, regras claras e procedimentos voltados para regulamentar o acesso à informação destinado ao controle social da administração, convergindo com as expectativas sociais por uma administração mais transparente, proba e republicana.

A probidade administrativa, aliás, guarda estreita relação com o dever imposto à autoridade pública de justificar as razões que a motivaram a praticar determinado ato.<sup>3</sup> É a honestidade com a coisa pública e a lealdade às instituições que norteiam as decisões dos agentes públicos – não sendo diferente a conclusão quando esse agente exerce o *munus* investigativo.

Assim, se a supremacia do interesse público<sup>4</sup> é uma das pedras de toque do direito administrativo, não se vê razões, próximas ou remotas para,

<sup>3</sup> "Com exceção das hipóteses previstas na Constituição, todos os atos do Poder Público devem ser levados ao conhecimento externo, permitindo sua fiscalização pelo povo e pelos demais legitimados pelo seu controle. Inexistindo transparência, não seria passível de aferição a necessária adequação que deve existir entre os atos estatais e a consecução do interesse público, razão de ser do próprio Estado. Tal culminaria em impedir que os interessados zelassem por seus direitos, pois, se não conhecem os motivos que embasaram o agir da administração, tornar-se-ia tarefa assaz difícil impugná-los, o que torna obrigatória a declinação dos substratos fáticos e jurídicos que motivaram a conduta." (GARCIA; ALVES, 2011, p. 62-63).

<sup>4</sup> "[...] em primeiro lugar, as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se

de forma geral e abstrata e sob ameaça de pena, tipificar criminalmente a exposição dos motivos ou os resultados parciais de diligências realizadas no decorrer de uma investigação.

Repito: não de forma geral e abstrata.

Fulcrado no primado da publicidade, o Presidente da República Jair Bolsonaro, ao analisar o texto final do art. 38 da LAU, entendeu por bem vetar sua redação. Na mensagem de veto ao citado artigo constam as seguintes razões:

A propositura legislativa viola o princípio constitucional da publicidade previsto no art. 37, que norteia a atuação da Administração Pública, garante a prestação de contas da atuação pública à sociedade, cujos valores da coletividade prevalecem em regra sobre o individual, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Por fim, a comunicação a respeito de determinados ocorrências, especialmente sexuais ou que violam direitos de crianças e adolescentes, podem facilitar ou importar em resolução de crimes. (BRASIL, 2019b).

Nem se diga, aqui, sobre os delitos sexuais – conforme invocação da presidência – até porque a matéria é mais sensível, sobretudo pela incidência da doutrina da proteção integral, que o problema ora enfrentado. O que se questiona é exatamente as consequências que o conflito entre o dever de comunicação pública e o receio de penalização podem acarretar no direito da sociedade à informação.

É que, em havendo a realização de uma diligência probatória cautelara invasiva – como uma busca e apreensão ou mesmo o cumprimento de uma ordem de prisão cautelar – inexoravelmente haverá apelo público para identificação das razões que levaram as autoridades investigativas àqueles atos.

---

desenvolver quando [...] substituiu-se a ideia do homem como fim único do direito [...] pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais.” (DI PIETRO, 2019, p. 93-94).

Isso foi o que se presenciou nos últimos anos, sobretudo com a investigação sobre corrupção de maior alcance na história judicial brasileira – a Lava Jato. De forma idônea ou, eventualmente, segundo críticas, com excessos na exposição dos fatos, certo é que a população teve acesso à informação por meio da efetiva comunicação pública exercida pelos agentes públicos.

Dificultar o acesso a essa informação ao silenciar a autoridade investigativa, sob ameaça de pena, mediante o exercício do *jus puniendi* estatal de forma aberta e genérica, não só poderá trazer, imediatamente, um distanciamento dos agentes públicos da população a que servem como, também – e com mais gravidade – a divulgação precipitada de informações não obtidas da fonte oficial.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu demonstrar que, sob o pretexto de limitar o abuso por parte dos agentes estatais, o Congresso Nacional promulgou, mesmo depois dos vetos presidenciais, uma norma penal que, em verdade, ataca diretamente o primado da transparência dos atos públicos e que, via reflexa, sonega da sociedade o acesso à informação dos motivos e das circunstâncias de determinadas ações investigativas – aqui entendendo-se a problemática sob o ponto de vista da autoridade pública incumbida da investigação e da persecução penal.

Como visto, ainda que os argumentos expostos, pelo autor do projeto de lei, não tenham sido no sentido de limitar a atuação dos agentes públicos ou de criminalizar a função pública em si, a novel legislação trará, quando finalmente entrar em vigor, retrocessos das mais variadas ordens – figurando como expoente dessa situação a preterição da comunicação pública ao direito individual de quem for alvo de uma operação.

A tutela da norma penal volta-se, assim, de forma aberta e genérica, à salvaguarda dos direitos individuais das pessoas sob investigação em um grau máximo de proteção, com potencial criminalização do mero exercício do dever de informação que recai sobre o agente público incumbido da persecução.

Conclui-se, assim, que a lei que passará a criminalizar a conduta de “antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação”, além de depender do exercício hermenêutico para delimitação de sua incidência, resultará na quebra da interlocução da sociedade com a autoridade responsável pela investigação e, conseqüentemente, na busca por informações extraoficiais, tendenciosas ou até mesmo falsas.

## REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Elizabeth. Comunicação Pública. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 21., 1998, Recife. *Anais [...]*. Recife, set. 1998. Disponível em: <http://fasam.edu.br/wp-content/uploads/2016/07/Comunicação-Pública-Paper-Intercom.pdf>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 set. 2019a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm). Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. Mensagem n. 406, de 5 de setembro de 2019. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 set. 2019b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-406.htm). Acesso em: 28 set. 2019.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal. Parte geral*. Tomo I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 7596/2017*. Origem: PLS 85/2017. Situação: Transformado na Lei Ordinária n. 13.869/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136580>. Acesso em: 28 set. 2019.

CASTRO, Leonardo Bellini de. Inovações republicanas da Lei de Acesso à Informação. *Revista Jurídica ESMP-SP*, v. 3, p. 11-26, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FRENTE ASSOCIATIVA DA MAGISTRATURA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Nota pública. Derrubada de vetos ao Projeto de Lei de Abuso de Autoridade*. Disponível em: [https://www.conamp.org.br/images/notas\\_publicas/2019/Nota%20Pu%CC%81blica%20FRENTAS%20-%20Derrubada%20de%20vetos%20do%20PL%20de%20abuso%20de%20autoridade.pdf](https://www.conamp.org.br/images/notas_publicas/2019/Nota%20Pu%CC%81blica%20FRENTAS%20-%20Derrubada%20de%20vetos%20do%20PL%20de%20abuso%20de%20autoridade.pdf). Acesso em: 28 set. 2019.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAINIERI, Tiago; FRANCO, Cristina Rosa. Comunicação pública, cidadania e Ministério Público: desafios na era da sociedade em rede. *Comunicação & Informação*, v. 17, n. 2, p. 202-215, 15 dez. 2014. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/ci/article/view/32575>. Acesso em: 19 out. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. A nova lei de abuso de autoridade. *Migalhas*, 3 out. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI312282,31047-A+nova+lei+de+abuso+de+autoridade>. Acesso em: 19 out. 2019.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado n. 85, de 2017*. Define os crimes de abuso de autoridade e dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128545>. Acesso em: 28 set. 2019.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução: Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001.

# A LEI E O DIREITO DESDE A IDADE MODERNA ATÉ A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: UMA CONSTANTE METAMORFOSE

Maycon Robert Hammes<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo principal analisar alguns antecedentes históricos e filosóficos, desde a Idade Moderna até os dias atuais (sociedade da informação), que possam ter exercido influência sobre o processo de criação e aplicação das leis no mundo ocidental e, por consequência, no Brasil.

Para que se possam compreender os principais sistemas de criação (ciência política) e de aplicação (ciência jurídica) do direito no mundo ocidental – e as suas influências sobre o sistema jurídico brasileiro atual –, necessário se faz primeiramente analisar algumas das doutrinas jurídicas existentes ao longo da história ocidental moderna e contemporânea, como o jusnaturalismo, o constitucionalismo, o positivismo jurídico e o neoconstitucionalismo.

Assim, o presente artigo buscará analisar, num primeiro momento, alguns fatos e correntes filosóficas no período compreendido entre o final da Idade Média até a Revolução Francesa, que possam ter contribuído para o modelo de Estado então vigente, a influenciar a maneira como eram criadas e aplicadas as normas estatais na época.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó, linha de pesquisa Direitos Fundamentais Civis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos; Promotor de Justiça.

Na segunda parte, trataremos principalmente da ascensão e da consolidação do positivismo jurídico, do abalo de tal doutrina jurídica sofreu ante as atrocidades do nazismo e do fascismo, bem como do surgimento do neoconstitucionalismo a partir da metade do século passado.

A presente pesquisa será orientada a partir de uma abordagem histórica e analítica, sendo estritamente bibliográfica.

Quais foram os principais fatos históricos e fundamentos filosóficos ocorridos na Idade Moderna e Contemporânea que possam ter influenciado a maneira como foi e é aplicado o direito na sociedade ocidental, até os tempos hodiernos, caracterizados por uma "sociedade da informação" (dada a constante e rápida troca de informações entre todos)? Quais as principais contribuições para o surgimento e a consolidação do positivismo jurídico no mundo ocidental contemporâneo? Qual contexto deu ensejo ao surgimento do neoconstitucionalismo? É o direito estanque ou está em constante transformação?

Essas são algumas das indagações que o presente artigo tentará responder, sem a pretensão de, em tão curto espaço, aprofundar ou esmiuçar quaisquer dos temas tratados.

## 2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS-FILOSÓFICOS DA IDADE MODERNA

A criação e a aplicação da lei, na maior parte do mundo ocidental durante a Idade Moderna, estão indissociavelmente ligadas ao processo de surgimento e de consolidação do Estado (moderno).

A palavra Estado (*stato*), do latim *status*, possivelmente começou a obter a sua conceituação atual a partir da utilização do termo por Nicolau Maquiavel, no século XVI, quando escreveu *O Príncipe*. Posteriormente tal terminologia se espalhou gradualmente na Europa, no mesmo século e nos seguintes (MIRANDA, 2015, p. 19-20).

Mas antes de Maquiavel – especificadamente no final do período da Idade Média –, prevaleciam na Europa características como: coexistência e divisão do poder entre a autoridade da Igreja e o poder secular dos barões, senhorios corporativos etc; inexistência de Estado;<sup>2</sup> predominância do Cristianismo e da Escolástica; sociedade rigidamente estratificada, com direitos e deveres variando de acordo com o segmento social ocupado pela pessoa (ex.: vassalo, senhorio, membro da nobreza ou do clero etc.) (DALLARI, 2011; MASCARO, 2016; MIRANDA, 2015).

Vigente na Europa da época, assim, o direito canônico, tendo a Igreja a supremacia da autoridade espiritual e os reis o poder administrativo e jurídico. O grande Cisma do ocidente, de 1378 a 1417 – existência e disputa de um papado em Roma e outro em Avignon –, foi o responsável pelo enfraquecimento do poder da Igreja e o início da prevalência de reconhecimento do poder soberano dos reis.

Tal transição do poder religioso para o secular, bem como as inúmeras guerras locais e regionais frequentes ao fim da Idade Média e início da Idade Moderna (ou seja, disputas por cidades-estados, ducados, estados pontifícios, nações, reinos, impérios etc.), ocasionaram uma constante troca de governantes e a fragmentação de comandos, gerando instabilidade e insegurança para todos.

Na Itália no século XVI também eram contínuos os conflitos e as invasões a que as cidades-estados estavam submetidas. As guerras e lutas eram tão frequentes que colocavam sob risco a estabilidade dos governos e a liberdade das pessoas. Sob esse quadro de instabilidade, Nicolau Maquiavel escreveu o famoso livro *O Príncipe*, no qual apresenta métodos para que o poder possa ser exercido sob “mãos firmes”, visando a um comando centralizado, forte e estável, que colocasse fim ao quadro de insegurança vivenciado por todos (MAQUIAVEL, 2010).

<sup>2</sup> Com as características do Estado moderno como o conhecemos na atualidade. No entanto, podem ser mencionados exemplos locais incipientes de uma organização estatal, como o Império Romano do Oriente, o Império Carolíngio, etc. (MIRANDA, 2015, p. 15).

Para o aludido filósofo, a política era prioritária sobre a moral, sendo que toda conduta deveria ser voltada à finalidade de um governo estável. Dever-se-ia adotar o comportamento real e efetivo dos seres humanos, e não de idealismos/moralismos religiosos. Um Príncipe deveria ter boas leis e boas armas, utilizando de qualquer meio (de forma direta ou velada) para manter o seu poder. Maquiavel, com o seu pensamento, fornece o inicial fundamento teórico para o surgimento, nos séculos seguintes, do Estado laico (LEAL, 2001, p. 56-63).

Também de enorme influência (para a transformação sobre a maneira de criar e aplicar a lei no mundo ocidental) foram as obras de Thomas Hobbes (1588-1679), em especial o *Leviatã*, escrito em 1651. Na aludida obra – considerada um clássico da filosofia e da ciência política –, o autor aduz que o ser humano, no estado de natureza,<sup>3</sup> não é naturalmente sociável (ou um “animal social”, como apregoava Aristóteles), mas sim egoísta, orgulhoso, invejoso e dissimulado, o que faz como que haja uma frequente competição entre as pessoas, desconfianças mútuas e busca da conquista do poder por ambição, segurança e glória. O resultado é uma guerra de cada um contra cada um, de todos contra todos (HOBBS, 2003, p. 106-111 e 143-148).

Dessa forma, visando a garantir alguma segurança em meio ao caos vivido no estado de natureza, devem todos renunciar a parte dos direitos que detêm naquele estado (especialmente a liberdade irrestrita), delegando a sua vontade e poder de decisão a um soberano ou a uma assembleia de representantes, que exercerá(ão) o poder em nome de todos, formando o

<sup>3</sup> Foram denominados filósofos *contratualistas* aqueles que fundamentaram a origem da sociedade e do Estado a partir do *Contrato Social*. Embora cada filósofo adotasse uma definição diversa para explicar o instituto e suas consequências, a fim de, com isso, melhor justificar racionalmente a sua própria teoria, o Contrato Social possui um núcleo comum: a explicação de que os seres humanos viviam previamente num estado de natureza, ou seja, num mundo sem regras e instituições, vivendo como os selvagens da pré-história, e aceitaram conceber a convivência mútua em sociedade – com regras e instituições – para o fim de obterem benefícios mútuos. Assim, dessa forma, um contrato, pelo qual renunciam a certos direitos naturais (ex.: liberdade plena), em troca da obtenção de benefícios comuns a todos (ex.: segurança, estabilidade etc). Tal formulação, como expõem muitos filósofos iluministas, é apenas hipotética/racional, sem comprovação histórica ou empírica, servindo para explicar o surgimento da sociedade civil e do Estado.

Estado. Eis a origem, por meio de um contrato social, da sociedade civil e do governo (HOBBS, 2003).

Para Hobbes, a lei é aquela advinda do soberano, que a cria, a revoga e a aplica conforme a sua própria vontade. A noção de justiça não decorria mais da moral religiosa, mas da simples aplicação da legislação. O justo era o que a lei permitia e o injusto o que ela proibia. A legislação (ordens estatais) refletia essencialmente a vontade do governante/soberano, o qual, por sua vez, era a própria personificação do Estado (SILVA; TAVARES NETO, 2007, p. 170-171).

Não obstante a intenção inicial de Maquiavel e Hobbes fosse de garantir segurança e estabilidade aos governos, suas doutrinas contribuíram para a formação das monarquias absolutistas que prevaleceram na Europa nos séculos XVII e XVIII.

O excesso de concentração de poderes em uma só pessoa – o soberano –, contudo, gerou em seguida reações dos filósofos que apregoavam que somente a razão deveria nortear a vida em sociedade: tratava-se do profícuo período do iluminismo.

Durante esse período, diversos filósofos contribuíram para que houvesse uma revolução “copernicana” ao modelo de pensar típico da Idade Média, ou seja, de acreditar que os governantes seriam legítimos representantes de Deus na Terra e que, portanto, as leis teriam um fundamento divino, devendo serem cumpridas pelos súditos sem questionamentos.

John Locke dedicou-se a desconstruir tal ideologia religiosa em sua obra “Segundo Tratado do Governo Civil”, publicada em 1681 (LOCKE, 2001, p. 52-78).

Uma vez desconstruída tal usual fonte de legitimação do poder do soberano perante o povo, outra teoria deveria ser erigida em seu lugar. Para tal desiderato, defendeu o mencionado filósofo (que também era contratualista) a existência de um governo civil, constituído por meio do contrato social. Mas ao contrário de Hobbes, que previa um pacto irrevogável de submissão dos súditos ao soberano (fundamentando o poder absoluto

deste), Locke propôs que o contrato social poderia ser rompido caso o Estado não observasse os direitos individuais inalienáveis das pessoas – vida, propriedade e liberdade –, os quais o Estado teria o dever de observar e preservar (LOCKE, 2001).

Locke, assim, defendia: a existência de direitos naturais e inalienáveis dos indivíduos, preexistentes aos Estado, cuja função essencial deste é resguardar (Estado liberal); e o direito de resistência oponível contra o Estado, caso este não cumpra a finalidade para a qual foi criado ou desrespeite a lei (natural ou positivada), transformando-se numa tirania.

Em seguida Montesquieu (1689-1755), por meio da obra intitulada *O Espírito das Leis*, daria continuidade à doutrina liberal, ao sistematizar ideias – então esparsas na época – sobre a necessidade de haver mecanismos de moderação e controle ao (abuso do) poder estatal.

Segundo Mezzaroba (2007, p. 214-216), a grande contribuição de Montesquieu, que se inspirou no modelo inglês da época, foi anunciar um equilíbrio na gestão do poder estatal, por meio da teoria da tripartição dos poderes. O poder Legislativo (potência Legislativa) – formado por representantes do povo e pelos nobres – deveria negociar e defender os interesses de seus representados, fazendo as leis, corrigindo-as ou revogando-as. O poder Executivo (potência Executiva) deveria executar as leis aprovadas pelo Legislativo. As vontades dos cidadãos estariam automaticamente contidas nas leis aprovadas no Parlamento, de forma que as ações do poder Executivo deveriam ficar restritas ao cumprimento dessas normas. O poder Judiciário (potência de Julgar) deveria ser um poder neutro, cabendo a ele julgar os crimes e as demandas dos particulares.

Tratava-se da incipiente teoria do sistema de freios e contrapesos, ou a teoria da repartição dos poderes, que iria influenciar nas primeiras constituições escritas,<sup>4</sup> bem como contribuir na formação do modelo de

<sup>4</sup> Como a norte-americana de 1776 e a francesa de 1791 (BOBBIO, 1997, p. 136).

Estado (e, por conseguinte, no processo de elaboração das leis) adotado na maioria dos países do mundo ocidental contemporâneo.

Contribuindo ao profícuo período do iluminismo, Jean-Jacques Rousseau defendera a ideia de que o contrato social deveria estar respaldado e basear-se na *vontade geral*, a qual vincularia os atos exercidos pelo governante (ROUSSEAU, 2014, p. 41 e 45-49). Tal tese iria contribuir, nos séculos seguintes, para definição e implementação da democracia no mundo ocidental.

Não só a noção de coletividade é trazida pelo mencionado pensador aos tempos modernos, mas o seu legado inclui, também, a introdução de definições que iriam fundamentar o conceito de *soberania popular*. Para ele, o povo (e não os reis, os nobres, o clero ou qualquer representante de Deus na Terra) deveria ser o único e legítimo titular do poder na sociedade civil. Se o governante é mero representante do corpo coletivo, devendo respeitar a vontade geral, por conseguinte não pode haver qualquer distinção no tratamento dispensado aos governados (ROUSSEAU, 2014).

Assim, durante a Idade Moderna, são algumas das teses filosóficas que deram sustentação ao surgimento e à consolidação do Estado, que iriam resultar em importantes inovações na forma e na estrutura dos governos, bem como no reconhecimento e implementação de direitos e garantias individuais dos cidadãos:

- a) laicidade nos atos e ordens governamentais (Maquiavel);
- b) formação e fortalecimento do Estado (Hobbes);
- c) existência de direitos naturais inalienáveis dos indivíduos, preexistentes ao Estado, cuja função essencial deste seria resguardar (Locke);
- d) teoria da repartição dos poderes como sistema de freios e contrapesos ao excesso/abuso do uso do poder estatal (Montesquieu);

- e) criação de conceitos como “bem comum”, “soberania popular” e “vontade geral”, além da justificação para adoção de sistemas democráticos de governo (Rousseau);
- f) ideias embrionárias de um princípio da legalidade e Estado de direito (Locke, Montesquieu e Rousseau).

Sob a efervescência dessas novas ideias, iriam emergir, no mundo ocidental, as revoluções liberais ocorridas nos séculos XVII e XVIII.

Segundo Steinmetz (2004, p. 67), para a formação da primeira fase do constitucionalismo – também denominado de constitucionalismo liberal –, três acontecimentos históricos são considerados decisivos:

- a) a Revolução Gloriosa (1688), que deu ensejo ao *Bill of Rights* (1689);<sup>5,6</sup>
- b) a independência das colônias inglesas na América do Norte (1776), que possibilitaram a elaboração da Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e o *Bill of Rights* americano (1791);<sup>7,8</sup>

<sup>5</sup> A Revolução Gloriosa foi um evento político ocorrido entre 1688 e 1689 na Inglaterra. Como consequência dessa Revolução, o Parlamento Britânico aprovou o *Bill of Rights*, que previa: que as eleições para compor o Parlamento deveriam ser livres; que a liberdade de discurso, debate e procedimentos no Parlamento não deveria estar sujeita a qualquer revisão externa; ilegalidade do monarca, sem o consentimento do Parlamento, revogar ou suspender as leis ou o seu cumprimento; que toda cobrança de novos tribunos pela Coroa deveria ter a chancela do Parlamento; imprescindibilidade do rei convocar com frequência os Parlamentos para retificar, ratificar e conservar as leis (BILL OF RIGHTS, 1688).

<sup>6</sup> Na Inglaterra do século XVII, a Revolução Gloriosa resultou na divisão de poderes com a supremacia do Parlamento. Com isso, foi consagrada a ideia de que o governo deve ser de leis e não de homens (DALLARI, 2011, p. 198).

<sup>7</sup> No ano de 1776, na América do Norte, irrompe a Guerra de Independência dos Estados Unidos, também conhecida como Revolução Americana. Tal guerra termina em 1783, quando, por meio do Tratado de Paris, a Grã-Bretanha reconhece oficialmente a independência das Treze Colônias norte-americanas. Em 1787 é aprovada a Constituição dos Estados Unidos da América e em 1791 são aprovadas as dez primeiras emendas à Constituição, cujo documento passou a ser conhecido como *United States Bill of Rights*.

<sup>8</sup> A partir da leitura da Constituição Americana de 1787, das suas dez primeiras emendas, dos textos de *O Federalista* (HAMILTON; MADISON; JAY, 1840) e dos comentários realizados por Limongi (2011, p. 245-255), é possível verificar que tais eventos trouxeram diversos

- c) a Revolução Francesa (1789), que deu origem à primeira Constituição francesa (1791). Esses três importantes acontecimentos cancelaram a vitória do constitucionalismo revolucionário liberal do século XVII e criaram as condições políticas para a construção, no século XVIII, do Estado de Direito (segundo a denominação utilizada pela Escola de Direito Público alemã do século XIX).

Segundo Norberto Bobbio, a Revolução Francesa foi a responsável pela transformação do antigo regime num modelo de Estado totalmente novo. Até aquele momento a quase totalidade dos códigos previa direitos aos governantes e obrigações aos súditos. Com a aludida Revolução, foi a primeira vez que essa relação foi invertida de uma forma geral, contendo previsão de obrigações ao Estado/governante e de direitos aos cidadãos. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi um dos pilares da democracia moderna, hoje inerente ao conceito de direitos humanos (BOBBIO, 2004, p. 79-102).

Sobre o contexto pós-revoluções liberais em discussão, Miranda (2015, p. 30-34) observa que:

- a) a partir do séc. XVIII, a lei passa a prevalecer sobre o costume como fonte do direito e esboçam-se movimentos de codificação;
- b) há mudanças significativas: o contrato social substitui a tradição; a soberania geral e a vontade nacional substituem a vontade do príncipe; o exercício do poder por muitos, por eleição, substitui a governo de um ou poucos; o Estado executor das normas jurídicas substitui o "governo por finalidades"; cidadãos substituem os súditos; direitos dos cidadãos substituem os deveres dos súditos;

---

aprimoramentos ao modelo de organização estatal ocidental, tais como: sistema federativo; implementação do sistema de freios e contrapesos com previsão na Constituição; limites à atuação estatal previstos na Constituição; fortalecimento do Poder Judiciário (como intérprete final da Constituição), etc.

- c) os instrumentos técnico-jurídicos principais passam a ser a Constituição, o princípio da legalidade, as declarações de direito, a separação dos poderes e a representação política;
- d) a Constituição traz um novo sistema de valores, regrando e limitando o uso dos poderes estatais.

Estavam lançados, dessa forma, os fundamentos para o surgimento do positivismo jurídico na Idade Contemporânea.

### 3 DA REVOLUÇÃO FRANCESA À SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

No período pós-revolução Gloriosa, Americana e Francesa, diferentes sistemas de elaboração e aplicação das leis surgiram nos respectivos países envolvidos.

Na Inglaterra não há, até os dias atuais, uma Constituição escrita – não no sentido de um documento formal como aqueles que passaram a dar caracterização, a partir do século XVIII, ao constitucionalismo moderno (SARLET, 2015, p. 42).

Não obstante não possuísse uma constituição formal escrita, o sistema inglês já continha os elementos essenciais de um moderno Estado constitucional. Isso porque lá vigorava um sistema de limites ao poder estatal, com previsão de um devido processo legislativo formal, um regime parlamentar dotado de uma representação popular e um conjunto de liberdades e garantias fundamentais (SARLET, 2015, p. 42) – tudo isso garantido por documentos jurídicos quase-constitucionais como a *Magna Charta Libertatum*, o *Petition of Rights* (1628),<sup>9</sup> o *Bill of Rights* (1688) e o

<sup>9</sup> “A *Petição de Direitos* protestava contra o lançamento de tributos sem a aprovação do Parlamento, as prisões arbitrárias, o uso da lei marcial em tempos de paz e a ocupação de casas particulares por soldados.” (BARROSO, 2010, p. 11).

*Act of Settlement* (1701)<sup>10</sup> (SANTANA, 2010, p. 87-94).

Tal modelo se destacou, em nível de relevância, por impor limites ao poder estatal, dando maiores poderes ao Parlamento e limitando o poder dos reis na Inglaterra – numa época em que ainda prevalecia na maioria das nações o absolutismo monárquico.

Por consequência, nos séculos seguintes, vigorou naquele país a ideia da *supremacia do Parlamento*, daí advindo alguns resultados positivos (ex. Legislativo poder criar e revogar qualquer lei) e negativos (ex. nenhuma lei votada pelo Parlamento poderia ser afastada ou invalidada por outro poder). Assim, não foi incorporado, no sistema inglês, o princípio da supremacia da constituição, inexistindo um controle judicial de constitucionalidade sobre os atos legislativos<sup>11</sup> (BARROSO, 2010, p. 13; SARLET, 2015, p. 44-45).

No modelo estadunidense pós-Constituição Americana de 1787, por outro lado, houve uma constituição escrita a prever uma República Federativa, além de estabelecer um Executivo em dois planos federativos (federal e estadual), colocando em prática a teoria da separação de poderes de Montesquieu e afirmando a supremacia da lei (*rule of the law*). O texto original não previu um rol de direitos e garantias, que somente viriam a ser incorporados em 1791, por meio das primeiras dez emendas à Constituição (*United States Bill of Rights*) (SARLET, 2015, p. 48).

Conquanto os “pais fundadores” já considerassem correta a recusa pelos juízes em aplicar leis contrárias à Constituição, o *judicial review* não chegou a ser instituído expressamente na Constituição norte-americana. A principal contribuição para a incorporação dessa doutrina ao

<sup>10</sup> O documento, além de prever que somente um príncipe de religião anglicana poderia assumir o trono, impunha novas limitações ao poder real em relação ao Parlamento e às cortes de justiça (BARROSO, 2010, p. 11).

<sup>11</sup> Segundo Sarlet (2015, p. 44-45), apenas recentemente houve mudanças neste contexto, como no ano de 1998, quando o Parlamento inglês aprovou a incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, e em 2005, quando aprovou o *Constitutional Reform Act*, situações que deram uma maior autonomia ao Poder Judiciário (em relação ao Parlamento) e possibilitaram que este exercesse um controle concreto da (in)compatibilidade da legislação ordinária. Essa gradativa aproximação com os demais modelos constitucionais ocidentais seria fruto, em grande parte, do processo de integração europeia.

constitucionalismo norte-americano (e de lá para o mundo), foi a famosa decisão da Suprema Corte no caso *Marbury vs. Madison*, de 1803, em função do destacado voto do *Chief Justice* John Marshall, afirmando a competência da Suprema Corte para, com base na Constituição, controlar os atos dos demais poderes da República (SARLET, 2015, p. 48-50).

Dessa forma, o modelo constitucional estadunidense foi se consolidando a partir das decisões da Suprema Corte, proferidas ao longo de várias décadas, de maneira a fixar o princípio da supremacia da Constituição e a definir o Poder Judiciário como seu intérprete final – deixando, por conseguinte, uma contribuição decisiva ao surgimento e à evolução do constitucionalismo moderno e contemporâneo, pois influenciou muitos dos sistemas jurídicos adotados posteriormente em outros países ocidentais, como é o caso do Brasil.

Já no modelo francês, o povo não poderia ser apenas o autor da Constituição, mas tinha que ser o soberano, ou seja, deveria ser aplicado o conceito de soberania popular (e vontade geral) de Rousseau em seu grau máximo.

O exercício da força soberana do povo foi, então, delegado aos representantes no Legislativo. Sendo a expressão do povo soberano, o Parlamento não poderia ser limitado por nenhuma regra, nem mesmo pela Constituição (BRANCO, 2008, p. 30-31).

Depois da Revolução Francesa, as monarquias absolutistas na França transformaram-se em monarquias constitucionais e o monarca passou a compartilhar o poder com as novas forças sociais que surgiram, as quais, por sua vez, desconfiavam do rei (poder executivo) e dos juízes (poder judiciário), por representarem, de certa forma, a velha ordem. Os revolucionários, assim, cuidaram para que houvesse uma supremacia do Legislativo sobre os demais poderes. Entendiam eles que somente o Parlamento poderia representar e respeitar a vontade geral (BRANCO, 2008, p. 30-32).

Após a assunção de Napoleão Bonaparte ao poder (mediante o golpe de Estado do 18 de Brumário, ocorrido em 1799) e sob influência dos

movimentos de codificação das leis, determina ele a realização de estudos para a elaboração de uma legislação compilada, que resultaria na elaboração do Código Civil Francês de 1804 – conhecido também como Código Civil Napoleônico, considerado a codificação de maior importância no sistema do *civil law* e que influenciou posteriormente a legislação de diversos países ocidentais, como o Código Civil brasileiro de 1916.<sup>12</sup>

E foi a partir da interpretação do art. 4º do Código Civil Francês que exsurge a “escola da exegese”, que considerava que o Código Napoleônico havia sepultado todo o direito precedente e continha em si as normas para todos os casos futuros, pretendendo buscar a resolução de todas as lides a partir da análise do texto legal ou da *intenção do legislador* (BOBBIO, 1995, p. 77).

A escola da exegese trazia caracteres fundamentais como: sobrevalorização do *direito positivo* (com o afastamento do direito natural); *concepção rigidamente estatal do direito* (somente era fonte jurídica a lei advinda do Estado); interpretação da lei fundada na *intenção do legislador*; *culto ao texto da lei*; e *princípio de autoridade* (atribuíam-se ao legislador o poder de regulamentar as soluções das controvérsias).<sup>13</sup> A história dessa escola pode ser dividida em três períodos: primórdios (1804 a 1830), apogeu (1830 a 1880) e declínio (1880 em diante, até o final daquele século) (BOBBIO, 1995, p. 84-89).<sup>14</sup>

<sup>12</sup> “As fontes históricas do direito civil brasileiro são o direito romano, o direito canônico, o direito português, o Código Civil francês (1804) e o alemão (1896) e, mais recentemente, o Código Civil italiano de 1942 e o português, que influenciaram o texto brasileiro publicado em 2002. [...] A inspiração do Código Civil de 1916 foi a cultura do individualismo jurídico e do liberalismo econômico, ideologia que se fundava nos clamores de liberdade e igualdade, de influência da revolução burguesa francesa. [...] As figuras centrais do direito privado eram, na época da codificação francesa, que inspirou a codificação brasileira de 1916, o contrato e a propriedade, assim como a liberdade contratual e os poderes do proprietário.” (BORGES, 2005, p. 76-78).

<sup>13</sup> Em tendo havido a sobrevalorização da lei e do Parlamento, era inevitável que tal situação gerasse a debilidade do valor jurídico da Constituição, pois a supremacia do Poder Legislativo não se coaduna com a ideia de supremacia da Constituição. Neste contexto, a Constituição não tinha como encontrar proteção contra eventuais ataques ou inobservâncias advindas do Legislativo (BRANCO, 2008, p. 34-35). Também não haveria mecanismos eficazes de controle para a tirania (parlamentar) da maioria.

<sup>14</sup> Durante o apogeu da escola da exegese na França é que Victor Hugo (1802-1885) – gênio literário que dispensa apresentação –, publica em 1862 a sua obra-prima: *Os Miseráveis*. O

Ao Judiciário, nesse sistema, foi destinada a aplicação mecânica da lei, por meio de um silogismo, no qual a premissa maior era a lei e a premissa menor os fatos, daí redundando uma única conclusão possível: a decisão judicial (BRANCO, 2008, p. 34-35).

Tal escola também influenciou o declínio do direito natural<sup>15</sup> e a ascensão do positivismo jurídico, mudança que, na primeira metade do século XX, estaria consolidada. Segundo Norberto Bobbio no livro *O Positivismo Jurídico*, podem ser mencionadas como influências que contribuíram para a ascensão e a consolidação do positivismo jurídico: a escola histórica do direito, os movimentos de codificação das leis, a escola exegese, as doutrinas de Jeremy Bentham e John Austin, dentre outras (BOBBIO, 1995, 15-127).

---

aludido romance (HUGO, 2017) narra a história de vida de diversos personagens que viviam numa França, no século XIX, permeada de desigualdades sociais, imobilismo de classes, preconceitos e – o que ora nos interessa – um apego rigoroso e inflexível ao cumprimento das leis pelos órgãos estatais. O personagem que melhor representa a escola da exegese é Javert, um funcionário da polícia que, depois de muitos anos prestando serviços à corporação, é designado para exercer o cargo de inspetor (uma espécie de chefe local da polícia) em pequena cidade francesa. Nesta cidade Javert conhece um próspero industrial que, por suas inúmeras boas ações em prol da comunidade, é nomeado *maire* (prefeito). O romance se desenvolve destacando as inúmeras boas condutas e auxílios prestados pelo prefeito até que Javert descobre ser ele um presidiário foragido (condenado a cumprir penas nas galés por ter furtado pão para seus familiares). Para o inspetor da polícia Javert, contudo, nada disso importava, passando ele a dedicar o restante de sua vida a perseguir o então prefeito (Jean Valjean) por onde quer que fosse, a fim de, consoante acreditava, concretizar a justiça. No final da história... bem, esse fica reservado àqueles que desejarem ler a atemporal e magnífica obra de Victor Hugo, ou assistir a alguns dos filmes a partir dela adaptados, todos sob o título "Os miseráveis". Não há dúvidas, porém, que diversas das características apregoadas pela escola da exegese são mencionadas (e criticadas) na obra de Victor Hugo, como o culto extremo ao texto da lei, a impossibilidade de flexibilização do direito positivo, a sobrevalorização da autoridade legislativa – características essas que podem gerar ou perpetuar, na visão do romancista, as injustiças sociais. A aplicação mecânica da lei não garante, necessariamente, a incidência de critérios de justiça.

<sup>15</sup> Como também destacou o mencionado autor, durante a Idade Média o direito natural foi considerado superior ao direito positivo, pois se trataria de norma fundada na vontade de Deus. Posteriormente, até o final do séc. XVIII, o direito foi definido individualizando-se duas espécies de direito, o natural e o positivo. Ambos eram qualificados como direito na mesma acepção do termo. O positivismo jurídico nasceu quando "direito positivo" e "direito natural" não foram mais considerados direito no mesmo sentido, mas aquele passou a ter um sentido próprio, ou seja, quando o direito se reduziu ao direito positivo e o direito natural foi excluído da categoria do direito. A passagem do jusnaturalismo para o juspositivismo foi iniciada no séc. XIX e se consolidou no século XX (BOBBIO, 1995, p. 25-26).

No entanto, a doutrina do positivismo jurídico não pode ser resumida à mera aplicação da lei segundo a vontade popular sintetizada na figura do legislador – uma das características da escola da exegese –, pois este é apenas um dos prismas pelos quais se pode observar o juspositivismo, sendo tal teoria denominada “legalismo” (BOBBIO, 2016, p. 103) ou “legicentrismo” (MÖLLER, 2011, p. 76).

Esta fase inicial do “legalismo” ou “legicentrismo” pode até mesmo ser considerada como precursora do positivismo jurídico, pois exsurge num momento em que se buscava a substituição do direito natural pelo estatal como fonte principal ou exclusiva do direito (BOBBIO, 1995, p. 15-127; MÖLLER, 2011, p. 76).

Neste contexto, embora o positivismo jurídico “nascesse” no século XIX sob o desejo de acabar com a dubiedade do direito natural e de estabelecer uma fonte segura para a sua aplicação, por meio da legislação estatal (BOBBIO, 1995, 131-238) – fase que pode ser denominada de positivismo clássico –, no decorrer do século XX avança para discussões mais aprofundadas, voltadas a transformá-lo numa ciência pura e independente de influências externas, inclusive do próprio legislador – fase que pode ser denominada como positivismo moderno, na qual se destacam os filósofos Hans Kelsen, Alf Ross e H.L.A.Hart (MÖLLER, 2011, p. 76-88).

H. Kelsen, em sua renomada obra *Teoria pura do direito*, explica que a sua intenção não era estudar o processo de criação das normas, o direito ideal, o critério de justiça ou a forma de distribuição da riqueza na sociedade – que deveriam ser objetos da teoria política, da filosofia, da sociologia etc. –, mas sim o de isolar a interpretação e aplicação do direito de todas as demais áreas do conhecimento (ética, religião, política, sociologia, psicologia etc). A Teoria Pura seria destinada, assim, unicamente ao estudo do direito, enquanto ciência autônoma que daria fundamentação, inclusive, ao poder de criar as leis pelos órgãos estatais legitimados (KELSEN, 1998, p. 1, 60-63 e 72-75).

A intenção de criar uma área específica do conhecimento que não fosse associada a um mero “legalismo”, é demonstrada, por exemplo,

quando o filósofo defende que embora o Estado se manifeste por meio do Legislativo, Executivo e Judiciário – mantendo o sistema de tripartição dos poderes –, não haveria separação entre a criação e a aplicação do direito, uma vez que a criação das normas gerais se operaria pela legislação (Poder Legislativo), enquanto a das normas individuais se efetivaria por meio das resoluções administrativas (Poder Executivo) e das decisões judiciais (Poder Judiciário) (KELSEN, 1998, p. 164).

Embora representasse uma incontestável evolução ao direito, a teoria de Kelsen, no entanto, continha problemas, como, por exemplo, a definição de que a validade de uma norma seria verificável exclusivamente pelo critério de seu pertencimento ou não ao sistema jurídico, ou seja, que fosse produzida segundo o procedimento legitimado (MÖLLER, 2011, p. 85).

H. L. A. Hart inova no tema, ao prever que a validade da norma estaria condicionada a dois requisitos: ser produzida segundo o sistema jurídico (idêntico ao de Kelsen); e ser validada pelos operadores do direito.

Ao criar uma distinção entre regras primárias (destinadas aos cidadãos) e secundárias (destinadas aos operadores do direito, que deveriam reconhecer/validar as primeiras), Hart valoriza o precedente judicial e reconhece o direito como um fato social, criando uma ponte entre os sistemas da *civil law* (direito legislado) e *common law* (precedentes) (MÖLLER, 2011, p. 85-86).

A reaproximação entre o direito e a moral – olvidada desde o esfacelamento do direito natural no século XIX –, volta a ganhar impulso após as atrocidades cometidas durante os regimes totalitários europeus (nazismo e fascismo) no período da Segunda Guerra Mundial.

A legislação do regime nazista, por exemplo, instituída dentro de um sistema jurídico legal e posteriormente chancelada pelos aplicadores do direito do Terceiro Reich, deveria ser considerada válida? O extermínio dos judeus deveria ser cumprido, por estar fundado em normas legais aplicáveis? Como o direito deveria se posicionar frente a tais atrocidades?

Após um longo período de domínio do positivismo jurídico, imediatamente em seguida à queda dos regimes totalitários europeus ao fim da 2ª Guerra Mundial, houve um movimento para o restabelecimento do direito natural, voltado a garantir algum controle sobre o conteúdo da lei (e não apenas de sua validade formal, nos termos apregoados por Kelsen), de maneira a não confirmar como válidas as leis injustas editadas durante as ditaduras (ex.: leis raciais) (BOBBIO, 2016, p. 38-40).

A solução encontrada foi a editar normas internacionais que fixassem um conteúdo mínimo aos direitos humanos,<sup>16</sup> seguido de um movimento de inserção, nas Constituições dos países, de normas relacionadas aos direitos fundamentais. O movimento constitucionalista, assim, ganhava uma nova roupagem,<sup>17</sup> com características que dariam ensejo ao posterior surgimento, na segunda metade do século XX, do neoconstitucionalismo: previsão constitucional de princípios morais de justiça e de direitos fundamentais, rigidez constitucional, força vinculante da Constituição, aplicação direta das normas constitucionais às leis infraconstitucionais, etc.

<sup>16</sup> É publicada em 1948 a Declaração Universal do Direitos Humanos, elaborada pela Organização das Nações Unidas. Segundo Bobbio (2004, p. 25-45), os direitos humanos tiveram um longo caminho percorrido desde a Idade Moderna até o final do século XX, o qual pode ser dividido em três fases: 1º) Formulação abstrata pelos filósofos – principalmente os iluministas, como Locke e Rousseau –, que justificaram racionalmente a existência de direitos naturais dos seres humanos, pré-existentes à constituição da sociedade civil. Tais filosofias expressavam um dever-ser de respeito aos direitos humanos, mas sem fornecer qualquer instrumento de efetividade na vida real, uma vez que dependiam da vaga conceituação e aplicação do jusnaturalismo; 2º) Positivização dos direitos humanos nas Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e na Revolução Francesa, gerando a transmutação do Estado absolutista (ilimitado) para um Estado de direito (limitado). Assim, os direitos humanos perdem a característica da universalidade (da filosofia) mas ganham na sua concretização/efetividade, ao serem positivados nas legislações dos países. Nessa segunda fase, no entanto, os direitos humanos somente são reconhecidos em alguns Estados; 3º) Une a característica da universalidade (1ª fase) e com a da positivização (2ª fase). Advém com a Declaração da ONU de 1948. Para Bobbio, esta é a fase inicial da universalidade concreta dos direitos humanos, uma vez que ainda há muito trabalho a ser feito para que haja a implementação de mecanismos que possam lhe dar maior efetividade/concretização, seja no âmbito interno dos países ou no internacional.

<sup>17</sup> O direito constitucional teve a sua primeira fase, dita liberal, no período posterior às revoluções liberais (Revolução Gloriosa, Americana e Francesa), com a fixação dos direitos de primeira geração (liberdade frente ao Estado). A segunda fase, definida como social, surge no pós-primeira Guerra Mundial (ex.: Constituição Mexicana de 1917 e Constituição de Weimar de 1919), prevendo os direitos de segunda geração (sociais, de igualdade, etc.).

Para que se chegasse ao neoconstitucionalismo, importante foi a teoria exposta por Ronald Dworkin, em 1977, na obra intitulada *Taking rights seriously* – teoria esta posteriormente retomada e desenvolvida por Robert Alexy, Carlos Nino, Manuel Arienza, Juan Ruiz Manero etc –, sobre a necessidade de haver um restabelecimento entre o direito e a moral. Essa tese, hoje bastante difundida, sustenta não mais a existência de um direito natural como sendo superior a positivo (como no jusnaturalismo da Idade Moderna), mas na distinção entre princípios e regras, “e na configuração dos primeiros, a começar pelos constitucionais, como princípios morais qualitativa e estruturalmente diferentes das regras por serem suscetíveis de ponderação, em vez de aplicação rígida.” (FERRAJOLI, 2016, p. 16-17).

Atualmente o neoconstitucionalismo é amplamente aceito e aplicado no Brasil, onde tal doutrina foi modificada até o ponto de permitir uma livre interpretação e criação do direito pelos juízes. São, no entanto, muitos os questionamentos que exsurtem à aplicação dessa versão brasileira, como:

- a) gera enfraquecimento da legitimidade popular a para edição das leis (por meio do legislador – democracia indireta)?;
- b) possibilita que cada julgador interprete da sua maneira os princípios constitucionais (de tipo aberto)?;
- c) gera insegurança jurídica, ao possibilitar as constantes revisões das decisões judiciais (seja devido à hierarquia dos tribunais, seja pela troca de seus membros)?;
- d) possibilita a criação de normas pelos juízes (ativismo judicial), em prejuízo ao processo democrático e ao princípio da separação dos poderes?

Na atual sociedade da informação, em que o direito se encontra sob constante transformação, a resposta a tais questionamentos demanda novas e aprofundadas análises sobre o tema.

## 4 CONCLUSÃO

Buscou-se realizar, no presente trabalho, uma perfunctória análise de fatos e correntes filosóficas abrangidos desde a Idade Moderna até os dias atuais (sociedade da informação), que possam ter exercido influência sobre o processo de criação e aplicação das leis no mundo ocidental e, por consequência, no Brasil.

Os fatos históricos e as correntes filosóficas surgidas durante a Idade Moderna foram as responsáveis pela transmutação das estruturas sociais, políticas e jurídicas existentes ao final da Idade Média, ocasionando importantes avanços na configuração do Estado moderno e no processo de elaboração e aplicação das leis, ao introduzir características como a laicidade nos governos (Maquiavel); formação e fortalecimento do Estado (Hobbes); previsão de direitos naturais inalienáveis dos indivíduos (Locke); teoria da repartição dos poderes como sistema de freios e contrapesos ao abuso do poder estatal (Montesquieu); a criação de conceitos como “bem comum”, “soberania popular” e “vontade geral”, além da justificação para adoção de sistemas democráticos de governo (Rousseau); e, ideias embrionárias ao princípio da legalidade e Estado de direito (Locke, Montesquieu e Rousseau).

Nos séculos XVII e XVIII, o movimento iluminista e as Revolução liberais (Gloriosa, Americana e Francesa) irão operar profundas mudanças nas estruturas do Estado, abrindo terreno para, conjuntamente com outros movimentos e doutrinas (ex. escola histórica do direito, movimentos de codificação das leis, escola exegese e as teorias de Jeremy Bentham e John Austin), possibilitar a ascensão e a consolidação do positivismo jurídico nos séculos XIX e XX.

A partir das atrocidades praticadas na 2ª Guerra Mundial, reacende o interesse pelo direito natural, como forma de tentar controlar o conteúdo (e não apenas o processo de elaboração) das leis. Neste contexto, exsurge a doutrina do neoconstitucionalismo, que apregoa uma nova forma de aplicar

a lei, utilizando-se de uma sobrevalorização aos princípios morais de justiça insertos nas constituições nacionais. A sua aplicação, no entanto, gera diversas dúvidas acerca dos efeitos colaterais advindos, como a fragilização do processo democrático.

É possível verificar, por conseguinte, que o direito está em constante transformação, merecendo serem realizados novos e aprofundados estudos acerca do atual contexto jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2010.

BILL OF RIGHTS. 1688. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/data.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Título original: *L'età dei Diritti*.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução: Sérgio Bath. 9. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. Tradução: Jaime A. Clasen. São Paulo: Unesp, 2016.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites*. 2008. 393 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Prefácio. In: BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. Tradução: Jaime A. Clasen. São Paulo: Unesp, 2016. p. 7-24.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp, 1840.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUGO, Victor. *Os miseráveis*. Tradução: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Penguin Classics: Companhia das Letras, 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LIMONGI, Fernando Papaterra. "O Federalista": remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2011. v. 1.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. 3. ed. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2001.

MAQUIAVEL; HOBBS; LOCKE; MONTESQUIEU; ROUSSEAU. "O Federalista". 14. ed. São Paulo: Ática, 2006. p. 243-255.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução: Maurício Santana Dias. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010.

MASCARO, Alysso Leandro. *Filosofia do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MEZZARROBA, Orides. Montesquieu. In: MEZZARROBA, Orides (org.). *Humanismo político: presença humanista no transverso do pensamento político*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 209-217.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução: Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. São Paulo: Hunterbooks, 2014.

SANTANA, José Cláudio Pavão. *O pré-constitucionalismo na América*. São Paulo: Método, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição em perspectiva histórico-evolutiva: dos antecedentes à afirmação do constitucionalismo moderno e do assim chamado Estado Constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Juvêncio Borges da; TAVARES NETO, José Querino. Thomas Hobbes e os fundamentos do Estado absolutista. In: MEZZARROBA, Orides (org.). *Humanismo político: presença humanista no transverso do pensamento político*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 157-173.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.