JANETE ROSA MARTINS
TACIANA MARCONATTO DAMO CERVI
THAMI COVATTI PIAIA
ORGANIZADORAS

Direito e Cidadania

EM DEBATE

Janete Rosa Martins
Taciana Marconatto Damo Cervi
Thami Covatti Piaia
Organizadoras

DIREITO E CIDADANIA EM DEBATE

EDIURI
2023

© **2023**, by URI – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões Campus Santo Ângelo, RS.

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito
MESTRADO E DOUTORADO

Catalogação na Fonte

D598 Direito e cidadania em debate [recurso eletrônico] / organizadoras: Janete Rosa Martins, Taciana Marconatto Damo Cervi, Thami Covatti Piaia - Santo Ângelo : EdiURI, 2023.
177 p.

ISBN 978-65-87121-23-9

1. Direito. 2. Cidadania. I. Martins, Janete Rosa (org.). II. Cervi, Taciana Marconatto Damo (org.). III. Piaia, Thami Covatti (org.)

CDU: 34

Responsável pela catalogação: Fernanda Ribeiro Paz - CRB 10/ 1720

Organizadores
Janete Rosa Martins
Taciana Marconatto Damo Cervi
Thami Covatti Piaia

Editoria e formatação
Alana Taíse Castro Sartori
Rafaela Wagner Schaefer

Revisão
Alana Taíse Castro Sartori

Capa
Nívea Bianca Antunes de Souza

Publicação
FuRI**–** Fundação da URI **–** Campus de Santo Ângelo
Rua Universidade das Missões, 464 – 98802-470
Santo Ângelo **–** RS **–** Brasil **–** Fone: (55) 3313-7900
– 2023–

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)
Campus de Santo Ângelo
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas
Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito
MESTRADO E DOUTORADO

Reitor
Arnaldo Nogaro
Pró-Reitor de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação
Marcelo Paulo Stracke
Pró-Reitor de Ensino
Edite Maria Sudbrack
Pró-Reitor de Administração
Ezequiel Plinio Albarello
URI – Campus de Santo Ângelo
Diretora-Geral
Berenice Beatriz Rossner Wbatuba
Diretor Acadêmico
Carlos Lemos
Diretor Administrativo
Gilberto Pacheco

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito
MESTRADO E DOUTORADO
Coordenação Acadêmica
João Martins Bertaso
Coordenação Executiva
Jacson Roberto Cervi

Conselho Editorial
Dra. Graciela Beatriz Rodríguez (Universdad Nacional de Rosario - Argentina)
Dr. Antonio Carlos Wolkmer (UFSC – SC)
Dr. Augusto Jaeger Junior (UFRGS – RS)
Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto (PUC-SP)
Dr. José Russo (UFAM – AM)
Dr, José Alcebíades de Oliveira Junior (UFRGS - RS)
Dr. Leopoldo José Bartolomé (ARG)
Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF-RS)
Dra. Marta Rosa Vigevano (ARG)
Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa (UFPE – PE)
Dr. Roberto Carlos Abinzano (UNaM – AR)
Dr. Vicente de Paulo Barreto (UERJ - RJ)

SUMÁRIO

VIOLAÇÕES AO PRINCÍPIO DO *NON-REFOULEMENT* NO CONTEXTO PANDÊMICO BRASILEIRO: ENTRAVES À CIDADANIA E AOS DIREITOS HUMANOS DOS REFUGIADOS.....7

LIBERDADE RELIGIOSA E RECUSA DE HEMOTRANSFUSÃO POR PACIENTES TESTEMUNHAS DE JEOVÁ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO.....25

RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA EM TEMPOS DE LIQUIDEZ: A POSSIBILIDADE DE RETOMADA DO SENTIMENTO DE PERTENCIMENTO NA MODERNIDADE LÍQUIDA.....43

TRANSUMANISMO EM ADMIRÁVEL MUNDO NOVO:LIÇÕES JURÍDICAS DA LITERATURA.....59

VELOCIDADE E MOVIMENTO: REFLEXÕES SOBRE AS RELAÇÕES DE TRABALHO À LUZ DE PAUL VIRILIO.....71

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA EM CONFLITOS ARMADOS.....91

HANS KELSEN E A PAZ POR MEIO DO DIREITO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA VISÃO JURÍDICA DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS.....111

SOLIDARIEDADE E O CÓDIGO CIVIL DE 2002 SOB A ÓTICA DA LEI Nº 13.874, DE 2019.....131

UMA VISÃO SOBRE ESTRUTURA SOCIAL E CRIME A PARTIR DA ANÁLISE DO FILME CORINGA.....145

A MEDIAÇÃO TRANSFORMADORA DE LUIS ALBERTO WARAT COMO UM NOVO MEIO DE OLHAR O CONFLITO.....156

VIOLAÇÕES AO PRINCÍPIO DO *NON-REFOULEMENT* NO CONTEXTO PANDÊMICO BRASILEIRO: ENTRAVES À CIDADANIA E AOS DIREITOS HUMANOS DOS REFUGIADOS

Elisa Cardoso Ferretti[1]
Janete Rosa Martins[2]
João Martins Bertaso[3]

RESUMO: O desenvolvimento do presente estudo tem como objetivo central a análise dos episódios de violações do princípio do *non-refoulement* no contexto pandêmico brasileiro. Questiona-se, nesse particular, se as restrições impostas a partir da edição de determinadas portarias interministeriais, no decorrer da pandemia, estabelecendo o fechamento das fronteiras terrestres brasileiras, violaram o princípio do *non-refoulement*, impedindo a concretização do acesso à cidadania e a efetivação dos direitos humanos dos refugiados em território brasileiro. Com fulcro na utilização de método hipotético-dedutivo e procedimento bibliográfico, concluiu-se que a edição das portarias interministeriais citadas no texto, elaboradas no auge da pandemia da Covid-19, ao impedirem a entrada de estrangeiros pelas vias terrestres, violaram diretamente o princípio do *non-refoulement,* no particular de sua disposição contra o

1 Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus Santo Ângelo/RS, Bolsista CAPES/PROSUC, Especialista em Direito Civil pela Escola Paulista de Direito (2021) e Direito Empresarial pela Faculdade Legale (2021), Bacharel em Direito pela Faculdade CNEC Santo Ângelo (2019). Pertencente ao Grupo de pesquisa Conflito, Cidadania e Direitos Humanos, vinculado à Linha de Pesquisa "Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos". E-mail: elisaacardosoo@gmail.com.

2 Doutora em Ciências Sociais pela UNISINOS – São Leopoldo/RS, Mestre em Direito pela UNISC – Santa Cruz do Sul/RS e Especialista em Direito Público e Bacharel em Direito pela UNIJUI – Ijuí/RS, Professora da Pós-graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado e da Graduação em Direito, Editora da Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, Pertencente ao Grupo de pesquisa Conflito, Cidadania e Direitos Humanos, vinculado a Linha de Pesquisa II – Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos, pesquisadora em Mediação URI – Universidade regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – campus de Santo Ângelo/RS. Orcid –https://orcid.org/0000-0002-8014-8237. E- mail: janete@san.uri.br.

3 Pós-Doutor pela Unisinos (2013), Doutor (2003) e Mestre (1998) em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC, Especialista em Direito (1993) pela Universidade Federal de Santa Maria/UFSM, Bacharel em Direito (1982) pela Faculdade de Direito de Santo Ângelo/ Fadisa, Graduado em Pedagogia (1976) pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Santo Ângelo, Líder de Grupo de Pesquisa "Novos Direitos na Sociedade Globalizada" no CNPq, Doutor Pesquisador vinculado a URI – Universidade Regional Integrada, de Santo Ângelo/RS, Coordenador Acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da URI/Ângelo/RS. Desenvolve Pesquisa em Cidadania, Direitos Humanos, Interculturalidade e Psicanálise. E-mail: joaomartinsbertaso@gmail.com.

fechamento de fronteiras, contribuindo para a perpetuação de ideais excludentes, impedindo o acesso à cidadania, a concretização de direitos e a integração na sociedade brasileira de migrantes e refugiados em condições de vulnerabilidade.
Palavras-chave: Cidadania. Covid-19. Direitos dos refugiados. Direitos humanos. Princípio do *non-refoulement*.

INTRODUÇÃO

A sociedade internacional vivencia um período de intensas mudanças e novas perspectivas, inter-relacionando aspectos econômicos, sociais, culturais, políticos e tecnológicos em uma confluência de visões de mundo invariavelmente conectadas. De um lado, sociedades corroem-se em guerras, fome e miséria, ultrapassando os limites do aceitável e conduzindo a uma busca constante por sobrevivência e dignidade. De outro, nações enclausuram-se em seus *muros*, a fim de preservar sua soberania nacional, desassociando-se de elementos externos que possam agregar a diferença em seus quadros sociais. Contudo, no decorrer desse caminho de embates e busca por força e liderança, indivíduos mais vulneráveis vivem à mercê de fronteiras perigosas, lutando pelas próprias vidas e de suas famílias. Torna-se importante destacar que a estabilidade de hoje poderá ser a migração de amanhã, uma vez que o mundo se encontra em permanente desagregação, no limite para a transformação de que todos necessitam.

Os acontecimentos no cenário mundial atual são de conhecimento notório e de agravamento constante e, assim, o cenário contemporâneo defronta-se com o crescimento exponencial dos números de deslocamentos forçados, abrangendo grandes contingentes de refugiados que necessitam cruzar barreiras transfronteiriças em busca de sobrevivência. Reféns de situações degradantes e da violação de seus direitos humanos, milhões de indivíduos sujeitam-se às ingerências de nacionalismos e perspectivas hegemônicas que dividem o mundo de forma dicotômica – homem e mulher; brancos e negros; nacionais e estrangeiros; amigos e inimigos; ricos e pobres; ocidente e os excedentes do mundo –, buscando a prevalência de suas concepções dominantes. Para haver a dominação de um lado, busca-se constantemente o enfraquecimento do outro. Não há um mundo equilibrado, pois a balança inferioriza, diminui e provoca o esquecimento do lado considerado como obscuro e, assim, excluído.

Dentro desse contexto complexo na seara global, é fundamental conhecer as condições vivenciadas por sujeitos vulneráveis que são destinatários de especial proteção, facilitando o desenvolvimento de

mecanismos específicos para o resguardo de direitos, atentos a carga de vulnerabilidades sobrepostas pela realidade contemporânea. No caso, diante da realidade migratória, torna-se inevitável questionar a efetividade dos mecanismos e preceitos que aparelham o Direito Internacional dos Refugiados, especialmente considerando as incisivas violações que atingem uma de suas bases mais importantes para o desenvolvimento dos instrumentos normativos que ancoram a proteção dos direitos dos refugiados, o princípio do *non-refoulement* (não devolução), que, na prática, acaba por ser submetido a uma existência simbólica perante o contexto dos deslocamentos forçados.

O momento pandêmico, nesse contexto, transformou negativamente as estruturas sociais, econômicas e culturais, amplamente prejudicadas pela desinformação, despreparo, indiferença e impotência diante da necessidade de adequação das práticas e políticas migratórias à realidade das restrições sanitárias, multiplicando os desafios existentes nos deslocamentos forçados. Constantemente, colocam-se à prova as disposições normativas e principiológicas representativas dos direitos dos refugiados e, portanto, no presente trabalho, busca-se questionar, com foco no contexto brasileiro, se as restrições fronteiriças impostas a partir da edição de determinadas portarias interministeriais no decorrer da pandemia, direcionadas ao fechamento das fronteiras brasileiras, violaram o princípio do *non-refoulement*, impedindo a concretização do acesso à cidadania e à efetivação dos direitos humanos dos refugiados em território brasileiro.

Por consequência do questionamento elaborado, para embasar o desenvolvimento do estudo, elege-se o método hipotético-dedutivo e procedimento bibliográfico, à medida que se levanta a hipótese de que as portarias interministeriais, editadas no auge do momento pandêmico, materializaram restrições desmedidas ao estipular o fechamento das fronteiras terrestres, obstruindo a possibilidade de proteção dos direitos humanos de refugiados e migrantes que buscam acolhimento no território brasileiro, além de consistir em hipótese de violação direta ao princípio do *non-refoulement*, basilar para amparar as reinvindicações de todos que se deslocam de forma forçada. A realidade pandêmica, por conseguinte, desnudou grandes ineficiências nas práticas e políticas migratórias brasileiras, especialmente a desumanidade e indiferença quanto a vulnerabilidade presente na vida dos refugiados.

Para o desenvolvimento teórico fraciona-se o presente artigo científico em dois tópicos principais. Em um primeiro momento objetiva-se abordar a conceituação do princípio do *non-refoulement*, observando aspectos normativos e teóricos para a sua compreensão.

Por fim, em sua parte final, o estudo prima por observar as violações ao princípio do *non-refoulement* na sociedade brasileira, especialmente as determinações de fechamento de fronteiras no decorrer do período pandêmico, maculando a rede normativa essencial à proteção dos direitos dos refugiados, obstaculizando o acesso à cidadania e a todos os direitos a ela inerentes, assim como contribuindo para a violação constante dos direitos humanos.

O PRINCÍPIO DO *NON-REFOULEMENT* E A SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

A realidade dos movimentos migratórios acompanha a história e desenvolvimento das estruturas civilizacionais, absorvendo grandes transições sociais, revoluções, transformações, além da constante mutabilidade, transitoriedade e volatilidade do entorno global. Diante desse contexto, as massas de indivíduos que transitam globalmente, sofrem com frequentes invasões, guerras, perseguições, precarização de seus meios de subsistência, eventos discriminatórios e diversas situações excludentes, desviando-se de uma proposta verdadeiramente humanitária para o tratamento dos fluxos migratórios, especialmente diante da vulnerabilidade envolvendo o deslocamento forçado de refugiados.

A expressividade numérica dos fluxos migratórios, em específico das modalidades forçadas, alça estimativas que crescem progressivamente ano após ano, demonstrando os déficits da sociedade internacional em sua corrente conformação, marcada por profundas desigualdades e exclusões sociais. Atualmente, segundo dados do Relatório *Global Trends*, atualizado anualmente pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (2022), foram mais de 89,3 milhões de indivíduos deslocados pelo mundo até o final de 2021, dentre os quais somam-se mais de 27,1 milhões de refugiados, 53,2 milhões de deslocados internos, 4,6 milhões de solicitantes de asilo e 4,4 milhões de venezuelanos deslocados para o exterior. (UNHCR, 2022).

No decorrer de 2022, os números acresceram em proporção e velocidade expressivas, especialmente com a acentuada situação decorrente do conflito entre as nações ucraniana e russa que motivaram a fuga de milhões de cidadãos ucranianos em situação de refúgio. Dessa forma, segundo dados apurados pelo ACNUR, até maio de 2022, somaram-se mais de 100 milhões de pessoas deslocadas de forma forçada, contabilizando a movimentação de 1 em cada 76 indivíduos no mundo. (UNHCR, 2022).

Por conta da especificidade e intensidade dos movimentos forçados, especialmente no século XX, as estruturas políticas globais movimentaram-se, forçando o reconhecimento dos desafios envolvendo milhões de indivíduos perseguidos, e, sob os auspícios da fase de internacionalização dos direitos humanos e da nova perspectiva humanitária da Declaração Universal dos Direitos Humanos, iniciou-se o aparelhamento do Direito Internacional dos Refugiados. A estrutura em questão, de forte presença na sociedade internacional, possui como principais instrumentos legislativos para a sua promoção a edição da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, o Protocolo Adicional a Convenção sobre os Refugiados, de 1967, além de, à nível regional, a Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos, de 1969 e a Declaração de Cartagena, no contexto latino-americano, de 1984.

Ao abrigo dos direitos humanos, contemporaneamente universalizados, dentre eles o direito de migrar e de solicitar asilo, assim como pela necessidade de cooperação internacional e reconhecimento do caráter humanitário do movimento refugiado, a Convenção de 1951 possui contínuo destaque perante a estrutura normativa migratória, considerando tratar-se do primeiro documento que possibilitou a esquematização de um conceito que explicitasse quem possuía condições de ser reconhecido como refugiado[4], conduzindo a uma abordagem específica para todos aqueles indivíduos deslocados em função de determinadas formas de perseguição, e que, portanto, diferem-se das demais categorias migratórias.

Diante do caráter persecutório observado como motivação para a fuga de refugiados pelo mundo, o tratamento normativo da temática, por sua vez, possui fundamentos diferenciados, objetivando traçar princípios e mecanismos que atentem ao caráter emergencial da recepção de indivíduos deslocados por motivos forçados, em específico, que correspondam às motivações expressamente elencadas pela Convenção de 1951. Para tanto, pontua-se como uma

4 O artigo 1º da Convenção de 1951 apresentou o primeiro conceito de refugiado à seara internacional, especificando que o termo refugiado aplica-se a qualquer pessoa "Que, em conseqüência[sic] dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em conseqüência[sic] de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele." (ACNUR, 1951, p. 02, suprimi).

das principais previsões da Convenção[5], aliada aos objetivos humanitários resguardados na concepção do Direito Internacional dos Refugiados, a elaboração e positivação do princípio do *non-refoulement* ou princípio da não devolução, considerado como norteador do desenvolvimento das práticas e políticas envolvendo os direitos dos refugiados. Segundo dispõe o art. 33 da Convenção de 1951, pode-se compreender a não devolução, em sua conformação inderrogável[6], como:

> Art. 33 - Proibição de expulsão ou de rechaço
> 1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.
> 2. O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país. (ACNUR, 1951, p. 15-16).

Em termos conceituais, o princípio em questão corresponde ao direito do refugiado ou do solicitante de refúgio de não ser compulsoriamente devolvido ao seu país de origem, do qual, vítima de perseguição, tenha realizado a fuga, a quaisquer, locais em que sua vida e liberdade corram o risco de ser maculadas, assim como,

5 Destaque-se que as menções à essência do princípio do *non-refoulement* começaram a ser aceitas a partir da Primeira Guerra Mundial, sendo marcada pela edição do "[...] Ajuste Relativo ao Estatuto Jurídico dos Refugiados Russos e Armênios, cujo item 7 pode ser considerado um embrião do princípio do non-refoulement em instrumentos internacionais [...]." (PAULA, 2006-2007, p. 53, grifo da autora). A não devolução também foi prevista, legalmente, com a celebração do Estatuto Internacional dos Refugiados, em 1933, dispondo expressamente em seu texto regras vedando a remoção, bem como a recusa no recebimento do sujeito refugiado.

6 Segundo disposição do art. 42 da Convenção de 1951, os países aderentes ao seu texto, ao internalizarem suas normas, não poderão efetuar reservas a determinados artigos, objetivando que a sua proteção não seja arbitrariamente restringida. Conforme se observa, o art. 33 que materializa o princípio do *non-refoulement*, foi expressamente previsto no art. 42, não podendo, portanto, ser objeto de derrogação: "1. No momento da assinatura, da ratificação ou da adesão, qualquer Estado poderá formular reservas aos artigos da Convenção, outros que não os arts. 1º, 3º, 4º, 16 (1), 33, 36 a 46 inclusive." (ACNUR, 1951, p. 19).

territórios que comprometam a proteção de seus direitos humanos básicos. (MARQUES, 2018). Ainda, aplica-se ao sujeito barrado nas fronteiras, impedido de conseguir abrigo no Estado acolhedor, ficando sujeito ao risco e ao desamparo de condições precarizadas e acentuadoras de sua situação vulnerável. (RAMOS, 2016).

Anota-se que, ainda que o artigo mencione tão somente o termo refugiado, a proteção contra a devolução arbitrária é direcionada a "[...] todos os refugiados e solicitantes de refúgio, sem diferenciações." (MARQUES, 2018, p. 23), interpretando-se a norma prevista com base na ampla gama de direitos humanos, mesmo porque tem por fundamento uma visão essencialmente humanitária. Subsiste, assim, uma presunção relativa de que o sujeito, de fato, é refugiado e, portanto, possui direitos intrínsecos àqueles que detêm essa condição reconhecida, pois "[...] toda a pessoa refugiada foi, em algum momento, um solicitante de refúgio." (MARQUES, 2018, p. 20).

Percebe-se, portanto, que o princípio em questão envolve a proteção do direito mais básico a ser garantido ao refugiado – e ao solicitante de refúgio –, qual seja, o seu recebimento na localidade de acolhida em um ato de proteção primário, emergencial e em uma primeira demonstração solidária frente a vulnerabilidade a que são acometidos durante os deslocamentos. O princípio do *non-refoulement*, nesse sentido, desenvolve-se com base na noção de solidariedade humana, refletindo-se no acolhimento, na empatia e na hospitalidade, contrapondo as incertezas de uma realidade que relega o ser humano a segundo plano, perspectiva na qual se promove o fechamento de fronteiras e intensa criminalização do sujeito migrante. (JUBILUT, 2007).

O reconhecimento e positivação do princípio da não devolução carrega ao Direito Internacional dos Refugiados uma proteção basilar, de sorte que, necessariamente, todos os mecanismos jurídicos atinentes à proteção e efetivação dos direitos humanos dos refugiados devem observar a abrangência do princípio para a edição de tratados e normas nacionais efetivamente seguras, em face da expectativa de acolhimento e proteção dos indivíduos deslocados. Destaca-se, atualmente, a sua previsão em diversos segmentos legislativos dos direitos humanos e do direito dos refugiados, como pactos, convenções e cartas de direitos, que, de maneira expressa ou implícita, trazem a ideia do princípio da não devolução, permitindo, assim, que a proteção dos sujeitos em situação de refúgio ultrapasse os termos da Convenção de 1951 e congreguem demais espécies normativas.

Perante o ordenamento jurídico brasileiro, em linhas gerais, a rede normativa que trata do refúgio foi recepcionada de forma ampla,

observando os ditames migratórios globais, além de aspectos constitucionais e principiológicos nacionais, especialmente a dignidade da pessoa humana e prevalência dos direitos humanos, observados na carta constitucional. Conforme Luiz Sales do Nascimento (2014), a Convenção de 1951 foi inserida na normativa jurídica nacional por meio do Decreto nº 50.215 de 28 de janeiro de 1961, mantendo sua versão originária restritiva com relação a limitação geográfica; o Protocolo de 1967 pelo Decreto nº 70.946 de 07 de agosto de 1972, mantendo a limitação geográfica que apenas foi suprimida em 19 de dezembro de 1989 ao adotar-se o conceito ampliado de refugiado com a Declaração de Cartagena e sua aderência por meio do Decreto nº 98.602 de 1989.

Caminhando pela normativa nacional, as diretrizes protetivas existentes no ordenamento jurídico brasileiro foram lentamente desenvolvidas para aparelhamento e aplicação local dos elementos, documentos e princípios que informam o Direito Internacional dos Refugiados. Para a sua implementação, o instrumento de maior importância em nível nacional encontra-se estabelecido na Lei 9.474/97, a Lei do Refúgio, a qual, implementando o Estatuto dos Refugiados de 1951, congrega relevantes fundamentos para embasamento de uma política migratória nacional específica com relação aos movimentos forçados de refugiados. Entre suas disposições, como a previsão da definição ampliada de refugiado, materializa-se o princípio do *non-refoulement,* consoante redação constante no art. 7º, §1º, que dispõe:

> Art. 7º O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível.
> § 1º **Em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política**. (BRASIL, 1997, s.p., grifamos).

O Estado, nessas circunstâncias, possui um dever de abstenção, ou seja, uma obrigação negativa – a diferenciar-se do asilo, que consiste em uma modalidade positiva de garantia de estada – na prática de condutas que possam colocar em risco a vida dos indivíduos, bem como atos tendentes a promover o seu retorno forçado a locais de ameaça. (MARQUES, 2018). Destaca-se que o objetivo base do princípio e do art. 33 da Convenção de 1951, que expressamente o prevê, consiste na vedação de qualquer maneira de devolução, seja

ato de fechamento de fronteiras, expulsão, deportação ou extradição. (MARQUES, 2018). Há a necessidade, em casos tais, de promover a interpretação do princípio e das normas que o positivam, de forma ampla, alcançando as previsões humanitárias de direitos humanos e demais normativas internacionais que prezam pela proteção de todos os seres humanos, especialmente, em condições de extrema vulnerabilidade.

O indivíduo deslocado, possui proteção em território nacional, seja diante de sua entrada regular ou irregular, de forma forçada ou voluntária, seja refugiado – amparado pela legislação específica, a Lei do Refúgio – ou migrante enquadrado nas demais categorias migratórias – sustentadas pela Lei de Migração. Assim, a exemplo dos casos em que ocorre a negativa da declaração da condição de refugiado, o migrante terá ao seu favor a legislação migratória brasileira, complementando a proteção contra a não devolução compulsória. Segundo a literalidade do art. 32 da Lei 9.474/97, é vedada a transferência do migrante "[...] para o seu país de nacionalidade ou de residência habitual, enquanto permanecerem as circunstâncias que põem em risco sua vida, integridade física e liberdade, salvo nas situações determinadas nos incisos III e IV do art. 3º desta Lei." (BRASIL, 1997, s.p.).

Os caminhos buscados para a intersecção entre as normativas internacionais e nacionais, como se observa, devem primar pela preservação máxima dos direitos humanos dos refugiados, aplicando-se os instrumentos de proteção existentes para a criação de vários mecanismos garantistas direcionados aos indivíduos deslocados. Destaca-se, no ponto, a imponência e inderrogabilidade da previsão do princípio do *non-refoulement* como peça-chave de todo o desenvolvimento da política protecionista intentada pela sociedade internacional. Nesse cenário, diante da massificação dos movimentos migratórios, bem como das políticas repressivas aplicadas pelos países, observa-se a adoção de práticas nitidamente restritivas de direitos contra a população refugiada, obstando sua entrada nas fronteiras e, consequentemente, o alcance à cidadania e aos direitos humanos, amplamente previstos na legislação nacional.

AS VIOLAÇÕES AO PRINCÍPIO DO *NON-REFOULEMENT* NA REALIDADE MIGRATÓRIA BRASILEIRA: PARADOXOS À ACOLHIDA HUMANITÁRIA NA PANDEMIA DA COVID-19

O recrudescimento das barreiras – físicas e jurídicas – com vistas a rechaçar pessoas em busca de proteção é mais um sinal dos tempos obscuros em que vivemos. À vista disso, faz-se necessário reafirmar, hoje mais do que nunca, o valor da pessoa humana enquanto valor-fonte do ordenamento jurídico internacional e, portanto, como seu fundamento último de legitimidade.
Rodolfo Ribeiro Coutinho Marques.

A realidade prática demonstra-se paradoxalmente contrária às disposições solidárias que são preconizadas pelos preceitos humanitários. Alguns episódios de violações ao princípio da não devolução puderam ser observados no cenário brasileiro, desnudando ineficácias na implementação de disposições básicas aos direitos dos refugiados. Considerando o auge da realidade pandêmica do coronavírus (SARS-CoV-2), em flagrante situação restritiva de direitos, impuseram-se proibições ao cruzamento transfronteiriço de via terrestre com a edição de sucessivas portarias interministeriais. Ditos documentos determinavam – ainda que em sua maioria, atualmente revogados –, o fechamento das fronteiras terrestres brasileiras sob a insuficiente justificativa de contenção dos fluxos migratórios para redução dos níveis de contaminação.

A Portaria de nº 652 (revogada), nesse sentido, dispôs sobre as excepcionais e temporárias restrições à entrada de estrangeiros no país, independente de sua nacionalidade, observando as determinações recomendadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Por força de seu art. 2º, determinou-se: “Art. 2º Fica restringida a entrada no País de estrangeiros de qualquer nacionalidade, por rodovias, por outros meios terrestres ou por transporte aquaviário.” (BRASIL, 2021a, s.p.). As formas de transportes aéreo e marítimo, de profissionais e funcionários em funções governamentais, de brasileiros natos ou naturalizados, portadores de Registro Nacional Migratório, assim como imigrantes já com residência definitiva, entre outros, compõe as exceções às restrições da portaria supracitada, que, como visto, foram incisivas ao barrar especialmente um dos meios de transporte mais precarizado, notadamente, as vias terrestres. (BRASIL, 2021a).

As portarias subsequentes, igualmente revogadas, de nº 655 (art. 2º), nº 657 (art. 5º), nº 658 (art. 4º)[7] e nº 660 (art. 4º), seguiram reproduzindo a lógica da exclusão e do fechamento transfronteiriço, impondo restrições especificamente com relação à entrada de estrangeiros por rodovias e quaisquer vias terrestres.

A portaria interministerial de nº 661 (revogada), por outro lado, ao abordar o transporte terrestre de estrangeiros, não apresenta a restrição específica constante em suas antecessoras, estabelecendo determinados requisitos necessários para ingresso no país por rodovias ou quaisquer meios terrestres, como o comprovante de vacinação, teste negativo ou não detectável para a infecção pelo coronavírus, com exceção de indivíduos não elegíveis para vacinação: "Art. 8º O viajante de procedência internacional, ao ingressar no País por rodovias ou quaisquer outros meios terrestres, deverá apresentar à autoridade migratória ou sanitária, quando solicitado: [...]" (BRASIL, 2021c, s.p., suprimimos). Tal posição foi seguida na edição das portarias subsequentes, também revogadas: nº 663 (art. 9º), nº 666 (art. 7º) e nº 670 (art. 7º), condicionando a entrada dos estrangeiros, pelas vias terrestres, à apresentação do comprovante de vacinação e protocolos de testagem.

Por fim, atualmente em vigor, a portaria interministerial de nº 678 de 12 de setembro de 2022, traz em texto contínuo, sem estabelecer diferenças entre transportes aéreo, terrestre e marítimo, as medidas excepcionais e temporárias para entrada no país, observando requisitos como comprovantes de vacinação, da realização de testes para refutar a infecção pela COVID-19, entre outras disposições específicas. As restrições impostas, assim como os requisitos exigidos, em caso de descumprimento, observam consequências como a responsabilização civil, administrativa e penal do infrator, a possibilidade de repatriação ou deportação, além da inabilitação do pedido de refúgio. (BRASIL, 2022). Ultrapassa-se, portanto, o

[7] A portaria interministerial de nº 658, importa destacar, em que pese a manutenção das disposições restritivas na linha de suas antecessoras, determinou, excepcionalmente, em seu art. 4º, inciso V, a continuidade de medidas de acolhimento emergenciais, consoante transcreve-se: "V - à execução de medidas de assistência emergencial para acolhimento e regularização migratória, nos termos da legislação migratória vigente, a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária, no território nacional, reconhecida por ato do Presidente da República, nos termos do parágrafo único do artigo 3º da Lei 13.684, de 21 de junho de 2018, de acordo com os meios disponíveis." (BRASIL, 2021b, s.p.).

posicionamento excludente de determinação do fechamento de fronteiras para ingresso a partir das vias terrestres.

Ainda que a maioria das portarias supracitadas, atualmente, não estejam em vigor – à exceção da Portaria de nº 678/2022 –, o propósito da presente discussão encontra-se na demonstração da violação do princípio da não devolução em inúmeras ocasiões da produção legislativa durante o período pandêmico[8] e, consequentemente, na percepção da frágil realidade que cerca a organização estatal em torno das migrações, sejam elas voluntárias ou forçadas. Mínimos pretextos são encontrados para que possam ser restringidos os direitos de migrantes e refugiados, expondo a lógica da exclusão que assombra as parcelas mais vulnerabilizadas. Nesse ponto, incute-se nos indivíduos, o medo da perda de uma boa vida, de empregos, vagas educacionais, redução na qualidade dos serviços públicos e da tendência ao surgimento de conflitos contra os componentes sociais, pregando o colapso da cidadania nacional diante da incerteza na recepção do diferente. Convive-se em uma sociedade "[...] assombrada pela fragilidade existencial e pela precariedade de sua condição e expectativas sociais [...]." (BAUMAN, 2017, p. 10) e que, portanto, não consegue compreender que a solidariedade intrínseca ao ato de acolhimento não pode ser restrita a uma perspectiva nacionalista.

As fronteiras transformaram-se em instrumentos de reafirmação da exclusão, filtrando os indivíduos considerados estranhos, indesejáveis, inúteis, intoleráveis, redundantes e, dentre esses, os que podem ser salvos para preencher espaços de exploração de mão-de-obra barata, utilizada para o rendimento máximo do esquema

[8] Ressalte-se que o princípio do *non-refoulement* foi atingido por outros episódios de violações em território nacional, inclusive com repercussão perante o Supremo Tribunal Federal. No ano de 2018, em sede de decisão liminar, nos autos da Ação Civil Pública nº 0002879-92.2018.4.01.4200 (BRASIL, 2018), determinou-se o fechamento da fronteira Brasil-Venezuela, suspendendo a entrada dos migrantes e refugiados com objetivo de estabilização do número de ingressos no território brasileiro. A medida representou o total descaso com a precarizada situação de todos aqueles que permaneceram desamparados nas fronteiras, de modo que, foi suspensa por decisão de desembargador do TRF-1, sob o fundamento de violação dos tratados dos quais o Brasil é signatário. Nos autos da Ação Cível Originária 3.121 (BRASIL, 2018), ajuizada pelo Governo de Roraima, sustentou-se, em decisão proferida pela ministra Rosa Weber, que a ordem de fechamento das fronteiras ocasionaria um esvaziamento da obrigação do *non-refoulement*, norteadora do recebimento dos refugiados nos Estados, uma vez que, mesmo que os deslocados não sejam enquadrados no conceito específico de refugiado, são sujeitos de direitos em condições de vulnerabilidade e, por tal razão, não podem ser privados de buscar acolhimento e acesso a direitos básicos.

neoliberal. (BAUMAN, 2017). Migrantes e refugiados, em sua maioria, vivem em situações de miséria, empobrecimento e vulnerabilidade, defrontando-se com sociedades enclausuradas e prontas para responder aos pedidos de acolhimento com atos de rejeição, exclusão e desculpas voltadas a manutenção da ordem nacional. (BAUMAN, 2017).

Observados de dentro da segurança dos muros estatais, migrantes e refugiados lutam pela sobrevivência em um mundo desumano e indiferente às dificuldades que lhes são inerentes. Nesse cenário, "[...] o migrante situa-se na fronteira, na tentativa de atravessá-la. Não é em cidadão, nem estrangeiro. Em todo lugar ele está sobrando, é um intruso que pula o muro, anula os limites, desperta constrangimento." (DI CESARE, 2020, p. 38). Suas reivindicações e anseios, em grande parte, acabam por ser desacreditados em recepções hostis fundadas por ideais de ordem e segurança ou ainda, filtrados a partir de uma hospitalidade condicionada aos interesses nacionais e ao melhor atendimento de premissas econômicas. (DI CESARE, 2020). Uma recepção atrelada a lucratividade e utilidade da existência do migrante, no entanto, desprovida do verdadeiro acolhimento e integração, reivindicação básica de seres humanos que se deslocam em busca de dignidade.

Toda a repulsa envolvendo a recepção de refugiados serve de combustível à adoção de políticas excludentes que impedem o acesso às fronteiras e, consequentemente, a todos os direitos e garantias que são desencadeados após a entrada e solicitações pertinentes. Conforme abordado, o despreparo para o recebimento de grandes fluxos de refugiados e a falta de organização Estatal durante o auge da pandemia da Covid-19, serviram como discursos de impacto utilizados para justificar o fechamento transfronteiriço e impedir a entrada de migrantes e refugiados pelas vias terrestres. Nesse esquema, segundo Giuliana Redin, verifica-se que, no contexto sociopolítico, com o endurecimento das restrições para o cruzamento transfronteiriço,

> [...] foram suprimidos arbitrariamente o direito humano de solicitação de refúgio, o impedimento de deportação sumária (Princípio do *non-refoulement*) e a garantia de regularização documental independente da situação migratória, assegurados em lei como parte da Política de Estado de direitos humanos. [...] Na emergência, o governo brasileiro não considerou os potencializados riscos à vida humana decorrentes do fechamento de fronteira aos mais vulneráveis, mas elegeu o inimigo discursivo para justificar o fechamento de fronteiras, expor os migrantes das fronteiras terrestres a rotas inseguras, marcadas pela

> exploração e violência, por impedir a 'entrada regular'. (2021, p. 164, grifo da autora, suprimimos).

O fechamento das fronteiras terrestres, assim, apresentou-se como uma resposta ineficaz, considerando que o principal potencial transmissor do vírus se demonstrava de forma mais expressiva pelas vias aéreas, tornando injustificável tal determinação, considerada como mais uma medida com consequências restritivas para os direitos dos refugiados. (VEDOVATO; BENINGER, 2021). As restrições fronteiriças, ao violarem diretamente uma das faces do princípio do *non-refoulement* diante do fechamento de fronteiras, representaram a mácula ao fundamento máximo de solidariedade em matéria migratória, cortando a possibilidade de um primeiro contato para acolhimento, o que, consequentemente, inviabiliza a aquisição da cidadania e a efetivação dos direitos humanos, preceitos basilares que oportunizam o acesso a direitos básicos, a obrigações necessárias, assim como ao compartilhamento de vivências, às trocas sociais, o respeito e a solidariedade, buscando integrar todos os seres humanos em suas diferentes culturas.

Nesse aspecto, verificam-se que as medidas emergenciais adotadas no decorrer da pandemia não encontraram amparo em aspectos solidários com fundamentos adequados à proteção de migrantes e refugiados que buscaram acolhida perante as fronteiras brasileiras no auge da pandemia da Covid-19, ignorando suas lutas, reivindicações e vulnerabilidades. Defronta-se, portanto, com episódios de violação direta ao princípio da não devolução, da ideia de uma cidadania solidária, dos direitos humanos, além dos ideais básicos de humanidade, solidariedade, empatia e hospitalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se o século XX foi considerado o século da morte, o momento corrente pode ser denominado como o século da indiferença, alheio aos ideais necessários à conformação de uma sociedade verdadeiramente humana, empática e solidária, especialmente com relação aos direitos dos refugiados. A busca pela efetivação dos seus direitos e prerrogativas enfrenta poderosos processos de exclusão, além do implemento de mecanismos que dificultam o recebimento, acolhimento e integração nos territórios das nações de acolhida, por meio de medidas normativas restritivas, bem como diante dos padrões xenofóbicos externados pela população local. Esse contexto, na atualidade, é aprofundado em função das decisões, atos e legislações

emergenciais desequilibradas, elaboradas no decorrer das instabilidades e fragilidades advindas com o contexto pandêmico. Os atos que buscavam frear os altos níveis de contaminação, contudo, acabaram somente por acrescer a carga de vulnerabilidades que recaem sobre os indivíduos deslocados que buscam abrigo.

Por tais razões, visualiza-se que a edição das portarias interministeriais citadas no texto, elaboradas no auge da pandemia da Covid-19, demonstram uma atuação voltada a restrição dos direitos dos refugiados que buscavam acolhimento em território nacional, perpetuando movimentos excludentes, violando preceitos de direitos humanos, dos instrumentos de proteção existentes no Direito Internacional dos Refugiados, da essência do princípio do *non-refoulement* enquanto base para a efetivação de toda a rede protetiva existente, assim como de disposições constitucionais que guiam o desenvolvimento de uma sociedade justa, livre e solidária, atuante em prol dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana. Inviabilizar a entrada de migrantes e refugiados, a exemplo dos atos de fechamento de fronteiras, representa um ato de severa mácula contra os direitos humanos, entravando o acesso à cidadania nos países de acolhida e, consequentemente, a todos os direitos e obrigações que dela decorrem e que são essenciais para uma sociedade cooperante.

Assim, restringindo-se a possibilidade de efetivação do direito de acolhimento, desvirtuam-se as bases humanitárias que buscam proteger todos os seres humanos, em especial, migrantes e refugiados. Em uma sociedade como a brasileira, detentora de um extenso rol de direitos fundamentais, de amplas previsões direcionadas ao respeito pelos direitos humanos, assim como uma avançada legislação em matéria migratória, torna-se paradoxal que ainda seja observada a elaboração de atos normativos, tais como as portarias interministeriais citadas no estudo, tendentes a violar diretamente preceitos humanitários básicos que buscam proteger os direitos de migrantes e refugiados, no particular de suas diferenças e de suas vulnerabilidades.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951**. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 09 mai. 2022.

BAUMAN. **Estranhos à nossa porta**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BRASIL. Justiça Federal do Estado de Roraima. **Ação Civil Pública 0002879- 92.2018.4.01.4200.** Utilização de bens e serviços públicos. Requerente: Ministério Público Federal e Defensoria Pública da União. Recorrido: Estado de Roraima e União. Juiz Federal Helder Girão Barreto. Roraima, 5 de agosto de 2018. Disponível em: https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=0002879- 92.2018.4.01.4200&secao=RR&pg=1&enviar=Pesquisar. Acesso em: 18 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm. Acesso em: 09 mai. 2022.

BRASIL. **Portaria nº 652, de 25 de janeiro de 2021**. Dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros, de qualquer nacionalidade, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. Brasília: Presidência da República, 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria-652-21-ccv.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. **Portaria nº 658, de 05 de outubro de 2021**. Dispõe sobre medidas excepcionais e temporárias para entrada no País, nos termos da Lei n° 13.979, de 2020. Brasília: Presidência da República, 2021b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/Portaria-658-21-ccv.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. **Portaria nº 661, de 8 de dezembro de 2021**. Dispõe sobre medidas excepcionais e temporárias para entrada no País, nos termos da Lei n° 13.979, de 2020. Brasília: Presidência da República, 2021c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/Portaria-661-21-ccv.htm#art22. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. **Portaria nº 678, de 12 de setembro de 2022**. Dispõe sobre medidas excepcionais e temporárias para entrada no País, nos termos da Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/Portaria-678-22-cc.htm#art15. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária 3.121**. Direito Internacional, Admissão, Entrada, Permanência e Saída de Estrangeiro. Autor: Estado de Roraima. Réu: União. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 6 de agosto de 2018. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5437155. Acesso em: 18 nov. 2022.

DI CESARE, Donatella. **Estrangeiros residentes: uma filosofia da migração**. Trad. Cézar Tridapalli. Belo Horizonte: Âyiné, 2020.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007. Disponível em: http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/O-Direito-Internacionaldos-Refugiados-e-sua-Aplica%C3%A7%C3%A3o-no-OrdenamentoJur%C3%ADdico-Brasileiro.pdf. Acesso em: 08 mai. 2022.

MARQUES, Rodolfo Ribeiro Coutinho. **O Princípio do Non-Refoulement no Direito Internacional Contemporâneo**: escopo, conteúdo e natureza jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

NASCIMENTO, Luiz Sales do. **A cidadania dos refugiados no Brasil**. 2.ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

PAULA, Bruna Vieira de. O princípio do non-refoulement, sua natureza de jus cogens e a proteção internacional dos refugiados. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humano**s. Ano 7, Vol. 7, Número 7 - 2006/2007, p. 51-67. Disponível em: http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/issue/view/14. Acesso em: 13 nov. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria dos direitos humanos na ordem internacional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REDIN, Giuliana. Lei de migração e pessoas refugiadas no brasil: uma visão crítica. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). **70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados**: (1951-2021) perspectivas de futuro. Brasília: ACNUR Brasil, 2021. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/12/70-anos-projeto-WEB.pdf. Acesso em: 09 mai. 2022.

UNHCR. **Global Trends**. Forced Displacement in 2021. 2022. Disponível em: https://www.unhcr.org/62a9d1494/global-trends-report-2021. Acesso em: 11 jul. 2022.

VEDOVATO, Luis Roberto; BAENINGER, Rosana. Os fluxos de migração refugiada no século XXI - desafios demográficos e jurídicos. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto M. A; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). **70 anos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados**: (1951-2021) perspectivas de futuro. Brasília: ACNUR Brasil, 2021. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/12/70-anos-projeto-WEB.pdf. Acesso em: 09 mai. 2022.

LIBERDADE RELIGIOSA E RECUSA DE HEMOTRANSFUSÃO POR PACIENTES TESTEMUNHAS DE JEOVÁ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Bárbara Sommer Bratz[1]
Taciana Marconatto Damo Cervi[2]

RESUMO: O Artigo Científico desenvolvido frente ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus Santo Ângelo, tem como finalidade analisar os motivos existentes para que, ainda nos dias de hoje, há dúvidas acerca de qual direito fundamental prevalece no que se refere a transfusão de sangue entre pacientes Testemunhas de Jeová. Desta forma, utilizando o método de abordagem hipotético-dedutivo, o estudo baseia-se no seguinte questionamento: a autonomia da vontade dos pacientes que seguem a religião das Testemunhas de Jeová prevalece sobre o direito à vida, no que tange a hemotransfusão? A pesquisa desenvolvida demonstra que ambos os direitos são tutelados no ordenamento jurídico brasileiro, existindo, assim, debates crescentes sobre a sua aplicação em decisões médicas e judiciais. Todavia, verifica-se a prevalência pela autonomia da vontade do paciente, que é detentor de toda e qualquer decisão que envolva a sua saúde e sua integridade física e moral, baseando suas escolhas em leis que versam sobre a dignidade da pessoa humana e em versículos bíblicos, estudados e debatidos na religião das Testemunhas de Jeová.
Palavras-chave: autonomia da vontade; direitos; testemunhas de jeová; transfusão de sangue; religião; vida.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 protege e garante ao ser humano direitos e garantias necessárias para uma vida digna. Todavia, quando se trata de assuntos que envolvem direitos fundamentais, como a vida e a autonomia da vontade, os debates sobre o tema são crescentes. A pesquisa reflete sobre a colisão entre o princípio da autonomia da vontade e o direito à preservação da vida, além da análise sobre leis e resoluções que versam sobre o assunto da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová.

Diante do exposto, questiona-se: a autonomia da vontade dos pacientes que seguem a religião das Testemunhas de Jeová prevalece sobre o direito à vida, no que tange a hemotransfusão? O problema

[1] Acadêmica do 10º semestre de Graduação em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus Santo Ângelo. E-mail: barbarasb12345@gmail.com.
[2] Doutora em Direito pela UFRGS. Docente permanente no Programa de Pós-Graduação em Direito – Stricto sensu, Mestrado e Doutorado. E-mail: taciana@san.uri.br.

acima disposto trabalha com hipóteses que relatam que ainda há muitas divergências entre a autonomia da vontade do paciente sobre o seu próprio corpo e o que a lei estabelece, em se tratando da religião das Testemunhas de Jeová. Essas divergências acontecem, pois, ambos os direitos, tanto a vida como a autonomia da vontade, estão previstos no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. Observa-se, portanto, a desarmonia existente entre dois grandes direitos fundamentais de qualquer cidadão.

O objetivo geral deste estudo é analisar os motivos existentes para que, ainda nos dias de hoje, se mantenha dúvidas acerca de qual direito fundamental prevalece no que se refere a transfusão de sangue entre pacientes Testemunhas de Jeová e consequentemente, entender em que circunstâncias a autonomia da vontade do paciente é observada, utilizando-se, assim, o método hipotético-dedutivo.

COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E O DIREITO À PRESERVAÇÃO DA VIDA

Toda pessoa é possuidora de direito e deveres, seguindo a doutrina do Código Civil de 2002. Ademais, há diversos princípios basilares presentes na atual Constituição Federal de 1988 que garantem ao cidadão os meios básicos para manter a dignidade da pessoa humana e ter uma vida justa e igualitária.

No que se refere às Testemunhas de Jeová, nota-se a colisão existente entre os princípios essenciais de qualquer indivíduo, tais como a autonomia da vontade e o direito à preservação da vida, adentrando no princípio da beneficência do médico. Neste quesito, é necessário compreender o que cada princípio significa e a sua influência na relação jurídica e hospitalar. Dessa forma, Oliveira Júnior refere que o princípio da autonomia da vontade, “compreende o agente capaz, com plenas condições de discernimento a respeito de sua saúde, integridade físico-psíquica e suas relações sociais.” (OLIVEIRA JÚNIOR, 2015, s.p.). Sendo assim, nota-se que toda pessoa possui o poder de agir conforme a sua vontade, tomando decisões que só dizem respeito a si.

Em outra visão, há o direito à preservação da vida e o dever do médico de prezar pela vida do paciente. Adentra-se, deste modo, no princípio da beneficência, que “está sustentado na regra da confiabilidade, em que o médico tem a obrigação de sempre causar os menores prejuízos ou agravos à saúde do paciente.” (SOARES JÚNIOR, 2013, p. 25). Esse princípio está inserido no Código de Ética Médica (2009), que regula as ações dos profissionais da saúde,

relatando que “o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.” (RESOLUÇÃO CFM, 2009). Observando este princípio é que o médico pratica decisões que vão de encontro a opção do paciente, realizando terapias e tratamentos à base de sangue, que, pelo seu entendimento está exercendo e auxiliando no bem-estar do paciente. Desta maneira, porém, ocorre o conflito entre esses princípios. (LAPA; LOURENÇO, , 2011, p. 121).

Além disso, o direito fundamental à vida adentra nessa polêmica, pois ao negar uma hemotransfusão, a Testemunha de Jeová está negando a sua preservação da vida, em prol da sua autonomia e crença religiosa. Todavia, Alcântara e Cerqueira (2015, p. 6), fazem uma reflexão sobre a vida com dignidade, em que afirmam, que

> No âmbito jurídico o bem da vida teve sua supremacia em tempos remotos, a garantia da vida biológica bastava. No entanto com a evolução dos tempos e do homem e principalmente sem as amarras do preconceito para com as minorias, fica evidente que ter uma vida sem que sejam considerados os valores morais, psicológicos, espirituais e de pensamento, contraria o próprio sentido de viver em sua plenitude. A condição humana está ligada diretamente à dignidade. (ALCÂNTARA; CERQUEIRA, 2015, p. 6).

Analisando o acima citado, entende-se que a vida com dignidade é aquela que envolve todo o valor do ser humano compreendido em suas diversas dimensões física e psíquica. Assim:

> O princípio da dignidade da pessoa humana é o cume, o ápice do sistema jurídico brasileiro e do da maioria dos países: na verdade é um superprincípio, do qual decorrem a necessidade de respeito à integridade física, psíquica e intelectual do indivíduo, relacionando-se, também, à proteção da igualdade e da liberdade do ser humano. (LEIRIA, 2007, p. 215).

Ademais, complementa dizendo que “mesmo o direito fundamental à vida não é absoluto, encontrando limites no princípio da dignidade da pessoa humana, que, afinal, é o alicerce de todo e qualquer direito.” Portanto, ao realizar a hemotransfusão de modo forçado e sem permissão em um paciente, “equivaleria a violentá-lo, não só no seu corpo, mas também nas suas convicções religiosas, no seu modo de ver e compreender o mundo.” (LEIRIA, 2007, p. 216).

A partir disso, parece adequado destacar que o ordenamento jurídico brasileiro considera hipóteses de relativização do direito à vida.

Veja-se o exemplo da ponderação de interesses como em caso de guerra declarada, em que a pena de morte no Brasil é admitida, consoante o artigo 5º, inciso XVLII, alínea a, da CRFB/88 (BRASIL, 1988, s.p.) e, ainda, em situações de exclusão da ilicitude, como é o caso da legítima defesa, estado de necessidade e em razão do estrito cumprimento do dever legal, de acordo com o artigo 23 do Código Penal (BRASIL, 1940, s.p.).

Veja-se o que entende Silva:

> Descaracterizando assim a supremacia do direito à vida em face dos outros princípios constitucionais. Como dito anteriormente, deve-se tutelar na integralidade o direito à vida de forma que o Estado deverá garantir que a dignidade como autonomia se faça valer e ponderar se o ato de vontade da pessoa caracteriza a disposição de um direito ou a aplicabilidade dele em sua integralidade, como é o caso das Testemunhas de Jeová. (SILVA, 2018, p. 18-19).

Quando há a ocorrência de conflitos entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, Alcântara e Cerqueira (2015, p. 6) sugerem a análise precisa de cada situação, por parte do jurista ou do médico responsável pelo paciente, pois

> Pesquisas relatam que em casos em que a transfusão de sangue foi efetuada desrespeitando a vontade da testemunha de Jeová, este que foi transfundido, ficou à margem de sua comunidade religiosa, não mais sendo aceito na congregação. Restando para este ser humano uma vida biológica apenas, isolado de toda comunidade que antes convivia. Então, é primordial a análise de cada caso concreto, para que enquanto vida houver, que seja uma vida digna em respeito às suas crenças, preceitos morais, psicológicos e culturais. Ao serem internadas e optarem por tratamento médico que dispensa o uso de transfusão de sangue, a Testemunha de Jeová está exercendo o direito à vida em plenitude. Busca cuidados médicos de qualidade evitando os perigos transfusionais, zela por sua autonomia e liberdade de escolha de tratamento médico tendo como principal motivação sua crença religiosa. Não gera conflitos de direitos fundamentais, entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa, pelo contrário, exercita o direito de utilizá-los com sua postura. (ALCÂNTARA; CERQUEIRA, 2015, p. 6).

Observando os dois preceitos bases da relação entre o médico e o paciente, e a questão da transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová, surge a dúvida entre qual princípio prevalece,

visto que o médico tem o dever de zelar pela saúde do paciente, ofertando o melhor tratamento médico, e o paciente possui a autonomia em seu próprio corpo, decidindo qual decisão tomar, baseado em suas convicções e desejos. Devido a essa divergência, Lapa e Lourenço (2011, p. 121), trazem duas correntes sobre esse tema. Na primeira corrente, há a defesa da autonomia do paciente, em que os direitos inerentes a ele devem ser protegidos, conferindo ao médico o dever de prestar informações, assegurando o direito à privacidade e confidencialidade. A segunda corrente, entretanto, traz o princípio da beneficência, referindo que o médico tem o dever de zelar pelo bem-estar do paciente, acima de qualquer outro princípio inerente a que ele faz jus.

Visando todas as mudanças ocorridas na área médica e a superioridade dos direitos da autonomia na Era Contemporânea, a corrente que versa sobre autodeterminação prevalece, sendo raras as ocasiões que a corrente contrária predomina. (LAPA; LOURENÇO, 2011, p. 121).

Desta maneira, Munõz e Fortes, relatam que

> Respeitar a autonomia é reconhecer que ao indivíduo cabe possuir certos pontos de vista e que é ele quem deve deliberar e tomar decisões segundo seu próprio plano de vida e ação, embasado em crenças, aspirações e valores próprios, mesmo quando divirjam daqueles dominantes na sociedade ou daqueles aceitos pelos profissionais de saúde. O respeito à autonomia requer que se tolerem crenças inusuais e escolhas das pessoas desde que não constituam ameaça a outras pessoas ou à coletividade. Afinal, cabe sempre lembrar que o corpo, a dor, o sofrimento, a doença são da própria pessoa. (MUNÕZ; FORTES, 1998, p. 58).

Ademais, observando o respeito pela autonomia do indivíduo, e nesses casos em debate, do paciente Testemunha de Jeová, Lapa e Lourenço reportam complementação a ideia de Munõz e Fortes, referindo que:

> A autodeterminação é um dos direitos fundamentais do homem. Cada vez mais se percebe que os pacientes têm buscado envolver- se ativamente no rumo de seus tratamentos, estando mais presentes as figuras da recusa e do consentimento no que se refere às intervenções sobre sua vida e saúde. (LAPA; LOURENÇO, 2011, p. 121).

Como o tema sobre a autonomia é amplo, Rajtar (2013, s.p.), através de um estudo realizado na Alemanha, defende que se tratando do assunto da transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová, há dois entendimentos a respeito do significado de autonomia. O primeiro, compreende a autonomia baseada na razão, que seria a autonomia do médico, que age com a razão para salvar a vida do paciente; com relação ao segundo entendimento, o exercício da autonomia encontra suporte na possibilidade de escolha. Nesse sentido, tem-se que os pacientes Testemunhas de Jeová desta compreensão fazem uso, possuindo o livre arbítrio para decidir qual a melhor escolha tomar, baseado em seus princípios e crenças.

Sendo assim, visando a fala do autor acima citado, ambas as partes da relação do médico-paciente possuem autonomia em suas decisões. Todavia, nota-se que o ser humano, detentor de deveres e direitos, possui a ampla escolha de decidir o que melhor se adapta a sua religião, como é o caso das Testemunhas de Jeová. Em complementação, é essencial a citação do direito à liberdade de crença religiosa, que complementa a ideia de autonomia. Nesse sentido, Lapa e Lourenço aludem que

> (...) as liberdades de crença, como todas as liberdades constitucionais, desde que não prejudiquem a terceiros, não toleram nenhuma coação e não podem sofrer limitações. Obrigar uma pessoa a receber sangue, quando isso é contrário às suas concepções religiosas e à sua consciência, é uma afronta à lei escrita e à norma constitucional expressa. (LAPA; LOURENÇO,,2011, p. 123).

Ademais, Alcântara e Cerqueira, fazem alusão a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao destacarem que

> (...) embora a crença religiosa e a consciência moral possam vir como motivadoras da decisão, ao recusar transfusão de sangue e optar por outro tratamento, estão na verdade, exercendo em primeiro plano seu direito constitucional à autonomia estribada na dignidade da pessoa humana. Não se trata, portanto, de mero exercício de culto às custas da Medicina, do médico ou do hospital, mas sim, exercício do direito de escolha, independente do motivo. Desrespeitar os desejos do paciente Testemunha de Jeová, que deseja viver e manter seu direito à vida por meio de tratamento sem hemotransfusão, aniquilará sua esfera mais íntima da vida, e sua própria condição humana. (ALCÂNTARA; CERQUEIRA, 2015, p. 10).

Diante do debate, percebe-se notória a presença de direitos fundamentais quando se debate acerca da hemotransfusão em Testemunhas de Jeová, pois princípios basilares nesta relação implicam em divergências doutrinárias e judiciais. Todavia, a prevalência pelo princípio da autonomia do paciente possui maior incidência no que tange a esse tema. Nesse aspecto, Silva (2018, p. 14) complementa a ideia de autonomia e dignidade da pessoa humana concluindo que

> (...) a dignidade em sua essência principal é a expressão máxima da autonomia individual, sendo garantida constitucionalmente para que não se perpetue na história a supressão de direitos inerentes ao ser humano e nem que este seja tratado apenas como um mero objeto. (SILVA, 2018, p. 14).

Portanto, observa-se que, a colisão existente entre os princípios basilares da Carta Magna traz inúmeras dúvidas sobre a prevalência no âmbito jurídico e hospitalar. Sendo assim, para basear-se em uma decisão, é necessário socorrer-se das leis que versam sobre o assunto, e analisar cada situação, ponderando sobre o desejo e a convicção de cada pessoa. Desta forma, é analisado neste subtítulo alguns aspectos jurídicos a respeito da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, tais como leis e resoluções que versam sobre o tema.

ASPECTOS JURÍDICOS A RESPEITO DA TRANSFUSÃO DE SANGUE EM TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

Diante do conflito existente entre os princípios que norteiam a relação do médico com o paciente, as demandas judiciais acerca desse assunto demonstram um enorme debate no que se refere à transfusão de sangue nas Testemunhas de Jeová. Neste sentido, é válido destacar algumas leis que protegem e asseguram uma vida digna e plena, além de dispositivos legais que garantem a liberdade religiosa a todo o cidadão. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988, s.p.) relata no artigo 5º, caput e incisos VI e VIII que,

> 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:

> VI - é inviolável a liberdade de consciência[3] e de crença[4], sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
> 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, s.p.).

Visando os artigos acima supracitados, nota-se que o direito à vida, presente no caput do artigo 5º, é um direito inviolável de todo o cidadão brasileiro ou estrangeiro residente no país, da mesma maneira ocorrendo com a crença religiosa, que é um direito fundamental. Além disso, a Declaração dos Direitos Humanos (ONU, 1948, s.p.), diz no artigo 18 que

> Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos. (ONU, 1948, s.p.).

Dessa forma, os fiéis da religião das Testemunhas de Jeová, de acordo com a Carta Magna e com a Declaração dos Direitos Humanos, têm a proteção constitucional e legal de exercer sua crença com liberdade e diante disso, não poderão ser privados de nenhum direito.

Todavia, alguns direitos entram em conflito quando adentra-se no debate da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová. Em vista disso, no ano de 2019, a Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal (STF) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 618 com o objetivo de “assegurar às Testemunhas de Jeová maiores de idade e capazes o direito de não se submeterem a transfusões de sangue por motivo de convicção pessoal.” (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019). Ademais, reiterou que

[3] A liberdade de consciência apresenta-se como um conceito mais amplo, que incorpora seja a liberdade religiosa, de professar qualquer crença religiosa, seja a liberdade de ter convicções filosóficas destituídas de caráter religioso. (PIRES, 2012, p. 54).

[4] A liberdade de crença entra na liberdade de escolha de uma religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade(ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a uma religião alguma. (ROMANO, 2017, s.p.).

> (...) seja concedida medida cautelar para afastar qualquer entendimento que obrigue médicos a realizarem transfusão quando houver expressa recusa dos pacientes maiores de idade e capazes, mantendo-se a obrigatoriedade apenas quando o paciente for menor, nos casos em que o tratamento for indispensável para salvar a vida da criança, independentemente de oposição dos responsáveis. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

Além do mais, Dodge justificou o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no sentido de não haver decisões pacíficas sobre o tema, visto que a temática encontra-se em divergência em diversos Tribunais Estaduais, como por exemplo, no Tribunal de Justiça de São Paulo, que obrigou a Testemunha de Jeová a receber a transfusão em 2021 (GENTILE, 2021, s.p.), e no Rio Grande do Norte, que negou a liminar pedida pelo Estado para obrigar o paciente a realizar a transfusão de sangue em 2020. (JUSTIÇA..., 2020, s.p.).

Nesse viés, em vista da divergência de ambos os Tribunais Estaduais, necessário se faz analisar a justificativa de cada um em relação à problemática. Gentile (2021, s.p.), relata que a Justiça Paulista, decidiu realizar de forma forçada uma transfusão em uma mulher de 58 anos, em pleno discernimento, alegando que "A escusa religiosa não pode se sobrepor ao direito à vida.", concedendo, dessa forma, uma tutela de urgência, para que o Hospital encarregado, realizasse todas as diligências essenciais para a manutenção da vida da paciente. Com a decisão do Magistrado, a defesa da paciente declarou que a mesma possuía plena consciência sobre seus atos, conhecendo as consequências de sua decisão e que a Carta Magna de 1988, “não permite que um médico assuma a posse do corpo de um paciente a ponto de decidir por ele qual a melhor maneira de seguir a sua vida”. Acrescentou que, "trata-se de uma escolha existencial legítima, baseada em crenças religiosas que não podem ser questionadas por outros.” (GENTILE, 2021, s.p.).

Já a Justiça do Rio Grande do Norte agiu de forma oposta à Justiça Paulista, negando a liminar apresentada pelo Estado para realizar a Transfusão de Sangue em um paciente Testemunha de Jeová. O Magistrado responsável pelo caso, Bruno Montenegro, relatou em sua decisão que

> Ao menos à primeira vista, entendo que deve preponderar a autonomia da vontade do requerido, pessoa adulta, consciente, em plena condição de exercer seus direitos

> mais caros. Deve ser obedecido o dever de esclarecimento, ao paciente, acerca dos desdobramentos, dos efeitos e das consequências de sua opção, por intermédio de informações adequadas e detalhadas. (JUSTIÇA..., 2020, s.p.).

Em sua decisão, é possível a análise da prerrogativa da autonomia da vontade, que cerceia as relações humanas, trazendo independência para o paciente. Ademais, complementou dizendo que

> A rigor, as Testemunhas de Jeová consideram a vida uma dádiva divina e não hesitam em acionar a assistência médica, desde que necessária. Defendem e fomentam, todavia, o desenvolvimento e o manejo de métodos alternativos à transfusão de sangue e, em caso de inviabilidade ou de inexistência, optam pela resignação quanto à eventual morte, com a manutenção, incólume, de suas convicções religiosas. (JUSTIÇA..., 2020, s.p.).

Acrescenta-se, também, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que, no ano de 2020, autorizou a transfusão de sangue em um paciente adulto, que se encontrava internado devido a uma Síndrome Respiratória Aguda Grave. O Juiz Sandro Cássio de Melo Fagundes decidiu, no dia 05 de junho,

> (...) deferir o pedido de tutela de urgência antecipada antecedente formulado na inicial, para autorizar a imediata realização de transfusão de sangue no paciente e requerido pelo nosocômio requerente independente de assinatura de termo de consentimento. (GOIÁS, 2020, p. 3).

Em virtude dessa decisão judicial, o Observatório Direito dos Pacientes publicou uma nota de repúdio no dia 17 de junho de 2020, alegando que a “transfusão de sangue se revela em desacordo com o consenso internacional acerca de decisões substitutas.” Além disso, relataram ser

> (...) lamentável que no Brasil, em pleno século XXI, ainda existam decisões judiciais que violem os direitos humanos dos pacientes Testemunhas de Jeová, aviltem a sua dignidade e os desumanizem, transformando-os em objetos de medidas médicas invasivas. (NOTA DE REPÚDIO, 2020, p. 3).

Por esses motivos e devido às divergências judiciais, é fundamental a aprovação da ADPF 618, para que os entendimentos

acerca do tema sejam pacíficos e unânimes. No momento, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 618 encontra-se em trâmite no STF, debatendo-se com diversos artigos que contrariam o pedido na ADPF, tais como a Resolução nº 2.232, de 17 de julho de 2019 (RESOLUÇÃO CFM, 2019), que refere que

> Art. 3º. Em situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros. (RESOLUÇÃO CFM, 2019).

No mesmo teor, até o ano de 2019, estava em vigor a Resolução CFM nº 1.021/1980, que relatava o dever do médico, em situações de iminente perigo de vida, praticar a transfusão de sangue, mesmo não existindo a autorização do paciente. Devido às mudanças em algumas legislações, como o Código de Ética Médica, e com o Parecer CFM nº 12/14, houve a revogação da referida Resolução, entrando em vigor a Resolução CFM Nº 2.232/2019, em setembro de 2019, que "estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente." (RESOLUÇÃO CFM, 2019).

Esta Resolução trouxe inúmeros benefícios às Testemunhas de Jeová, garantindo direitos inerentes ao paciente. Nesse sentido, no artigo 2º da Resolução CFM Nº 2.232/2019, relata que

> Art. 2º: É assegurado ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo, de acordo com a legislação vigente.
> Parágrafo único: O médico, diante da recusa terapêutica do paciente, pode propor outro tratamento quando disponível. (RESOLUÇÃO CFM, 2019).

Além disso, o Código de Ética Médica, isto é, a Resolução CFM nº 1.931/09 (RESOLUÇÃO CFM, 2009), foi um dos documentos essenciais para a entrada em vigor da Resolução CFM Nº 2.232/2019 (RESOLUÇÃO CFM, 2019), pois nele é contido dispositivos de leis que garantem prerrogativas indiscutíveis do paciente e deveres do médico, como é o caso do item XXI, que refere

> XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões

> legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas. (RESOLUÇÃO CFM, 2019).

Por conseguinte, alguns artigos do Código de Ética Médica (RESOLUÇÃO CFM, 2009), datado de 17 de setembro de 2009, complementam os motivos da nova Resolução, sendo os artigos 22, artigo 24 e artigo 31 fundamentais, pois vedam o médico de

> Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte. (RESOLUÇÃO CFM, 2009).
> (...)
> Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo. (RESOLUÇÃO CFM, 2009).
> (...)
> Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte. (RESOLUÇÃO CFM, 2009).

Ademais, importante se faz menção ao Código Civil de 2002, em observância aos direitos da personalidade, que traz no seu artigo 15, que “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” (BRASIL, 2002, s.p.), uma vez que se tem conhecimento de que a transfusão de sangue possui riscos a vida do ser humano, se feita com negligência, e possível causadora de transmissão de doenças, que podem não ser detectadas em exames, conforme já analisado anteriormente. (SILVA JÚNIOR; RATTNER; MARTINS, 2016, s.p.).

Acrescenta-se, por fim, o Recurso Extraordinário 1212272, Tema 1069, que foi interposto pela paciente Malvina Lúcia Vicente da Silva, no dia 24 de maio de 2019, com o objetivo de discutir

> à luz dos artigos 1º, inciso III; 5º, caput e incisos II, VI e VIII; e 196 da Constituição Federal, o direito de autodeterminação dos testemunhas de Jeová de submeterem-se a tratamento médico realizado sem transfusão de sangue, em razão da sua consciência religiosa. (BRASIL, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2019).

O tema de repercussão geral chegou ao STF após uma série de decisões desfavoráveis para a recorrente que, no tribunal de origem, ajuizou “ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência antecipada contra a União, o Estado de Alagoas e o Município de Maceió, na qual relata ser pessoa maior e capaz e que necessita realizar cirurgia de substituição de válvula aórtica”. (BRASIL, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2019).

Por motivos religiosos, a recorrente optou em “realizar o tratamento de saúde sem que haja sua submissão à transfusão de sangue”. Todavia, a equipe médica requereu a “assinatura de um Termo de Consentimento para utilização de hemoterapia, por receio do hospital e da equipe médica de eventual responsabilização futura em decorrência da escolha da paciente”. Consequentemente, a autora da demanda “sustenta violação do princípio da dignidade da pessoa humana e articula com a obrigação dos serviços públicos de saúde em oferecer tratamento médico, sem transfusão de sangue homólogo.” (BRASIL, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2019).

Em virtude deste Recurso Extraordinário, o Procurador-Geral da República, Augusto Aras, opinou pelo provimento do respectivo recurso, sugerindo, a seguir, a fixação das teses abaixo:

> I – É permitido ao paciente recusar-se a se submeter a tratamento de saúde, por motivos religiosos, como manifestação positiva de sua autodeterminação e de sua liberdade de crença.
> II – A recusa a tratamento de saúde, por motivos religiosos, é condicionada à decisão inequívoca, livre, informada e esclarecida do paciente; ao não envolvimento de crianças, adolescentes ou incapazes; e à ausência de risco à saúde pública e à coletividade.
> III – É possível a realização de procedimento médico, disponibilizado a todos pelo sistema público de saúde, com a interdição da realização de transfusão sanguínea ou outra medida excepcional, caso haja viabilidade técnico-científica de sucesso, anuência da equipe médica com a sua realização e decisão inequívoca, livre, informada e esclarecida do paciente. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

Desta maneira, nota-se que apesar de leis e a Resolução CFM Nº 2.232/2019, que surgiu com o objetivo de regular essas relações e versar sobre o assunto da autonomia da vontade, ainda ocorrem diversas decisões judiciais que vão de encontro ao que a lei preceitua. E devido a isso, a ADPF 618, juntamente com o Recurso Extraordinário 1212272, são possibilidades plausíveis para uniformizar o

entendimento perante esse tema amplamente debatido, uma vez que a questão acerca dessa temática envolve direitos inerentes ao ser humano, como a vida, a autonomia da vontade e os direitos da personalidade.

CONCLUSÃO

A Religião das Testemunhas de Jeová, desde a sua instituição na sociedade, é detentora de ritos e culturas que a torna diferente das demais religiões existentes. Neste viés, a transfusão de sangue é um dos tópicos mais distintivos desta religião, em virtude da proibição ao seu uso e armazenamento de sangue. A transfusão de sangue ultrapassa as barreiras físicas vistas a olho nu, já que adentra no universo dos direitos fundamentais da pessoa humana, tais como, o direito à vida e o direito à autonomia da vontade. Diante do contexto, a monografia foi conduzida pelo seguinte questionamento: a autonomia da vontade dos pacientes que seguem a religião das Testemunhas de Jeová prevalece sobre o direito à vida, no que tange a hemotransfusão?

Diante de todo o exposto, confirma-se a hipótese inicial da pesquisa, de que ainda há, mesmo com vários debates sobre o tema, muitas divergências existentes entre a autonomia da vontade do paciente em decidir sobre o tratamento de saúde que almeja ser adequado e o que a lei estabelece quando refere-se ao direito à vida, analisando na ótica da religião das Testemunhas de Jeová. Essas divergências acontecem, pois, ambos os direitos estão previstos no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, isto é, tanto a vida como a autonomia da vontade encontram respaldo jurídico para a sua iminência nas decisões judiciais. Observa-se, portanto, a desarmonia existente entre dois direitos fundamentais do cidadão.

Portanto, um método plausível para a solução deste conflito, como já citado anteriormente, é a aprovação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 618, juntamente com o Recurso Extraordinário 1212272, que tem como objetivo a uniformização deste tema, trazendo a segurança necessária as Testemunhas de Jeová maiores de idade e capazes, de não se submeterem a transfusões de sangue por motivo de convicção pessoal. A autonomia da vontade do paciente e o direito à vida devem ser observados, indubitavelmente, em todas as situações, respeitando a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Dione Cardoso, CERQUEIRA, Lucienne de Brito. A transfusão Sanguínea em Testemunha de Jeová à luz do Direito. **Jus.com.br.** 12 de fevereiro de 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/36384/a-transfusao-sanguinea-em-testemunha-de-jeova-a-luz-do-direito. Acesso em: 09 de novembro de 2022.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; ADPF 618. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Processo eletrônico: nº 7000609-08.2019.1.00.0000. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5769402. Acesso em: 4 de novembro de 2022.

BRASIL. **Código Civil de 2002.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso: 1 de novembro de 2022.

BRASIL. **Código de Ética Médica, Resolução CFM nº 1.931/09**. Brasília, DF: Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica. pdf .Acesso em: 4 de novembro de 2022.

BRASIL. **Código Penal de 1940**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 2 de novembro de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 12 de novembro de 2022.

BRASIL, **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**. PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Recurso Extraordinário 1.212.272/AL. Disponível em:

https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5703626. Acesso em: 4 de
novembro de 2022.

BRASIL. **Resolução nº 2.232, de 17 de julho de 2019**. Disponível em:
https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.232-de-17-de-julho-de-2019-
216318370. Acesso em: 4 de novembro de 2022.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **ONU**.10 de dezembro
de 1948. Disponível em: https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/ Acesso em: 3 de novembro de 2022.

GENTILE, Rogério. Justiça obriga testemunha de Jeová a receber transfusão de
sangue. **UOL.** 19 de outubro de 2021. Disponível em:
https://noticias.uol.com.br/colunas/rogerio-gentile/2021/10/19/justica-obriga- testemunha-de-jeova-a-receber-transfusao-de-sangue.htm. Acesso em: 2 de novembro de 2022.

GOIÁS. Comarca de Goiânia, Goiás. 28 Vara Cível. **Processo: 5263550.17.2020.8.09.0051**. Decisão: folha 3. 2020. Disponível em:
https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/3834C3FCDFB8D8_transfusao.pdf.
Acesso em: 1 de novembro de 2022.

JUSTIÇA nega liminar para obrigar testemunha de Jeová com Covid-19 a receber
transfusão de sangue. **G1**. Rio de Janeiro. 2020. Disponível em:
https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2020/08/06/justica-nega-liminar- para-obrigar-testemunha-de-jeova-com-covid-19-a-receber-transfusao-de-sangue.ghtml. Acesso em: 3 de novembro de 2022.

LAPA, Fernanda Brandão. LOURENÇO, Karina Elisa Machado Lopez. **A transfusão
de sangue e as testemunhas de Jeová:** conflito ou concorrência de direitos?.
2011. Disponível em:

http://vdisk.univille.edu.br/community/revista_rdu/get/Volume%201/11_KarinaElise1.
pdf. Acesso em: 04 de novembro de 2022.

LEIRIA, Cláudio da Silva. **Transfusão de sangue contra a vontade de paciente da religião Testemunhas de Jeová:** Uma gravíssima violação de Direitos Humanos.
Páginas 203-258. 2007. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24865.pdf.
Acesso em: 04 de novembro de 2022.

LIMA, Carlos Vital Tavares Corrêa. PARECER CFM nº 12/14. **Conselho Federal de Medicina.** 26 de setembro de 2014. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/BR/2014/12_2014.pdf. Acesso em 1 de novembro de 2022.

MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. **IMPLANTE INSTITUTE.** 05 de dezembro de 2017. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. https://implante.institute/blog/o-principio-da-autonomia-e-o-consentimento-livre-e-esclarecido/369?id=369. Acesso em: 3 de novembro de 2021.

NOTA DE REPÚDIO. Decisão judicial sobre transfusão compulsória de sangue em paciente Testemunha de Jeová. **Observatório Direito dos Pacientes**. 17 de junho de 2020. Material disponibilizado na disciplina de Biodireito do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus de Santo Ângelo, 2020.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino. Autonomia da vontade do paciente e a morte. **MGALHAS**. 14 de junho de 2015. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/221814/autonomia-da-vontade-do- paciente-e-a-morte. Acesso em 7 de novembro de 2022.

PIRES, Teresinha Inês Teles. **Liberdade de consciência, liberdade de crença e pluralismo político.** Brasília a. 49 n. 195 jul./set. 2012.

RAJTAR, Malgorzata. **Bioética e entidades religiosas:** recusa de transfusões de sangue na Alemanha. Ciências Sociais e Medicina. V. 98, 2013.

ROMANO, Rogério Tadeu. **A liberdade de crença**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22 , n. 5208, 4 out. 2017 . Disponível em: https://jus.com.br/artigos/60988. Acesso em: 3 de novembro de 2022.

SILVA JÚNIOR, João Batista; RATTNER, Daphne; MARTINS, Rita de Cássia Azevedo. Controle de riscos potenciais em serviços de hemoterapia no Brasil: uma abordagem para autoridades reguladoras. **Pan American Journal Of Public Health.** Rev Panam Salud Publica. 2016;40(1):1–8. Disponível em: https://www.scielosp.org/pdf/rpsp/2016.v40n1/1-8/pt. Acesso em: 15 de novembro de 2022.

SILVA, Larissa Carvalho. **BIOÉTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS:** A recusa às Transfusões de Sangue pelas Testemunhas de Jeová. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.2018.

SOARES JUNIOR, Antônio Luiz da Costa. **Leis versus crenças**: a problemática da hemotransfusão em Testemunhas de Jeová. Rio de Janeiro, Brasil. 2013. Disponível em:https://revistas.faa.edu.br/SaberDigital/article/view/968/685. Acesso em: 10 de novembro de 2022.

RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA EM TEMPOS DE LIQUIDEZ: A POSSIBILIDADE DE RETOMADA DO SENTIMENTO DE PERTENCIMENTO NA MODERNIDADE LÍQUIDA

Ritielle de Souza Zanuso[1]
Taciana Marconatto Damo Cervi[2]

RESUMO: O tema deste artigo versa sobre o reconhecimento da filiação socioafetiva em meio a sociedade líquida. Como delimitação temática será estudada a evolução das formas de reconhecimento das entidades familiares e como o reconhecimento da das relações familiares de afeto ocorre em uma sociedade frágil, marcada pela leveza das relações. A metodologia utilizada qualifica-se como método de abordagem hipotético-dedutivo e método de procedimento analítico, tendo como processo técnico a pesquisa indireta de revisão bibliográfica. Ao final, conclui-se que a modernidade líquida se mostra como meio que possibilita a legitimidade das relações familiares de afeto, à medida em que se apresenta como uma sociedade aberta para efetivação do reconhecimento da filiação socioafetiva, ao passo que esse acréscimo de humanidade nas escritas jurídicas, imbuído do objetivo de solidificar as relações fáticas entre as pessoas, acaba por gerar nelas o sentimento de pertencimento que perdeu significativo espaço na sociedade leve, o qual se mostra de suma importância para a formação do ser humano enquanto cidadão, integrante de uma entidade familiar e inserido no meio social.
Palavras-chave: Filiação socioafetiva; Sociedade; Pertencimento; Modernidade líquida.

INTRODUÇÃO

Tendo uma realidade em que o mundo dos fatos corre diante da legislação que se renova de forma lenta, percebe-se que tais situações ocasionam alterações que impactam tanto na estrutura social quanto no ordenamento jurídico. Essas alterações decorrem especialmente pela transformação sentida ao longo das últimas décadas, que, a partir dos escritos de Zygmunt Bauman, pode ser

[1] Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* - Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Campus de Santo Ângelo. Bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Comunitárias de Ensino Superior da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - PROSUC/CAPES. E-mail: ritiellezanuso@aluno.santoangelo.uri.br.
[2] Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* - Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Campus de Santo Ângelo. E-mail: taciana@san.uri.br.

denominada como transformação social da modernidade sólida para modernidade líquida.

Sobre este caminhar da sociedade, Bauman contempla as mudanças sociais de forma ampla, trazendo como principais pontos a alteração de tudo aquilo que era sólido, rígido, estável e pesado, para uma sociedade contemporânea onde se é mais líquido, ou seja, leve e de fácil adaptação. Neste cenário, questões como estabilidade, imutabilidade e permanência, dão lugar para um sentimento de permanente variação, mutabilidade e instabilidade, sentido nas relações profissionais e amorosas, especialmente naqueles laços formadores da instituição familiar.

Nesse cenário, a entidade familiar tem caminhado em busca do reconhecimento social e jurídico da pluralidade de suas relações, uma vez que a liquidez da sociedade faz crescer a necessidade de reconhecimento dos laços de filiação como meio de afirmar cidadania e dignidade, fazendo levantar-se o seguinte questionamento: como o reconhecimento da filiação socioafetiva se dá no contexto da sociedade líquida?

Para responder à pergunta formulada, primeiramente é realizada uma singela retomada história da evolução do conceito de família no cenário jurídico brasileiro, perpassando os principais avanços na busca pelo reconhecimento plural da entidade familiar. Em seguida, traz-se à baila os estudos de Bauman acerca da transformação da sociedade que tinha formatação sólida, para uma conjuntura marcada pela liquidez de seus relacionamentos, enfatizando, nesse passo, a repercussão dessa transformação na personalidade de cada indivíduo na busca pelo pertencimento e reconhecimento de cada um como sujeito de dignidade.

Assim, o presente trabalho, com a utilização do método de abordagem hipotético-dedutivo e método de procedimento analítico, tendo como processo técnico a pesquisa indireta de revisão bibliográfica, objetiva estudar os principais impactos da liquidez da sociedade para o direito de família, especialmente no que diz respeito à necessidade de satisfação do sentimento de pertencimento dos indivíduos que possuem vinculação de pai, mãe e filho puramente pelo afeto, nesse período histórico de leveza e fragilidade que marca a modernidade líquida.

A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA PARA O DIREITO DAS FAMÍLIAS

Nesse ponto, inicialmente se mostra de extrema relevância a percepção da transformação histórica da sociedade e como ela pode ser visualizada de forma significativa dentro da instituição familiar, nas diferentes formas de se constituir (e conceber) as famílias no Brasil e no mundo. Do modelo tradicional até a multiparentalidade, o caminho para se reconhecer os vínculos de família criados pelas pessoas esteve lado a lado como a forma de organização da sociedade, a qual, conforme os ensinamentos de Bauman, pode ser analisada a partir da mudança de sociedade moderna sólida para modernidade líquida, ocorrida nas últimas décadas, especialmente com a possibilidade de se ter o reconhecimento da filiação como forma de identificação do indivíduo.

Ainda que não haja uma certeza científica do surgimento das famílias no mundo, nos escritos de Fábio Ulhoa Coelho pode-se visualizar estudos antropológicos demonstrando que as primeiras famílias surgiram na época primitiva, quando o próprio instinto animal fez com que as tribos se dividissem em grupos menores, os “clãs”, nos quais cada pessoa tinha por referência um símbolo denominado “totem” e não poderia haver relações sexuais entre integrantes do mesmo totem. Já na Antiguidade, os romanos possuíam famílias enormes, sendo que eram reconhecidas como a principal unidade na produção de bens. Coelho ainda ressalta que, de início, a família cumulava as funções biológica, educacional, econômica, assistencial, espiritual e afetiva. Com a evolução dos tempos, algumas dessas funções forem delegadas para outras instituições da sociedade, como as igrejas, escolas e o ambiente de trabalho. (2016).

A evolução durante e após o período colonial revelou as tantas faces que uma família pode ter, tendo os marcos históricos da revolução industrial no século XVII e a revolução francesa no XVIII, papéis de suma importância para alterações na conceituação de entidade familiar, ao passo que tais eventos foram dando outras repercussões como a diminuição do número de filhos e a maior autonomia para a mulher, que se incluiu no mercado de trabalho. (ROSA, 2016).

Na modernidade, os movimentos sociais e políticos, juntamente com a globalização do século XX abrem o ramo do direito de família para outras acepções de entidade familiar, pois havia a necessidade de se reconhecer como legítima não só a filiação legal, decorrente da presunção trazida pelo casamento, mas outro meio que pudesse

moldar algumas relações de filiação que careciam de apreço. (SOUZA, 2016).

Percebe-se então, que em um curto período histórico, a família foi rompendo com o sistema patrimonialista de onde surgira sua conceituação, rumando para uma sociedade cada vez menos engessada, com uma maior aceitação e proteção dos formadores de seus núcleos, com a finalidade de promover a cada um e a cada uma na sua individualidade, respeitando as diferenças existentes na formação. (BORGES, 2013).

Ademais, o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 dispõe acerca de várias cláusulas fundamentais a essa nova fase. Entre elas está o reconhecimento da união estável como entidade familiar, a igualdade de direitos e deveres de ambos os cônjuges e o reconhecimento do divórcio como forma de dissolução do casamento. (BRASIL, 1988).

Sob o aspecto, tem-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe a proteção constitucional à família, todavia, essa proteção passa a ser a uma instituição familiar que não se encontra mais nos moldes da tradicional família patriarcal das décadas passadas. Não se enfatiza somente a família nuclear, formada pelo casamento, mas também a união estável e a família monoparental, não podendo se olvidar, ainda, que as entidades familiares não podem ser limitadas a apenas as três descritas, uma vez que se mostra pouco coerente definir taxativamente o que é uma família na modernidade líquida, posto que essa realidade contemporânea não comporta conceitos rígidos.

Na linha histórica, em virtude dos avanços científicos e tecnológicos, surge o meio de verificação da filiação através do cruzamento de informações genéticas dos supostos pai e filho e/ou filha, o exame de DNA. Nesse sentido, o direito à identidade genética passou a ser visto como direito fundamental, oriundo dos direitos de personalidade, a partir de uma jurisprudência que passou a aceitar o retorno das partes a juízo na busca da identificação da paternidade, tendo, assim, a possibilidade do afastamento dos efeitos da coisa julgada, quando a anterior ação não foi acolhida por falta de prova do vínculo de filiação. O reconhecimento da filiação passou a ser admitido mesmo quando a demanda não gera reflexos jurídicos relevantes e sirva tão somente para atender à necessidade psicológica da parte em conhecer sua ascendência biológica. (DIAS, 2017).

Sob esse aspecto, diante do fato de que o estado da pessoa é levando em consideração para definir seu papel na família e sua respectiva identidade perante todos, a supremacia dos princípios

constitucionais[3] é fundamental para uma das maiores revoluções já visualizadas na ciência processual.

O DNA teve e tem sua importância. Causou uma verdadeira revolução no meio processual brasileiro, dando prestígio à verdade real como promoção da identidade e ancestralidade, servindo como fenômeno para a fundamentação que ocasionou a relativização da coisa julgada, valorizando os direitos da personalidade mesmo quando já havia uma sentença negando a paternidade, podendo ingressar no Poder Judiciário novamente. Entretanto, nos casos daqueles que detinham a posse do estado de filho ou filha, o DNA, por si só, não seria capaz de comprovar a realidade de sua estrutura familiar, pois não há entre os indivíduos a compatibilidade genética, não protegendo, assim, sua identidade. (DIAS, 2017).

Desse modo, por mais que se tenha dado um passo de suma importância para o reconhecimento dos laços que formam a filiação, "a mera existência do vínculo biológico não faz surgir de imediato, a parentalidade, a qual depende do desenvolvimento de relações afetivas entre o genitor, ou a genitora e o filho ou a filha." (GOMES, in ROSA; THOMÉ [Org.], 2015 p. 231).

Destarte, a identificação dos vínculos de parentalidade não pode mais ser buscada exclusivamente no campo genético, pois situações fáticas idênticas passaram a ter soluções substancialmente diferentes. Através da acessibilidade aos métodos reprodutivos, permitiu-se a qualquer pessoa o poder de realizar o sonho de ter filhos, não necessitando estar casado, ter um companheiro ou uma companheira ou mesmo fazer sexo com alguém. Assim, o fator determinante da relação é a caracterização de pais e mães puramente como sendo aqueles que exercem tal função. (DIAS, 2017).

Por possuir esse vínculo de dependência com a afetividade, pode-se dizer, ainda, que a paternidade/maternidade é aquela que se expressa através do direito do planejamento familiar e da obrigação dos pais de respeitar, educar, criar e auxiliar material e imaterialmente seus filhos. (ROSA, 2016). Ou seja, as atitudes, direitos, deveres, responsabilidades e carinho assumidos importam tanto quanto uma compatibilidade sanguínea ou uma documentação matrimonial. Nesse compasso, tem-se que é inegável a comunicação existente entre a norma e o fato, o que abre a possibilidade para uma interpretação

[3] Na atualidade deve-se ter um maior cuidado quando se estuda e se reflete sobre os princípios constitucionais em virtude da banalização na interpretação desses. Assim, com a visão de dar aos direitos fundamentais maior concretude, ao utilizar dos princípios constitucionais, não se pode olvidar que, mesmo com o caráter axiológico preponderante, são normas jurídicas deontológicas. (STRECK, 2014).

constitucional própria por meio de uma investigação na qual integra-se os elementos fáticos e jurídicos. (BRASIL, 2005).

A demora do direito em relação ao caminhar da sociedade, especialmente no que toca à legislação, está cada vez mais perceptível no que diz respeito ao ramo do direito de família. As transformações que as relações sociais e familiares estão sofrendo nas últimas décadas estão cada vez mais rápidas, o que é perfeitamente normal no contexto da modernidade líquida, ao passo que a legislação por vezes encontra dificuldades de se adaptar e regular os relacionamentos, como, por exemplo, a filiação socioafetiva.

O direito positivado, por sua própria natureza tem um caráter mais sólido, dotado de procedimentos e burocracia, não se adaptando muito bem liquidez que hodiernamente dita a forma de convívio social, uma vez que se comporta como um sistema fechado do ponto de vista operacional como medida para previr a corrupção do sistemas pelos demais sistemas integrantes da sociedade (HOMMERDING, 2020). Desse modo, ainda que se reconheça a importância de que o ordenamento jurídico seja de aplicação para as mais diversas relações familiares, também se deve atentar que o sistema do direito[4] objetiva a garantia de existência e validação da segurança jurídica.

De mais a mais, a família pós-moderna não é concebida para basear-se exclusivamente nos laços sanguíneos, mas no afeto das suas relações. Desconstruídos os laços sólidos das relações de parentesco da modernidade sólida, resta agora a busca da conexão afetiva como verdadeiro construtor das organizações familiares. Isso não quer dizer que os laços sanguíneos, tecnicamente sólidos, devam ser desprezados. O que ocorreu foi a desconstrução da solidez, das amarras familiares, mas não dos próprios conceitos como casamento e filiação (BAUMAN, 2021). Na perspectiva líquido-moderna, sem a segurança dada automaticamente pela modernidade sólida, há um novo pilar fundamental, sobre o qual se apoiam as famílias: o princípio da afetividade.

Assim, embasado pelos princípios e direitos constitucionais como direito à identidade, igualdade de filiação, solidariedade e dignidade, somado a uma configuração social mais leve e “desengessada”, criou-se como critério para configuração da relação

[4] A teoria sistêmica de Luhmann demonstra que o direito pode ser entendido como um sistema autopoiético em que o próprio direito é capaz de se auto reproduzir a partir de seus códigos e de ter sua autonomia a partir do caráter circular de sua produção (TEUBNER, 1989), enquanto interage com o ambiente onde se encontram os demais sistemas e subsistemas.

familiar o vínculo afetivo, denominado filiação socioafetiva. Contudo, ainda que muito característico na sociedade contemporânea, por ser baseado tão somente no afeto e no cuidado existente na relação, sem considerar, necessariamente, a via genética ou a presunção legal, a aceitação desse laço como tendo a mesma valoração dos demais já reconhecidos enfrenta barreiras culturais discriminatórias, impactando diretamente na dignidade das pessoas que possuem como pilar do seu núcleo familiar o pertencimento originado pelo sentimento afetivo.

Traçada a linha do tempo do desenvolvimento das famílias brasileiras, respeitando os limites dessas páginas, e a gradual transformação da legislação para abarcar as mais diversas formações destes núcleos, nota-se que, com o desenrolar dos anos e de estudos sobre a sociedade e sobre as famílias, chegou-se ao ponto de tratar da relação desse desenvolvimento com o meio propiciado pela modernidade líquida.

CONTEMPORANEIDADE E RECONHECIMENTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES PELO VÍNCULO DA AFETIVIDADE EM TEMPOS DE LIQUIDEZ

Toda trajetória pelo reconhecimento de direitos das entidades familiares traçada neste trabalho tem, como consequência direta, a proteção e realização da dignidade da pessoa, princípio e fundamento constitucional que também deve ser garantido pelo Estado, uma vez que as famílias se mostram como entidades de significativa importância, à medida que servem como suporte para a formação e percurso das pessoas na sociedade atual.

Nesse contexto, são valorizados aspectos como o estado de filho e a multiparentalidade como preceitos basilares para a estruturação e manutenção dos direitos da personalidade e da sensação de pertencimento, sentimento que se torna de rara visualização em uma conjuntura social líquida, onde são poucos os estreitamentos de laços em virtude da fragilidade das relações.

Outrossim, um ponto de relevante significado na era moderna líquida é o multiculturalismo e a sua base formada pelo reconhecimento das diferenças e do direito em ser diferente, onde a igualdade passou a ter uma nova forma de percepção, reconfigurando o modo de se debater e construir políticas públicas sobre cidadania e direitos humanos. (VERONESE; WEBER in BERTASO; SANTOS; ROCHA [Org.], 2015 p. 124).

Sob esse aspecto, a cidade se mostra importante no processo de identidade e reflete seus efeitos nos demais direitos de

personalidade a medida em que a mesma, vinculada aos valores de humanidade e às próprias noções de dignidade humana, gera uma relação de cuidados mútuos, fazendo com que a realidade fática dos envolvidos tenha um cotidiano de maior segurança e cuidado, com efetivas práticas tanto de reconhecimento do outro como de ser reconhecido pelo outro. (BERTASO in BERTASO [Org.], 2010 p. 17).

Dessa maneira, analisa-se como a entidade familiar é relevante para a construção das pessoas. A família é tida "como o primeiro contato social dos seres humanos e se constitui como uma das bases do Estado, e, consequentemente, da organização." (ANGELIN; ARAUJO in ROSA; THOMÉ [Org.], 2015 p. 331). Por essa razão, dar uma atenção especial para esse instituto no ordenamento jurídico é de fundamental importância, principalmente ao garantir proteção a pluralidade de famílias.

De acordo com os estudos de Maria Berenice Dias, somente foi possível o reconhecimento plural das entidades familiares a partir da desbiologização da paternidade, expressão utilizada por João Batista Villela. A expressão traz como sentido a identificação de pais, mães, filhos e filhas não biológicos, ou seja, sem compatibilidade consanguínea, mas sim, com uma trajetória psicológica, afetiva, deixando de lado as características econômicas, sociais e religiosas para se firmar unicamente no afeto. (2017).

Dessa forma, evidencia-se verdade sociológica, enraizada não só na descendência, mas levando em consideração o "comportamento de quem expende cuidados, carinho no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, com afeto verdadeiramente paternal." (FACHIN in DEL'OLMO; ARAÚJO [Coord.], 2006, p. 77). Mostra-se, nesse sentido, o afeto como elemento importante em todas as formas de reconhecimento de filiação, e, por ser de tamanha relevância tal característica, é capaz que conceber uma espécie de filiação unicamente por estar presente na relação das pessoas com o intuito de formação da entidade familiar. (ROSA, 2016).

Nessa senda, enfatiza-se a importância que a posse do estado de filho tem para a filiação socioafetiva e para a sensação de pertencimento; a crença de sentir-se filho em virtude do afeto, o vínculo que se forma com aquele/aquela que dá amor, carinho, atenção, que participa ativamente bem como cuida da vida do indivíduo, mostra-se como um verdadeiro pai ou uma verdadeira mãe, sendo a forma em que floresce a filiação pelo afeto. (DIAS, 2005).

Outrossim, no contexto sociológico, a identidade do indivíduo teve ampliada suas possibilidades de transformações em virtude da fluidez da globalização, pois essa possibilita conexões sociais de maior

amplitude do que acontecia preteritamente. Nesse sentido, tem-se que as mudanças no aspecto individual, íntimo de cada um e cada uma estão diretamente ligadas às conexões estabelecidas por esses e essas em grupo, em sociedade, demonstrando a importância da proteção que se deve ter na relação entre o "eu" e a sociedade, o "externo" a fim de concretizar um ambiente propício ao desenvolvimento do ser (GIDDENS, 2002), razão pela qual o regramento na esfera jurídica das relações familiares, se faz de suma importância, seja em relação ao pertencimento, seja em relação à segurança jurídica.

A discussão do reconhecimento das espécies de filiação ganha papel principal quando o assunto é família e os direitos da personalidade de seus indivíduos. Os novos contornos da sociedade decorrentes da pós-modernidade, enfatizaram, pois, a família como o refúgio de seus membros, sendo ponto de referência para o qual o ser humano sempre volta, o ninho de onde cada pessoa inicia a construção de seu caminhar, de sua autonomia, de seus valores e de suas diferenças, sendo o espeço no qual se caracteriza o papel de cada integrante, como do pai, da mãe, do filho e da filha. (PEREIRA; GIACÓIA JUNIOR, 2013).

Destarte, a possibilidade trazida nas escritas constitucionais de 1988[5] e que já eram desenhadas no âmbito dos direitos humanos, no que tange a materialização da dignidade humana, deu azo a concepção pluralista e dialógica de reconhecimento (COSTA; CARDOSO, 2014), vinculada, sobretudo, a vontade dos envolvidos na relação familiar. Pois a lei não tem por objetivo determinar que haja vínculo de afeto porque há combinação de genes, nem a ela "cabe impor à alguém que seja pai para sempre, se não é nem o pai biológico e não tem qualquer vínculo de convivência com o filho que a Justiça lhe impôs." (DIAS, 2017, p. 10).

Dessa maneira, o direito à filiação complementa e assegura o direito à identidade, que integra o postulado fundamental da personalidade, que necessita de interpretação aberta, em diálogo com a realidade, que vai além do direito estatal, visando legitimar as consequências da aplicação do Direito nos contextos fáticos em que irá incidir. (COSTA; CARDOSO, 2014).

[5] Poucas foram as vezes em que uma Constituição conseguiu reproduzir em seu texto transformações tão significativas para a sociedade como a Constituição Federal de 1988. Dentre elas, a dignidade da pessoa humana, aliada ao princípio da igualdade e da liberdade mostram-se como marcos essências para a concretização de um Estado Democrático de Direito, viabilizando o resgate do ser humano sem distinção, como sujeito de direitos e obrigações. (DIAS, 2005).

Mostra-se nítido, pois, quando o assunto é relação familiar na sociedade líquida, a legislação, mesmo fechada, de *numerus clausus,* não limita a pluralidade tão diversa de entidades familiares que existem na atual conjuntura social e, somado ao fato de que está sob um Estado Democrático de Direito, nada mais justo que a o direito posse se abrir para o reconhecimento e proteção dos laços afetivos. Por essa razão, o alargamento da conceituação das relações interpessoais acabou refletindo no reconhecimento da entidade familiar plural, a qual não possui um significado singular, reconfigurando a legislação infraconstitucional em decorrência da reformulação tanto da conjugalidade quanto da parentalidade na sociedade. (DIAS, 2005).

Ou seja, a postura das pessoas, as quais trazem para si mesmas a interpretação do papel de pai, mãe, e filho, com todas as peculiaridades que tal parentalidade possui, é, fundamentalmente, o que define a filiação, e o que confere representatividade à felicidade de ser parte de uma entidade familiar, trazendo a concretização do pertencimento, necessidade cuja satisfação é uma incansável busca na modernidade líquida. (BAUMAN, 2001).

O pluralismo das relações familiares configura-se como vértice da ordem jurídica vigente, rompendo com o aprisionamento que a família possuía ao restrito molde do casamento, abrigando diversos arranjos familiares, bem como as diversas formas de constituição do laço parental como forma de preservação do respeito mútuo e da liberdade individual. (DIAS, 2005). Nesse diapasão, dos diálogos firmados entre legislação e realidade social, as pessoas obtiveram a oportunidade de regularizar e ver reconhecidas suas relações familiares, buscando nelas os laços que podem fazer sentir os aspectos positivos, para que de forma segura, se solidifique os relacionamentos.

Ademais, nota-se que entre os principais e mais profundos dilemas do homem na contemporaneidade, se está a dicotomia relacionada às questões envolvendo liberdade e segurança. Enquanto a liberdade desenhada pela leveza demasiada leva à perda quase que total de vínculos, transformando a pessoa em um ser solitário que não pertence a lugar algum, a segurança, por outro lado, na sua essência pesada, tem vínculos profundos que o fazem ficar engessado, como se estivesse amarrado em pessoas ou a determinados lugares.

Estando em um mundo voltado ao consumo, ficar parado se torna uma nítida impossibilidade. (BAUMAN, 2001). Desse modo, a alternativa que restou às pessoas, agora resumidas em indivíduo-consumidor, foi de manter os vínculos extremamente frágeis, pois ainda que sinta a necessidade dos liames afetivos, receia-se que esses

laços se tornem excessivamente pesados, prendendo e impedindo o aproveitamento de outras formas de convívio que a sociedade do consumo oferece. A partir da fragilidade dos laços, as pessoas passam a sentir que não se é mais preciso empreender esforços para se desfazer dos mesmos, nem sentirão algo muito significativo com a respectiva perda, haja vista que não lhes afetavam profundamente.

Nesse passo, também se torna viável formar novos laços de forma contínua, pois a característica da fragilidade estará presente e sempre prevalecerá, limitando-se apenas à uma sensação de segurança enquanto preserva toda a sua liberdade. (BAUMAN, 2001). Nesse cenário, os laços de filiação, sejam aqueles vivenciados por toda infância ou aqueles novos laços, desvendados no meio do caminho, têm hoje a possibilidade de caminharem juntos, assistindo o crescimento de seus filhos, ensinando-os e amando-os, garantindo os direitos e deveres enquanto pais e/ou mães e protegendo o desenvolvimento digno da personalidade dos envolvidos na relação familiar, assegurando, por conseguinte, o sentimento de pertencimento tão buscado em tempos de liquidez.

O reconhecimento da filiação pelo vínculo afetivo na sociedade líquida mostra-se, portanto, como um acréscimo de humanidade nas escritas jurídicas, visando a plenitude dos direitos da personalidade, solidificando as relações fáticas das pessoas, sendo meio de se buscar pertencimento em um momento histórico em que a sociedade é marcada pelo sentimento de fragilidade de suas relações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o passar nos últimos anos, tem-se percebido que legislação gradativamente tem rompido com o sistema patriarcal e religioso, dando lugar a diversos modelos de família e, por conseguinte, de filiação, que até então ficavam às margens das escritas jurídicas. Desse modo, rumou-se para um caminho de proteção àquela pessoa que possui como elo de ligação da sua família não somente o casamento, mas a genética e/ou, principalmente, a afetividade.

Ademais, por se tratar de sociedade marcada pela liquidez de seus relações e pela limitada identificação de seus componentes como sendo consumidores, não se pode vincular de foram ampla os avanços jurídicos e doutrinários à uma ideia de constante evolução dos direitos fundamentais, pois o movimento com foco no mercado econômico e financeiro foi tomando a maior parte dos investimentos em políticas públicas do país, ou seja, mesmo com pontos de relevante importância

para a evolução dos direitos fundamentais, há muito a ser feito pela concretização dos direitos de personalidade e pela cidadania do país.

Assim, responde-se ao questionamento: como o reconhecimento da filiação socioafetiva se dá no contexto da sociedade líquida?

Nesse diapasão, a família pós-moderna, cujos valores foram somados aos que eram unicamente relacionados à família sólida, possibilitando a coexistência das diversas formações da entidade familiar, tem como principal pilar a afetividade, naturalmente se fixando melhor no cenário da modernidade líquida, uma vez que o afeto está intimamente relacionado à liberdade individual. O afeto é dado livremente e não está atrelado a nenhuma instituição ou formalidade, se mostrando de valiosa importância para compor a construção da família líquida, sendo merecido o seu reconhecimento como um importante laço social.

A sociedade líquida, marcada especialmente pela fluidez das relações e pela fragilidade dos laços formadores da estrutura social, leva ao surgimento da preocupação com a identidade e com o pertencimento de cada um no meio social em que vive, pois ao mesmo tempo em que se quer mantém a liberdade proporcionada pela leveza das relações, se sente falta da concretude dos laços entre as pessoas para a formação da identidade de cada uma.

Nesse contexto, considerando que o direito precisa mostrar alternativas e respostas para contingências surgidas na sociedade e nas relações de afeto, tem-se na contemporaneidade uma espécie de “via de mão dupla” onde a modernidade líquida se mostra como meio que possibilita a legitimidade das relações familiares de afeto, à medida em que se apresenta como uma sociedade aberta para efetivação do reconhecimento da filiação socioafetiva.

Assim, ao se propiciar esse acréscimo de humanidade nas escritas jurídicas decorrente do reconhecimento da filiação socioafetiva, imbuído do objetivo de solidificar as relações fáticas havidas entre as pessoas, acaba por gerar nelas o sentimento de pertencimento que teve seu significativo perdido no contexto de sociedade leve, mostrando que a retomada desse sentimento é de suma importância para a formação do ser humano enquanto cidadão, integrante de uma entidade familiar e inserido no meio social, fazendo com que não se perca a identidade em um meio em que se tem tanta fluidez para alteração das relações como é o meio da modernidade líquida.

REFERÊNCIAS

ANGELIN, Rosângela; ARAÚJO, Marigley Leite da Silva de. Da responsabilidade
paterna e materna diante dos novos arranjos familiares à luz dos direitos
fundamentais. p. 322-347. In: ROSA, Conrado Paulino da; THOMÉ, Liane Maria
Busnello [Org.]. **As famílias e os desafios da contemporaneidade.** Porto Alegre:
IBDFAM/RS, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BERTASO, João Martins. Cidadania, Solidariedade e Con-vivência: a dimensão do
amor da cidadania. p. 13-28. In: BERTASO, João Martins [Org.]. **Cidadania e
interculturalidade.** Santo Ângelo: FURI, 2010.

BORGES, Lisieux Nidimar Dias. Os Novos Contornos da Parentalidade e Filiação no
Direito Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.** 15 vol.
n. 34, p. 34-63. Porto Alegre: Magister, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. In: CÓDIGOS
4 EM 1 SARAVAIVA. Legislação administrativa e constitucional, CPC, Constituição
Federal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.548 de 2005.** Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14786632/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2548-pr-stf. Acesso em: 19 ago. 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família, sucessões. 5 vols. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COSTA, Ana Paula Motta; CARDOSO, Simone Tassinari. **Paternidade Socioafetiva e o Pluralismo de Fontes como**

Instrumental Garantia de Direitos. Revista da AJURIS. 41 v. n. 133. Disponível em: http:// http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/222 /158. Acesso em: 28 jul. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** Porto Alegre: Livraria do
Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 12. ed. São Paulo: Saraiva,
2017.

FACHIN, Luiz Edson. Direito além do Novo Código Civil: Novas Situações Sociais,
Filiação e Família. p. 63-92. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani
de Amorim [Coord.]. **Direito de família contemporâneo e novos direitos:** estudos
em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

HOMERDING, Adalberto Narciso. **A quinta fase da sociologia do direito:** o cruzamento da teoria comunicativa de Jürgen Habermas com a teoria sistêmica de Niklas Luhmann. ed.1. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

PEREIRA, Sarah Caroline de Deus; GIACÓIA JÚNIOR, Oswaldo. A Responsabilidade da Família na Defesa dos Direitos de Personalidade do Familiar
Infrator com Transtorno Mental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e
Sucessões.** 15 v. n. 34, p. 21-33. Porto Alegre: Magister. 2013.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SOUZA, Danni. Multiparentalidade: a Possibilidade Jurídica do reconhecimento simultâneo da Paternidade biológica e socioafetiva e

seus efeitos. **Revista Síntese Direito de Família.** 16. vol. n. 94, p. 55-77. São Paulo: Sage/Síntese, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito. Acesso em: 20 nov. 2022.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

THOMÉ, Liane Maria Busnello; MIRANDA, Katia Leandro Nowicki. A Preponderância
do Liame Afetivo e a Multiparentalidade Familiar. p. 241-257. In: ROSA, Conrado
Paulino da; THOMÉ, Liane Maria Busnello [Org.]. **As famílias e os desafios da
contemporaneidade.** Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2015.

VERONESE, Osmar; WEBER, Ana Laura. O Direito Fundamental à Identidade
Genética e ao estado de filiação à criança e ao adolescente na jurisprudência
brasileira. p. 122-148. In: BERTASO, João Martins; SANTOS, André Leonardo
Copetti; ROCHA, Leonel Severo [Org.]. **Cidadania e Direitos Culturais:** a tutela
judicial das minorias e hipossuficientes no Brasil. Santo Ângelo: FURI, 2015.

TRANSUMANISMO EM ADMIRÁVEL MUNDO NOVO: LIÇÕES JURÍDICAS DA LITERATURA[1]

Giovana Panzenhagen[2]
Taciana Damo Cervi[3]

Resumo: A pesquisa se dedica à investigação da filosofia transumanista no cenário jurídico contemporâneo mediante vinculação com a obra literária de Huxley, "Admirável Mundo Novo". Com esse foco o estudo averigua qual deve ser a contribuição do direito diante de tantas inovações tecnológicas que propiciam alteração da biologia humana, assim, como permitem o estabelecimento de conexões entre o humano e as máquinas. Ao considerar o primeiro tópico da obra literária, verifica-se a formação de uma sociedade de castas mediante uso de técnicas científicas. Posteriormente, percebe-se o importante papel da literatura ao permitir adaptar situações fictícias e suas contigências à realidade atual da inovação biotecnológica mediante consideração dos riscos. Ao final, tem-se abordagem da Declaração Transumanista e sua relação com o ordenamento jurídico ao considerar o mote do bem-estar social a partir do interesse de todos os seres sencientes e, ainda, artificialmente inteligentes.
Palavras-chave: Transumanismo. Biotecnologia. Inteligência artificial. Direito. Literatura.

INTRODUÇÃO

A pesquisa investiga a relação possível entre Direito, inteligência artificial e a filosofia transumanista, por meio do estudo da obra de literatura escrita por Aldous Huxley, Admirável Mundo Novo. Busca-se compreender o papel do direito na sociedade contemporânea, a partir da histórica inspiração promovida pela arte. Assim, a produção contextualiza a obra destacando os aspectos elementares para sua análise jurídica e, posteriormente, demonstra

[1] Produção científica vinculado ao projeto de pesquisa com fomento da FAPERGS - "Biotecnologia e inteligência artificial em saúde no Brasil: transumanismo a partir dos direitos humanos". Resultado parcial do projeto.
[2] Discente do sétimo semestre no curso de graduação em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo. Estagiária na Procuradoria da República no Município de Santo Ângelo/RS. Participante voluntária no Projeto de Pesquisa "Biotecnologia e inteligência artificial em saúde no Brasil: transumanismo a partir dos direitos humanos".
[3] Docente no Programa de Pós-Graduação em Direito Stricto Sensu na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo. Coordenadora do projeto de pesquisa "Biotecnologia e inteligência artificial em saúde no Brasil: transumanismo a partir dos direitos humanos", o referido com fomento da FAPERGS.

como é possível extrair da literatura formas de compreensão do fenômeno das inovações tecnológicas.

Deste modo, a análise parte do seguinte questionamento: qual a contribuição da obra Admirável Mundo Novo para a compreensão da filosofia transumanista no cenário jurídico contemporâneo? O método de abordagem é o hipotético-dedutivo e o método de procedimento analítico por meio da pesquisa indireta de revisão bibliográfica.

O ADMIRÁVEL MUNDO NOVO – DIREITO NA LITERATURA

Aldous Leonard Huxley deixou à sociedade, em 1932, uma obra de literatura ficcional que recebeu o título “Admirável Mundo Novo”. O escritor inglês, nascido no condado de Surrey, em 1894, propôs em sua obra um futuro distópico permeado por inovações tecnológicas, tendo sido a obra vencedora do prêmio *American Academy of Arts and Letters Award of Merit*.

A obra de Huxley, tão constantemente paralela à realidade, apresenta ao leitor uma sociedade inserida 632 anos pós Fordismo, sustentada pela manipulação psicológica e, também, via engenharia genética. Os cidadãos deste lugar vivem sob a guarda de um totalitarismo e que, ainda, abdica da subjetividade dos indivíduos em prol do coletivo. O livro que serve como um alerta aos leitores teve inspirações no cotidiano do autor, visto que o autor viveu o regime fascista de Mussolini na Itália.

A sociedade de *Admirável mundo novo* é repleta de inovações na área das tecnologias. Desde o nascimento, *in vitro*, os indivíduos são condicionados a passarem por experiências que refletiriam em seus devidos lugares na comunidade, formando, assim, uma população dividida em castas, indo de Alfas a Ípsilons, passando por Betas, Gamas e Deltas. Na qual alguns poucos são dotados, outros são destinados ao trabalho braçal e também, há os que crescem para comandar, porém tudo isso é condicionado desde a fertilização do embrião.

Nesse contexto, o processo ocorre da seguinte maneira: os óvulos dos Alfas e Betas voltavam às incubadoras para serem conservados até seu condicionamento definitivo, entretanto os pertencentes as castas inferiores, ou seja, os Gamas, os Deltas e os Ípsilons eram apenas trinta e seis horas depois da fertilização, submetidos ao processo chamado Bokanovsky.

O procedimento é explicado na obra da seguinte forma:

> Um ovo, um embrião, um adulto – é o normal. Mas um ovo bokanovskizado tem a propriedade de germinar, proliferar, dividir-se: de oito a noventa e seis germes, e cada um destes se tornará um embrião perfeitamente formado, e cada embrião, um adulto completo. Assim se consegue fazer crescer noventa e seis seres humanos em lugar de um só, como no passado. Progresso. (HUXLEY, 2020, p. 24).

Nesse sentido, toda criação de seres humanos é realizada em larga escala e visualizada de modo tão banal, sendo o processo um dos principais meios para esta sociedade fundamentada no lema do Estado Mundial "comunidade, identidade e estabilidade". A Comunidade de Admirável mundo novo busca a constante felicidade de seus cidadãos, mesmo que para isso eles estejam condicionados as manipulações de suas escolhas, de suas relações afetivas e de seu próprio eu. Como afirma um dos diretores de todo o processo de criação in vitro "E esse é o segredo da felicidade e da virtude: amarmos o que somos obrigados a fazer. Tal é a finalidade de todo condicionamento: fazer as pessoas amarem o destino social de que não podem escapar." (HUXLEY, 2020, p. 36).

O protagonista da história é Bernard Marx, pertencente a casta dos Alfas, a mais importante de todas, composta por homens e mulheres considerados perfeitos em sua aparência, capacidade e pelas atividades as quais eram designados. Contudo, Bernard sente-se deslocado neste convívio, sua aparência era mais franzina comparada a dos outros, e os boatos alertavam sobre um possível acidente durante seu processo de criação, que ao ser confundido com um Gama, haviam colocado álcool em seu pseudosangue. Assim, o protagonista criado por Huxley, não recebia a atenção e não despertava o interesse dos outros e, então passa a indagar-se sobre a sociedade na qual está inserido.

Em uma perspectiva de vida na qual o indivíduo atua totalmente em prol do coletivo, abdicando de suas questões subjetivas, não era válido questionar os costumes que eram impostos. Bernard acaba cruzando seu caminho com o de Lenina, uma Alfa declarada perfeita para este cenário social, que ao ouvir os questionamentos do protagonista expõe sua discordância nos atos de Bernard em duvidar do sistema, e ainda avisa "quando o indivíduo sente, a comunidade treme" (HUXLEY, p.120, 2020). Todavia, era tarde demais, Bernard Marx já havia começado a sentir.

Por conseguinte, em determinado momento da obra, Bernard e Lenina fazem uma viagem para visitar a chamada Reserva dos Selvagens. Os ditos Selvagens, eram pessoas que ainda cultuavam costumes e valores antigos, mantinham laços afetivos e amorosos, casavam-se, e até mesmo tinham filhos. Essa realidade era tida como um completo absurdo para os moradores da Civilização que, mesmo sem acesso completamente liberado à arte, seja ela qual for, consideravam-se muito mais evoluídos e inteligentes que o selvagem John, por exemplo, assíduo leitor de Shakespeare.

A proximidade que começa a ser desenrolada entre o selvagem John, desenvolvido por meios vistos como antiquados para a Comunidade, e o protagonista da obra, Bernard, é completamente relevante para incitar esse caráter revolucionário no Alfa que já questionava a realidade ao seu redor. Tal crescente comportamento indagador em Bernard não é bem visto para a civilização da obra literária, mas faz-se, inquestionavelmente, importante para o cenário contemporâneo existente fora das páginas do livro.

Com o veloz desenvolvimento de tecnologias artificialmente inteligentes, o Admirável Mundo Novo serve de auxílio para a compreensão dos avanços e alerta os leitores para as possíveis consequências de criações descontroladas, convidando-os a atentarem-se as mudanças da realidade.

DA LITERATURA PARA O DIREITO

A população de o Admirável Mundo Novo tem o seu direito à literatura negado. Os livros, as pinturas e a arte abalavam a constante felicidade priorizada na sociedade fictícia da obra. As crianças, logo em seus primeiros anos de vida, eram ensinadas a temer o desconhecido, a descoberta, e com isso eram afastadas de uma das maneiras mais notórias de revelar o passado, presente e alertar-se sobre o futuro da humanidade.

Essa fonte de conhecimento presente nos livros, ao abrir as portas do pensamento crítico, ameaçava a sociedade criada por Huxley, que explica este fator quando menciona que

> Embora compreendesse perfeitamente que não se podia permitir que pessoas de castas inferiores desperdiçassem o tempo da Comunidade com livros e que havia sempre o perigo de lerem coisas que provocassem o indesejável descondicionamento de algum dos seus reflexos [...] (HUXLEY, 2020, p. 42).

Huxley propõe, portanto, em uma obra repleta de avanços na engenharia genética e no desenvolvimento tecnológico, resgatar o poder da Literatura para a população. Instituição artística esta, que além de proporcionar inúmeras reflexões nos mais diversos momentos da humanidade ainda, com tamanha experiência interpretativa aproxima-se de forma sublime do Direito.

O vínculo entre Direito e Literatura sempre esteve presente, as obras literárias refletem a estrutura social do mundo, expõem o mais íntimo do comportamento humano e, assim, tornaram-se uma das fontes na busca para compreender a estrutura da entidade em todo o seu processo de evolução. Contudo, a sociedade contemporânea caminha a passos rápidos para transformar em realidade, os cenários das obras de ficção, tal como o de Admirável Mundo Novo.

Dessa forma, este sistema social artístico propõe ao Direito, em uma relação mútua, auxiliar na compreensão e produção de respostas para este novo enredo da realidade, que já era tema de discussão em narrativa literária. (SCHWARTZ, 2006). Além disso, o processo jurídico pode ser concebido, em uma visão “romântica” como uma narrativa com personagens e um enredo cronológico com diferentes pontos de vista.

Neste caso, o juiz assume o papel de interpretar a história buscando a decisão mais adequada para cada situação. Dessa forma, compreender o Direito na Literatura propõe vivenciar nas obras esse fenômeno jurídico, perceber o ser nas mais variadas situações do cotidiano humano, entender as relações interpessoais, enquanto visualiza a atuação deste ordenamento nos mais diversos lugares, nos mais distintos períodos da história, e assim, afirmar sendo possível (re)contar o Direito. (SCHWARTZ, 2006).

Ainda, é fundamental que se priorize a leitura nas mais profundas camadas da sociedade. O acesso à arte tomada pelos livros desenvolve a humanidade e possibilita o entendimento do eu na medida em que compreende o semelhante. Logo, a literatura comunica-se com o subjetivo do indivíduo, possibilitando e dirigindo-o ao autoconhecimento, para então, favorecer o discernimento dos inconvenientes da comunidade. (CANDIDO, 2011). Dessa forma, a leitura expõe a natureza das coisas, da sociedade, e agrega a elas os sentimentos, de tal forma que auxilie a manejar o enfrentamento das problemáticas do mundo. Assim, visualizar nas produções literárias a medida do real exposta ali, enrique as percepções dos arredores, do coletivo, do social, expandindo as visões sobre o mundo.

Conhecer o passado, é perceber o presente e entender o futuro, por isso, na obra de Admirável mundo novo, é destacado que “A beleza atrai, e nós não queremos que ninguém seja atraído pelas coisas antigas. Queremos que amem as novas.” (HUXLEY, 2020, p. 263). Por isso, o cenário criado por Huxley, a leitura não era incentivada e tampouco permitida, o resgaste pelo mundo que estaria representado nas produções literárias não era de interesse para a comunidade que buscava o ideal de identidade, evitando que o indivíduo buscasse compreender sua subjetividade.

Portanto, a obra literária de Huxley, em vista do Direito e das inovações tecnológicas, apresenta a reflexão e interpretação de um possível destino da humanidade. A ficção científica com toda construção de mundo e personagens apresenta-se espantosamente semelhante a realidade contemporânea e demonstra o que afirma Luc Ferry, filósofo francês, em sua obra A revolução transumanista, “O progresso das ciências pode ter efeitos realmente admiráveis, assim como consequências assustadoras.” (FERRY, 2018, p. XXXIII,).

Sendo assim, Admirável Mundo Novo incita a reflexão sobre o quão realmente admirável poderia ser o mundo no qual os seres humanos tornam-se cada vez mais semelhantes à máquinas, criados, programados ou aperfeiçoados, enquanto as máquinas tendem, com a inteligência artificial, atingir a capacidade humana cada vez mais rápido.

O ROBÔ, EU

O mundo está em constante evolução desde o princípio, a realidade desenvolvida é inteligente, programação de softwares em celulares, automóveis, residências, entre outras tantas possibilidades, demonstram que o cenário fictício saiu das páginas escritas por Huxley e, também, não pertencem mais somente ao imaginário de Isaac Asimov. Os autores que desenvolveram narrativas nas quais os seres humanos se assemelhariam a robôs, ou contos em que os robôs serviriam à população, não poderiam estar mais surpresos com o caminho que a sociedade contemporânea rumou.

Aldous Huxley ao escrever a obra, expõe uma realidade na qual os seres humanos são fabricados em larga escala geneticamente manipulados, são expostos a fatores que condicionam sua função na sociedade e ainda, devem sentir-se constantemente satisfeitos, em caso de qualquer infortúnio deveriam ingerir o Soma, um remédio, e tudo se resolveria.

O trecho destacado da obra pode ser contextualizado no que Bostrom refere ao considerar que “chegará um dia em que nos será ofertada possibilidade de aumentar nossas capacidades intelectuais, físicas, emocionais e espirituais muito além daquilo que aparece como possível nos nossos dias”. (2005, p. 25).

Nota-se que toda a representação fria de criação de uma vida humana, não a difere de meros processos de fabricações de máquinas e apresenta neste cenário, supostamente futurista e fictício, a população como um reflexo da produção de robôs. Ao lado disso, softwares inteligentes adquirem cada vez mais autonomia e vão além das capacidades humanas.

O significado de inteligência artificial pode parecer simples, “inteligência”, de acordo com o dicionário Aurélio, significa “de conhecer; de compreender; intelecto”. Enquanto “artificial” é classificada, pelo mesmo, como “produzido não pela natureza mas por uma técnica”, e também “que se opõe ao que é natural; afetado”. Dessa forma, unidos a vertente do *machine learning* (em português: aprendizado de máquina), propõe que a inteligência artificial não é algo natural, mas sim desenvolvida pelos seres humanos, e que busca compreender e desempenhar funções com certa autonomia.

Na realidade do século XXI, as pessoas podem ter acesso a softwares de inteligências artificiais nas palmas de suas mãos. Nos *smartphones*, por exemplo, as assistentes artificialmente inteligentes, podem instigadas por um comando de voz, realizar pesquisas na internet, ligações e responder mensagens, além de ativar lembretes, alarmes, entre outras tantas funções.

Nota-se que tanto a Siri presente nos aparelhos da Apple, através do sistema operacional iOS, quanto a Google Assistente nos *smartphones* Android, são exemplos do acesso facilitado que a população tem a estas inovações tecnológicas que, em realidade, já se apresentam no mercado há algum tempo.

Nesse sentido, destaca-se a corrente do chamado transumanismo da singularidade, ou seja, a ideia que a evolução robótica e o avanço da inteligência artificial alcançarão níveis para ultrapassar completamente os humanos e, por fim, substitui-los por máquinas desempenhadas com total autonomia. Instrumentos estes que serão desenvolvidos através do surgimento da consciência e inteligência global, capazes de superar, em milhares de vezes, a capacidade humana, fenômeno das inteligências que já se apresentam antecipadas nas redes desenvolvidas pelo Google. (FERRY, 2018).

Oliveira destaca que

> O transumanismo, com isso, pretende não apenas melhorar a espécie, mas com o apoio da tecnologia, fabricar uma pós-humanidade, leia-se, *outra humanidade*, formada por seres humanos pretensamente mais fortes, capazes de viver de forma híbrida com as máquinas, orientados por uma inteligência artificial superior à humana atual e, quem sabe, vivendo de forma indefinida no tempo. (2020, p. 59).

Dessa forma, os cenários das ficções científicas se tornam cada vez mais realistas e representam este fenômeno do pós-humanismo. As máquinas artificialmente inteligentes ocupando a humanidade, não como uma forma de melhoria a ela, mas sim uma completa substituição, visto que se apresentam mais desenvolvidas em quesitos biológicos e intelectuais.

Essa visão pós humanista apresenta que não haverá mais nada de humano, a realidade se distanciará do vivo, e será fundamentada na lógica das novas tecnologias. Contudo, tal percepção é simples demais, a consciência humana apresenta-se demasiadamente complexa, para facilmente ser substituída por mecanismos de maquinaria cerebral. (FERRY, 2018).

Ainda, por mais que pareça completa ficção e o cenário ideal para uma obra de Aldous Huxley, em julho de 2015 Bill Gates, Stephen Hawking e Elon Musk assinaram uma petição sobre o assunto. A ocasião debateu sobre as ameaças, possivelmente eminentes, das inteligências artificiais, que se tornariam fortes o suficiente para decidirem situações por conta própria, sem qualquer intenção de consultar aos seres humanos. Surpreendentemente, mesmos os grandes tecnófilos apresentam ressalvas quanto a inteligência artificial, desenvolvidas por suas próprias atividades. Bill Gates afirmou que “não é que a inteligência artificial (IA) suscite o temor, mas, ao contrário, que as pessoas não estejam apavoradas!”, não só ele, como Elon Musk também expos seu receio quanto ao tema e comentou que a IA é “para a humanidade a maior ameaça existencial já inventada”. Portanto, as consequências eminentes destas grandes potências da tecnologia mundial, as inteligências artificiais, resgatam a importância da discussão transumanista. (FERRY, 2018).

Com isso, é importante considerar quais seriam os limites para o uso desta tecnologia na área humana. Veja-se a elucidação do autor, suprarreferido: Para Ferry (2016, p. XLIII):

> Nunca a palavra regulação designou um desafio mais decisivo do que na situação inédita, e provavelmente irreversível, que daqui em diante é a nossa. Duas atitudes, nesse caso, são igualmente insustentáveis, para não dizer absurdas: de um lado pretender parar tudo; de outro autorizar tudo, deixar ocorrer, deixar passar, em nome da fantasia da onipotência, ao mesmo tempo ultraliberal e tecnófila, segundo a qual tudo aquilo que é cientificamente possível deve se tornar real. (FERRY, 2016, p. XLIII).

Nesse sentido, torna-se essencial unir e interpretar a distopia de o Admirável Mundo Novo de Huxley, sob a luz de *A revolução transumanista* de Luc Ferry, para com o auxílio das produções literárias, se compreenda a importante atuação do Direito frente as criações artificialmente inteligentes. Assim, em 2009, no mês de março, foi adotada pelo Humanity + Board, a Declaração Transumanista, originalmente pensada em 1998 por um grupo de autores, porém reformulada no decorrer dos anos.

A Declaração Transumanista informa que o potencial humano poderá ser ampliado, e em consequência os sofrimentos, o envelhecimento e até mesmo o confinamento das pessoas na Terra, possivelmente superado em vista de como a humanidade será afetada pela ciência e pela tecnologia futurista.

Afirmam, ainda, que o uso indevido das novas tecnologias representa uma série de riscos para a humanidade, e tudo que ela considera valioso. Portanto, a declaração expõe que os pesquisadores devem investir na compreensão e na redução de riscos, para defender o bem-estar de todos. (DECLARAÇÃO TRANSUMANISTA, 2009).

Ao referir a defesa do bem-estar de todos, a declaração se dedica a todo e qualquer ser capaz de sentir, receber ou perceber sensações através dos sentidos, sendo eles humanos, animais não humanos, e ainda, destaca-se aqui, a previsão de defesa as quaisquer formas de inteligências artificiais ou outras variações de vida modificadas, que pelos avanços científicos e tecnológicos possam ser desenvolvidas. (DECLARAÇÃO TRANSUMANISTA, 2009).

Em vista do Direito como instituição em prol da pacificação social, cabe atentar-se a necessidade de o mesmo atuar em formulações políticas moralmente responsáveis e inclusivas. As possibilidades de risco devem ser seriamente analisadas para manter eficaz o respeito aos direitos individuais e a autonomia dos indivíduos, afirmando a responsabilidade do instituto jurídico com a dignidade da

pessoa humana e, também para com o interesse de todas as futuras gerações. (DECLARAÇÃO TRANSUMANISTA, 2009).

Sendo assim, o Direito possui na Literatura pilares que auxiliam na compreensão desta nova realidade, que mesmo jamais antes vivida, já marcava presença nas obras literárias de ficção cientifica, como a de Admirável Mundo Novo. Tem-se assim, uma sociedade percebida por Aldous Huxley, em um período em que as inovações tecnológicas que percebidas atualmente estavam apenas sendo imaginadas.

A ideia de que cada vez mais os seres humanos se tornariam tão banalmente fabricados, modificados e moldados a seguir certos padrões de comportamento, os transformam em uma espécie facilmente substituível por inteligências artificias, visto que nem mesmo a complexidade da pessoa humana em suas relações consigo e com os outros é incentivada e mantida neste cenário da obra. Dessa forma, sob a luz da obra de Huxley, escrita em 1932, é possível discutir a atuação do Direito frente as questões éticas deste ideal transumanista de melhoramento da condição humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta forma, a pesquisa esboça por meio da ficção de Aldous Huxley uma abordagem diversa acerca de direito e biotecnologia a partir da consideração dos riscos inerentes à técnica. A pesquisa se justifica em razão de que a literatura tem consideráveis contribuições ao imaginário jurídico, tais como histórias e tragédias que podem auxiliar a consideração dos interesses jurídicos da humanidade.

Ainda que escrita na década de 1930, a obra destaca que o progresso científico-tecnológico conduzido por interesses escusos pode ser prejudicial à sociedade. Na obra suprarreferida, as intervenções sobre a natureza biológica da espécie, assim como a indução de comportamentos estabelecidos gerou uma sociedade dividida em castas, sem a possibilidade de mobilidade social uma vez que as pessoas não acreditavam ser capazes para tanto.

O desfecho da obra revela o isolamento de um ser humano genuíno desconectado do mundo em que vive. Tem-se assim, uma sociedade dominada pela ideologia que determina o que/a quem/como as pessoas devem servir, com a perda automática da autonomia individual. Essas são as razões da escolha da obra que traça possíveis riscos atinentes à condução do setor pois o autor elucidou em sua obra diversos dos impasses que podem surgir nesse século.

A partir de uma sociedade automatizada, em que as pessoas usam medicamentos para evitar aborrecimentos, o negado acesso a fonte de prazeres solitários como a literatura, demonstram que a tamanha facilidade em criar seres humanos, acabou corrompendo a responsabilidade com o interesse dos mesmos.

Frente as evoluções nas tecnologias da era contemporânea, resgata-se o problema de pesquisa que orienta o estudo: qual a contribuição da obra Admirável Mundo Novo para a compreensão da filosofia transumanista no cenário jurídico contemporâneo?

Diante da provocação, a pesquisa designa como primordial a percepção dos direitos fundamentais, essencialmente a autonomia das pessoas e bem-estar dos seres sencientes, bem como o respeito aos seres artificialmente inteligentes. Parece inadequado que por ausência de dispositivo específico relacionado à temática tais questões não possam ser consideradas. Diante de todas as fontes de direito do ordenamento jurídico é possível que seja realizada adequação interpretativa para suprir a lacuna legal do setor.

A leitura da obra de ficção de Huxley permite a imersão do leitor e, considerando ser a narrativa um dos caminhos para o qual a humanidade pode seguir, entende-se que o avanço obtido pela criação e pelo aprimoramento da genética humana, assim como da inteligência artificial prova a capacidade humana em conseguir realizar progressos. Contudo, na visualização dos rumos apresentados à humanidade destaca-se a importante consideração dos riscos conforme orienta a Declaração Transumanista com foco na garantia do bem-estar social.

REFERÊNCIAS

ARTIFICIAL In.: **Dicio**, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2021. Disponível em: https://www.dicio.com.br/artificial/. Acesso em: 04 de setembro de 2021.

BOSTROM, Nick. **Superinteligência**: caminhos, perigos e estratégias para um novo mundo. Editora DARKSIDE. Rio de Janeiro, 2014.

CANDIDO, Antônio. **Vários Escritos**. Rio de Janeiro: Editora Ouro sobre Azul, 2011.

FERRY, Luc. **A revolução Transumanista**. São Paulo: Editora Manole, 2018.

HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. Rio de Janeiro: Editora Biblioteca Azul, 2020.

INTELIGÊNCIA In.: **Dicio**, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2021. Disponível em: https://www.dicio.com.br/inteligencia/. Acesso em: 04 de setembro de 2021.

OLIVEIRA, Jelson e LOPES, Wendell E. S. **Transumanismo***:* o que é, e o que vamos ser. Editora da Universidade de Caxias do Sul, PUCCS, 2020.

SCHWARTZ, Germano. **A Constituição, a Literatura e o Direito**. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 2006.

VELOCIDADE E MOVIMENTO: REFLEXÕES SOBRE AS RELAÇÕES DE TRABALHO À LUZ DE PAUL VIRILIO

Paulo Roberto Fogarolli Filho[1]
Devanildo de Amorim Souza[2]
Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini[3]

RESUMO: O presente artigo pretende analisar as mutações sociais e os seus reflexos nas relações de trabalho, desencadeadas pela ascensão tecnológica nas últimas décadas, trazendo ao centro dessa análise a dinâmica social tratada por Paul Virilio, qual seja, o impacto da velocidade da sociedade contemporânea. Buscou-se examinar a transmutação da figura do "empregado-operário" para "empregado-motor", especialmente pelo choque da revolução tecnológica nas relações de trabalho. Colocou-se em debate a necessária análise sobre a expropriação do tempo na sociedade atual, debruçando-se sobre a denominada "ditadura do tempo" definida por Paul Virilio sob a ótica das relações de trabalho. A metodologia adota o método dedutivo, com apoio da exploração bibliográfica, utilizando-se os referenciais teóricos de Paul Virilio sobre o conceito de velocidade e seus reflexos nas relações de trabalho, Manuel Castells sobre a transformação do mercado de trabalho pelo paradigma informacional e Eugenio Trivinho acerca do novo modo de organização "sociomediático" da sociedade contemporânea e o processo de "glocalização" da existência humana.
Palavras-chave: Relações de trabalho; Revolução tecnológica; Sociedade da informação.

INTRODUÇÃO

O incessante desenvolvimento social e tecnológico que levou à transformação do ser humano na sociedade atual não deixará de lado a influência e as consequências sociais, culturais e políticas do campo do Direito.

Nessa perspectiva, o presente trabalho pretende examinar a transmutação da figura do trabalhador passando de "proletário-

[1] Mestre em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho – PUC/SP. Advogado. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8919039318088450. Orcid: http://orcid.org/0000-0002-2860-9040. São Paulo/SP, Brasil.
[2] Mestrando – FMU/SP. Graduado em Direito – FMU/SP. Bolsista institucional – FMU/SP. Advogado. Lattes: http://lattes.cnpq.br/3461110540185889. Orcid: https://orcid.org/0000-0003-2489-1373. Casa Nova/BA, Brasil.
[3] Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Graduada em Direito – UFSC. Advogada. Lattes: http://lattes.cnpq.br/4529730931640744. Santa Catarina/SC, Brasil.

operário" para "proletário-motor", diante do choque da revolução tecnológica nas relações de trabalho. Coloca-se em debate a análise sobre a expropriação do tempo na sociedade atual, debruçando-se sobre a denominada "ditadura do tempo" definida por Paul Virilio sob a ótica das relações de trabalho.

O objetivo deste trabalho é analisar as mutações sociais e os seus reflexos nas relações de trabalho, desencadeadas pela ascensão tecnológica nas últimas décadas, trazendo ao centro dessa análise a dinâmica social tratada por Paul Virilio, qual seja, o impacto da velocidade da sociedade contemporânea. Além disso, propõe-se como problema de pesquisa o embate entre capital e trabalho, podendo acarretar a erosão das leis protetivas das relações de trabalho e o aumento da vulnerabilidade dos trabalhadores na sociedade da informação.

Para tanto, dividiu-se o presente trabalho em três capítulos. No primeiro capítulo analisou-se o impacto da revolução tecnológica nas relações de trabalho e a transformação dos trabalhadores denominados como "proletariado-operário" para a figura do "proletariado-motor". No segundo capítulo, examinou-se a expropriação do tempo nas relações de trabalho sob o prisma da velocidade que modifica a dinâmica da atividade empresarial. No terceiro capítulo, debruçou-se sobre os reflexos das mutações tecnológicas nas relações de trabalho, os quais acarretaram uma flexibilização das normas protetivas dos trabalhadores, bem como apresentou-se uma reflexão sobre como a sociedade pode enfrentar e superar o embate entre capital e trabalho na sociedade da informação.

A metodologia utilizada nessa pesquisa seguiu o método dedutivo, com a análise bibliográfica relativa ao tema do trabalho, utilizando-se os referenciais teóricos de Paul Virilio sobre o conceito de velocidade e seus reflexos nas relações de trabalho, Manuel Castells sobre a transformação do mercado de trabalho pelo paradigma informacional e Eugenio Trivinho acerca do novo modo de organização "sociomediático" da sociedade contemporânea e o processo de "glocalização" da existência humana.

REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA: O PROLETARIADO-MOTOR

Virilio (1996, p. 137) encerra o seu livro "Velocidade e Política" com a seguinte frase: "A violência da velocidade tornou-se, simultaneamente, o lugar e a lei, o destino e a destinação do mundo.". O ponto de partida do presente artigo buscou identificar essa "violência

da velocidade" na denominada "revolução tecnológica"[4] com impactos nas relações de trabalho.

O uso massivo e cada vez mais presente da tecnologia no cotidiano social acarretou profundas mudanças nas relações humanas. O marco disruptivo da sociedade atual é a revolução tecnológica ou digital, pois modificou a forma de consumo dos indivíduos, impactando todos os segmentos sociais: consumo, educação, mercado de trabalho, dentre outros (FOGAROLLI FILHO; WALDMAN, 2020, p. 121).

Nesse sentido, Castells (2019, p. 61) aponta que a "revolução tecnológica" transformou o cenário social da vida humana. Baumann (2019, p. 47) identificou a passagem da modernidade "sólida" para a modernidade "líquida", de uma sociedade de produtores para uma sociedade de consumidores, do corpo político "totalizante" para sua alternativa "individualizante". Por sua vez, Rodotá (2008, p. 57) indica que um dos efeitos das novas tecnologias é a mudança de paradigma marcada pelo emergir da informação como recurso fundamental para a organização social do futuro.

Essa mudança de paradigma identificada por Rodotá colocou a informação no centro gravitacional da nova era (BARRETO JUNIOR; NASPOLINI, 2019, p.139), também denominada como "sociedade da informação".

A sociedade da informação apresenta uma ruptura dos padrões de sociabilidade típicos do século XX, provocada por uma série de eventos sistêmicos e concatenados em escala mundial. Inaugura-se, portanto, um novo estágio do modo de produção capitalista, instaurado pela convergência tecnológica e digital, pelo exponencial crescimento – e consequente diminuição dos custos – da produção de equipamentos informáticos e, principalmente, pela disseminação em escala mundial da *internet* (BARRETO JUNIOR, 2015, p. 102).

Pierre Lévy (1999, p. 19) empresta a expressão "dilúvio de informações" utilizada por Roy Ascott para apontar singular traço do mundo moderno, qual seja, "confusão dos espíritos", marcado pelo "transbordamento caótico das informações, a inundação de dados, as águas tumultuosas e os turbilhões da comunicação, a cacofonia e o psitacismo ensurdecedor das mídias, a guerra das imagens, as propagandas e contrapropagandas.".

[4] Castells (2019, p. 88) aponta que o que caracteriza a revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimentos e informação, mas a aplicação desses conhecimentos e de dispositivos de processamento/comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre inovação e seu uso.

O turbilhão de informações tratado por Lévy somente foi possível pelo aprimoramento da tecnologia, tanto é assim que Teixeira (2015, p. 17) identifica uma profunda “dependência” do homem com a tecnologia e explica:

> Essa situação de dependência vem produzindo uma inversão peculiar em nossa relação com a tecnologia. Ela já não é mais adaptada a nós, seres humanos. Ao contrário, estamos cada vez mais nos adaptando a ela, como já se notaram alguns filósofos da tecnologia no século XX. Passamos dias atrelados a máquinas, pois elas se tornaram a interface inevitável com o mundo. As máquinas não são mais nossa extensão, nós é que nos tornamos extensões dela.

A metamorfose tecnológica ou “mutação tecnológica” transformou e aproximou a economia mundial, justamente pela hibridação e rotinização de processos de trabalho e recursos técnicos, caracterizando-se pela velocidade e fluidez dos processos de produção (SODRÉ, 2002, p. 13).

Nesse contexto, Trivinho (2012, p. 13) aponta um novo modo de organização da civilização contemporânea, fincado na reciclagem e nas apropriações de tecnologias e redes de comunicação em tempo real, bem como apresenta um processo de “glocalização da existência humana e da experiência cotidiana” e explica:

> O global equivale a um entrelaçamento sociotécnico homeostático, obliterado e irreversível entre o contexto concreto de exercício da experiência cotidiana (ponto de acesso/recepção/retransmissão/irradiação comunicativa) e o universo áudio visual das redes em tempo real, em âmbito regional, nacional ou internacional. O processo de glocalização, como disso já testemunha o simples cotejo de termos, reescalona para o território planetário e potencializa ao infinito o fenômeno da hibridação de “planos” de existência, experiência e atuação, transformando o mundo num caleidoscópio de redutos glocais entrecruzados de e para a circulação de informações, imagens e dados. (TRIVINHO, 2012, p. 13)

Desse modo, o capital “glocalizado” adquire ainda mais força em razão da revolução tecnológica, pois antes ele detinha a força de trabalho e a terra (MARX, 2017, p. 826), agora passa a deter a propriedade, a “eficiência tecnocientífica” (TRIVINHO, 2017, p. 24) e a força de trabalho altamente veloz. Ainda nesse sentido, Trivinho (2017, p. 24) aponta:

> No todo, o capitalismo aufere, enfim, eficácia tecnocientífica que, em cada e a partir de cada segmento de atuação, o imuniza da dialética da práxis transformadora; e, como cobrança civilizatória, dobra em peso desejado sobre a cabeça de todos, desde tenra idade, ao prevalecer como fardo patogênico para a composição neural do corpo. A velocidade, garantia de *status quo*, propende, assim, mais fortemente, para a celebração histórica dos ideais ultraconservadores.

O capital que sempre almejou aumentar o seu ganho, através do aumento da produtividade do trabalho, pode, na sociedade da informação, ampliar os mecanismos de mais-valor dos trabalhadores (MARX, 2017, p. 294), pois a "produtividade" é substituída pela "velocidade", auferindo ainda mais lucros em razão da exploração do "trabalhador veloz".

Virilio (1996, p. 99) indica três características desse ambiente social pautado pela velocidade: a desvalorização do proletariado, uma explosão do sistema de produção e a individuação sindical, pois o trabalho humano depende menos da produtividade que do jogo de interesses envolvendo o mercado de mão-de-obra, permitindo, com a ruptura da unidade de ação política, todas as manobras inimagináveis, as mais dispersas, as mais selvagens, até o limite da própria sobrevivência dos trabalhadores.

A unificação entre o "trabalho-morto" – desempenhado pelas máquinas – e o "trabalho vivo" – corporificado pelo trabalhador ultraveloz, proporcionou ao "capitalismo informacional-digital-financeiro" a intensificação e diversificação do trabalho vivo, recriando novas formas de exploração e mesmo de superexploração da força de trabalho (ANTUNES, 2019, p. 15).

Desaparece, assim, a figura do "proletariado-operário" - produtivo, porém lento, de difícil flexibilidade por conta dos movimentos sindicais que o tornaram estanque no embate da luta de seus direitos perante o capital -, típica figura da Revolução Industrial, e emerge a figura do "proletariado-motor", cuja característica são: a total "exaltação do corpo-velocidade" (VIRILIO, 1996, p. 110), a flexibilidade e a desvinculação sindical.

A VELOCIDADE E O MOVIMENTO: A EXPROPRIAÇÃO DO TEMPO

Paul Virilio (1996, p. 55) identifica a passagem da sociedade marcada por uma vitalidade natural do elemento marinho (aquela facilidade de ali erguer, deslocar e fazer deslizar engenhos pesados)

para uma vitalidade tecnológica inevitável centrada no conceito puro de velocidade, e explica:

> A velocidade, como ideia pura e sem conteúdo, emerge do mar, como Afrodite, e quando Marinetti exclama que o universo enriqueceu-se de uma beleza nova, a beleza da velocidade, e contrapõe o carro de corrida à Vitória de Samotrácia, ele esquece que se trata, na realidade, de uma estética, a do engenho do transporte. Tanto o acoplamento da mulher alada com o vaso de guerra antigo como o de Marinetti, o fascista, com seu bólido rodoviário cujo volante ("haste ideal que atravessa a terra") ele maneja, saem desse evolucionismo tecnológico cuja realização é mais evidente que a do mundo vivo. O direito ao mar cria o direito à estrada dos Estados modernos (...).

Percebe-se que Paul Virilio retrata o aprimoramento tecnológico como transformação social, identificando um "evolucionismo" que desencadeou uma ruptura da circulação de informações na sociedade, exemplificando a passagem do "mar" para a "estrada". Nesse sentido, pode-se afirmar que a mencionada "estrada" trazida como figura ilustrativa por Paul Virilio equivaleria à *internet* na sociedade atual, ou então, utilizando a mesma figura de linguagem, "o direito à estrada cria o direito à internet" dos Estados modernos.

Esse novo espaço social – migrado da estrada para a *internet* – criou formas de exploração do trabalho criadas pelos "capitais informáticos globais", emergindo uma nova forma de "escravidão digital", que não para de se expandir, a exemplo do caso *Uber*, no qual o trabalho é executado através de uma plataforma digital integrada ao smartphone do motorista, no entanto, os trabalhadores deste tipo de serviço, além de utilizarem seus próprios automóveis como instrumento de trabalho, suportam todas as despesas de previdência, manutenção dos carros, alimentação, configurando um assalariamento disfarçado de trabalho "autônomo" (ANTUNES, 2019, p. 16).

Gaia (2018, p. 81) aponta que esse novo modelo de negócio é concebido a partir de uma visão onde o capitalista é apenas o proprietário do aplicativo do transporte, ao passo que os demais meios de produção, matérias-primas necessárias para a consecução do negócio são transferidas para a responsabilidade do próprio executante do serviço.

Assim, para o capital, o "enxugamento de sua estrutura produtiva representa uma forma a mais de ampliar a produção de mais-valia" (GAIA, 2018, p.82).

A *internet* alavancou a criação de plataformas de negócios, como os espaços de *coworking* (espaços de trabalho compartilhados por vários trabalhadores em um mesmo ambiente, rateando os custos de manutenção), *wikipedia* (enciclopédia digital alimentada por quaisquer colaboradores interligados na rede mundial de computadores), *AIRBNB* (plataforma de negócios de aproximação de locadores e locatários de imóveis), *CABIFY, 99POP* (plataformas de transporte de passageiros, a exemplo do UBER), dentre outros inúmeros exemplos que representam novos modelos de negócios criados a partir da revolução informacional desenvolvidos na *internet* (GAIA, 2018, p. 80).

O efeito dominante do capital sobre o "proletariado-motor" é tão evidente que, agora, utilizando do aparato tecnológico disponível, aliado ao uso da *internet*, o capital não depende mais de um estabelecimento físico para o desenvolvimento de seu negócio.

O espaço virtual emancipatório e libertador colocado no centro dos negócios possibilita a inclusão de um novo elemento na análise da velocidade e do movimento impingidos sobre a sociedade e nas relações de trabalho, qual seja, a interligação global pelo rompimento das barreiras físicas planetárias, ou então, como conceitua Trivinho (2012, p. 47) o surgimento do fenômeno "glocal" pela "conjuminação entre global e local":

> A apócope criativa visava responder, nesse celeiro a uma situação histórica cada vez mais globalizada e interdependente política, econômica e culturalmente e com repercussões continuadas no domínio dos negócios, na qual uma empresa vê-se compelida a fazer uso de seu capital disponível de flexibilidade adaptativa a culturas locais, em sinal de respeito a características socioculturais das comunidades dentro das quais se instala e atua, a fim de cumular feitos públicos à imagem institucional matricial da empresa, às suas reservas ético-estratégicas de responsabilidade social e, obviamente, aos seus interesses de expansão do valor de troca.

Naspolini e Ferreira (2020, p. 99) também abordam esse movimento sob o prisma da globalização[5] e abordam o poderio econômico dos conglomerados "transnacionais" que surgem nesse processo de estilhaço das barreiras físicas planetárias e alertam que as facilidades da tecnologia da informação gera aumento da

[5] O termo globalização é explicado por Naspolini e Ferreira (2020, p. 99) como "um aumento do relacionamento e da dependência que vários países têm quanto a produtos manufaturados em diversos lugares do planeta.

produtividade e do comércio e, por consequência, dos lucros, aumentando a concentração de renda nessas grandes corporações e fazendo com que os limites do que é aceitável sejam deslocados em função dos resultados, numa visão maquiavélica de que os fins podem preponderar sobre os meios.

A desigualdade social e o deslocamento do poder para quem detém o acesso aos meios tecnológicos colocam a sociedade atual em grande conflito, pois "as empresas transnacionais investem em novas tecnologias e no uso de inteligência artificial, e transferem seus processos fabris para "países pobres", que oferecem mão de obra barata e instalações ávidas por atender às novas demandas" (NASPOLINI; FERREIRA, 2020, p. 100).

Virilio (1996, p. 57) aponta que a humanidade vai deixar de ser plural, pois para cair na situação de fato, ela tenderá a se cindir exclusivamente em "povos esperançosos" - a quem é permitido esperar pelo amanhã, pelo futuro: a velocidade que eles capitalizam dando-lhes acesso ao possível, isto é, ao projeto, à decisão, ao infinito -, e em "povos desesperançosos", imobilizados pela inferioridade de seus veículos técnicos, vivendo e subsistindo num mundo finito.

Nesse contexto de velocidade perpassada pela *internet* e de movimento marcado pelo processo de "glocalização" (TRIVINHO, 2012, p. 13), Paul Virilio acrescenta outro elemento para o estudo da transformação das relações de trabalho, qual seja, a ditadura do tempo e aponta:

> O que efetivamente revela a mudança de natureza da riqueza é somente a mudança da velocidade da economia mundial, a passagem da unidade móvel à unidade horária, a guerra do tempo. (VIRILIO, 1996, p. 56)

A "guerra do tempo" identificada por Paul Virilio pode ser aplicada às relações de trabalho, especialmente pelo fato de os aparatos tecnológicos não apenas possibilitarem a execução do trabalho de forma remota, isto é, longe das amarras físicas do estabelecimento empresarial, como também acarretarem a escravidão do trabalhador incessantemente interconectado ao trabalho.

O trabalho executado de forma remota ou à distância pode também ser definido como "teletrabalho", cuja conceituação na legislação brasileira foi estampada no artigo 75-B da CLT que dispõe que "considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, cum utilização de tecnologias de informação e comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Isto é, o trabalho realizado fora das dependências físicas do empregador é considerado à distância ou extramuros. No entanto, se realizado em casa, será denominado como *home office*. O *home office* pode ou não se dar em regime de teletrabalho. O será quando a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. Por outro lado, o trabalho fora das dependências do empregador que não é desenvolvido com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação será um trabalho externo ou em *home office* (PESSOA; MIZZIARA, 2020, p. 361).

Na Itália, o denominado "trabalho ágil" (*lavoro agile*) caminha nesse sentido de flexibilização do local de trabalho, constituindo-se "uma forma de executar a relação de trabalho subordinada, estabelecida por acordo entre as partes, sendo possível sua organização por fases, ciclos e objetivos, sem restrições precisas de tempo ou local de trabalho e com o possível uso de ferramentas tecnológicas para realizar atividades de trabalho" (VALVERDE, 2020, p. 04).

Nahas e Fita (2020, p. 2) alertam para essa modalidade de organização do trabalho, pois poderá "transformar-se num instrumento cruel de flexibilização e criação de um universo cada vez maior de *ghost workers*. Isto é, de um meio, inicialmente, oportuno, eficaz e eficiente à contenção ou redução das crises econômicas e sociais, e outras mais que possam viabilizar a redistribuição de trabalho e manutenção de posto de trabalho, pode tornar-se um instrumento de aumento da precariedade e desigualdade".

Emerge, nesse cenário, o trabalho fantasma (*ghost work*) assim denominado pela atividade executada nos bastidores, pois decorre do trabalho humano que movimenta muitos aplicativos de telefones celulares, sites e sistemas de inteligência artificial, o que se torna difícil de ver ou perceber – na verdade, muitas vezes escondido intencionalmente (GRAY; SURI, 2019).

Gray e Suri (2019) identificam uma "nova linha de montagem digital" que agrega a contribuição coletiva de trabalhadores distribuídos que opera em uma série de setores econômicos em todos os momentos do dia e da noite. Na verdade, a ascensão dessa força de "trabalho fantasma" é parte de uma reorganização maior e mais profunda do próprio emprego e explicam:

> TripAdvisor, Match.com, Google, Twitter, Facebook e Microsoft são algumas das empresas mais conhecidas que geram uma série de projetos para os quais pessoas são

> pagas para realizar, tarefa por tarefa, 24 horas por dia, sete dias por semana . Novas empresas surgem todos os dias com modelos de negócios que dependem de trabalhadores em todo o mundo que respondem a chamadas encaminhadas por software para fazer esse trabalho nos bastidores. As empresas que podem terceirizar suas atividades diárias para trabalhadores independentes em vez de funcionários regulares podem usar o trabalho fantasma para responder a uma consulta de bate-papo do cliente baseada na web, editar uma avaliação de produto ou realizar qualquer tarefa que não exija um presença física do funcionário em tempo integral.[6]

Desse modo, o novo "proletariado-motor" encontra-se escondido, também, por trás do emaranhado tecnológico de plataformas digitais, aplicativos, *softwares*, distantes do poder de supervisão do empregador, lançados no dilúvio digital, podendo ser acionados dia e noite, em qualquer horário do dia, sendo expropriado do seu tempo de vida.

A expropriação do tempo do "proletariado-motor" é tratada por Souto Maior (2003, p. 01) como uma escravização do homem ao trabalho, pois a subordinação deste ao processo produtivo é intensa, corroendo sua saúde e desagregando sua família. Em muitos casos, "os trabalhadores sequer têm tido tempo para tirar férias, pois que, diante do quase inesgotável acesso a fontes de informações e por conta das constantes mutações das complexidades empresariais, ficar muitos dias desligado do trabalho representa, até mesmo, um risco para a manutenção do próprio emprego".

Discute-se, atualmente, a devolução do tempo ao "proletariado-motor", invocando o "direito à desconexão", isto é, no direito de não trabalhar sob a "perspectiva técnico-jurídica, para fins de identificar a existência de um bem da vida, o não-trabalho, cuja preservação possa

[6] Texto original: This new digital assembly line aggregates the collective input of distributed workers, ships pieces of projects rather than products, and operates across a host of economic sectors at all times of the day and night. In fact, the rise of this shadow workforce is part of a larger, more profound reorganization of employment itself. TripAdvisor, Match.com, Google, Twitter, Facebook, and Microsoft are some of the better-know businesses that generate an array of projects that people like Justin are paid to do, task by task, 24 hours a day, seven days a week. New companies crop up every day with business models that depend on workers around the world who respond to opne calls routed through software to do this behind-the-scenes work. Businesses that can contract out their day-to-ay activities to independet workers instead of regular employees can use ghost work to asnwer a web-baed customer chat query, edit a product review, or do just about any task that doesn't require an employee's full-time, physical presence.

se dar, em concreto, por uma pretensão que se deduza em juízo" (SOUTO MAIOR, 2003, p. 02).

REPENSANDO AS RELAÇÕES DE TRABALHO

Paul Virilio (1996, p. 108) empresta a expressão de Netchaiev para afirmar "A todo vapor através da lama". Essa frase traz uma reflexão sobre o que esperar do futuro do trabalho, uma vez que a preponderância do capital sobre o trabalho nunca esteve tão presente como atualmente, ou seja, o "proletariado-motor" nunca esteve tão imerso na "lama".

Oportuno trazer ao estudo a Carta Encíclica *RERUM NOVARUM* do Sumo Pontífice Papa Leão XIII sobre a "condição dos operários" e identifica as causas do conflito entre capital e trabalho:

> Em todo o caso, estamos persuadidos, e todos concordam nisto, de que é necessário, com medidas prontas e eficazes, vir em auxílio dos homens das classes inferiores, atendendo a que eles estão, pela maior parte, numa situação de infortúnio e de miséria imerecida. O século passado destruiu, sem as substituir por coisa alguma, as corporações antigas, que eram para eles uma protecção; os princípios e o sentimento religioso desapareceram das leis e das instituições públicas, e assim, pouco a pouco, os trabalhadores, isolados e sem defesa, têm-se visto, com o decorrer do tempo, entregues à mercê de senhores desumanos e à cobiça duma concorrência desenfreada. A usura voraz veio agravar ainda mais o mal. Condenada muitas vezes pelo julgamento da Igreja, não tem deixado de ser praticada sob outra forma por homens ávidos de ganância, e de insaciável ambição. A tudo isto deve acrescentar-se o monopólio do trabalho e dos papéis de crédito, que se tornaram o quinhão dum pequeno número de ricos e de opulentos, que impõem assim um jugo quase servil à imensa multidão dos proletários.

A situação de "infortúnio" e "miséria imerecida" retratada na Carta Encíclica encontra como fonte geradora o "desaparecimento das leis" de proteção ao proletariado, cuja consequência foi o enfraquecimento e isolamento da classe de operários, fato este que pode ser constatado facilmente até os dias atuais.

Souto Maior (2017, p. 699) afirma que "nunca houve de fato uma concessão do capital ao trabalho e as forças do capital sempre se mantiveram vigilantes para que avanços eventualmente ocorridos na

legislação, na doutrina e na jurisprudência fossem imediatamente contidos".

Em posição ainda mais radical, Edelman (2016, p. 19) afirma que "não existe o "direito do trabalho"; existe um direito burguês que se ajusta ao trabalho, "ponto-final" e explica:

> Devemos nos livrar de uma vez por todas da ilusão tenaz de um "direito operário" que manteria distância do direito burguês, que seria um tubo de ensaio em que se elaboraria um "novo direito". Tradicionalmente, os especialistas têm empregado esforços nesse sentido. É necessário, dizem esses especialistas, autonomizar o direito do trabalho, dar-lhe seus títulos, reconhecer sua especificidade. Ele é, continuam eles, um direito coletivo, um direito de massa, para as massas, que já não tem nada – ou tem cada vez menos – a ver com o direito "comum", leia-se, o direito civil. Desse esforço nasceu o "socialismo dos juristas", que se perpetua até hoje sob as espécies sutis e técnicas das relações entre direitos: direito do trabalho/direito civil, direito do trabalho/direito comercial, direito do trabalho/ direito público. Como se o trabalho estivesse "do lado" do capital e do Estado! Como se o "direito operário" não fosse o direito burguês *para* o operário! E como se, enfim, milagrosamente, o direito do trabalho fosse uma zona juridicamente "protegida"!

O caminhar da última década da legislação brasileira revela esse cenário de "desaparecimento das leis" de proteção ao "proletariado-motor", a exemplo da ampliação da terceirização da atividade-fim da empresa, da Reforma Trabalhista, das Medidas Provisórias editadas pelo governo federal brasileiro durante o período de pandemia que impingiu aos trabalhadores a redução de salarial, as quais serão exemplificadas adiante, dentre outros inúmeros exemplos que poderiam ser colocados sobre o tema.

A citada ampliação da terceirização da atividade-fim foi um movimento que se iniciou pelo capital contra a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho que impedia a atuação do trabalhador terceirizado na atividade-principal da empresa, a qual protegia os direitos fundamentais dos trabalhadores, especialmente pelo fato de a ampliação da terceirização proporcionar a precarização das relações de trabalho e o aumento da informalidade, acarretando, exclusivamente, benefícios ao capital pela redução dos custos e geração de lucros (OLIVEIRA; VIEGAS, 2018, p. 280).

Vendeu-se a ideia de que a ampliação da terceirização para todas as atividades empresariais fomentaria a abertura de novos

postos de trabalho, combatendo o desemprego no Brasil. Nesse sentido, a exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.302 de 1998, que emanou do Poder Executivo, que deu origem à citada Lei da Terceirização (Lei nº 13.429 de 31 de março de 2017), apontou no item "17" elaborado pelo então Ministro do Trabalho da época Paulo Paiva:

> 17. Com as mudanças propostas, pretende-se facilitar e desburocratizar a contratação do trabalho, sem prescindir dos direitos básicos garantidos aos trabalhadores, gerando-se, dessa forma, a abertura de novos postos de trabalho.

No entanto, os dados revelados pelo IBGE[7] sobre a taxa de desocupação (desempregados) no Brasil em 2017 foi 12,3 milhões de brasileiros. Em comparação, em abril de 2020 (três anos de vigência da referida Lei da Terceirização), o número da taxa de desocupação atingiu o patamar histórico de 12,8 milhões de desempregados. Dessa forma, constata-se que não houve a redução do desemprego, tampouco abertura de postos de trabalho.

Lacerda e Krohling (2018, p. 136) constatam que a terceirização desmedida e expandida "é um duro golpe para a proliferação de uma ética da alteridade", afinal, ela parte do oposto da valorização do Outro, ela é a própria desumanização do Outro e completam: "o trabalhador, sequer é um trabalhador, é um terceiro contratado por outra empresa que deve produzir, caso contrário, será descartado e substituído".

A denominada Reforma Trabalhista ocorrida com a edição da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, representou concessão de benesses aos empregadores às custas da precarização ou mesmo retirada de direitos dos trabalhadores, a exemplo da possibilidade da dispensa em massa de empregados, o estímulo ao descumprimento dos intervalos intrajornada pelo empregador ao determinar apenas o pagamento a título indenizatório do período em que o empregado não usufruiu do intervalo, a extinção da contribuição sindical obrigatória, retirando importante receita (por vezes, a única) da entidade sindical, desequilibrando ainda mais as relações laborais, dentre outros inúmeros exemplos impostos pela alteração legislativa (ROCHA, RIBEIRO, 2017, p. 107).

Rocha e Ribeiro (2017, p. 109) vislumbram a desnaturação do Direito do Trabalho sob o véu da dita Reforma Trabalhista e explicam:

> (...) representa uma estratégia político-econômica conservadora e neoliberal voltada a tornar ainda mais

[7] Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – www.ibge.gov.br

> incisivo o controle da força de trabalho pelo mercado, ou, em outros termos, o controle da classe trabalhadora pelo capital. A ideia é desnaturar o direito do trabalho para fragilizar e pressionar, individualmente, os trabalhadores, eliminando-se do mercado de trabalho mecanismos considerados "anticompetitivos" sob o prisma empresarial.

O discurso falacioso de que os direitos dos trabalhadores representam um limitador da expansão econômica foi o grande mote para a aprovação da Reforma Trabalhista, mas o que se percebeu na prática foi um retrocesso em matéria de norma protetiva ao trabalhador, uma restrição ao acesso à justiça pela imposição aos trabalhadores do ônus do pagamento de custas e honorários advocatícios (NELSON; TEIXEIRA, 2018, p. 373), além da ausência de crescimento do emprego e renda, conforme dados já mencionados alhures do IBGE.

Outro duro golpe nos direitos sociais foi a edição da Medida Provisória nº 936 de 01 de abril de 2020[8] editada pelo Presidente da República Federativa do Brasil que concedeu indulto aos empresários para reduzirem em até 70% o salário dos trabalhadores no período de pandemia do COVID-19, sob o argumento de garantir a continuidade dos empregos, e instituiu o benefício "Programa Emergencial de Emprego e Renda", no qual o Estado iria suportar parte do pagamento desse salário reduzido durante o período de pandemia.

Conforme apontado por Catharino (1994, p. 208), o salário é uma obrigação ineludível dos empregadores e um direito irrenunciável dos trabalhadores e complementa: "a primazia do homem sobre os fatos não produz necessariamente luta inconciliável entre os princípios fundamentais e a realidade. O suficiente para os operários viverem deve ser garantido acima de tudo porquê se não, voltaríamos a considerar o trabalho simples mercadoria, e os trabalhadores simples máquinas de produzir".

A redução salarial impingida sobre os trabalhadores revelou o perverso cenário no contexto social vivido pela sociedade atual, pois atribuiu-se aos trabalhadores o risco do negócio, isto é, revelou-se, por mais esse motivo, a transformação dos trabalhadores, como alertado por José Martins Catharino, em "simples máquinas de produzir".

Acrescente-se ao contexto de desaparecimento das leis protetivas do "proletariado-motor" o cenário altamente tecnológico vivido na era da sociedade da informação em virtude dos impactos da quarta revolução industrial, que reúne a Inteligência Artificial, robótica, impressão 3D, digitalização, nanotecnologia, dentre outras, capazes

[8] D.O.U., publicado em 01/04/2020, Edição: 63-D, Seção: 1 – Extra, Página: 1.

de provocar a perda líquida de cinco milhões de empregos nos próximos anos apenas nas 15 principais economias mundiais, incluindo o Brasil (RONCATI; SILVA; MADEIRA, 2018, p. 211).

Rocha (2018, p. 13) conceitua a quarta revolução industrial como um fenômeno de transformação digital aplicado à indústria de produção, também denominada como “Indústria 4.0”, “Manufatura 4.0”, “Indústria Inteligente”, “Manufatura Avançada” ou “Internet Industrial das Coisas”. Trata-se, assim, da digitalização dos processos produtivos nas fábricas por meio de sensores e sistemas de informação que têm como meta a transformação dos processos produtivos para torná-los eficientes.

Nessa nova ambiência digital, o “proletariado-motor” terá que se tornar ainda mais flexível na sociedade futura, pois a quarta revolução industrial exige profissionais com maior destreza social, mais criativo e com capacidade de tomada de decisão em ambientes de incerteza. O “proletariado-motor” deve ser propositivo e não reativo, será mister saber lidar com novas ideias, que não terão alicerces ou jurisprudência consolidada (RONCATI; SILVA; MADEIRA, 2018, p. 215).

A questão que se coloca é: como suplantar esses desafios impostos pela erosão das leis protetivas das relações de trabalho e pela mutação das relações de trabalho com possibilidade de redução do emprego?

Batista (2012, p. 202) apresenta uma resposta para essa indagação e propõe uma nova compreensão da função social que os direitos sociais podem vir a desempenhar no capitalismo e explica citando a experiência soviética: “de nada valeram as constituições e leis que extinguiram a propriedade privada dos meios de produção sem que fosse alterado na organização da produção o princípio da troca de equivalentes. O resultado só poderia ser a degeneração da ditadura do proletariado em uma burocracia e sua posterior reabsorção pelo modo de produção capitalista”.

Nesse cenário de rompimento do alicerce do edifício do modo de produção capitalista, Batista (2012, p. 203) apresenta a “alocação universal”, também chamada de renda básica de cidadania” que seria atribuir a cada indivíduo residente no país, sem qualquer distinção e sem a aferição de qualquer critério, quantidade de dinheiro suficiente para garantir sua subsistência e de sua família. E aponta:

> (...) em termos de materialismo histórico-dialético a alocação universal teria uma função primordial: liberar aqueles que não são proprietários dos meios de produção da obrigação de vender a sua força de trabalho a qualquer capitalista. Ainda que sob a forma de um direito subjetivo

> patrimonial e individual, a alocação universal transformaria o trabalho *abstrato* numa decisão individual e não numa imposição, pois todos teriam sua subsistência garantida independentemente dele.

Essa batalha pela universalidade dos direitos sociais deve ser feita na seara da política e da economia, pois o "fim do modo de produção capitalista é o fim da garantia da subsistência apenas por meio da troca de força de trabalho por salário, e a única forma que o direito tem de ajudar nessa luta consiste em solapar a lógica da equivalência, inserindo mecanismos essencialmente não comportados pela forma" (BATISTA, 2012, p. 206).

Entretanto, para que isso seja possível, arvora-se ao estudo a ideia de "concertação" proposta por Tomaz e Caldas (2019, p. 353), trazendo a comunidade a participar mais diretamente das tomadas de decisão e do controle da decisão estatal, "fazendo exsurgir um atuar estatal processualizado, bem como novos espaços de atuação (regionais, nacionais, estaduais, locais), mesmo de criação da aplicação normativa" a exigir mecanismos de contenção de poder.

Dessa maneira, a discussão proposta por Batista em torno do embate político e econômico deve ocorrer em torno de uma democracia concertada, através de um reconhecimento explícito do valor democrático das manifestações políticas do indivíduo, para a formação do interesse público, em concretização do Estado Democrático de Direito, buscando-se a construção de um novo quadro normativo de natureza pública (TOMAZ; CALDAS, 2019, p. 353).

CONCLUSÃO

O universo laboral foi instado a se reajustar diante das sensíveis mudanças sociais alavancadas pela velocidade das inovações tecnológicas, pela *internet* e pela globalização, as quais propiciam o questionamento sobre o que esperar do futuro do trabalho.

A evolução tecnológica é um caminho sem volta. O futuro prepara uma sociedade ainda mais interligada, interconectada, ultra veloz e em constante movimento, a exemplo do que foi identificado por Paul Virilio sobre a passagem do "mar" para a "estrada", estrada essa que atualmente foi substituída pela *internet.*

O "proletariado-motor" colocado no epicentro das relações de trabalho tenderá a ser mais flexível, mais conectado ao trabalho, mais vulnerável frente ao capital, além de concorrer a cada dia mais com as novas tecnologias que devem surgir nas próximas décadas.

Urge, assim, a recolocação dos direitos sociais como forma de solução do conflito entre capital e trabalho, buscando-se mecanismos garantidores da dignidade dos trabalhadores e da busca do bem-comum. A adoção da alocação universal proposta por Flávio Roberto Batista, aliada ao uso da concertação, parece ser a saída definitiva para o rompimento do desequilíbrio histórico gerado pelo capitalismo.

Resgate-se, ao final, duas frases da já citada Carta Encíclica *RERUM NOVARUM*: "quanto aos ricos e aos patrões, não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem" e "o que é vergonhoso e desumano é usar dos homens como de vis instrumentos de lucro, e não os estimar senão na proporção do vigor dos seus braços".

Assim, em deferência ao valor "dignidade da pessoa humana" erigido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao patamar de valor supremo da ordem constitucional vigente, bem como aos Princípios da Ordem Econômica, o aprimoramento tecnológico deve caminhar em confluência com os resultados que prestigiam a condição humana.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. Proletariado digital, serviços e valor. in: ANTUNES, Ricardo. (org.). **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil IV: trabalho digital, autogestão e expropriação da vida**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Proteção da Privacidade e de Dados Pessoais na Internet: O Marco Civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zygmunt Bauman e Manuel Castells. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; DE LIMA; Cintia Rosa Pereira. (Org.). **Direito & Internet III**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. Proteção de informações no mundo virtual: a LGPD e a determinação de consentimento do titular para tratamento de dados pessoais. in: **Cadernos Adenauer XX (2019), nº3, Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2019.

BATISTA, Flávio Roberto. **Crítica da tecnologia dos direitos sociais**: uma contribuição materialista histórico-dialética. 2012. Tese

(Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede – A era da informação**: economia, sociedade e cultura. v.01. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário.** São Paulo: Freitas Bastos, 1994.

EDELMAN, Bernard. **A legalização da classe operária**. São Paulo: Boitempo, 2016.

FOGAROLLI FILHO, Paulo Roberto; WALDMAN, Ricardo Libel. Poder e visibilidade na era da sociedade midiatizada e os riscos para os direitos humanos. In: MARTINI, Sandra Regina; CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; GALVÃO Flávio Alberto Gonçalves. (coord.). **Os desafios dos direitos humanos na sociedade da informação: volume 2**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

GAIA, Fausto Siqueira. **As novas formas de trabalho no mundo dos aplicativos: o caso "UBER".** 2018. 360 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

GRAY, Mary L.; SURI, Siddhart. **Ghost work: how to stop Silicon Valley from a new global underclass.** Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2019.

LACERDA, Allan Dias; KROHLING, Aloísio. Terceirização e desumanização do trabalhador: uma análise a partir da ética da alteridade em Emmanuel Lévinas. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 188, 2018.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** Tradução de Carlos Irineu da Costa — São Paulo: Ed. 34, 1999.

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. Tradução Rubens Ederle. 2. ed. Rio de Janeiro: Boitempo, 2017.

NAHAS, Thereza C.; FITA, Fernando. Teletrabalho: pequena reflexão conceitual e de equilíbrio entre capital/trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 212, 2020.

NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra; FERREIRA, Luís Filipe Fernandes.
Empresa e direitos humanos em uma economia globalizada. *Revista de Direito Empresarial* – RDEmp, Belo Horizonte, ano 17, n. 1, 2020.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; TEIXEIRA, Walkyria de Oliveira Rocha. Algumas ponderações críticas quanto à reforma trabalhista de 2017. **Revista dos Tribunais**, vol. 998, 2018.

OLIVEIRA, Alexssandra Amorim de; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. A terceirização como ferramenta de flexibilização dos direitos fundamentais do trabalhador. **Revista dos Tribunais**, vol. 994, 2018.

PESSOA, André; MIZIARA, Raphael. Teletrabalho à luz da medida provisória 927 de 2020 (COVID-19): um breve guia para empresários, trabalhadores e profissionais. **Revista dos Tribunais**, vol. 1017, 2020.

ROCHA, Cláudio Jannoti da; RIBEIRO, Alan. A desnaturação do direito do trabalho sob o véu da “reforma trabalhista”. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, nº 338, 2017.

ROCHA, Marcelo Oliveira. Indústria 4.0 no Brasil: aspectos trabalhistas. In: Zavanella, Fabiano; Marcelo Oliveira Rocha (org.). **O primeiro ano de vigência da Lei n. 13467/2017 (reforma trabalhista): reflexões e aspectos práticos**. São Paulo: LTr, 2018.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RONCATI, João; SILVA, Mhileizer T.A.; MADEIRA, Felipe. O desafio dos empregos na quarta revolução industrial. In: SILVA, Elcio B.; SCOTON, Maria L. R. P. D.; DIAS, Eduardo M., Pereira, Sérgio L.. (org.). **Automação e sociedade: quarta revolução industrial, um olhar para o Brasil**. Rio de Janeiro: Brasport, 2018.

SODRÉ, M. **Antropológica do espelho**. Petrópolis: Vozes, 2002.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 23, 2003.
TEIXEIRA, João Fernandes. **O cérebro e o robô: inteligência artificial, biotecnologia e a nova ética.** São Paulo: Paulus, 2015.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. "Governo versus Jurisdição": aportes para compreensão da crise nas democracias contemporâneas. Revista **Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 3, 2019.

TRIVINHO, Eugênio. **A explosão do cibermundo**: velocidade, comunicação e (trans)política na civilização tecnológica atual. São Paulo: Annablume, 2017.

TRIVINHO, Eugênio. **Glocal: visibilidade mediática, imaginário *bunker* e existência em tempo real.** São Paulo: Annablume, 2012.

VALVERDE, Marina Novellino. O trabalho ágil italiano e o teletrabalho no Brasil: uma análise do direito comparado. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, vol. 8, 2020.

VIRILIO, Paul. **O espaço crítico.** Rio de Janeiro: Ed.34. 1993.

VIRILIO, Paul. **Velocidade e política**. São Paulo: Estação Liberdade.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA EM CONFLITOS ARMADOS

Marina Gabriela Menezes Santiago[1]

RESUMO: Versa o presente trabalho em estabelecer um estudo sobre a proteção dos direitos fundamentais da criança, tais como estabelecidos na Convenção de 1989, em relação às violações que são perpetradas em ambiente de conflito armado. Assim, partindo-se da apresentação dos direitos e garantias que são conferidos às crianças em atenção às suas particularidades de pessoa em desenvolvimento, serão elencadas práticas recorrentes que acabam por ferir tais garantias, orientando-se o estudo a uma proposta de mudança cultural sobre a utilidade da guerra e do confronto armado como meio de solução de conflitos.
Palavras-chave: Convenção de direitos da criança; confrontos bélicos; guerra; direitos humanos

INTRODUÇÃO

Há imagens que se tornaram recorrentes nos noticiários: a criança jaz inerte na areia da praia após uma tentativa de fuga; outra perde um membro após ser atingida por um explosivo. Várias são vítimas de violência sexual. Seguem sobrevivendo afastadas de suas famílias, alijadas de suas moradias, com acessos restritos a alimentos, água potável e medicamentos. É inestimável o quanto um evento que deriva exclusivamente das vontades humanas possa violar tantos direitos e garantias fundamentais.

No campo dos direitos fundamentais atinentes à infância e juventude, mister salientar que a evolução na proteção de tais direitos não é fruto exclusivo da boa vontade das nações, mas também é motivada por equívocos cometidos ao longo da história em relação ao tratamento das condições peculiares da infância. Porém, embora a Humanidade tenha apoiado e fomentado significativo incremento na proteção legal da infância, percebe-se que, na prática, a efetiva proteção de valores básicos para a vida e o pleno desenvolvimento das

[1] Mestranda em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS), com pós-graduação lato sensu em Direito Civil pela Universidade São Judas Tadeu (USJT) e em Direito Tributário pela Escola Paulista de Direito (EPD). Assessora de magistrado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. E-mail: marinagabrielams@outlook.com.

crianças tem falhado e continua demandando não só seu aprimoramento, mas como também medidas de efetiva implementação e efetivação.

Isto posto, o escopo do presente artigo é tratar das questões de infância em cenários bélicos, confrontando-as com a violação de garantias formalmente já reconhecidas às crianças, destacando as situações de abandono da infância, relacionadas à precariedade alimentar, à interrupção do acesso à educação, o rompimento de laços familiares, o trabalho forçado e o atingimento da integridade física. De modo geral, a infância vem sendo sistematicamente negligenciada em tais pontos – no entanto, em um cenário de conflitos bélicos, resta ainda mais evidente o fracasso da implementação das medidas protetivas já consignadas em tratado internacional específica e nas legislações de diversos países, repetindo-se fracassos históricos.

O trabalho se inicia com um histórico da posição da criança nas relações sociais e familiares, passando pela exposição dos documentos normativos internacionais mais importantes na enunciação de direitos: a Declaração de 1924 e as Convenções de 1959 e 1989. Na sequência, são abordados os dispositivos gerais e específicos de proteção à criança, relacionando-os às práticas de conflitos armados que importam em violação e atingimento de seu conteúdo.

A crescente proliferação de várias de formas de conflitos armados devolve à comunidade internacional a preocupação em efetivar as normas específicas de proteção a menores. E, para além da implementação dos direitos já positivados, necessário se faz o desenvolvimento, pelas nações de um esforço conjunto e efetivo para eliminar de maneira definitiva tais violações, não apenas pela edição de novos diplomas legais, mas também por uma substancial mudança de pensamento, em que o recurso à guerra seja rechaçado com mais vigor.

Para desenvolvimento da pesquisa proposta, serão utilizados os seguintes parâmetros de pesquisa: quanto à abordagem, a pesquisa será qualitativa; quanto à natureza, será aplicada; em relação aos objetivos, será descritiva e, no que tange aos procedimentos técnicos a serem empregados, será utilizada pesquisa bibliográfica e documental.

HISTÓRICO

Nem sempre a criança fora tratada, seja no seio familiar, seja como ente social, como sujeito de direitos. Ao revés, nos primórdios a criança era pouco mais que um objeto, dado que era um ente completamente apartado da vida doméstica e da vida comunitária. Como se verá adiante, o processo histórico de enunciação dos direitos das crianças, é relativamente recente na história da Humanidade e deriva não especificamente da evolução da ciência jurídica, mas das ciências pedagógicas e da psicologia.

As primeiras declarações de direito da infância

Na Antiguidade, a criança não era tratada como um sujeito em si, mas um ente vivo cuja viabilidade dependia do aperfeiçoamento que seria dado pelos pais. Para tal desiderato, o poder de disposição dos chefes de família era praticamente ilimitado, posto que se lhes era permitido vender, dar, flagelar e prender os filhos. A criança era, no máximo, um mero ente de perpetuação da família, se esse nobre escopo fosse o desígnio dos pais, o que incumbia especialmente à figura masculina, que estabelecia as regras a serem seguidas pelo núcleo familiar, bem como concentrava em si o exercício do poder, figurando autoridade para um determinado núcleo familiar (AMIN, 2019, P. 50):

> Como autoridade, o pai exercia poder absoluto sobre os seus. Os filhos mantinham-se sob a autoridade paterna enquanto vivessem na casa do pai, independentemente da menoridade, já que àquela época não se distinguiam maiores e menores. Filhos não eram sujeitos de direitos, mas sim objetos de relações jurídicas, sobre os quais o pai exercia um direito de proprietário. Assim, era-lhe conferido o poder de decidir, inclusive, sobre a vida e morte dos seus descendentes.

Muitos séculos depois, após a Revolução Francesa, começam a ser propalados os conceitos embrionários de interesses das crianças, colocando-as como sujeito de direitos, garantindo-lhes direitos fundamentais como pessoa e, principalmente, admitindo-se a limitação do poder paternal em alguns aspectos. A partir de tal marco histórico, os Estados foram, individualmente e de acordo com seus debates

internos, criando mecanismos de solução de problemas voltados às questões de infância, em atenção às particularidades locais. O movimento de reconhecimento dos direitos das crianças, portanto, iniciou-se no âmbito interno, mas sempre pautado pelo reconhecimento das condições especiais da infância.

Tais formulações iniciais partiam, essencialmente do estabelecimento do princípio do superior interesse da criança, em muito direcionado para que alcance de tal supremacia se desse também em face dos pais e tutores da criança, a fim de se modificar a forma histórica como a criança era compreendida (ZAPATER, 2019, p. 31). Obviamente que, em se tratando de discussões internas, nem todos os ordenamentos jurídicos lograram êxito em obter os mesmos avanços, especialmente em relação a nações com alguma forte influência religiosa. No geral, o que se verificou é que, quanto mais sedimentada a influência da religião no âmbito da sociedade e das organizações familiares, mais o alcance da supremacia do interesse da criança fora reduzido, retirando-lhe o caráter absoluto, em prol de conciliar os direitos da infância com os interesses privados e particulares relativos à educação e à criação dos infantes.

Tal processo histórico de enunciar e proteger os direitos da criança iniciou-se no âmbito interno dos Estados no final do século XIX enquanto que, em dimensão internacional, passa a ocorrer na segunda metade do século XX, tendo a ONU (Organização das Nações Unidas) desempenhado papel central em tais discussões – assim como atua em relação a outros tantos temas de interesse comum global.

Dos esforços internacionais, surgiu uma específica Declaração de Direitos em 1924 voltada a reconhecer as características e necessidades da infância, estabelecendo as necessárias distinções dessa etapa da vida em relação à fase adulta. De tal esforço, surge uma primeira declaração que, portanto, trouxe uma enunciação de direitos básicos voltados à sobrevivência, educação e proteção, a fim de proporcionar o usufruto de uma verdadeira infância, com toda a felicidade e plenitude que hoje concebemos.

> A Carta da Liga sobre a Criança de 1924 teve importante papel na trajetória do reconhecimento de direitos para a infância e juventude. Os Estados soberanos passam a considerar direitos às crianças e adolescentes para além de suas fronteiras, assumindo compromissos, internacionalmente, na defesa e promoção dos direitos infantojuvenis, os quais começam a ser observados

como de interesse supranacional (ZAPATA, 2016, p. 30)

O preâmbulo de tal declaração referia que “homens e mulheres de todas as nações reconhecem que a humanidade deve dar à criança o que ela tem de melhor”, encerrando em si os primeiros princípios específicos voltados à proteção contra a fome, o sofrimento, a exploração e a doença.

Na sequência histórica, verifica-se que da Carta da ONU (datada de 1945), não se estabeleceu qualquer referência expressa ao direito das crianças. A despeito do silêncio sobre o assunto, a infância fora o tema dos primeiros encontros da agenda social das Nações Unidas – o que ensejou, em 1948, a sugestão de diversas modificações e acréscimos à Declaração de 1924, especialmente voltados ao estabelecimento de dois pilares essenciais ao tratamento da criança. O primeiro, voltado à proteção da criança independentemente de raça, nacionalidade ou credo e o segundo relacionado à convivência em família, estabelecendo o dever de cuidado e respeito da criança como um de seus entes.

Após tal revisão, em 1959, fora elaborada a Declaração Universal dos Direitos da Criança, muito enxuta e muito simples, dado que seu teor era a formalização de dez princípios de proteção para reconhecimento da criança como sujeito de direito internacional e sujeito de direitos civis. Essa Declaração, então, adota sem reservas o princípio da proteção integral, reconhecendo a condição da criança como ente em desenvolvimento e garantindo seu direito à convivência familiar.

> Na verdade, a Convenção representa um compromisso com o futuro. A comunidade internacional demonstrou ter ciência de que o respeito aos direitos humanos começa com a maneira pela qual a sociedade trata as suas crianças. Uma sociedade que respeite os direitos da criança dará liberdade e dignidade aos jovens, criando as condições em que possam desenvolver todas as suas potencialidades e preparar-se para uma vida adulta plena e satisfatória (SOUZA, 2002).

Torna-se relevante o detalhamento dos princípios insertos em tal declaração, posto que essenciais à compreensão da Convenção de 1989 (ora em vigor), sendo certo que os princípios de outrora norteiam e permeiam seu conteúdo, desde o preâmbulo.

O primeiro princípio enunciado estabeleceu a vedação à discriminação, fixando que todas as crianças são destinatárias dos direitos ali estabelecidos, sem qualquer exceção e sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, seja relacionada a si, seja relacionada à sua família.

Na sequência, o segundo princípio enunciado estabelece que devem ser proporcionadas às crianças oportunidades e facilidades para seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Este é o princípio que estabelece, também, a primazia dos melhores interesses da criança. O princípio subsequente, por sua vez, garante à criança, desde o nascimento, o direito ao nome e à nacionalidade.

Avançando, o quarto princípio trata do acesso à previdência social e ao direito aos cuidados e proteção especial para crescer e criar-se com saúde. Esse princípio estabelece o direito à alimentação, à recreação e à assistência médica adequadas. A Declaração enuncia com destaque, em seu quinto princípio, sobre a criança com incapacidades físicas, mentais ou sociais, garantindo-lhes o tratamento, educação e cuidados especiais e de acordo com suas condições particulares.

O sexto princípio, por sua vez, versa sobre o amor e compreensão nos cuidados que devem ser dispensados, estabelecendo que deve ser criado um ambiente de afeto e de segurança moral e material. Incumbe aos pais proporcionar tais condições mas incumbe a os poderes públicos prestar assistência adequada às famílias que não disponham de meios para promover a subsistência adequada ao cumprimento de tal princípio.

Seguindo, o sétimo princípio trata da educação, estabelecendo parâmetros mínimos de formação gratuita e compulsória no grau primário. Prevê, ainda, que a educação deve promover a cultura geral e a igualdade de oportunidades e que à criança seja garantido o desenvolvimento de suas aptidões e de sua capacidade de emitir juízo, bem como de seu senso de responsabilidade moral e social, a fim de que se torne um membro útil à sociedade. O mesmo princípio destaca a importância do desenvolvimento das aptidões lúdicas da criança no processo educativo, prevendo expressamente que devem ser facultadas oportunidades de brincar e de divertir-se.

O princípio seguinte encerra em si termos mais específicos em relação à proteção da infância, estabelecendo que, em quaisquer circunstâncias, a criança deve figurar entre os primeiros a receber proteção e socorro. O nono princípio amplia a proteção à infância, estabelecendo-a como direito contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração. Tais são, portanto, os princípios que, àquela época, mais deveriam ser lembrados em caso de conflitos bélicos, sendo certo que nenhuma disposição específica nesse sentido fora efetivamente contemplada no texto.

Por fim, de acordo com o décimo e último princípio desta declaração, à criança é garantida proteção contra atos que possam suscitar discriminação racial, religiosa ou de qualquer outra natureza. A Declaração encerra-se com o estabelecimento de que a criança deve ser criada em ambiente de compreensão, de tolerância, de amizade entre os povos, de paz e de fraternidade universal.

A partir de então, inspirados nestes enunciados, muitos Estados – que já tinham consolidado princípios e direitos assemelhados em seus ordenamentos internos – passaram a manifestar a intenção de produzir mais que uma Declaração, mas uma Convenção Internacional que consolidasse garantias mais específicas de proteção à infância.

A convenção internacional dos direitos da criança

Ao lado dos princípios que foram enunciados na Declaração de Direitos de 1959, outro importante referencial teórico da Convenção em vigor são as obras do polonês Janus Korczak, publicadas na primeira década do século XX. Janus Korczak era judeu polonês e médico pediatra que trabalhava em um lar de crianças pobres judias. Suas obras principais foram “Como amar uma criança” e “O direito da criança ao respeito”, nas quais comparava as crianças a uma classe oprimida, defendendo a criação de uma magna carta de direitos, estabelecida sobre as bases do direito máximo da criança de viver sua vida atual e de fruir ao máximo da felicidade que deve ser a infância (ROSEMBERG; MARIANO, 2010, p. 700).

Há muitos outros trabalhos que foram desenvolvidos sobre as características especiais da infância, seja na Europa e seja nos Estados Unidos, especialmente formulados por educadores e psicólogos. As ideias borbulhavam e fomentavam debates que iam ao encontro do anseio de elaboração de uma Convenção mais detalhada. E, nesse cenário, os esforços globais iniciaram-se em 1979, quando se

comemoravam os vinte anos da Declaração de 1959. Após intensa participação de vários países e grandes debates em torno do tema, os trabalhos foram dados por concluídos dez anos depois, com a edição da Resolução 44/25 de 20 de novembro de 1989, dita Convenção Internacional de Direitos da Criança.

Destaca-se que o lapso de uma década para que a comunidade internacional conseguisse, enfim, enunciar a Convenção, revela que os debates não foram tranquilos e nem as conclusões unânimes. Muitos princípios, direitos e garantias que se cogitava contemplar acabaram sendo limitados, seja pela ativa participação de Estados com forte influência religiosa, seja pelos diversos interesses políticos a serem conciliados – é de se observar que os debates para criação da Convenção ocorreram no auge do contexto da Guerra Fria. Nesse sentido (ROSEMBERG; MARIANO, 2010, p. 708):

> Em se tratando da elaboração de um tratado de caráter mundial sobre os direitos da criança, era já esperada uma arena de negociações bastante tensa e conflituosa em decorrência dos embates políticos entre os Estados com diferentes interesses, desigual acesso a recursos e poder e, em especial, ante a diversidade de concepções de infância e de direitos da criança. Além da multiplicidade de atores, da diversidade de suas agendas, da duração dos trabalhos, o contexto da Guerra Fria ampliou a complexidade e duração das negociações (...) A arena de negociações da Convenção foi então atravessada por embates geopolíticos, nos quais a defesa da criança se tornou instrumento de disputas, principalmente no início dos trabalhos, quando os direitos humanos faziam parte da confrontação política entre os países do Leste e Oeste.

A despeito das dificuldades nos debates entabulados, a Declaração de 1989 é um dos textos mais detalhados sobre a proteção de direitos, já que contempla com riqueza de detalhes as expressões civis, políticas, econômicas, sociais e culturais de uma determinada categoria de indivíduos e, à época de sua edição, inovou em extensão e em conteúdo. A partir de então, passou-se a reconhecer expressamente à criança os direitos e liberdades previstos na Declaração dos Direitos Humanos, com observância de suas especificidades e peculiaridades, tanto em âmbito familiar quanto social.

O texto da Convenção sobre os Direitos da Criança, tal e qual outras convenções internacionais, tem conteúdo eminentemente declaratório e figurando como um documento jurídico duplamente limitador já que se volta tanto à atividade estatal, para que os agentes públicos priorizem e promovam as garantias e direitos ali insculpidos; assim como voltado à sociedade, fixando a inadequação de certas condutas que tem o potencial de violar direitos das crianças.

Ainda hoje a Convenção Internacional dos Direitos da Criança é o tratado multilateral considerado como um dos mais bem-sucedido, já que o mais ratificado ao redor do Globo, sendo a maioria das ratificações na primeira década se sua vigência, fatores que indicam o firme e real desejo das nações envolvidas em enunciar e positivar tais direitos (AREND, 2020, p. 606).

Digno de nota que remanesce, até a presente data, a ausência de ratificação da Convenção pelos Estados Unidos, o que impede que o documento atinja a expressiva marca de ter sido adotado pela integralidade dos Estados membros da ONU. Sobre a resistência norte-americana, o país vem expressando que não necessita aderir a acordos e convenções internacionais, dado que vislumbram a suficiência das disposições contidas em sua Constituição. Para os demais países signatários, a recusa demonstra uma aversão reprovável à assunção de obrigações perante a comunidade internacional.

Não obstante, a ampla adesão ao tratado, no entanto, não significa que tenha interpretação e aplicação uniforme por todos os Estados, dado que há países que declararam reservas em relação a alguns dispositivos, tais como o Irã e a Argélia, que ressalvaram dispositivos quanto à orientação religiosa.

Sobre o documento, consigna-se que o preâmbulo da Convenção de 1989 faz remissão expressa às Declarações de Direitos anteriores (de 1924 e 1959), estabelecendo que os direitos ora reconhecidos se estabelecem sobre a liberdade, a justiça, a paz no mundo, o reconhecimento da dignidade inerente e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana e que os povos participantes decidiram promover o progresso social e a elevação do nível de vida com mais liberdade, enunciando a vedação de práticas discriminatórias fundadas em raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou origem.

Ainda no preâmbulo foi reconhecido que deve ser garantido à criança proteção e assistência necessárias para crescimento como

membro da sociedade e que deve ser criada em um ambiente de felicidade, amor e compreensão, devendo ser educada de acordo os princípios e ideais da Carta das Nações Unidas. Por fim, a Convenção reconhece a importância das tradições e dos valores culturais de cada povo para a proteção e o desenvolvimento harmonioso da criança e que os países devem laborar em cooperação internacional para melhoria das condições de vida da criança.

Eis, portanto, os valores e princípios que norteiam a Convenção e que, portanto, devem nortear a conduta dos Estados ao redor do Globo em relação à tutela e às práticas relacionadas ao tratamento da infância.

OS DIREITOS DA CRIANÇA

Após as considerações gerais insertas no preâmbulo, a Convenção passa a enunciar direitos civis, que abarcam as liberdades individuais e de expressão, opinião, consciência e religião e respeito à vida privada – sempre em atenção às peculiaridades da infância. Há, também, direitos e garantias que são específicos a determinadas searas, como educação e saúde, assim como para situações de conflito armado e bélico.

Direitos gerais

Inicialmente, para fins da Convenção, são consideradas crianças os indivíduos com menos de 18 (dezoito) anos. Assim como no preâmbulo, o texto da Convenção repisa o princípio da não discriminação e determina que a sociedade, as famílias, assim como as instituições públicas e privadas, devem levar em consideração o melhor interesse da criança, provendo instalações e cuidados adequados nos atendimentos que prestarem. Está prevista a obrigação, aos Estados, de edição de medidas legislativas e administrativas nos âmbitos internos, que permitam a implementação dos direitos, conciliando-os aos costumes locais e àqueles da família ou dos tutores legais, garantindo-se à criança crescimento digno, com instrução e orientação adequadas.

A Convenção reconhece expressamente os direitos à vida, à sobrevivência e ao máximo desenvolvimento da criança, ao registro logo após ao nascimento, ao nome e à nacionalidade, assim como os direitos à livre expressão de pensamento de acordo com a maturidade

do infante, à crença religiosa, ao acesso à informação e aos meios de comunicação. É importante, nos termos da Convenção, que a criança seja educada a compreender os princípios insertos na Carta das Nações Unidas e seja estimulada, desde sempre, à participação ativa e crítica na sociedade, a fim de promover e fomentar o fortalecimento de comunidades plurais e democráticas:

> The role, form, weight of children's participation challenge the meanings of democracy and citizenship and demands a shift from democracy thought exclusively as a governmental form and a political system to democracy as a form of living together in a community, characterized by how decisions are made, conflicts are handled, in order to create a space in which different people are able to freely choose amongst different solutions (MONTÀ; CARRIERA; BIFF, 2020, p. 9)

Há, também, a obrigação aos Estados Partes de adoção de medidas que combatam a transferência ilegal de crianças para o exterior e a retenção ilícita das mesmas fora de seu país.

A Convenção trata, ainda, sobre a proteção contra todas as formas de violência física ou mental, ofensas ou abusos, negligência, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, versando especificamente sobre a exploração econômica (trabalho infantil) – de modo a assegurar que a criança não seja empregada em atividades incompatíveis com sua idade, seu acesso à educação e de forma a acarretar prejuízo à saúde e ao desenvolvimento físico e mental.

Direitos relacionados a conflitos bélicos

Como dito, o texto da Convenção prevê diversos direitos e garantias que, obviamente, devem ser preservados em qualquer contexto – mesmo sob a condição de conflitos armados. Valem, em qualquer tempo e sem excepcionalidades, as proteções gerais estabelecidas ao longo da Convenção relacionadas ao acesso à alimentação, aos cuidados médicos, ao convívio familiar e à frequência escolar. Quiçá tais previsões devessem ser amplificadas em contexto bélico, dadas as violações que são perpetradas.

Isto ultrapassado, em relação à situação específica de conflitos, destacam-se alguns dispositivos.

O primeiro, o artigo 22 da Convenção, que estabelece que os Estados devem garantir à criança em condição de refugiada (esteja ela sozinha ou acompanhada de seus pais ou qualquer pessoa), o acesso à proteção e assistência humanitária adequadas para que possa fruir dos seus direitos enunciados na Convenção, bem como todos os Direitos Humanos. Por força de referido dispositivo, os Estados Partes devem colaborar entre si e com a ONU na proteção da criança refugiada, o que se exprime em ações relacionadas à localização de seus pais ou outros membros da família, para sua rápida reintegração.

Outro dispositivo que merece destaque é o artigo 38, que encerra em si o compromisso dos Estados em respeitar e a fazer com que sejam respeitadas as normas do direito humanitário internacional aplicáveis à criança em casos de conflito armado, o que se concretiza na adoção de medidas voltadas a toda a população civil, que reforcem a proteção e o cuidado das crianças envolvidas. Referido dispositivo prevê, ainda, que os Estados devem preterir a participação de menores de 15 anos em conflitos armados e, caso se faça o recrutamento de jovens entre 15 e 18 anos por forças oficiais, que tal recrutamento recaia preferencialmente sobre os mais velhos.

Nesse ponto, importante inserir o alerta de que

> Apesar do tema não ser de grande importância midiática, estima-se que existem no mundo, milhões de crianças que lutam em guerras e conflitos armados. Muitos deles encontram-se espalhados pela América Latina, África, Ásia e também na Europa. A maioria das crianças-soldado está no continente africano (RICHTER, PEDROSO, p. 12).

E, não obstante seja uma questão recorrente em conflitos bélicos, trata-se de assunto que ainda desafia análise e aplicação de soluções que sejam efetivas:

> La problemática que rodea a los menores que participan en conflictos armados es, quizás, una de las materias más sensibles a las que se ha enfrentado (y se enfrenta) la comunidad internacional. Una tarea que, por ahora, a la luz de los fríos datos que nos arrojan los distintos estudios en la materia, podemos calificar como inconclusa. Su solución ni siquiera se vislumbra, pues seguramente el correcto aborde de la cuestión no pase solo por el derecho, sino que sus raíces son más profundas y complejas que la mera falta de efectividad de la normativa internacional (RODRIGUEZ RODRIGUEZ, 2021, p. 108).

Na sequência, tem-se o artigo 39, que insculpe o dever aos Estados de atuar de maneira específica e apropriada para a recuperação física e psicológica, bem como para a reintegração social de crianças vítimas de conflitos armados. A recuperação, na previsão da Convenção, deve se dar em ambiente que estimule a saúde, o respeito e a dignidade da criança

Além das disposições supra, digno de nota o Protocolo Facultativo a Convenção sobre os direitos da Criança, que entrou em vigor em 12 de fevereiro de 2002. Referido documento reforça o princípio da máxima proteção às crianças, referindo o impacto profundo e prejudicial dos conflitos armados sobre as crianças, contemplando as consequências de longo prazo para a manutenção da paz, da segurança e do desenvolvimento. O protocolo adicional condena a utilização de crianças como alvos de conflitos, especialmente pelo atingimento de locais destinados à sua permanência, como escolas e hospitais. O escopo do protocolo é, portanto, o de aumentar a proteção do envolvimento das crianças em conflitos armados.

Destacam-se, de referido documento, a previsão de que os Estados devem atuar para desmobilizar e libertar crianças que tenham sido identificadas como recrutadas para atuação no conflito de forma contrária ao estabelecido na Convenção, mantendo assistência adequada para sua recuperação física e psicossocial, bem como sua reintegração social.

Sem prejuízo das disposições insertas nos documentos especificamente destinados aos direitos da infância, acima relatados, há uma infinidade de outros documentos produzidos por outros órgãos da ONU para proteção da criança, especialmente concentradas em resoluções do Conselho de Segurança, condenando assassinatos, mutilações, estupro e outras formas de violência perpetradas contra crianças.

> Nesse contexto, as lideranças mundiais que assumem a responsabilidade de dar início e prosseguimento aos atos de guerra devem agir tendo como norte os documentos normativos que determinam um padrão mínimo de humanidade que – a bem da justiça – jamais deve ser negligenciado. Significa dizer que o direito de guerra existe, no entanto seu exercício é desaconselhável e excepcional, devendo respeitar os preceitos estabelecidos nas Convenções, protocolos e demais documentos de vigência supranacional para que os limites nestes previstos não

> sejam ultrapassados, e com o objetivo de se preservar a vida e a dignidade (2021, p. 13).

Portanto, embora não se possa afastar completamente a possibilidade de declaração de guerra, dado que por vezes está relacionada à defesa da soberania, é de se concluir que esta deve ser, tanto quanto possível, limitada à proteção de direitos e garantias previstos em Convenções de Direitos Humanos – dentre as quais se insere a Convenção de Proteção à criança.

AS VIOLAÇÕES AO DIREITO DA CRIANÇA EM CONFLITOS BÉLICOS

Inicialmente, por conflitos bélicos ou conflitos armados, devem ser compreendidos não apenas os conflitos armados clássicos em que um Estado se insurge em relação a outro com recurso à força armada, como também as ações que são promovidas por grupos armados não oficiais, como as guerrilhas e grupos terroristas. Assim, o conceito de conflito armado, para os fins do presente trabalho, não deve se restringir à situação de contenda internacional, mas também circunstâncias fáticas domésticas que opõem forças internas com uso de força.

Sendo assim – e seja por causas internas, seja no confronto de nações entre si – os conflitos armados são fonte profícua de toda sorte de violações aos direitos da criança, pela direta afetação de sua segurança e de seu bem-estar, já que impedem o exercício de direitos básicos e o acesso a serviços essenciais.

O primeiro ponto é que, em caso de conflitos armados, há um substancial e repentino deslocamento forçado, sempre em larga escala e com pouca ou nenhuma organização e planejamento, propício ao afastamento de crianças de seus genitores e responsáveis. Do deslocamento imprevisto decorrem o abandono da residência e do ambiente escolar, o que, sem dúvidas, afeta o desenvolvimento da criança, em suas dimensões física e mental, interferindo no seu pleno desenvolvimento como ser humano.

Aqui, mister salientar que os grupos mais vulneráveis – como as crianças – acabam por encontrar dificuldades quando logram êxito em se deslocar e sair das áreas de conflito já que, por vezes, acabam sendo acolhidos por Estados despreparados para a acolhida e tratamento definitivo da situação.

O segundo ponto está relacionado com a destruição da infraestrutura civil, que dificulta ou mesmo impossibilita o acesso a serviços de saúde e à estrutura de distribuição de água potável, de alimentação e de saneamento. Ataques indiscriminados a escolas e hospitais afetam a fruição desses serviços e o funcionamento destes estabelecimentos como pontos de acolhimento da população civil e, obviamente, de crianças. Com a recente pandemia de covid-19, o terceiro ponto é que se tornou evidente a redução da devida cobertura vacinal, prejudicando as imunizações que são necessárias durante a infância, possibilitando surtos de doenças que seriam completamente evitáveis pela existência de vacinas, como a poliomielite e o sarampo.

Portanto, especialmente quanto à saúde e à educação, é de se concluir que os efeitos de um conflito bélico se propagam por muitos anos subsequentes, podendo afetar a saúde e qualidade de vida de uma geração, já que incidem diretamente sobre fatores que são determinantes ao bom desenvolvimento psíquico e físico da criança

Para além de tais circunstâncias, um quarto ponto reside no fato de que, frequentemente, as crianças são irregularmente recrutadas para labor em conflito. É de se destacar que em muitas áreas de conflitos, as questões culturais, religiosas e étnicas acabam sendo determinantes no tratamento que é dispensado às crianças, especialmente aquelas que, por outras circunstâncias locais, já estejam submetidas à pobreza e marginalização. Não raro, portanto, que as crianças restem mais vulneráveis não apenas ao trabalho forçado mas, também, à exploração sexual e outras formas de violência física, especialmente porque as crianças podem ser consideradas futuros inimigos, impondo-se (na ótica daquele que participa de um conflito) acabar com a continuidade e perpetuação de um determinado grupo rival.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta como observação inexorável que a humanidade ainda tem muito o que aprimorar. Primeiro, quanto ao uso da força bélica como meio de solução de conflitos, sejam internos, sejam internacionais. O ser humano já experimentou evoluções tecnológicas suficientes que permitem a superação de distâncias e de fronteiras que antes eram um óbice ao estabelecimento de diálogos.

É preciso que a comunidade internacional passe a enfrentar a cultura da guerra, firmemente desestimulando tal forma de solução de

conflitos e reduzindo o alcance de suas ferramentas de execução. Certamente que a solução para tal problema não passa por uma única ação, sendo revestida de especial complexidade. Mas, também, deve a humanidade aprimorar a efetividade que dá aos documentos que produz, melhor considerando-os em suas práticas – a exemplo da Convenção Internacional de Direitos da Criança de 1989, que exprime um verdadeiro consenso teórico entre as nações, mas que, na prática, vem sendo negligenciado nos fins de proteção da infância aos quais se destina, já que direitos básicos não estão sendo adequadamente preservados, bem como o número de violações não tem reduzido. Ao revés: além das dificuldades ensejadas por condições de pobreza e de desigualdades sociais, as áreas de conflitos armados acabam por agravar tais circunstâncias.

Há, portanto, um grande distanciamento entre a previsão dos direitos da criança e a efetividade que se lhes garante – assim como em relação a outros grupos vulneráveis. Inequívoco que a efetivação de direitos internacionalmente reconhecidos esbarra em dificuldades na sua implementação, encontrando inclusive resistências.

Não se olvida a importância de mobilização da comunidade internacional em tais cenários, já que recorrentes as campanhas de arrecadação de recursos para apoio às crianças, com atuação emergencial no fornecimento de material de higiene, medicamentos, alimentos e água potável, além de fomentar a criação de espaços seguros para acolhimento das famílias e identificação e proteção de crianças desacompanhadas, com o nobre intuito de propiciar às crianças que são vítimas de violação de direitos algum alívio, seja material, seja emocional.

No entanto, é preciso que os Estados, assim como a ONU, atuem de maneira efetiva, não apenas com recursos paliativos e emergenciais, mas principalmente com a aplicação efetiva de sanções aos violadores dos direitos e garantias da infância – o repúdio das nações precisa ser expresso em consequências práticas, a fim de se promover solução definitiva das violações.

A verdadeira redução dos impactos causados por condições de desigualdade que são geradas ou agravadas por conflitos armados demanda o esforço conjunto de povos, governos e instituições criando políticas públicas de responsabilidade compartilhada, que sejam mais rápidas em regular e corrigir essas situações. Estados que não se encontram diretamente envolvidos em determinada questão, devem apresentar sanções econômicas e administrativas que atinjam a

manutenção do conflito. Devem, ainda, encorajar a adoção de medidas no âmbito do Estado violador que criminalizem, estabeleçam punições e façam cessar as violações.

É necessário que, em situação de conflito, a comunidade internacional atue com urgência não apenas para adotar medidas de proteção à criança, mas para responsabilizar os Estados envolvidos, no propósito de dar fim à impunidade. Como última hipótese, os Estados devem intervir com uso força de bélica, a fim de fazer cessar imediatamente o conflito armado.

A questão é que tais soluções são difícil implementação, já que as sanções e intervenções podem extrapolar os limites da soberania dos Estados. Além disso, qualquer forma de atuação e envolvimento com pode gerar confronto com os interesses econômicos e políticos que estão envolvidos nas relações entre as nações. Por vezes, os custos financeiros envolvidos na implementação de uma sanção (seja política, seja bélica), o encerramento de parcerias comerciais e o desgaste de imagem acabam por desestimular a adoção de quaisquer ações mais efetivas para que que se façam cessar os conflitos em andamento.

Outra possibilidade reside na apresentação dos infratores ao Tribunal Penal Internacional. Criado pelo Estatuto de Roma em 1998, trata-se de instrumento jurídico que parte do pressuposto da existência de uma comunidade internacional e da necessidade de punição de crimes que afetem a humanidade, tratando-se de um tribunal permanente. No entanto, também há fatores práticos que impedem a efetividade desta solução: de um lado, porque se trata de último recurso jurisdicional, devendo as questões serem apreciadas por tribunais locais antes de serem submetidas ao julgamento do Tribunal Penal Internacional. De outro lado, porque nem todas as nações aceitaram submeter-se à jurisdição deste Tribunal, devendo ser preservadas as garantias de soberania e autonomia das nações que optaram por não ratificar o tratado que institui referido Tribunal.

A melhor solução, portanto, passa pelo desarmamento e pelo fim do estímulo à produção e comércio de armas e munições. A convivência das nações e dos povos em uma cultura de paz, compreensão e colaboração deve ser um imperativo. As nações devem estar imbuídas do desiderato de promoção de uma cultura de paz que possibilite a verdadeira proteção da vida de crianças em todas as partes do mundo.

Paralelamente ao necessário esforço global de desarmamento, no âmbito interno dos Estados, devem ser promovidas ações de informação e educação das populações, para que os habitantes de cada país rechacem a eleição de representantes que defendam a livre circulação de armas no seio da população civil, afastando-se de defensores da violência generalizada e da banalização da morte.

A solução para as violações de direitos das crianças, portanto, afasta-se da elaboração de novos documentos jurídicos e aproxima-se de uma necessária mudança de cultura e de ações de educação. A paz duradoura e inclusiva – necessária à efetiva garantia e salvaguarda de direitos – não irá prosperar enquanto as nações fomentarem um ambiente propício à guerra e enquanto seus causadores não forem responsabilizados.

Não há proteção de direitos que seja possível enquanto a cultura bélica for algo natural e for admitida como forma de solução de conflitos ou política de segurança pública. A humanidade precisa orientar-se por outro pensamento distinto, para o desenvolvimento de diálogo e de soluções pacíficas de controvérsia, fundadas em cultura e educação de paz e de não violência. Somente assim as garantias e direitos da infância deixarão de ser letra fria em tratados e legislação e poderão tornar-se a realidade que tanto anseiam os povos.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues et. al. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

AREND, Silvia Maria Fávero. **Direitos humanos e infância: construindo a convenção sobre os Direitos da Criança (1978-1989).** Revista Tempo, vol. 26, n. 3 setembro a dezembro de 2020. Disponível em: https://orcid.org/0000-0002-3262-5596. Acesso em 14 nov. 2022. P. 605-623

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Declaração Universal dos direitos da criança (1959)**. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html#. Acesso em 14 nov. 2022.

MONTÀ, Chiara Carla; CARRIERA, Lucia; BIFFI, Elisabetta. **The United Nations Convention on the Rights of Child: a milestone for a pedagogical reflection on the meanings of chidhood and democracy.** Educ. Pesqui. São Paulo, v. 46, 2020. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S1678-4634202046239004. Acesso em 13 nov. 2022.

OLIVEIRA, Rodrigo Rios Faria de; RESENDE, Letícia Maria de Maia. **Dos direitos humanos frente ao direito de guerra**. RECIMA21 - Revista Científica Multidisciplinar, v. 2, n. 6, 2021. Disponível em: https://doi.org/10.47820/recima21.v2i6.444. Acesso em 13 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU News. **Relatório sobre crianças e conflito armado reitera urgência de cessar-fogo global**. Disponível em: https://news.un.org/pt/story/2020/06/1716932. Acesso em 14 nov. /2022

RICHTER, Daniela; PEDROSO, Joseane Ceolin Mariani de Andrade. **O envolvimento de crianças e adolescentes em conflitos armados: contribuições e aplicabilidade do Protocolo Facultativo à Convenção da Criança de 1989**. Revista Publica Direito. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6b48bbb8f3f6c257. Acesso em 14 nov. 2022.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Jorge. **El marco jurídico internacional de los niños soldado. Evolución y nuevos debates tras el Caso Ongwen ante la Corte Penal Internacional**. Revista Ius et veritas, n 63, dezembro de 2021. Disponível em: https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202102.005. Acesso em 13 nov. 2022, p. 107-120

ROSEMBERG, Fulvia; MARIANO, Carmem Lucia Sussel. **A Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança: Debates e Tensões.** Estudos Sobre a Infância e Direitos da Criança, Caderno de Pesquisa v. 40, n. 141, setembro/dezembro de 2010. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0100-15742010000300003 Acesso em 14 nov. 22. P. 693-728

SOUZA, Sérgio Augusto G. Pereira. **A declaração dos direitos da criança e a convenção sobre os direitos da criança: direitos humanos a proteger em um mundo em guerra**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, jan. 2002. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/2568. Acesso em: 14 nov. 2022.

UNICEF. **Convenção Internacional dos Direitos da Criança**. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca. Acesso em 14 nov. 2022.

UNICEF. **História dos direitos da criança**. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/historia-dos-direitos-da-crianca. Acesso em 13 nov. 2022.

UNICEF. **Mais da metade das crianças e dos adolescentes da Ucrânia deslocada após um mês de guerra**. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/mais-da-metade-das-criancas-e-dos-adolescentes-da-ucrania-deslocada-apos-um-mes-de-guerra. Acesso em 14 nov. 2022.

ZAPATA, Fabiana B.; GOMES, Marcos Vinícius Manso L.; FRASSETO, Flávio A. Col. **Defensoria Pública – Ponto a Ponto – Direitos da criança e do adolescente.** São Paulo: Editora Saraiva, 2016. E-book. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547210755/. Acesso em: 14 nov. 2022.

ZAPATER, Maíra. **Direito da criança e do Adolescente.** São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553613106/. Acesso em: 14 nov. 2022.

HANS KELSEN E A PAZ POR MEIO DO DIREITO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA VISÃO JURÍDICA DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Régis Natan Winkelmann[1]
Gilmar Antonio Bedin[2]

RESUMO: As contribuições teóricas de Hans Kelsen para a formação da Ciência Jurídica e para a compreensão do fenômeno jurídico moderno são muito relevantes. Por isso, o conjunto das obras do autor são muito valorizadas, sendo a sua proposta de construção de uma Ciência Pura do Direito um marco epistemológico essencial na construção de uma verdadeira ciência jurídica. Além disso, os temas tratados na sua vasta produção intelectual são muitos diversos e relevantes. Neste contexto, o presente artigo destaca a sua forma de compreensão do fenômeno jurídico, com destaque para o direito internacional. Este tema é recorrente no pensamento do autor e ajudou a reforçar a juridicidade do direito internacional. O método de pesquisa utilizado foi o método hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa utilizada foi a da pesquisa bibliográfica.
Palavras-chave: Hans Kelsen. Direito Internacional. Teoria do Direito. Relações internacionais.

INTRODUÇÃO

As grandes transformações das últimas décadas deram a sociedade internacional uma relevância extremamente importante em termos de relações políticas, econômicas e sociais. Este fato impulsionou, em consequência, o fortalecimento do Direito Internacional e passou a exigir a solução pacífica dos conflitos internacionais em geral, com destaque para as disputas entre os Estados. Além disso, fomentou a celebração de novos tratados internacionais e a luta pela sua efetividade.

[1] Acadêmico na graduação em Direito da UNIJUÍ, bolsista de Iniciação Científica PIBIC - CNPq/UNIJUÍ vinculado ao Grupo de Pesquisa "Direitos Humanos Governança e Democracia". E-mail: natan.rw@hotmail.com; ORCID: https://orcid.org/ 0000-0002-1114-5892; ID Lattes: http://lattes.cnpq.br/5741784556105482

[2] Doutor em Direito. Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos da UNIJUÍ e dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da URI. Líder do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Governança e Democracia. E-mail: gilmarb@unijui.edu.br

Este foi um evento importante. É que o direito internacional, devido a soberania dos Estados, possui particularidades e grandes desafios em sua efetivação. Embora seja um instrumento extremamente necessário à essencial manutenção da paz, à promoção de desenvolvimento, à proteção dos direitos humanos, seu papel em relação à sociedade internacional encontra grandes limites nos interesses dos Estados mais poderosos. Assim, apesar dos seus enormes avanços, em alguns casos, o direito internacional é bloqueado pelas potencias mais importantes e pelos seus interesses unilaterais hegemônicos[3]. Neste sentido, trabalhar a natureza jurídica da ordem internacional e fundamentar a necessidade de regulação das relações travadas no espaço interestatal, reforçando o lugar do Direito Internacional e seu caráter regulatório dos conflitos da sociedade internacional, é uma necessidade sempre presente na busca de um mundo mais solidário, equitativo e humanista; e na busca da manutenção da paz, especialmente na época em que vivemos.

O pensamento de Hans Kelsen — jurista austríaco que atuou substancialmente na primeira metade do século XX (em especial na área internacional) — viu as transições que consolidaram a ordem atual da sociedade internacional e se tornou um dos grandes marcos teóricos do Direito internacional e da busca pela paz por meio do direito.[4] Neste sentido, o presente texto resgata os pressupostos teóricos da obra do autor, o seu conceito de direito e o papel do direito na sociedade internacional.

HANS KELSEN: PROPOSTA METODOLÓGICA E CONCEITO DE DIREITO

Hans Kelsen (1881-1973), jurista vienense, foi um singular pensador dos temas jurídicos.[5] A sua visão a respeito do Direito se baseia em um alicerce epistêmico que, a partir da ideia da construção de uma ciência descritiva do direito, busca sistematizar o

[3] A esse respeito pode se ver mais a partir das obras “Globalização, democracia e terrorismo”, Hobsbaw (2007); “Teorias da globalização”, Octavio Ianni (1996); “Prós e contras da globalização” Held e McGrew (2001); e, “Por uma outra globalização”, Milton Santos (2001).

[4] Ver mais a partir da obra: “A formação da ciência do Direito Internacional”, Dal Ri Jr (et.al 2014)

[5] Sobre a vida e obra de Hans Kelsen, ver mais em: “Autobiografia de Hans kelsen” (2011) e “Hans Kelsen vida y obra”, Métall (1976).

conhecimento jurídico, alcançando uma especificidade própria neste conhecimento, desvencilhada de considerações políticas, morais e pessoais do sujeito cognoscente. Assim, o autor restringe o objeto da Ciência Jurídica como sendo apenas um conjunto das normas validas. Neste sentido, ele defende que, embora o direito seja um fenômeno complexo, que envolve considerações políticas e morais, é possível o Cientista do Direito, assim como um cientista da natureza que leva ao laboratório e decompõe uma substância para análise - substancia que não existe na natureza em estado puro –, purificar o seu objeto de trabalho (conjunto de normas válidas) de todas as suas impurezas, através de um método próprio.

Em outras palavras, Kelsen pretende construir uma teoria pura a partir de um objeto impuro[6]. Daí seu recorte teórico se alicerçar na pretensão de construir uma Teoria Pura do Direito. Isto é:

> Quando a si própria se designa como "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 2009, pg. 1)

Na concretização de seu projeto metodológico, Kelsen elabora uma epistemologia, uma teoria do conhecimento específica, e constrói sua análise do objeto de estudo (Direito) a partir das relações de *imputação*. Assim, a relação de imputação é, para o autor, a característica central de norma jurídica, pois vincula um antecedente (conduta) com um fato consequente (sanção). Esta identificação do princípio da *imputação* corresponde, em certo sentido, a um espelhamento do princípio da *causalidade*, típico das Ciências da Natureza. Desta forma, como na natureza um fenômeno é causado por um fato anterior e se torna causa de um fato posterior (lei da *causalidade*), no direito isto também ocorre, mas não pela lei da causalidade, sim pelo vínculo de imputação.

[6] Sobre este parágrafo, ver especialmente os capítulos I, III e o prefácio a primeira edição da obra "Teoria Pura do Direito" (KELSEN, 1995); ver mais, também, em Dicionário de hermenêutica, Lenio Streck (2018) especialmente o verbete: a pureza kelseniana.

Apesar disto, existe, para o autor, uma profunda distinção entre o mundo do *ser* e o mundo do *dever ser.* O mundo do *dever ser*, típico do direito, é um mundo das possibilidades, um mundo das hipóteses, no qual as normas jurídicas estabelecem uma conexão não determinada pela natureza entre o antecedente (fato) e o consequente (a sanção). O propósito do Direito é, segundo este raciocínio do autor, tentar conformar o mundo do *ser* a partir do mundo do *dever ser*. Para isso, são estabelecidos os vínculos de *imputação*. Assim, a *imputação* é, portanto, a imposição de uma consequência a um fato, não por determinação de uma lei da natureza e sim por uma escolha humana. É essa imposição que é construída pela norma jurídica, pela "lei" em sentido lato.[7]

Esta distinção entre o *ser* e o *dever ser* é adaptada por Kelsen a partir do pensamento de Imannuel Kant, um dos filósofos mais importantes da teoria do conhecimento moderna.[8] A partir desta distinção entre *ser* e *dever ser*, a estrutura da norma jurídica pode ser sintetizada da seguinte forma: "Se A *é*, B *deve ser*." A fórmula revela a ligação de *imputação* estabelecida entre a variável "A" e a variável "B", por meio da hipótese *dever ser;* (desta forma, o *dever ser* é a ligação entre as duas variáveis); assim, a partir da constatação de que "A" *é* (ou, com outras palavras, da constatação do *ser* de "A", da existência de "A") a imputação, a ligação constituída pelo *dever* de concretizar um outro *ser*, de dar existência a um outro fato, então, se inicia. Nesta estrutura "A" é um fato identificado na norma e "B" é uma sanção, é um mal imputado a um fato (a uma conduta praticada, que se torna um fato da existência, entra no mundo do *ser*) ao qual o legislador pretende inibir. Quando a norma é perfeitamente eficaz a sua estrutura se completa perfeitamente, ligando dois eventos do ser: uma conduta/fato descrito na norma (a variável "A") a uma sanção/conduta coercitiva prevista na norma (a variável "B"), uma ligação que é construída através de um *dever ser*, uma *imputação,*

[7] Em relação a este tema, ver os capítulos I e III da obra "Teoria Pura do Direito" (KELSEN, 2009).

[8] Kant terá também uma influência extraordinária na elaboração da chamada Teoria Pura do Direito. A este respeito, ver o texto "A Teoria pura do direito de hans kelsen: norma fundamental e influencias kantinas", de Adriano C. Cordeiro. (2021)

uma prescrição de conduta, ou, o que é o mesmo, uma hipótese normativa.[9]

É a partir da estrutura da norma supracitada que Hans Kelsen delimita seu conceito de Direito. Assim como no pensamento de Kant, que entende que o objeto do conhecimento é construído/delimitado pelo sujeito do conhecimento, Kelsen constrói/delimita o seu objeto da ciência jurídica: o Direito. Para ele, o Direito é, partindo de uma tradição positivista[10], descolada da metafísica clássica onto-teológica[11], assim, uma construção humana, uma *ordem construída*. Daí, portanto, a ideia do autor que o direito é um conjunto válido e ordenado de normas que possui como referência central a sanção e como pressuposto de validade uma *norma superior (fundamental)*. Esta norma é um pressuposto metodológico que delimita o fenômeno jurídico diante dos demais fenômenos sociais e políticos e cria as condições para a afirmação de uma Teoria Pura do Direito.[12]

Como ordem normativa, como sistema de normas, o direito, para o autor, pode ser visualizado partindo de dois ângulos diferentes: de um ângulo *estático* e de um ângulo *dinâmico*. A primeira possibilidade revela o direito como um sistema estruturado e escalonado de normas em inercia. Daí a preocupação do autor, neste sentido, de apresentar o que é uma norma jurídica (se "A" é "B" *deve ser*) e qual é o papel da sanção na estrutura jurídica. O papel é essencial. Por isso, o autor destaca que é possível haver uma norma que não possua um vínculo direto com uma sanção, mas ela não é uma norma autônoma, e é garantida pela sanção de uma outra norma. Assim, podem existir diversas ligações *estáticas* de imputação entre diversas normas. Por outro lado, o ângulo *dinâmico destaca* o

[9] Sobre este parágrafo, ver mais nos capítulos I e III da obra "Teoria Pura do Direito" (KELSEN, 2009).

[10] a tradição positivista, ou, o positivismo jurídico, pode ser, em suma, entendida como a linha de pensamento que entende o Direito como algo produzido e posto pela vontade e ação humana, apenas. Daí a designação positivo, ou posto, com origem a partir do latim. Sobre o tema, ver mais em Norberto Bobbio, "O Positivismo jurídico" (1995).

[11] Este termo é usado por Lenio Luís Steck para, em suma, diferenciar a reflexão metafísica pré pensamento de Immanuel Kant da metafísica posterior, moderna, que se conforma como teoria do conhecimento (epistemologia). Ver mais em "Dicionário de Hermenêutica" de Lenio Luís Streck, especialmente os verbetes: "Metafisica Clássica" e "Metafísica Moderna."

[12] Ver mais em: "Teoria pura do direito de Hans Kelsen: norma fundamental e influencias kantinas", de Adriano C. Cordeiro. (2021)

fundamento de validade do sistema. Assim, a estrutura *dinâmica* demonstra de onde provém o poder para a criação impositiva das normas. A estrutura dinâmica é uma construção escalonada, com vários “degraus”, vários “níveis” ou “status” de normas, onde uma norma inferior busca fundamento de validade (busca poder de existir) numa norma superior, construindo-se, desta forma, uma/um estrutura/sistema de hierarquia. Assim, quando se pergunta o porquê devo obedecer a uma norma a resposta, do ponto de vista *dinâmico*, será, porque há uma norma superior que assim o ordena e este processo chega até a norma fundamental, que é a base de validade de todo o sistema.

Esta visão impulsiona a configuração do direito ser um sistema escalonado de normas (uma pirâmide).[13] E, isto leva a ideia de racionalidade normativa e de necessidade de solução de antinomias. Um escalonamento simples, para fim de exemplificação do funcionamento da estrutura dinâmica, pode se dar da seguinte forma: a sanção estabelecida em uma lei municipal é válida, possui fundamento, por ser ordenada com base em determinação de uma lei federal (abrangendo todo o país). Já a lei federal em questão tem seu fundamento de validade, possui sanção válida, por determinação da Constituição Federal (a norma posta mais alta do sistema, e que, têm seu fundamento de validade na norma fundamental) — este escalonamento, em exemplos reais, pode ter muito mais degraus, sendo extremamente complexificado, entretanto —, temos aí, três normas, duas ligações *dinâmicas* de fundamentação de validade, produzindo uma estrutura *dinâmica* no interior do sistema jurídico. Por outro lado, num caminho inverso, pode-se dizer que a constituição dá origem a lei federal, que, por sua vez, origina a lei municipal.

Esta estrutura é nomeada como *dinâmica* porque diz respeito à mutação/transformação do ordenamento jurídico, visto que é com base no fundamento de validade que se produzem e alteram normas (é a partir de uma norma superior que se ordena a produção de uma inferior), configurando, assim, a transformação, o movimento de mudança, do sistema jurídico: a estrutura *dinâmica* do Direito — em oposição: a estrutura *estática* não compreende tal tipo de mutação, é

[13] Vale lembrar que Kelsen não utilizou a figura da pirâmide em suas obras, ela é apenas uma ilustração proposta por outros autores para simplificar a estrutura escalonada do ordenamento jurídico, proposta pelo teórico.

uma estrutura de ligação que se mantém fixa, e é alterada apenas através da ação da estrutura *dinâmica*, sendo, portanto, a estrutura *estática*, uma estrutura sistemática fixa, em repouso.[14]

O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO COMO TÉCNICA DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL

As reflexões sobre a sociedade podem partir de diversos pressupostos antropológicos sobre o homem. As mais evidentes destacam a natureza pacífica do homem. Esta forma de pensar a sociedade pode ser encontrada, por exemplo, nos escritos de Rousseau[15] e no pensamento marxista.[16] Para Kelsen, tais perspectivas são uma ilusão:

> [...] ignora[m] o impulso de agressão inato ao homem. Ignora[m] o fato de que a felicidade de um homem é muitas vezes incompatível com a felicidade de um outro e de que, uma ordem natural justa, que garanta a felicidade de todos e, por conseguinte, não tenha de reagir a perturbações com medidas de coerção, não é compatível com a 'natureza' dos homens, a julgar pelo que conhecemos sobre ela. (KELSEN, 1997, pg. 235).

O autor se filia a uma corrente de pensamento que, na idade moderna, tem como referência o pensador inglês Thomas Hobbes[17]. Hobbes é o autor moderno que inaugura, em uma sistematização clássica[18], a concepção da natureza humana tendentemente violenta e conflituosa. Assim, torna imprescindível a ordenação coercitiva (a ordenação que utiliza da força) na sociedade.[19] Aí encontram-se grandes raízes da ideia coercitiva do direito, anexando à concepção de juridicidade o monopólio da violência (uso da força) dentro da

[14] Ver mais nos capítulos IV e V da "Teoria Pura do Direito" (KELSEN, 2009).
[15] Ver mais em: "O contrato social ou princípios do Direito político", de J.J. Rousseau. (2011)
[16] Ver mais em: "Manifesto comunista" de Karl Marx e Friederich Engels. (2015)
[17] "A antropologia Kelseniana considera o homem naturalmente inclinado a perseguir apenas a satisfação de seus interesses egoístas." (COELHO, 2009, pg. 34)
[18] Ver mais em "O Leviatã: Matéria, Forma e Poder de um Governo Eclesiástico e Civil." de Thomas Hobbes, (2019)
[19] Ver mais em: introdução a filosofia do Direito. (Gelain et. Al, 2015), especialmente o capítulo sobre Hobbes; ver mais, também, em: a Idade média e o nascimento do Estado Moderno, especialmente os tópicos sobre Hobbes.

comunidade.[20] Portanto, a influência de Hobbes e sua presença nas construções teóricas kelsenianas são fundamentais.[21]

Esta forte influência pode ser encontrada, por exemplo, na obra *Society and Nature*. De fato, esta obra busca estabelecer conexões entre a evolução da técnica jurídica, o desenvolvimento do homem, da sociedade e do conhecimento/racionalidade e tem como pano de fundo esta visão antropológica negativa do homem.[22] Assim, na esteira de sua filiação teórica hobbesiana, entende Kelsen que não é possível que uma sociedade se concretize sem a viabilização de um sistema coercitivo de ordenação da conduta humana. É que será este sistema coercitivo que exercerá a força com distinção e exclusividade (monopólio) dentro da comunidade, para fim de repressão dos comportamentos conflituosos, possibilitando, deste modo, a coexistência dos indivíduos.[23] Este sistema é por excelência o direito, presente onde quer que a sociedade humana se configure.

Visualizando a necessidade do ordenamento jurídico na sociedade humana e a trajetória histórica destes sistemas de ordenação social, Kelsen insere em seu pensamento uma grande importância ao *princípio da divisão do trabalho*, argumentando que, conforme a sociedade aumenta, e se complexifica, maior a preponderância deste princípio. Enquanto que, de maneira inversamente proporcional, ao se complexificar a sociedade, e o *princípio da divisão do trabalho* operar, dando origem a órgãos especializados nas funções de ordenar a conduta do homem em sociedade, torna-se tanto maior a centralização do poder, desenvolvendo, portanto, uma maior centralização da operação do sistema de ordenação social e, conseguintemente, uma maior centralização do monopólio da violência. Criando-se, assim, órgãos aplicadores deste sistema de ordenação de conduta (o Direito), com competência exclusiva e poder de imposição.

Este desenvolvimento da técnica jurídica e centralização do monopólio de violência, na visão de Kelsen, não se opera de maneira

[20] Ver mais em: “Uma breve história da teoria do Direito ocidental”, de J.M. Kelly (2010)

[21] Ver mais em: “Contra natvram, Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo jurídico”, de Andityas Soares de Moura Costa Matos. (2013)

[22] Ver mais em “Nature and society”, de Hans Kelsen (2014)

[23] ver mais em “O que é justiça” de Hans Kelsen (1997), especialmente o capítulo “O Direito como técnica social específica”.

instantaneamente concomitante, a julgar pelos relatos históricos que conhecemos, visto que, na concepção do autor, o homem, de início, é uma espécie extremamente irracional, guiada pelas emoções e instintos, que, aos poucos, vai desenvolvendo e complexificando a racionalidade; do mesmo modo, desenvolvendo e complexificando também a sociedade e a técnica jurídica, em paralelo. Assim, o primeiro desenvolvimento da técnica jurídica, em direção a centralização acima explanada, é a centralização da função de interpretação/determinação do direito (o nascimento dos árbitros, juízes e tribunais).

O movimento referido terá como referência inicial o costume, a repetição reiterada de condutas/comportamentos, repetição que passa a ser entendida como normativa, como regra obrigatória, pela comunidade — a qual exige seu cumprimento por seus membros. A exigência de cumprimento da regra costumeira pela comunidade se concretiza, inicialmente, através da anuência à utilização da violência pelo prejudicado no descumprimento do costume, autorizando-o a forçar o cumprimento, ou, a indenização pelo descumprimento do costume, isto, em relação ao descumprimento do qual lhe sobreveio consequências. O exemplo, por excelência, de tal sistemática de anuência — anuência a qual caracteriza um sistema de ordenação social baseado em coerção (uso da força), um sistema de ordenação social jurídico (caracteriza, em outras palavras, o direito) — é, buscando-se no estudo antropológico dentre comunidades de caracterização historicamente antiga, facilmente identificado no costume da *vendetta.*[24]

Assim, o costume, para o autor, é a primeira forma de expressão jurídica de ordenação do mundo. Nesta condição, é uma forma primitiva típica de juridicidade do sistema de ordenação social e pode ser claramente entendida como um conjunto de normas produzidas de forma descentralizadas. Por isso, pode-se dizer que esta forma jurídica já revela a estrutura básica de todas as formas jurídicas (“se A *é* B *deve ser*”). De fato, ao aplicar-se a hipótese ao caso concreto, buscado no exemplo histórico, temos o assassinato em desconformidade ao costume ocupando o lugar da variável “A” e a vingança autorizada pela comunidade através do costume ocupando o lugar da variável “B”.

[24] *Vendetta* - ou vingança de sangue - é um costume antigo, identificado entre comunidades primitivas, onde a vingança contra um assassinato, o qual é praticado em desconformidade com a regra do costume, torna-se vingança autorizada.

Assim, a norma assume a seguinte configuração: “se alguém matar outra pessoa se comportando em desconformidade com o costume (se ‘A’ *é*), deve-se autorizar a vingança deste outro que foi morto (‘B’ *deve ser*)”. Logo, a violência passa a ser exercida em monopólio da comunidade, na medida que não ocorre em anarquia, mas apenas ocorre de forma organizada/autorizada pela comunidade, de maneira geral, pois, os atos de violência em desconformidade com o ordenamento da comunidade são punidos legalmente, através da vingança autorizada da qual não advém consequências ao vingador, por ser exercida em conformidade com a autorização da comunidade/em conformidade com a regra criada pela repetição reiterada do comportamento, ou, o que é o mesmo, em conformidade com o Direito costumeiro.[25]

Note-se que, a estrutura *estática* do direito se caracteriza plenamente, à primeira vista, no exemplo da *vendetta*. Há, porém, uma deficiência na técnica jurídica que fica camuflada, porque é relativa à estrutura *dinâmica* da ordem normativa. É que, na estrutura escalonada *dinâmica,* há uma norma que autoriza a determinação/interpretação/declaração do direito por um indivíduo (este indivíduo que atua como órgão da comunidade, em nome da comunidade jurídica ao determinar como o direito se aplica ao caso concreto). Isto não acontece com o costume, pois, por ser uma ordem jurídica primitiva, ainda não adotou o princípio da divisão social do trabalho (típico das sociedades mais complexas). Assim, falta ao costume os atributos modernos do direito centralizado e socialmente evoluído (com tribunais especializados na aplicação do direito).

Em consequência, pode haver, em cada caso, pelo menos, duas interpretações/determinações do direito a ser aplicado para a solução do conflito (uma produzida por uma parte e outra produzida pela parte contraria). Assim, gera-se conflito quanto à operação da técnica de resolução de conflito (conflito quanto a operação do direito, quanto a técnica jurídica). Há, em generalidade, porém, um sucesso quanto a ordenação social, apesar da indeterminação relativa proporcionada devido ao defeito da técnica jurídica. Este sucesso faz com que, para Kelsen, seja possível caracterizar o sistema normativo

[25] Sobre este parágrafo, ver mais em: Princípios do direito internacional (KELSEN, 2010); Direito e paz nas relações internacionais (KELSEN, 2012); e, O que é justiça? (KELSEN, 1997), especialmente o capítulo “o direito como técnica social especifica.”

costumeiro como jurídico — deveras, o autor argumenta que os próprios indivíduos que vivem sob a ordenação do sistema normativo assim o caracterizam. A deficiência da técnica jurídica, assim, só se soluciona quando, a partir do *princípio da divisão do trabalho* a sociedade se complexifica, produzindo um órgão especializado na determinação do direito, e a função é centralizada, sendo atribuída a este órgão exclusivamente.

A mais perfeita evolução desta técnica se dá na organização do Estado moderno, com a divisão dos poderes e a caracterização dos monopólios estatais — especialmente o monopólio da função jurisdicional de resolução de conflitos, através da interpretação do direito, e o monopólio da coação física. Tal deficiência, entretanto, não retira do costume o seu caráter jurídico. Ao contrário, faz o autor diferenciar o sistema normativo em dois momentos diferentes: momento do direito primitivo (direito não centralizado) e momento do direito evoluído (direito moderno e centralizado). Assim, o direito primitivo pode ser caracterizado como direito, pode ter sua juridicidade atestada, apesar de possuir um desenvolvimento tecnicamente incompleto, perante a caracterização teórica do Direito no pensamento do autor.[26]

A CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL COMO RAMO DO DIREITO

Ao aplicar os pressupostos epistemológicos de uma abordagem cientifica do Direito, presentes em seu pensamento, sobre o direito internacional, Kelsen se depara com diversos problemas. Um dos mais relevantes é compreender a sua dinâmica e a sua estrutura. É que o direito internacional, diferente do direito nacional, ainda não possui o amadurecimento típico de um sistema jurídico moderno. Neste sentido, o direito internacional possui características de uma ordem jurídica primitiva. Isto significa que o direito internacional reflete a dispersão do poder existente entre os diversos Estados e, em consequência, a falta de centralização da sociedade internacional.

[26] Neste sentido, ver mais em: Princípios do direito internacional (KELSEN, 2010); Direito e paz nas relações internacionais (KELSEN, 2012); e, O que é justiça? (KELSEN, 1997), especialmente o capítulo “o direito como técnica social especifica.”

Assim, diferentemente do direito nacional centralizado (portanto, evoluído e moderno), o direito internacional continua a ser um direito interestatal, sem órgãos jurídicos centralizados e autônomos.[27]). Dito de outra forma, o Direito na sociedade internacional, na atualidade, de acordo com o pensamento de Kelsen, ainda não se desenvolveu em consonância com o *princípio da divisão do trabalho*, produzindo órgãos especializados na operação do sistema jurídico internacional de ordenação de conduta. E isto, aproxima o direito internacional ao direito das sociedades primitivas.

A implicação imediata é baixa autonomia do direito internacional, visto que, devido a descentralização da função de determinação/interpretação, se permite a autotutela do direito (ou autoajuda[28], a aplicação do Direito pelos sujeitos do conflito) para a operação do ordenamento; inexistindo um órgão único e impositivo com o monopólio da função de determinação/interpretação; gerando sempre, com o exercício da função pelos próprios envolvidos na controvérsia, pelo menos, duas determinações/interpretações do Direito, na maior parte das vezes, excludentes, conflitivas, quanto a execução. Havendo conflito na operação do sistema de resolução de conflitos, tal qual ordenamentos jurídicos primitivos, também descentralizados.

Assim, embora os tratados possam estabelecer árbitros e tribunais para a resolução de conflitos, centralizando a função de determinação/interpretação do direito, relativos a conflitos abrangidos na competência de tais tratados, esta não é a regra geral. Além disso, no *Direito Internacional Geral,* o qual no pensamento de Kelsen é superior ao *Direito Internacional Particular* (este formado por tratados), é formado pelo costume: o costume não fixou estes tribunais. Assim, a deficiência técnica continua, pois não há no *Direito internacional geral* um interprete autorizado, com competência exclusiva.[29] Como demarca o autor:

> No Direito Internacional geral não há autoridade objetiva, particularmente nenhum tribunal, competente para

[27] Ver mais em “Direito internacional público” de (QUOC DINH et. al, 1999); e, “Direito internacional público” (REZECK, 2021).
[28] Sobre o termo e sua Tradução de nas obras de Kelsen em português, ver mais em Leonam Liziero, “Levando kelsen a sério.” (2019)
[29] sobre este parágrafo, ver mais em: Princípios do direito internacional (KELSEN, 2010); e, Direito e paz nas relações internacionais (KELSEN, 2012).

> determinar a existência de um delito. O Direito Internacional geral relega esta função aos países envolvidos. Consequentemente, um país pode se considerar na obrigação de fazer uma reparação apenas se admitir ter cometido o delito; ou seja, se houver acordo dos países envolvidos neste sentido, e tal acordo pode não ser alcançado. (KELSEN, 2010, pg. 50)

A implicação mediata diz respeito a questão da juridicidade da ordem internacional, a natureza do direito internacional; em outras palavras: o problema implica na caracterização do direito internacional como verdadeiro direito, tal qual o é caracterizado o direito nacional. Visto que, para Kelsen, o direito é caracterizado como direito por ser uma técnica de organização da força, por ser um *sistema de ordenação de conduta humana* que utiliza a força para determinar sua observância.

Tal uso, que permite a caracterização da juridicidade, se explicita na estrutura da norma jurídica, a estruturação da dimensão *estática* do direito, que utiliza a força/violência como elemento; o elemento (força/violência) nomeado sanção, que se aloca na variável "B" da estrutura *estática* da norma, "se A *é* B *deve ser*."[30] A correlação entre a deficiência técnica da estrutura *dinâmica* do direito internacional geral e a caracterização de sua juridicidade, por meio da configuração da estrutura *estática*, se dá, porquanto, é a partir da estrutura *dinâmica* que se determina a existência da variável "A" da estrutura *estática.*

É, portanto, a partir da estrutura *dinâmica*, que, com sua construção escalonada, por uma norma hierarquicamente superior, determina a produção de uma norma inferior, esclarecedora do Direito no caso concreto — uma norma inferior que irá dizer se a variável "A" da estrutura estática *é* ou não *é*, em outras palavras, irá esclarecer o *ser* de "A", irá esclarecer a existência ou não do delito, ou, o que é o mesmo, a existência da variável "A", que dá início a série de ligações imputativas da prescrição normativa hipotética, de outra forma, que permitirá o mecanismo da estrutura estática concretizar-se, caracterizando a juridicidade do sistema. Desta forma, estão

[30] conforme supra, tópico 1.

estabelecidas as condições necessárias para a determinação do ordenamento internacional como jurídico.[31]

Com isto, estão superadas as dúvidas sobre a juridicidade do direito internacional? A resposta é negativa. É que ainda é necessário superar o debate sobre se existe ou não o monopólio da violência física na sociedade internacional. Isto é importante pelo fato que o monopólio da violência ser um elemento fundamental do direito para Hans Kelsen. Havendo dúvidas sobre este fato, Kelsen destaca duas formas de refletir sobre o tema: uma forma científica/descritiva e uma forma política.

Do ponto de vista de uma interpretação cientifica do direito, o autor destaca que ainda pode existir dúvidas quanto a caracterização jurídica da ordem internacional como direito. Mas, destaca também que a estrutura do ordenamento na sociedade internacional possui grande verossimilhança com a caracterização do direito em geral, sendo, inclusive, plenamente assemelhado ao desenvolvimento descentralizado de uma ordenação jurídica primitiva, tal qual os exemplos históricos que, com a evolução, formam os sistemas jurídicos de ordenação de conduta plenamente caracterizados como jurídicos na forma teórica da abordagem cientifica.

Por isso, afirma o autor que

> Uma ordem social que ainda se baseie no princípio da auto-ajuda ou justiça pelas próprias mãos pode produzir um estado de coisas que deixa muito a desejar. Contudo, cabe considerar esta situação como jurídica e também conceder esta ordem descentralizada como jurídica; pois ela pode ser interpretada como uma ordem segundo a qual as medidas coercitivas são monopólio da comunidade. E é possível interpretar a ordem social primitiva deste modo porque os indivíduos a ela sujeitos assim o interpretam. [...] A história demonstra que em todas as partes o processo evolutivo caminha da vingança de sangue para o estabelecimento de tribunais e para o desenvolvimento de um poder executivo centralizado; em outras palavras, para um aumento constante da centralização da ordem social coercitiva. Está completamente justificado chamar Direito à ordem social coativa, ainda descentralizada, da sociedade primitiva [tal qual o Direito internacional], porque, apesar de sua técnica imperfeita, esta ordem

[31] ver mais em: Princípios do direito internacional (KELSEN, 2010); e, Direito e paz nas relações internacionais (KELSEN, 2012).

> descentralizada constitui a primeira etapa em uma evolução que, leva ao Direito estatal [plenamente caracterizado juridicamente], ou seja, a uma ordem coercitiva centralizada. Assim como o embrião no ventre de uma mulher é desde o início um ser humano, assim a ordem coercitiva descentralizada da auto-ajuda primitiva (ou justiça pelas próprias mãos) já é Direito — Direito *in statu nascendi*. (KELSEN, 2012, pg. 42-43)

Do ponto de vista político também pode existir dúvidas. É que esta compreensão leva a necessidade de compreensão da guerra como estando proibida pela ordem internacional. Em consequência deste fato, pode-se elaborar uma teoria da guerra justa (*bellum justum*), na qual a guerra é primordialmente proibida, sendo permitida apenas como sanção, em resposta a uma infração do Direito internacional, se enquadrando como a variável "B" da estrutura estática da norma jurídica (se "A" *é* "B" *deve ser*). Entendida a guerra desta forma, estaria, então, garantida a juridicidade do sistema.

Neste sentido, reflete o autor:

> Não é um julgamento cientifico, mas uma decisão política, a que dá a preferência à teoria da guerra justa (bellum justum) [a qual caracteriza a juridicidade da sociedade internacional]. Esta preferência justifica-se pelo fato de que tão somente esta interpretação seja concebida pela ordem internacional como Direito, ainda que se trate de um direito primitivo, isto é, ainda que se trate unicamente do primeiro passo a caminho de uma evolução que, dentro da comunidade internacional (leia-se: Estado) levou a um sistema de normas que, geralmente, são aceitas como Direito. (KELSEN, 2012, pg. 44-45)

Assim, a juridicidade do direito internacional vai superando algumas objeções clássicas e se afirmando com um ramo específico do direito.[32] Esta perspectiva é extraordinária para a sociedade internacional da atualidade.[33] É que a afirmação mais efetiva deste ramo do direito será cada dia mais importante para a construção de uma forma de sociedade voltada para a solução pacífica dos conflitos

[32] sobre este parágrafo, ver mais em: Princípios do direito internacional (KELSEN, 2010); e, Direito e paz nas relações internacionais (KELSEN, 2012); e A paz pelo Direito (KELSEN, 2011).
[33] ver mais em "A paz pelo Direito" (KELSEN, 2011).

e para a proteção cada vez mais ampla dos direitos humanos em escala global.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade internacional é, na atualidade, um importante espaço de relações que envolvem a humanidade. Este espaço, cenário de atuação de importantes atores de grande influência e, também, de desenvolvimento de problemas que atingem esferas muito maiores do que a capacidade resolutiva individual dos Estados, precisa tornar as suas normas mais eficazes e construir tribunais capazes de mediar os conflitos internacionais de forma mais ampla e permanente.

As contribuições teóricas de Hans Kelsen oferecem uma base sólida e realista para a ampliação da juridicidade do fenômeno jurídico na sociedade internacional. Assim, será possível estabelecer as condições necessárias para os desenvolvimentos dos ideais humanistas de construção de um mundo melhor. O foco deste processo deve ser a busca de soluções pacíficas para os conflitos internacionais e, em consequência, a relativização da guerra como uma alternativa possível. Estas são duas condições fundamentais para a construção da paz por meio do direito.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola et al. **Dicionário de filosofia.** Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo, 2007.

BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 1998.

BEDIN, Gilmar Antonio. **A sociedade internacional e o século XXI:** Em busca da construção de uma ordem judicial justa e solidária. Ijuí: UNIJUÍ, 2001

BEDIN, G. A. **A sociedade internacional clássica: Aspectos Históricos e Teóricos**. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2011.

BEDIN, G. A. **A idade média e o nascimento do Estado moderno**. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico.** Tradução de Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito.** Tradução de Denise Agostineti. Martins Fontes, São Paulo, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico.** Tradução de Jaime A. Clasen. São Paulo, Ícone, 2015.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia.** São Paulo, Ática, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen.** Saraiva, São Paulo, 2009.

CORDEIRO, Adriano C. **Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen:** norma fundamental e as influências kantianas. Curitiba, Juruá Editora, 2021.

DAL RI JR, Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos (org). **A formação da ciência do Direito Internacional**. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito:** introdução à teoria geral do Direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica: norma jurídica e aplicação do Direito. Saraiva, São Paulo, 2008.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **A ciência do Direito.** São Paulo: Atlas, 2000.

GELAIN, Itamar L. (org). **Uma introdução à filosofia do Direito.** Ijuí: UNIJUÍ,2015.

HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização.** Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

HOBBES, Thomas. **Leviatã:** matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. LeBooks Editora, 2019.

HOBSBAW, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo.** Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Os desafios da globalização: Modernidade, Cidadania e Direitos Humanos**. Tradução de de Clovis Gorckzevski. Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC, 2008.

KELSEN, Hans. **Society and nature: A sociological inquiry**. Routledge, 2014.

KELSEN, Hans. **Direito e Paz nas Relações Internacionais.** Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte, Lex Labore, 2012.

KELSEN, Hans. **A paz pelo Direito**. Tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011

KELSEN, Hans. **Autobiografia de Hans Kelsen.** Tradução de Gabriel Nogueira Dias; José Ignácio Coelho Mendes Neto. Foresnse, Rio de Janeiro, 2011.

KELSEN, Hans. **Princípios do direito internacional**. Tradução de Gilmar Antonio Bedin e Urlich Dressel. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2010.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** Tradução de de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KELLY, John Maurice. **Uma breve história da teoria do direito ocidental.** Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. Um Olhar Kelseniano do Direito Internacional. In: BORGES, Ivan Cláudio Pereira (Org.). **A teoria jurídica de Hans Kelsen**: reflexões críticas sobre a Teoria Pura e diálogos com o Direito contemporâneo. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.

LIZIERO, Leonam. **Levando Kelsen a sério**. Andradina, Meraki, 2019.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto comunista**. São Paulo, Boitempo Editorial, 2015.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **CONTRA NATVRAM:** Hans Kelsen e a tradição crítica do positivismo jurídico. Curitiba, Juruá Editora, 2013.

MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen, Vida y obra**. Cidade do México, UNAM, 1976.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito.** Forense, 1994.

QUOC DINH, N., Daillier, P., & Pellet, A. **Direito internacional público.** Trad de Vitor Marques Coelho. Lisboa,Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2021.
ROBERTS, J.M. **History of the world.** Harmondsworth, Middlesex, Penguin Books, 1990.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político.** Editora Companhia das Letras, 2011.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal.** São Paulo: Editora Record, 2001.

SGARBI, Adrian. **O mundo de Kelsen.** São Paulo, Marcial Pons, 2019.

STÖRIG, Hans Joachim et al. **História geral da filosofia.** Vozes, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica.** Letramento Editora e Livraria LTDA, 2018.

WINKELMANN, Régis Natan; SCHONARDIE, Elenise Felzke. ESTADO MODERNO E DIREITOS HUMANOS: Uma perspectiva histórica a leitura desta relação na atualidade. In: **Direitos Humanos e Democracia em tempos de crise: a proteção jurídica das minorias** - Volume 3. Doglas Cesar Lucas et al (Orgs.). Porto Alegre, Editora Fi, 2019.

SOLIDARIEDADE E O CÓDIGO CIVIL DE 2002 SOB A ÓTICA DA LEI Nº 13.874, DE 2019

Devanildo de Amorim Souza[1]
Luís Delcides Rodrigues da Silva[2]

RESUMO: A presente pesquisa trata sobre a solidariedade e a sua relação com o Código Civil de 2002 a luz da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 ao instituir direitos de liberdade econômica e as garantias de livre mercado. O presente trabalho tem por objetivo analisar o entendimento doutrinário sobre o efeito da vertente solidarista na defesa do jurisdicionado. A presente pesquisa adota o método dedutivo, através da pesquisa qualitativo-bibliográfica com base na literatura científica especializada. A lógica solidarista visa analisar criticamente os fatos da sociedade e, por intermedeio de política corretiva, pleiteia ajustar as condutas humanas a fim de propiciar a elaboração de políticas públicas para conter discrepâncias sociais.

Palavras-chave: Dignidade Humana; Habermas; Socialidade; e Solidariedade.

INTRODUÇÃO[3]

A proposta de elaboração do Código Civil de 2002 (CC/02) se iniciou no ano de 1975, com submissão do projeto de lei de número 634-D pelo Presidente Artur da Costa e Silva à apreciação da Câmara dos Deputados[4]. Desde aquela sexta-feira, 13 de junho de 1975, por longos anos se estendeu-se sua tramitação no Congresso Nacional até culminar na Lei número 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

O referido projeto foi fruto do trabalho elaborado por uma Comissão de sete membros, com destaque para o jurista Miguel Reale

[1] Mestrando em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU/SP. Graduado em Direito – FMU/SP. Bolsista CAPES. Advogado. Curriculum Lattes: http://lattes.cnpq.br/3461110540185889. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2489-1373. São Paulo/SP, Brasil.

[2] MBA em Planejamento Tributário pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) – em andamento. Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Jornalista. ORCID: http://orcid.org/0000-0003-3215-6029. Curriculum Lattes: http://lattes.cnpq.br/5456750358720852.

[3] Artigo em homenagem ao saudoso professor Roberto Senise Lisboa.

[4] BRASIL. **Projeto de lei 634/1975**. 1975. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_B.pdf#page=1. Acesso: 16 nov. 2022.

que ficou com a incumbência de ser supervisor da comissão elaboradora e revisora.

Ao encabeçar a referida missão, Reale partiu da premissa de criar e estruturar uma ordem interna no Código Civil ao intencionar o impedimento do conflito interno de ideias (REALE, 2002, p. 39). Ou seja, estimulando a maleabilidade do vindouro Código, dispondo-se criar um mecanismo possível para fomentar o diálogo democrático nas tomadas de decisões para possibilitar a harmonização e a estruturação das formas para o equilíbrio das divergências ideológicas.

À vista disso, o Código Civil de 2002, justamente para potencializar a conexão interna para garantir sua durabilidade, prestabilidade e aplicabilidade da norma, teve por vetores os valores eticidade, socialidade e operabilidade.

ETICIDADE

O valor da eticidade, teve por objetivo conter o formalismo jurídico até então preponderante (REALE, 2002b, p. 40). Assim, a eticidade reconhece um direito real em cada sistema no campo do direito privado, ou seja, há um direito natural, anterior e imperativo em relação ao direito positivo, pois se fez da Boa-fé objetiva um pilar norteador das relações jurídicas (REALE, 2002, p. 40).

Assim, por escolha legislativa, o Código Civil de 2002 deu prevalência a uma vertente filosófica deontológica e fez da dignidade do ser humano pilar norteador das relações jurídicas. Portanto, em detrimento da vertente consequencialista clássica que se apegava as normas escritas para fazer valer a qualquer custo o *Pacta Sunt Servanda* - até mesmo quando em nítida desproporcionalidade -, sob o argumento que o contrato faz lei entre as partes e, portanto, o estado não poderia intervir.

Portanto, o valor da eticidade surge para estimular a razoabilidade mediana esperada nas relações contratuais para se evitar abusos semelhantes aos que ocorriam antes da revolução francesa.

Essa vertente ideológica fixada pelo legislador ordinário no CC/02, em nome da eticidade e da sociabilidade, veio repleta de normas editadas de forma vaga ou como cláusulas gerais (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 40) de forma a valorar de maneira

mais significativa os padrões de comportamento *standards* visando instituir critérios de aferição da conduta social no caso concreto.

Destarte, infere-se que, em torno das obrigações contratuais principais, gravitam diversos deveres para as partes e, com base em tais valores, caracterizará a violação positiva do contrato a não observância desses deveres que possuem por base a razoabilidade esperada.

Nesse sentido, ao expressar o caráter aberto da norma a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos que possibilite o melhor ajuste da norma ao caso concreto (REALE, 2002, p. 40), o artigo 113, do CC/02 apresenta-se como uma das bases da sistemática em questão, pois "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

Porém, com reforma promovida pela Lei nº 13.874, de 2019 o artigo 113 do Código Civil de 2002 foi alterado para constar em sua redação o parágrafo 1º com seus 5 incisos e o parágrafo 2º.

A reforma legislativa ao inserir no artigo 113, parágrafo 1º, inciso I, do Código Civil de 2002 trouxe de volta a ideia de que as partes são as intérpretes originais do contrato e, portanto, o comportamento adotado confirma a interpretação. Essa ideia de se levar em consideração o comportamento das partes era fomentada por Savigny e foi adotada desde o Código Comercial – lei nº 556, de 25 de junho de 1850 e, também, esteve presente no Código Civil de 1916.

Ademais, a preponderância da boa-fé vem prevista no ordenamento jurídico brasileiro desde o Código Comercial (Lei nº 556, de 25 de junho de 1850) nos artigos 169, 3 e art. 341, caput.

Ademais, a concepção de a preponderância dos costumes é uma velha conhecida do ordenamento jurídico brasileiro, pois tais previsões faziam parte dos artigos: 129, 2; 130, caput; 131, 4; 169, 2; 234, caput; todos do código comercial de 1850, mas derrogados, pois dos artigos 1º ao 456 foram revogados pela Lei nº 10.406, de 2002 (CC/02).

Porém, manteve-se em vigor no Código Comercial (lei nº 556, de 25 de junho de 1850) os artigos 673, 3; e 742, 1.

Em tal ponto, vale ressaltar que o código comercial também utiliza a expressão "uso" e "prática" no sentido de usualmente ou costumeiramente nos artigos 131, 4; art. 133, caput; 145, caput; 154 caput; e 750, caput, todos do Código Comercial, estando ainda em vigor o artigo 750, caput do referido diploma legal.

Além do mais, a reforma legislativa na inserção do artigo 113, parágrafo 1º, inciso V, do CC/02 traz a ideia de “racionalidade econômica” cujo qual o contrato é nada mais do que a veste jurídica de uma operação econômica, pois as partes já definiram os termos essenciais da operação econômica que tencionam realizar (ROPPO, 1988, p. 102-103).

Assim, Enzo Roppo, no livro *Il Contratto*, compreende que as partes jamais querem realizar um contrato por si só. Elas, de fato, esperam a aferição de vantagens advindas dessa relação. Portanto, qualquer cláusula ao levar a outra parte a prejuízo demasiado não é a interpretação adequada. Desta maneira, o intérprete deve levar em consideração a operação econômica que permeia o contrato.

A reforma, ao incluiu o parágrafo 2º no artigo 113, do CC/02, inseriu uma grande novidade no sistema jurídico brasileiro, pois, em que pese as expressões “preenchimento de lacunas” e “integração dos negócios” serem sinônimas, a regra em comento inseriu a presunção de que os contratos cíveis são paritários ao afirmar que “as partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei”.

Com base na redação supra, as partes ganham autonomia para optarem, por exemplo, como dar-se-á a interpretação do contrato escolhendo técnicas de interpretação ou elegendo o sentido possível que deve prevalecer.

Nesse ponto, em notória escolha consequencialista clássica, voltou a vigorar no ordenamento pátrio a preponderância do *pacta sunt servanda*, se fugindo da lógica estabelecida originalmente. Porém, tendo em vista a inexorabilidade da aplicação do modelo constitucional brasileiro, essas negociações somente poderão ocorrer quando não se tratar de normas de ordem pública.

Ademais, vale ressaltar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 possui a dignidade da pessoa humana como valor supremo do ordenamento jurídico pátrio. Assim sendo, eventuais que não se amoldem aos postulados constitucionais naturalmente, por meio da força normativa da constituição, não podem ser convalidados pelo sistema infraconstitucional.

Por outro lado, a reforma não alterou o artigo 187, do CC/02 e manteve seu texto original que estabelece que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os

limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". Tal disposição também se utilizada de normas genéricas ou cláusulas gerais e, portanto, continuará ajustável ao caso concreto.

Outro exemplo apontado é o artigo 422 do CC/02 ao também manter a sua redação original. Portanto, ao estipular o que se entende por obediência aos "princípios de probidade e boa-fé" também se utiliza de cláusulas gerais e, dessa maneira, continuará maleável e permitindo que os profissionais do direito deem a ele a maior efetividade possível, desde que observado os parâmetros ideológicos da razoabilidade, proporcionalidade e o respeito à dignidade humana.

Assim, impôs-se a análise finalística dos institutos de direito civil para se fazer possível exigir que a relação jurídica deve atender os interesses das partes, mas, também, o bem comum (REALE, 2002, p. 40).

Destarte, o CC/02 teve por premissa fazer uso das normas genéricas ou cláusulas gerais, descolando-se da preocupação com excessivo rigorismo conceitual (REALE, 2002, p. 40), justamente para dar aos profissionais do direito a tarefa contínua de atualização dos preceitos legais para melhor amoldá-los ao caso concreto.

Com tal premissa, visou evitar a caducidade ou a imprestabilidade do dispositivo legal, seja por ser injusta no caso concreto, seja pelo fato de o caso concreto não subsumir ao texto legal.

Dessa maneira, por meio da técnica principiológica, permite-se que o dispositivo esteja sempre se adequando à realidade contemporânea.

SOCIALIDADE

A socialidade foi um pilar balizador do CC/02, porém ela já possuía expressa previsão no artigo 5º da LINDB (lei 4.657/42), pois previa que o juiz ao aplicar a lei deve atender fins sociais norteado por ela.

Porém, o CC/02, potencializou a socialidade como um instrumento de promoção do ajuste de condutas nas relações jurídicas para favorecer o equilíbrio entre as partes.

À vista disso, o CC/02 optou pela existência ideológica basilar de impor imperativamente o dever de cooperação jurídica que se funda

em vetores não puramente deontológicos, pois há uma maleabilidade que flerta com a vertente utilitarista.

Portanto, os participantes de uma relação jurídica possuem o dever cooperarem entre si e que esta cooperação jurídica também exista entre eles e a sociedade. De tal maneira, o CC/02 impôs que nas satisfações de interesses particulares não poderá haver lesão a dignidade humana.

Sabendo que ideologia é reflexo necessário do poder e se configura como tentativa sempre renovada de justificação do cultivo e manutenção do poder (DEMO, p. 29, 2002), se fez por meio dessa vertente ideológica uma forma de equilibrar relações jurídicas vertiginosamente desiguais.

Assim, na linha da ética do discurso, que tem por objetivo a construção de relações comunicativas, participativas e solidárias (ZANELLA, 2012, p. 139), se desejou estimular a potencialidade argumentativa que possibilita a fundamentação da universalidade, da responsabilidade e da solidariedade da conduta humana (ZANELLA, 2012, p. 140) para melhor se chagar a condutas justas e evitar o uso do poder como mecanismo de perpetuação das desigualdades.

Nesse sentido, o CC/02, por meio do constituinte ordinário, optou por normas de conceito aberto para se propiciar que o ajustes de condutas tenham maior sensibilidade, coisa que o mero texto escrito não seria capaz de abarcar.

Porém, com a reforma promovida pela Lei nº 13.874, de 2019 o artigo 421 do CC/02 foi alterado para que constasse na redação um parágrafo único. Assim, no *caput* do referido artigo, substituiu-se a redação “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” pela narrativa “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

Tal modificação se deu pelo fato de se entender que a liberdade de contratar versa sobre a liberdade de celebrar o contrato. Já a liberdade contratual versa sobre o conteúdo do contrato, ou seja, os limites impostos aos contratantes quando da realização do contrato.

Assim, conforme aponta Álvaro Villaça Azevedo e Antônio Junqueira de Azevedo, enquanto a liberdade de contratar é uma questão de autonomia privada, a liberdade contratual versa sobre o conteúdo dos contratos.

Desde que os contratos estejam em conformidade com os limites da função social, na forma do parágrafo único do artigo 421 do

CC/02, deve ser preservado *pacto sunt servanda* já que, por escolha ideológica do poder constituinte ordinário, optou-se pela intervenção mínima e pela excepcionalidade da revisão.

Porém, ao acrescentar o artigo 421-A, deu-se aos contratos cíveis e empresariais a presunção de paridade e simetria, mas admitiu-se prova em sentido contrário. Nessa linha, o inciso I do artigo em questão, deu às partes autonomia para colocarem no contrato parâmetros objetivos e, por fim, vindo os incisos II e II a ratificar a preponderância da autonomia da vontade fortalecendo o *pacto sunt servanda*.

Ademais, o CC/02 também inovou ao inserir o carácter da socialidade nos artigos 1.238, 1.239, 1.240 e 1.228, parágrafos 4º e 5º.

O mérito dessa vertente ideológica de índole e raízes utilitárias que prestigia a socialidade é permitir que a ação comunicativa promova uma virada pragmática ao agrupar as condições de validade, as pretensões de verdade, os bons argumentos, e as razões para o consenso discursivo em torno de proposições aceitáveis por todos os sujeitos da comunidade de comunicação (ZANELLA, 2012, p. 140).

Assim, vem à tona a potencialidade argumentativa dessa vertente que encontra consonância na ética do discurso de Habermas. Assim, se faz da ética do discurso uma complementariedade da deontologia do Immanuel Kant, pois a ética do discurso amplia o conceito deontológico, já que o respeito a autonomia da vontade de todos é elemento moralmente obrigatório para torna necessária a exigência de um acordo (ZANELLA, 2012, p. 147).

OPERABILIDADE

Nessa linha de escolha ideológica realizada pelo legislador, a operabilidade também foi tida como pilar norteado para o CC/02.

A operabilidade, no Código Civil de 1916 era um sistema fechado, ou seja, não dava azo a interpretações ampliativas, porém, para dar ao juiz a matéria prima necessária para ajustar a norma as necessidades do caso concreto e, assim, melhor adequar a função da norma ao caso concreto, o CC/02 permite a utilização de conceitos vagos para permitir a operacionalidade, pois, caso o contrário, seria possível existir situações em que a norma não se amoldaria perfeitamente ao caso concreto ou far-se-ia necessário aplicar uma

norma injusta dada a possibilidade de a norma se subsumir ao caso. Verdadeiro tudo ou nada.

Assim, o CC/02, em oposição ao Código Civil de 1916, é um sistema aberto, pois possibilita análises valorativas que o código anterior não permitia. Portanto, o CC/02 buscou um mecanismo poroso que pudesse resistir as mudanças da sociedade e pudesse se amoldar as exigências da sociedade.

A operabilidade se revela por meio da adoção de cláusulas gerais também chamadas de conceitos abertos ou conceitos propositadamente vagos que tem por finalidade permitir que os valores atuais de uma sociedade sirvam de referência na aplicação do direito.

Nessa esteira, para viabilizar a operabilidade mais uma vez o legislador ordinário se serviu de conceitos abertos ou conceitos propositadamente vagos vindo a exigir a probidade, boa-fé ou correção por parte do titular do direito ou quando se é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica (REALE, 2002, p. 42).

Assim, o artigo 575, parágrafo único, do CC/02 dá poderes aos profissionais do direito para, ao analisar o caso *in concreto*, apontar a melhor aplicação do direito para que o juiz possa decidir. Nesse mesmo sentido senguem os artigos 720, caput e parágrafo único, e 1240, §1º, ambos, do Código Civil de 2002.

Portanto, em nome da operabilidade, preponderou razoabilidade e a proporcionalidade em detrimento do *pacto de sunt servanda* para se dar ao juiz a função de equilibrar uma relação jurídica abusiva que tem por base as discrepâncias sociais abissais existentes no brasil.

Por outro lado, adoção da vertente solidarista de forma desarrozoada pode resultar em um desvirtuamento do modelo que foi idealizada. Assim, seu uso indiscriminado acaba por tratar o contrato semelhantemente a um instrumento de correção social. Portanto, para atender políticas corretivas, desconsidera-se sua importância como um instrumento de transação econômica (GONÇALVES, 2017, p. 35).

Na linha da crítica em questão, a função social do contrato não pode desvirtuar a função econômica do contrato, pois está é a principal razão pela qual se tutela juridicamente a vinculação contratual (FONSECA, 2007. p. 248), pois a ausência de precisão põe em risco a segurança jurídica quando manda restringir a liberdade de contratar aos limites da função social sem se preocupar relacionar tal função a

parâmetros determinados e verificáveis nos casos concretos (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 40).

Assim, se por um lado os modelos jurídicos abertos por meio de cláusulas gerais podem dar ao juiz espaço normativo para resolver conflitos sociais cada vez mais complexos, por um outro acabam por permitir maior ativismo judicial e maior dirigismo contratual (GONÇALVES, 2017, p. 35).

Isso posto, o juiz não tem liberdade para imaginar soluções extravagantes e incompatíveis com a destinação natural do contrato, sob pena de o transformá-lo em instrumento de “assistência social” ou de caridade à custa do patrimônio alheio (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 105).

Por isso, a socialidade, se pregada de forma excessiva pode pôr fim a ideia de contrato, dado ao fato que o Estado passaria a impor as tomadas de decisões. Tal fato resultaria na extinção da autonomia da vontade. Por conseguinte, a extinção de um elemento básico que hodiernamente se entende por contrato – a vontade. Portanto, até mesmo o *pacto de sunt servanda* perdia o motivo de existir.

Então, a função social do contrato não pode desvirtuar a função econômica do contrato, pois ela é a principal razão pela qual se tutela juridicamente a vinculação contratual (FONSECA, 2007. p. 248).

Portanto, não há uma presunção de vulnerabilidade. Apenas se faz possível uma intervenção estatal quando demonstrado o abuso. Nesse caso, se deve intervir para modular a relação de modo a tornar a relação equilibrada. Portanto, a destruição completa da relação deve ser a última saída. Ou seja, a ideia central é evitar abusos, não só do poder econômico, mas de todos aqueles que queiram fazer uso do direito para se perpetrar injustiças.

À vista disso, Miguel Reale, por meio do processo legislativo, fez dele a oportunidade de trazer ao debate as novas maneiras de se nortear as regras de convivência no direito civil brasileiro.

MECANISMO VIABILIZADORES DA EFETIVIDADE

A Constituição da república Federativa do Brasil, apelidada de Constituição Cidadã, visando promover a defesa das garantias e direitos fundamentais, criou e deu poder ao constituinte derivado para fomentar instrumentos de enfretamento a violação de direitos imprescindíveis à condição humana.

Hodiernamente, há algumas ferramentas que são utilizadas e trazem resultados para a sociedade, porém, como veremos, há pontos que precisam ser aprimorados e outros até mesmos inseridos no sistema jurídico para que tais ferramentas possam ter ainda maior efetividade.

Inquérito Civil Público

Na linha de se promover a defesa das garantias e direitos fundamentais, o texto constitucional pátrio consagrou as funções institucionais do Ministério Público no artigo 129, III, CRFB/88. Desta forma, a CRFB/88 atribuiu ao Ministério Público a legitimidade para promover o inquérito civil público.

Porém, 4 anos antes da CRFB/88, a Lei da Ação Civil Pública - LACP, já trazia em seu artigo 8º, §1º a possibilidade de o Ministério Público, com exclusividade, instaurar o procedimento de inquérito civil público para constituir provas para serem utilizadas na tutela coletiva extrajudicialmente ou judicialmente.

Por sua vez, conforme disposição legal, o MP pode requerer a qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, constituindo, na forma do artigo 10º, caput, da LACP, crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

Tal exclusividade se ratifica pelo fato de o STF, ao analisar a constitucionalidade de uma lei do Estado do rio de janeiro, afirmou que a Defensoria Pública (e por extensão – também a Defensoria Pública da União) não podem realizar o inquérito civil público, pois, segundo o STF, a lei reservou, pelo menos até o momento, essa competência somente para o órgão ministério e, portanto, por falta de previsão legal, a Defensoria Pública não pode realizar tal investida extrajudicial.

Portanto, o inquérito civil é um procedimento administrativo, de carácter investigatório, cujo objetivo é formar o convencimento do Ministério Público quanto ao ajuizamento da ação, produzindo elementos de convicção que sustentem a sua propositura.

Semelhantemente ao inquérito policial, o inquérito civil é considerado procedimento pré-processual. Por conseguinte, não existe propriamente o dever de observância aos princípios do

contraditório e da ampla defesa, mas há várias normas no âmbito do ministério público destinadas a garantir sua tramitação regular.

Ademais, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a resolução 23/2007, que, em seu artigo 1º, *caput*, dispõe que o inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, deve ser instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável.

Ainda no sentido de instrumentalizar e viabilizar o inquérito civil público, o artigo 2º e seguintes da referida resolução vem a regular a tramitação do inquérito civil no âmbito do ministério público (MPs e MPF).

Ademais, diante da impossibilidade de se instaurar um inquérito civil público, a via alternativa é propor uma ação comum ou especial e, com base no micro sistema dos direitos coletivos, utiliza-se o artigo 7º, letra b, da lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei da ação popular) para se requerer os documentos referidos pelo autor, bem como a de outros que se lhe afigurem necessários ao esclarecimento dos fatos ficando ressalvado na forma do artigo 1º, § 6º, da Lei da ação popular as informações em que o interesse público, devidamente justificado, impuser sigilo.

Por outro lado, a lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (lei de acesso à informação) facilitou ou garantir o acesso a informações de instituições públicas e, assim, por meio da lei de acesso à informação também se faz possível adquirir as informações, porém fica de fora dessa obrigação as empresas privadas com fins lucrativos. Portanto, para o campo da tutela de direitos coletivos concernentes as relações de consumo a saída para o impasse ainda será o artigo 7º, letra b, da lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei da ação popular).

Recomendação

Na linha de se promover a eticidade, ajustabilidade ou corretabilidade das condutas estimulando a aproximação do direito positivo com a ética do discurso, também de notaria característica solidarista, o artigo 6º, inciso XX da Lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 contempla o Ministério Público com um instrumento de atuação extrajudicial chamado de recomendações.

Visando instrumentalizar o instituto da recomendação a Lei complementar nº 75, em seu artigo 6º, XX e a resolução 164/2017 do CNMP, afirmam que o MP poderá expedir recomendação com o objetivo persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição que poderá fixar prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

Por fim, no que pese haver divergência sobre a questão, as defensorias não podem expedir recomendações, por falta de previsão legal.

CONCLUSÃO

Ao analisar o entendimento doutrinário sobre o efeito da vertente solidarista na defesa do jurisdicionado infere-se que a lógica solidarista aspira analisar criticamente os fatos da sociedade e, por intermédio de política corretiva, pleiteia ajustar as condutas humanas a fim de propiciar a elaboração de políticas públicas para conter discrepâncias sociais com auxílio da ética do discurso promovendo o enfrentamento ao modelo ideológico que desprestigia a dignidade da pessoa humana.

À vista disso, o CC/02 teve por premissa fazer uso das normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual justamente para dar aos profissionais do direito a tarefa contínua de atualização dos preceitos legais para melhor amoldá-los ao caso concreto.

Com tal premissa desnuda-se a intenção de evitar a caducidade ou a imprestabilidade do dispositivo legal, seja por ser injusta no caso concreto, seja pelo fato de o caso concreto não subsumir ao texto legal.

Dessa maneira, por meio da técnica principiológica, permite-se que o dispositivo esteja sempre se adequando à realidade contemporânea. Ademais, o CC/02 também inovou ao inserir o carácter da socialidade nos artigos 1.238, 1.239, 1.240 e 1.228, parágrafos 4º e 5º.

Ademais, a lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (lei de acesso à informação) facilitou ou garantir o acesso a informações de instituições públicas e, assim, por meio da lei de acesso à informação

também se faz possível adquirir as informações, porém fica de fora dessa obrigação as empresas privadas com fins lucrativos.

Portanto, para o campo da tutela de direitos coletivos concernentes as relações de consumo a saída para o impasse ainda será o artigo 7º, letra b, da lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei da ação popular).

Com efeito, a vertente ideológica possui o mérito de prestigiar a o círculo é permitir que a ação comunicativa promova uma virada pragmática ao agrupar as condições de validade em torno de proposições aceitáveis por todos os sujeitos da comunidade de comunicação.

A potencialidade argumentativa dessa vertente vem à tona ao encontrar consonância na ética do discurso Habermasiano. Assim, se faz da ética da "discussão" uma complementariedade da deontologia Kantiana, pois a moral do discurso amplia o conceito deontológico, já que o respeito a autonomia da vontade de todos é elemento moralmente obrigatório para tornar necessária a exigência de um acordo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 06 dez. 2019.

DEMO, Pedro. **Solidariedade como efeito de poder**. São Paulo: Cortez, 2002.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. **A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GONÇALVES, Thatiane Rabelo. A vigência e a esdrúxula aplicação da função social do contrato nos 15 anos do Código Civil. **Revista de Direito Privado**. v. 84, 2017.

REALE, Miguel. Visão geral do novo código civil. Anais do "Emerj debate o novo código civil". Rio de Janeiro: **Emerj**, 2002b. p. 38-44.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista IOB Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, ano VII, n. 40, mar.-abr., 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 97.

ZANELLA, Diego Carlos. A ética comunicativo-discursiva de Jürgen Habermas. **Revista on line de Filosofia Thaumazein**, Ano V, 2012.

UMA VISÃO SOBRE ESTRUTURA SOCIAL E CRIME A PARTIR DA ANÁLISE DO FILME CORINGA

Olivério de Vargas Rosado[1]
Leonel Severo da Rocha[2]

RESUMO: O presente artigo, através do método dedutivo, tem como objetivo principal analisar as questões mais polêmicas atinentes ao filme *Joker* (Coringa), um filme de suspense psicológico estadunidense de 2019, dirigido por Todd Phillips. Baseado no personagem de mesmo nome da DC Comics, o filme é estrelado por Joaquin Phoenix como o Coringa. A partir da história retratada na obra cinematográfica foram verificadas diversas situações que envolvem doença mental, abuso materno, abandono paterno, abandono Estatal, violência, dentre outros. Situações que acabam gerando uma revolta no personagem principal, desencadeando atos de violência e brutalidade. A partir destas situações será discorrido o presente trabalho com foco na sociedade, no crime e na violência, sendo a sociedade causadora destes comportamentos, no momento em que não observa as relações entre os indivíduos desta sociedade. Enquanto o Ente Estatal não observa parâmetros estabelecidos em sua Carta Magna, referentes a o principio basilar da humanidade, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, pessoas que pertencem a este contexto social tendem a se "rebelarem" contra o sistema a partir da prática de atos de violência e brutalidade.
Palavras-chave: Sociedade. Criminoso. Fatores sociais. Coringa.

INTRODUÇÃO

O mundo sempre passou por transformações, sendo estas tecnológicas, econômicas, climáticas, dentre outras, contudo a maior destas transformações, sem sombra de dúvida, foi a social pois a figura do Estado, até então ausente nos primeiros momentos, surge com as monarquias absolutistas até chegar à figura do Estado Democrático de Direito.

Estas estruturas possuem, porém, uma característica em comum, o poder, que se traduz por meio da imposição de regras que

[1] Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto e Médio Uruguai e Região (URI), campus de Santo Ângelo/RS – e-mail: oliveriorosado@aluno.santoangelo.uri.br
[2] Professor Doutor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto e Médio Uruguai e Região (URI), campus de Santo Ângelo/RS

servem, de forma genérica, para o controle social, a garantia da ordem e o bem estar das pessoas.

Porém, como podemos observar durante os séculos, aqueles que detém o poder, utilizam o mesmo para os seus próprios interesses, sob a imposição de um regime totalitário, onde há o controle da vida pública e privada.

Podemos observar três exemplos maiores e principais de totalitarismo na Europa do século XX: o nazismo, de Hitler, o fascismo, de Mussolini, e o stalinismo, na União Soviética.

Nesta senda, alguns autores, dentre eles Foucault, entendem que o poder não se encontra especificamente nas “mãos” de alguém, ele é flutuante e encontra-se no seio da sociedade.

O exercício de poder é visto nas relações matrimoniais, nas relações de emprego e até mesmo no convívio entre as pessoas no dia a dia, ou seja, as relações interpessoais são permeadas pela imposição da “força = poder” de diversas maneiras.

Quando observamos as questões entorno da violência e criminalidade, de certa forma também existe o exercício do poder, principalmente quando verificamos o número cada vez mais elevado de pessoas conduzidas aos Ergástulos Públicos, muitas delas puramente como uma forma de demonstração de poder por parte do Estado.

Não há uma preocupação e buscar as causas do aumento da violência, em se criar políticas públicas que possam reduzir a criminalidade, o que se observa são medidas paliativas que visam apenas o encarceramento.

O filme Coringa, retrata de forma fidedigna uma situação em que um indivíduo que sofria de transtornos mentais, e por falta de apoio do Estado, assim como, devido a violência sofrida pelo mesmo, foi conduzido a prática delitiva.

A falta de estrutura social, acabou por fomentar em uma pessoa, seus sentimentos mais obscuros, mais selvagens, demostrando assim a realidade de muitos que acabam adentrando ao crime.

Portanto, este pequeno ensaio tem por objetivo discutir os elementos do poder e do Estado, frente a sociedade e indivíduos que por falta de apoio estatal, acabam por formar filas com aqueles que são levados a prática de crimes de toda a espécie.

CONCEITOS E DEFINIÇÕES DE SOCIEDADE

Nos primórdios as pessoas viviam em pequenos grupos, nômades sem um local onde pudessem fixar sua moradia, sendo que a criação da primeira cidade foi Uruk, por volta de 4500 e 3750 a.C. na região chamada Mesopotâmia. Hoje essa cidade é Warka e fica no Iraque.

A partir desde momento as pessoas começam a entender a real necessidade de encontrar um lugar que possam se estabelecer definitivamente e ali desenvolver formas de produção de alimentos, bem como de organizar defesas, contra ataques de outros povos.

Ouve o entendimento de que seria necessário viver em grupo, mas que para que o grupo possa viver em harmonia e desenvolva de forma coordenada, era necessário que fossem respeitadas certas regras preestabelecidas pelo grupo, e que para isso seria ainda necessário a figura de um líder.

Este era o pensamento do filósofo francês Auguste Comte, o pensador foi o precursor ao desenvolver uma maneira de pensar os acontecimentos sociais que vivia, dando início ao Positivismo.

Comte passou a observar a sociedade de forma racional e sistemática. Procurava entender e prever os acontecimentos para, assim, apresentar soluções que pudessem manter a sociedade estável e coesa, sendo que a forma de garantia do progresso, passava pela garantia da ordem.

Já para Durkheim a sociedade estaria entendida como superior ao indivíduo e existiria independente deste. Para ele, o indivíduo é apenas receptor de regras e modo de viver da sociedade da qual faz parte. As regras foram chamadas, pelo sociólogo, de fatos sociais.

Os fatos sociais são exteriores e anteriores ao indivíduo e controlam sua ação perante aos outros membros da sociedade. As regras são impostas desde o nascimento, e o indivíduo não tem poder para modificá-las.

Para Karl Marx, a sociedade é heterogênea e formada por classes sociais que se mantêm por meio de ideologias das elites.

Nas sociedades capitalistas, há valorização de bens materiais, e o bem-estar coletivo é situação de menor relevância. Nas sociedades divididas em classes, o trabalhador troca a força de trabalho pelo salário, enquanto o burguês acumula lucro, símbolo de poder, prestígio e status social.

Entre os cientistas sociais clássicos, Max Weber preocupa-se com as particularidades das situações sociais concretas, como a ação social, que é a expressão do comportamento externo ao indivíduo, além do conceito de poder. Weber é o primeiro a analisar o indivíduo em meio a sociedade em que esse vive.

Para o autor, a sociedade forma um sistema de poder que atinge todos os níveis, desde as relações de família às relações de classe e de trabalho.

Portanto observa-se que com o nascimento da sociedade, nascem discussões acerca do papel de cada um no grupo, para que seja garantida uma certa ordem e a mesma consiga se desenvolver.

A questão é que em toda a sociedade haverá aqueles que irão se beneficiar da estrutura criada, e aqueles que em decorrência desta estrutura ficaram sujeitos a “marginalidade”, se tornam os excluídos, os invisíveis sociais.

Diante deste cenário surgem pessoas como Arthur Fleck, um homem pobre e com problemas mentais que trabalha como palhaço. Extremamente solitário e desenquadrado da sociedade, é ele que cuida da mãe doente, esta história contada no filme Coringa, passada em Gotham City, cidade fictícia, no começo da década de 80.

A sociedade em geral “cria” diversos personagens como Arthur diariamente, que em decorrência de sua condição social acabam sendo marginalizados “jogados a própria sorte”, e que em face esta situação, acabam virando número nas estatísticas da criminalidade crescente.

Dentro desta perspectiva situações de jovens abandonados na infância ou vitimas de abusos sexuais, físicos e mentais e que são rejeitados pela sociedade, desenvolvem comportamentos desviantes e são condicionados pelo meio, a prática de ilícitos, como meio de subsistência e até mesmo como uma forma de “vingança” contra a sociedade que o desampara deixando a própria sorte.

O CRIME COMO RESPOSTA

Autores como George Rusche e Otto Kirchheimer, abordaram temas que envolvem a o crime a pena e a estrutura social, em sua obra Punição e estrutura social (*Punishment and Social Structure*), ficou consolidada como sendo um grande clássico da Criminologia Crítica.

Na presente obra os autores abordaram a questão das formas de punição dentro de uma estrutura social, a partir do entendimento de muitos penalistas liberais de que a pena ou o tratamento penal, tem como objetivo a proteção da sociedade, não importando como as mesmas serão aplicadas.

Sob esta perspectiva, seria uma espécie de vingança ou retribuição estatal para uma afronta as normas estabelecidas pelo Estado. Os valores sociais estabelecidos por esta sociedade estariam sob a proteção da lei.

Cesare Lombroso, médico psiquiatra, foi o principal fundador da Escola Positiva, ao lado de Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, responsáveis por inaugurar a etapa científica da criminologia no final do século XX.

Lombroso acreditava na ideia do criminoso nato, ou seja, a partir de elementos relacionados a pessoa, como características físicas, era determinante para definir que uma pessoa era ou poderia se tornar criminoso.

Refutava-se a partir da pesquisa de Lombroso a ideia do livre arbítrio, ou seja, o individuo criminoso não poderia optar por não praticar o delito, isto já estava pré-disposto em sua genética.

Em síntese, a teoria contou com a análise de mais de 25 mil reclusos de prisões europeias. Além disso, seis mil delinquentes vivos e resultados de pelo menos quatrocentas autópsias (Molina, 2013, p. 188).

Inter-relacionava o atavismo à loucura moral e à epilepsia, afirmando que o criminoso nato, que não logrou êxito em sua evolução, tal qual uma criança ou a um louco moral, que ainda necessita de uma abertura ao mundo dos valores. (Molina, 2013, p. 188). Mencionava, ainda, que a hereditariedade é uma das grandes causas da criminalidade, realçando a importância de seu conhecimento e relevância.

Com o passar dos anos, especificamente a partir do século XXI, nos anos 30 em diante houve uma transformação do pensamento criminológico antes adotado na busca de respostas para a prática de crimes.

A visão até então, baseada em perfis psicológicos que distinguiam o criminoso dos indivíduos “normais”, da lugar a uma visão sociológica sobre o crime. Neste entendimento o indivíduo que pratica crimes, não é visto como um ser “patológico” dentro de uma visão

determinista, e sim um indivíduo que recebe forte carga social, que somada as suas questões biológicas, acaba por desenvolver o comportamento criminoso.

Doutrinadores pelo mundo desenvolveram pesquisas que buscavam compreender as razões para a prática de crimes, a partir de contextos sociais. Alessandro Baratta, chamou essa teoria de Criminologia Crítica ou radical, pois essa se assentava na abordagem crítica e radical à teoria criminológica tradicional. Defendo que o crime é um produto de uma sociedade capitalista, que proporciona a desordem social em classes opostas (RODRIGUES, 2018).

Dario Melossi e Massimo Pavarini e sua obra Cárcere e fábrica discorrem acerca das questões que impulsionaram o encarceramento face a ascensão do regime capitalista.

Marx descreve com clareza a maneira pela qual, num primeiro momento, o poder estatal reagiu a este fenômeno social:

> Não era possível que homens expulsos da terra pela dissolução dos laços feudais e pela expropriação violenta e intermitente se tornassem fora da lei, fossem absorvidos pela manufatura no seu nascedouro com a mesma rapidez com a qual aquele proletariado era posto no mundo. Por outro lado, tão pouco aqueles homens, lançados subitamente para fora da órbita habitual de suas vidas, podiam adaptar-se, de maneira tão repentina, a disciplina da nova situação.
>
> Eles se transformaram, por isso, em massa, em mendigos, bandidos, vagabundos, em parte por inclinação, mas na maior parte dos casos premidos pelas circunstâncias. Foi por isso que, no final do século XV e durante todo o século XVI, proliferou por toda a Europa Ocidental uma legislação sanguinária contra a vagabundagem. Os pais da atual classe operária foram punidos, num primeiro tempo, pela transformação forçada em vagabundos e miseráveis. A legislação os tratou como delinquentes voluntários e partiu do pressuposto que dependia da boa vontade deles continuar a trabalhar sob as velhas condições não mais existentes (Karl Marx, II Capitale, cit., I, 3, pp. 192-193 apud Melossi, Dario e Pavarini, Massimo. Cárcere e fábrica – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX) – Dario e Massimo Pavarini, - Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (Pensamento criminológico; v. 11) 2ª edição, agosto de 2010, 3ª reimpressão, outubro de 2021. 272 p.)

Estes indivíduos oriundos dos campos, ao conhecerem uma nova realidade nos centros comerciais que estavam surgindo, acabaram por ser estereotipados, “marcados” como criminosos e vagabundos.

Diante deste cenário, eram conduzidos as prisões, algo novo para a época, onde eram utilizados como mão de obra para produzir os objetos que eram mais valiosos neste período, como tecidos para roupas.

A realidade vivenciada à aquela épocas, não “foge” daquilo que vivenciamos atualmente, grandes números de pessoas são estereotipadas, ou pela cor da sua pela ou devido a sua condição social.

Esta marginalização social, acarreta o aumento da criminalidade, muito embora não se trate de uma ciência exata, no momento em que pessoas não conseguem emprego, ou ficam a margem da sociedade, o único caminho visto pelos mesmos é a pratica de ilícitos, bem como, formar filas com grupos e organizações criminosas que recrutam “soldados” para suas práticas ilícitas.

Portanto o crime surge por inúmeras razões, sendo elas uma predisposição biológica, como afirmava Lombroso, assim como devido a influências sociais, o meio onde a pessoa vive e devido como o Estado ou quem detém o poder “trata” estas pessoas.

CORINGA

Coringa (*Joker*, no original) é um filme norte-americano de 2019, dirigido por Todd Phillips, que conta com Joaquin Phoenix no papel do protagonista.

O longa-metragem de drama e suspense narra as origens do famoso vilão, em 122 minutos arrepiantes, repletos de reflexões psicológicas e sociais.

Passado em Gotham, no começo da década de 80, o enredo conta a história de Arthur Fleck, um homem pobre e com problemas mentais que trabalha como palhaço. Extremamente solitário e desenquadrado da sociedade, é ele que cuida da mãe doente.

Esta obra cinematográfica, retrata a realidade de muitos indivíduos na sociedade hodierna. Pessoas portadoras de alguma forma de transtorno mental, pessoas desassistidas pelo Estado, vítimas de violência doméstica, que sofrem alguma forma de

abandono, e que diante este cenário, acabam por se revoltar contra o sistema e adentram ao mundo crime.

A história se passa em uma cidade, como várias outras mundo a fora, que apresentam autos índices de violência, com o sistema de saúde pública deficitário, assim como, falta de investimento em infraestrutura e ausência de políticas públicas para sanar estes problemas.

O personagem, como já relatado, apresenta um quadro de transtorno mental, e necessita de amparo do Estado para poder adquirir seus remédios, bem como, busca auxilio junto ao serviço social, na figura de uma Assistente Social que ouve seus relatos e angústias. Além desse quadro relacionado a sua saúde, o personagem principal, lida com a doença da mãe, que acamada necessita de cuidados diários.

Não bastasse todas estas celeumas, o personagem necessita realizar pequenos trabalhos como palhaço para poder sobreviver, sendo que algumas pessoas diante de alguém com dificuldade dentro de um quadro de vulnerabilidade social e econômica, acabam por humilha-lo, agredi-lo causando no mesmo sofrimento e indignação.

A situação atinge seu ápice, quando o personagem é informado por uma Agente Público, que os remédios e as sessões com o serviço social que lhe eram oportunizadas, estavam sendo cancelados devido ao contingenciamento de custos por parte do Poder Público.

Desolado e sem perspectivas futuras, vítima de violência por parte de algumas pessoas da sociedade que o agridem devido a sua condição, com graves traumas familiares, como o abandono por parte de seu genitor, o protagonista imbuído de um sentimento de cólera, começa a praticar atos de violência matando pessoas, criando a caricatura de um palhaço, como forma de protesto contra tudo aquilo que sofreu.

Muitas questões são trazidas neste longa metragem, dentre elas a falta de empatia de algumas pessoas face a outras menos favorecidas social e economicamente, a maneira como a doença mental é tratada pelo Estado e seus representantes, o descaso daqueles que detém o poder para com aqueles que mais necessitam de amparo.

Assim, Coringa foi considerado por especialistas como sendo um filme sombrio principalmente porque conduz seus espectadores a pensar na realidade em que vivem. A história, maior que os quadrinhos

ou a tela do cinema, obriga a sociedade a refletir sobre questões precípuas em uma sociedade.

Princípios que deveriam ser observados, pois tratam-se de princípios balizadores de textos Constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana que é o baluarte dos Direitos Humanos, presente no preambulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, acabam por ser menosprezados.

Diante deste quadro, surgem diversas reflexões a serem feitas frente a uma obra tão impactante, que retrata de forma fidedigna a realidade da maioria das sociedades pelo mundo, onde pessoas são "jogadas" a sua própria sorte, e por vezes devido a este desprezo por parte do Estado, ou até mesmo por falta de oportunidades, acabam por adentrar ao mundo do crime.

Como disse o famoso dramaturgo, escritor e poeta irlandês Oscar Wilde: "A vida imita a arte muito mais do que a arte imita a vida", no sentido de que muitas pessoas acabam sendo influenciadas por filmes, novelas, noticias, em seu cotidiano, na forma de se vestir, naquilo que ingerem ou até mesmo em relação ao que acreditam e tomam como verdade.

Esta última parte se tornou extremamente comum nos dias atuais, diante do acumulo das chamas *Fake News*, que fazem com que pessoas, até mesmo relativamente esclarecidas, acreditem em tudo que se encontra na "internet" e demais meios de propagação de notícias.

Porém em determinados casos, como observado no filme Coringa, a arte imita a vida, e retrata de forma muito clara e transparente situações vividas no cotidiano de diversas pessoas em sociedades mundo a fora.

CONCLUSÃO

Como discorrido durante o presente ensaio, a sociedade ao passar dos séculos sofreu inúmeras transformações, sejam elas estruturais, econômicas e sociais.

As mudanças dos sistemas econômicos, a passagem do sistema feudal para o sistema capitalista a partir da ascensão da burguesia, a industrialização e a migração para as cidades daqueles que viviam no campo, e fugiam das doenças, como a peste negra, e

na esperança de dias melhores se “amontaram” nos grandes centros de comércio.

Esta transição acarretou vários problemas, apontados por vários pesquisadores, dentre eles Marx, Maurice Dobb, Paul Sweezy e Ellen M. Wood. Dentre as questões apontadas nos debates estão o surgimento do proletariado e sua utilização para o acumulo de capital da classe burguesa dominante.

Com o aumento da desigualdade social e a falta de oportunidade, as pessoas começaram a ser rotuladas como sendo vagabundos ou criminosos, e devido a isto eram conduzidas as primeiras casas de correção, ou prisões.

Estas pessoas eram utilizadas como mão de obra dentro destes presídios/fabricas, sendo esta prática sendo tratada como castigo, punição ou como forma de “ensinar” um ofício para aqueles que pouco ou nada sabiam fazer.

Surge então uma forma de “rotulagem” criam-se estereótipos destes indivíduos que devido sua condição social passaram a ser perseguidos e violentados. Muitos que conseguiram escapar, passaram a se dedicar a prática de ilícitos, parte como meio de subsistência e parte como forma de retaliação contra o Estado e seus representantes.

A partir da análise do filme coringa, foi possível observar vários elementos presentes em muitas sociedades, surgidas deste o início das transformações dos sistemas econômicos e da industrialização.

O filme retrata de forma fidedigna situações presentes nas sociedades mundiais, como a forma que muitos governantes tratam aqueles menos favorecidos.

A estigmatização social que ocorre em sociedades com maior índice de desigualdade social, e a partir desta rotulagem a diminuição no número de vagas para aqueles empregos que remuneram melhor.

Não apenas a falta de oportunidade, mas a carência de políticas públicas de inclusão social, a falta de programas que acolham aquelas pessoas com alguma forma de transtorno mental, o próprio sistema de saúde em muitos Estados é caótico.

Todas estas situações corroboram para o aumento da criminalidade, por mais que acredite que o individuo possui o livre arbítrio, e que é sabedor das regras impostas pelo Estado, e diante disto pode optar por “fazer o certo”, ou praticar crimes, muitas vezes algumas pessoas não possuem alternativa.

Diversas pessoas já nascem no meio do crime, com pais que cumprem ou já cumpriram pena, e devido à ausência do Estado, acabam por seguir os mesmos passos de seus pais.

O debate não se exaure neste pequeno arrazoado, pois trata-se de uma discussão antiga, mas sempre atual, onde aqueles que praticam crime devido a falta de participação do Estado ficam de um lado e a os demais membros desta mesma sociedade se tornam reféns pois sobre estes recaem a maioria dos atos praticados por seus semelhantes.

REFERÊNCIAS

Melossi, Dario e Pavarini, Massimo. **Cárcere e fábrica** – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX) – Dario e Massimo Pavarini, - Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (Pensamento criminológico; v. 11) 2ª edição, agosto de 2010, 3ª reimpressão, outubro de 2021. 272 p.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. Tradução: Sebastian José Roque. 1. Reimpressão. São Paulo: Ícone, 2010.

MARX, Karl. **Capital**: a Critique of Political Economy. V. I, Book. I, The process of production of capital. In: MARX, Karl; ENGELS, Frederick. Collected Works (Karl Marx - Capital Volume I). Londres: Lawrence & Wishart, 2010a. v. 35.

PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RODRIGUES, Lucas. **Luta de Classes**. Disponível em: <http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/sociologia/luta-classes.htm> Acesso em: 18 Nov. 2022.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Trad. Gizlene Neder. 2. Ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004.

DE LUIS ALBERTO WARAT COMO UM NOVO MEIO DE OLHAR O CONFLITO

Janete Rosa Martins
Emily Hammarstrom Dobler

RESUMO: A mediação transformadora de Luis Alberto Warat tem como problema de como a mediação pode ser utilizada para trabalhar conflitos interpessoais, buscando sua transformação e ressignificação. É visto que a vulnerabilidade se faz presente nos mais diversos tipos de relacionamentos atuais, desde laços amorosos até relações entre amigos, cada vez mais pautados no prazer momentâneo e na satisfação de necessidades. Ainda, é perceptível o estímulo à uma cultura de consumo em massa, conduzindo às pessoas a falsa ideia de felicidade e completude, fazendo assim com que os produtos adquiridos se tornem mais valiosos, não só pela funcionalidade, mas pelas sensações que despertam e pela atribuição que causa ao status social. Assim, as pessoas tornam-se meros objetos, produtos de um mercado com sistemática de uso e descarte, importando na crescente individualidade e refletindo na construção da subjetividade dos indivíduos. Como produto, tem-se o aumento das controvérsias e acúmulo de demandas frente ao Poder Judiciário, ocasionando sua superlotação e influenciando na morosidade da solução. A proposta da mediação se dá como possibilidade de viabilização do sujeito, pois estimula o mesmo a compreender o papel que desenvolve no conflito e sua importância na construção de sua solução. Ainda, é precursora de uma cultura de paz e bem-estar social, uma vez que, ao estimular a emancipação do cidadão, o auxilia a entender suas interações e sua função no decorrer das mesmas. A metodologia utilizada para a construção deste artigo foi o hipotético-dedutivo e com a pesquisa indireta em doutrinas, especialmente a de Luis Alberto Warat, dentre outros.
Palavras-chave: mediação; diálogo; alteridade; escuta; compreensão.

INTRODUÇÃO

A convivência entre seres humanos é caracterizada pelo conflito. Mesmo nos relacionamentos mais harmoniosos e estáveis ele se faz presente. O conflito pode ser compreendido como uma divergência entre um ou mais indivíduos, geralmente decorrente de expectativas motivadas por dependência emocional e insegurança, em prol da obtenção da sensação de felicidade, completude e realização.

No século atual, marcado pela superficialidade e fragilidade dos laços humanos, verifica-se a construção de relacionamentos mais vulneráveis, uma vez pautados no prazer momentâneo e na satisfação

de necessidades imediatas. Ainda, é relevante pontuar a valorização da quantidade neste século, o que contribui para conexões mais fúteis, voltadas ao prestígio e a sensação de segurança social.

A pandemia global ocasionada pela proliferação do Coronavírus intensificou o surgimento dos conflitos interpessoais, principalmente entre indivíduos que passaram a conviver juntamente em tempo integral. Não obstante, o isolamento social, as novas medidas de proteção à vida e a saúde e os novos protocolos, exigiram a reinvenção do cotidiano humano. Em razão disso, muitos embates e discussões surgiram, principalmente no tocante a restrição de alguns direitos fundamentais, tal como o direito de ir e vir, desencadeando, em razão disso, episódios de violência, preconceito e desrespeito.

Nos dias atuais, o chamado pós-pandemia, é perceptível a visualização das marcas deixadas pela pandemia, desde o campo econômico até os traços psicológicos e emocionais de cada indivíduo. Em razão disso, muitos conflitos surgiram, aumentando e sobrecarregando ainda mais o Poder Judiciário e impactando o dia a dia dos cidadãos. Por isso, a mediação se faz de extrema importância.

O principal objetivo deste artigo é apresentar a mediação, proposta por Luis Alberto Warat, como forma de um novo olhar para o conflito, através de novas lentes e perspectivas, assim como forma de dispor às partes um momento único em prol não só da resolução do conflito, mas de sua construção, partindo do exercício da autonomia, da cidadania e da difusão da democracia.

Busca-se propor a mediação como novo instrumento para o tratamento para o conflito, uma perspectiva positiva do mesmo. A proposta da mediação se dá não como uma erradicação das possibilidades existentes hoje, mas sim como uma nova possibilidade considerando o surgimento de novos direitos e a sociedade pós-moderna que se vive hoje e necessita de outros caminhos além daqueles propostos pela modernidade. “Quando mudam os ventos até os guarda-chuvas viram do avesso. Outros tempos exigem outras proteções contra as tormentas”. (WARAT, 1999, p. 06).

Portanto, o caminho para alcançar a transformação deste conflito depende do reconhecimento das diferenças, dos interesses comuns e do contraditório das partes. Toda pessoa é causa do comportamento de outra pessoa, e esta por sua vez, é comportamento daquela.

A TERAPIA DO REENCONTRO MEDIADO COMO EXERCÍCIO DA SENSIBILIDADE E TRANSFORMAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

O ser humano pode ser compreendido por um mix de sentimentos, necessidades, motivações e expectativas. O conflito faz parte da condição humana e geralmente ocorre quando não sabemos gerenciar esses elementos. Para reestabelecer as relações perdidas, enfraquecidas ou até mesmo rompidas, a Terapia de Reencontro Mediado oferece um novo olhar ao conflito, uma percepção positiva e construtiva do mesmo.

Nessa terapia, se busca, através da sensibilidade, encontrar a reserva selvagem das partes. Nas palavras de Luiz Alberto, ‘’ Para mediar como para viver é preciso sentir o sentimento’’. Para transformar o conflito é essencial sentir. A sensibilidade no Reencontro Mediado é uma forma de entender o outro. A outridade proposta por Warat, faz com que percebamos nossa influência perante outros. A Terapia do Reencontro Mediado pode ser considerada como uma forma de interpretação dos sentimentos, de compreensão do vazio nos espaços transacionais. Para Warat:

> Na mediação se interpretariam os ódios e os amores, trabalhando o segredo que os dissimulam. A mediação começa quando as partes conseguem interpretar, no simbólico, ódios e amores que as diferenciam. A mediação facilita às partes, a possibilidade de interpretar seus ódios e amores. O que é mediável são os conflitos de afetos, não as diferenças patrimoniais sem histórias, sem afetos, nem desejo (elas são transações que podem estar disfarçadas de mediações). Nos casos patrimoniais sem história, se decidem as diferenças, não existe conflito a resolver. Para que algo possa ser mediado, é necessário que uma das partes, pelo menos, tenha um conflito de ódio, amor ou de dor (WARAT, 1999, p. 32).

No ato do reencontro mediado, o mediador auxilia as partes a se reencontrarem, a perceberem o outro na situação em que estão envolvidos. A mediação não busca solucionar a controvérsia a qualquer custo, nem atingir um consenso. Ela procura reestabelecer o diálogo entre as partes. O diálogo referido aqui não é o de argumentos ou de verdade prontas, mas sim entre corações. Busca- se um encontro de consciência entre as partes por meio da sensibilidade e do amor, o entendimento dos motivos levados a ação.

A mediação busca ir além do proposto pelo ‘’molde social’’ Busca despir das camadas superficiais de nosso ser, ir além do que conhecemos. Proporciona uma seção de autoconhecimento a partir do olhar do outro, uma visão externa do que acreditamos ser. Auxilia a aprofundar a capacidade de sentir, de construir com o outro. Dentro da Terapia do Reencontro Mediado procura-se um ponto de equilíbrio com o outro, uma forma de realizar a diferença.

Ainda, desenvolve a autoestima dos envolvidos, já que trabalha e ajuda na compreensão de sentimentos como a culpa, a inferioridade e a incapacidade. Promove a autonomia, afirmando a responsabilidade pela existência da controvérsia e torna emancipada a parte para construir, com o outro, uma possível solução. Assim, o mediador atua como um mestre, que visa conduzir e instruir seus discípulos ao autoconhecimento através do olhar do outro.

Nesse contexto, o mediador não age como um árbitro, sua função não é julgar, declarar a parte vitoriosa ou perdedora. Mas sim, mostrar que é possível construir a partir das diferenças, sem interferência da vontade de terceiros. No reencontro mediado a responsabilidade é somente das partes, assim como o estabelecimento do acordo. Diante disso, temos uma mediação ecológica, que desprende o indivíduo das preocupações de terceiros, o foco aqui é outro: a satisfação das partes.

Para reconhecer o valor do ser temos que nos esvaziar, nos desprender daquilo que nos afasta da nossa reserva de sensibilidade, buscar em nosso interior quem realmente somos e se o que esperamos do outro é o que necessitamos de nós mesmos. Aceitar o outro em sua subjetividade, entender seus sentimentos e motivações nem sempre é fácil. Para prevenir futuras situações conflitantes, a Terapia do Reencontro Mediado encara o conflito como algo positivo, capaz de ensinar, de trabalhar a interioridade das partes.

A priori, prepara as partes envolvidas na situação conflitiva para gerir seus conflitos durante a vida. Para mais, atua onde o Poder Judiciário alcança: na raiz do conflito. Logo, previne futuros desentendimentos, episódios de violência e intolerância. Assim, pode ser considerada como um pacificador social, pois modifica relações, transforma sentimentos, causa bem-estar às partes envolvidas e ensina como trabalhar os problemas decorrente das relações interpessoais.

Sendo assim, a mediação é um forte instrumento para a transformação e pacificação social. Ela atua como ferramenta para o exercício da democracia, da cidadania e da emancipação. Além do mais, fortalece a autoestima das partes envolvidas, fazendo com que as mesmas percebam que são capazes de solucionar seus conflitos por si só. Ainda, é um forte expoente para a prevenção de conflitos futuros, já que trata a raiz do problema. Além do mais, auxilia na compreensão de sentimentos, evitando, muitas vezes, sua externalização futura através de episódios de violência e intolerância.

MEDIAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA NA CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA

O conceito proposto por Luis Alberto Warat de mediação, que define como “uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal”. (1999, p.5). Portanto, “a mediação é uma forma alternativa (com o outro) de resolução de conflitos jurídicos, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do Direito positivo”. (WARAT, 1999, p. 5).

Dessa forma, pode-se dizer que a mediação além de contribuir para uma comunicação maleável, estabelece o resgate de legislações condizentes para a sociedade contemporânea, daí a necessidade de considerar a dimensão do diálogo voltada para o coletivo participativo. Pois, por meio da mediação se propõe um viés integrativo onde o povo e legislador ocupam lugares igualitários, lado a lado, afastando qualquer forma de arbitrariedade.

Assim, a mediação é um caminho que propõe o protagonismo das partes envolvidas no conflito, demonstra a importância do (re) encontro entre elas, institui a possibilidade do diálogo, atua na transformação do conflito e das pessoas, valida a autonomia, onde as quais passam a construir por si só, uma decisão mais amorosa a partir da percepção do outro, encontrando-se em suas pulsões de vida.

Na mediação o importante é estabelecer um diálogo entre as diferenças conflitantes, buscando trazer a vida a sensibilidade existente dentro das partes, na forma de despir o conflito das complicações imposta a ele e demonstrar a realidade que o envolve, de forma que a justiça seja construída em conjunto pelos envolvidos

no conflito, proporcionando autonomia, melhor qualidade de vida, aprimorando os sentimentos e conseguinte pacificação social.

Segundo Warat (2004, p.7) ” o conflito é algo que precisa ser sentido”, analisado; encontra-se no interior de cada ator. As diversidades existentes tendem a ser muitas vezes causadas por desentendimentos mútuos, ressentimentos, decepções não trabalhadas. Os desentendimentos iniciam em pequenos grupos, na maioria das vezes se expandindo para grandes grupos como uma controvérsia, gerando conflitos sociais, que abrangem a sociedade. Esses conflitos, se configuram: “A discussão conceitual sobre o conflito é de vital importância, já que, através dela, poderemos sistematizar alguns aspectos que venham retratar, por exemplo, os momentos dos passageiros de ônibus em uma cidade (Alcântara Junior, 2019, p.13)” principalmente, junto aos micro conflitos existentes, em parte, existentes “na rotina do(a) morador(a) de uma cidade. Ao identificar este componente como uma porção constante da dinâmica que se processa nas relações sociais”.

Portanto a mediação é o meio de resolução de conflito que deve ser utilizado, nesse sentido usaremos o conceito proposto por Luis Alberto Warat, que define como “uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal”. (1999, p.5). Portanto, “a mediação é uma forma alternativa (com o outro) de resolução de conflitos jurídicos, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do Direito positivo”. (WARAT, 1999, p. 5). Por isso,

> A mediação seria uma proposta transformadora do conflito porque não busca a sua decisão por um terceiro, mas, sim a sua resolução pelas próprias partes que recebem o auxílio do mediador para administrá-lo. A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco tem como única finalidade a obtenção de uni acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinaram uni choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa. (WARAT, 2004, p. 60).

O objetivo da mediação proposta por Warat não seria o acordo, mas a mudança das pessoas e seus sentimentos parece acompanhara premissa segundo a qual os conflitos nunca desaparecem por completo. Diversamente, eles apenas se transformam e necessitam de gerenciamento e monitoramento a fim de que sejam mantidos sob controle. Tanto que num processo de mediação ele argui que:

> A mediação como processo que recupera a sensibilidade, ainda que leve ao crescimento interior na transformação dos conflitos e pretenda suprimir as neuroses da bifurcação entre a mente e os sentimentos, não pode ser percebida como uma mediação tântrica. Existem diferenças consideráveis.
> [...]. A mediação que realiza a sensibilidade é uma forma de atingir a simplicidade do conflito. Tenta que as partes do conflito se transformem descobrindo a simplicidade da realidade. A mediação com sensibilidade é uma procura da simplicidade. [...]. O processo de mediação com sensibilidade é um estado de amor. Os estados de amor não têm nada a ver com o ego. Nesse sentido se trataria de um amor tântrico. Quando se fortalece o ego, não se ama. O ego faz nascer estados de conflitividade interior que impedem nossa reserva selvagem de conhecer os segredos do amor. A mediação que aponta a sensibilidade, com a ajuda do mediador, procura que as partes deixem de sentir o conflito a partir de seus egos. Tenta que as partes sintam o conflito tendo como referência os sentimentos que guardam em suas reservas selvagens. O ego e a mente tornam amargurados e violentos os conflitos. A ira provém da mente e do ego. O ego e a mente são geradores dos conflitos interiores, instalando-os em nossa alma. (2004, p. 31 e 32).

As buscas pela justiça e pela paz social estão atreladas às políticas públicas do Estado e conjuntamente de movimentos da sociedade, cuja junção de esforços poderá contar com efetiva participação dos cidadãos. Usualmente, se enfatiza um processo de construção de possíveis relações sociais mais justas, mesmo que sem alcançá-las de forma plena se for considerada a vida em sociedade, recheada de interesses em conflito. As políticas de mediação, entretanto, têm transformado o reconhecimento mútuo em direitos para a concretização do princípio da dignidade humana. Talvez a ênfase na dimensão da justiça não seja a mais fundamental do

processo, uma vez que Nobre e Barreira (2008, p. 147) asseveram que "o objetivo principal da mediação de conflitos não é, na visão de Cardoso de Oliveira 2002, p.120), fazer justiça, mas encontrar uma solução satisfatória para as partes, de modo a promover a reparação moral ou material dos danos sofridos e a resolução ou administração mais duradoura dos conflitos".

A busca pela emancipação passa pelo resgate da cidadania e também pela mediação como meio inerente de tratar os conflitos de forma efetiva, onde o diálogo contribui como espaço de consenso e entendimento do outro. Nestes termos, Habermas(2010, p.124) traz a compreensão a respeito dos direitos humanos como a condição da liberdade para um indivíduo consolidar-se como um membro da sociedade. Para referir-se a sujeitos sociais, ou certa autonomia dos cidadãos, que participam da consolidação dos seus direitos, há que atentar igualmente nas possíveis restrições no gozo dos direitos e às ações do Estado que poderão lhe impor penalidades. Complementa Habermas(2010, p.124), "aqui, porém, não é possível nenhuma outra vontade a não ser a de todo o povo (uma vez que todos determinam sobre todos e, portanto, cada um determina sobre si mesmo): pois ninguém pode ser injusto consigo mesmo". Esta ótica por certo, dá espaço para a compreensão conflitiva dos direitos, ou mesmo solidariedade, complementariedade e concorrência entre os direitos apreendidos como capacidade de estabelecer relações sociais.

No momento histórico que representa a transição do direito formal de acesso à cidadania para uma dimensão considerada como o Estado de Bem-Estar Social, situa-se a afirmativa de Habermas (2010, p. 78) "os direitos primários são muito fracos para garantir à pessoa a proteção jurídica, quando esta está inserida em ordens maiores, supraindividuais". É a referência expressa à complementação dos direitos sociais, em sua dimensão objetiva e subjetiva. Assim, o direito de satisfação subjetiva se apoia no reconhecimento e na efetividade dos direitos sociais, como direitos inerentes à individualidade e à coletividade. Essa preocupação refletiu-se nas constituições dos estados ocidentais, em sua grande maioria, textos que se preocuparam com o reconhecimento e proteção dos direitos sociais.

O reconhecimento da comunicação entre o mundo dos fatos e a realização do direito, entre a vida e a validez da norma, é aspecto que torna o pensamento habermasiano propício para o tratamento do

tema jurisdição, que está implicado em refletir esse efetivo interagir das alterações dos fatos da vida no direito. Além disso, outro aspecto importante é que Habermas (1989, p. 143) salienta que “o princípio da universalização é introduzido como regra de argumentação para discursos práticos” significa que esse é fundamental na reconstrução cotidiana de avaliação e reparação de conflitos.

De acordo com Warat (2004), nos procedimentos e no espaço construído pela mediação, o processo integrativo entre as partes é a aspiração de reparação de forma primordial, segundado pela normatividade. Neste processo “o que se interpreta na mediação são as vicissitudes de um conflito, ou seja, se administra as diferenças de tantas expectativas, desejos e obsessões, do âmbito material e cultural”. Isso se explica na medida em que as reivindicações invadiram as práticas comuns e remodelam o imaginário. Assim, no instituto da mediação, “se introduz uma alquimia onde as partes interpretam, com o auxílio de um mediador, a semiose e seus segredos recíprocos” (2004, p.281).

> A mediação possui como pré-condição a disposição à efetivação do diálogo e o estímulo à ação comunicativa. Em função da comunicação (discurso de igualdade) estabelecida, [nesses espaços para discussão] passa a configurar espaços que aproximam o mundo vivido do mundo sistêmico (econômico e político), possibilitando a participação dos indivíduos nas decisões da sociedade e mitigando a exclusão social. (SALES, 2003, p.192).

Ressalte-se que as práticas jurídicas estão imersas numa sociedade de classes e, de alguma forma, respaldam a persistência das desigualdades. Warat (1999, p.69) diz que vivemos um momento de desacomodação interna em que há um “aumento extenso e intenso de reivindicações de acesso à Justiça, quantitativa e qualitativamente falando, em contraposição a instrumentos jurisdicionais insuficientes para atender e satisfazer [...] o conjunto de demandas que lhes são propostas”. Portanto, o Estado não consegue dar conta de todos os litígios existentes por estar em crise a jurisdição e por não atender o real anseio dos demandados. No entanto, no Brasil, o acesso aos direitos e à Justiça ocorre de forma desigual, mesmo havendo mecanismos disponíveis presentes na Constituição Federal de 1988. Como contraponto, destaca-se essa afirmativa que leva em consideração um conjunto de características.

> O cenário expressa profundas contradições materializadas na violência policial militarizada, na segregação espacial, no desemprego, na morte prematura de mulheres e adolescentes negras, no extermínio da juventude negra, na defesa emocionada dos setores reacionários em defesa da redução da maioridade penal, no encarceramento maciço no sistema prisional e no acesso desigual à justiça. (ALMEIDA, 2015b, p. 148-149).

Além do mais, o Estado Democrático de Direito tem como princípios básicos a cidadania e a dignidade, cuja concretização exige a consolidação de políticas públicas para a efetivação de direitos. Nesse sentido, a partir de Bobbio (2004), pode-se afirmar que isso exige igualmente mudanças na cultura política, novos valores que se coadunam a relações sociais baseadas em princípios republicanos, democráticos, pacifistas e de justiça social. Por outro lado, Ellwanger afirma a respeito do momento histórico referente às mudanças ocorridas e transformadas pela sociedade nas últimas décadas que

> O momento histórico atual caracteriza-se por ser uma situação de grandes mudanças nos mais diversos aspectos e setores. As transformações sociais são o resultado de uma sociedade cada vez mais complexa e com altos níveis de desigualdades. Nesse contexto é que se pode admitir que o Estado também precisa modificar-se. Uma mudança se impõe para acompanhar as demandas daqueles que compõem a sociedade em efervescência (2011, p. 17)

Rego (2008, p.149) afirma que a cidadania se constitui em um arcabouço de direitos, prerrogativas e deveres, que configura um sistema de reciprocidades determinantes da natureza das relações entre os indivíduos entre si e com o Estado. E, dentro dessa perspectiva, segundo Rego (2008, p.150), “a cidadania configurou-se concretamente em condição de igualdade de direitos civis, políticos e sociedade”. Isso faz com que os conflitos sociais no Estado liberal tendam a aumentar, mas “a Cooperação democrática não significa, de modo algum, a eliminação do conflito social, mas possibilidades reais de alargamento da base de legitimação desse próprio conflito” (Rego, 2008, p. 150).

Para tanto, a mediação se mostra um movimento contra-hegemônico de emancipação da comunidade e dos indivíduos que nela residem, resgatando e fortalecendo seus valores e, com isso, os relacionamentos. Tais valores residem notadamente da alteridade e solidariedade, isto é, na capacidade de se colocar a par do outro e se sensibilizar com suas dificuldades e seus problemas, se propondo a ajudar pelos meios e formas possíveis. Estabelece um exercício de cidadania e democracia ao passo que se constrói uma cultura do diálogo e da busca por soluções e tratamento dos conflitos pela sensibilidade, solidariedade e amoriante do exposto, afirma-se que o conflito social se situa na base, para conjeturar novas perspectivas de intersubjetividade e racionalidade através das formas de desigualdades sociais

CONCLUSÃO

O cenário pandêmico evidenciou o quão moroso e sobrecarregado está o Poder Judiciário no que tange a resolução de controvérsias. Neste sentido, constatou-se que o processo de mediação se destacou como forma de proporcionar acesso à Justiça, de forma célere, ao exercício da cidadania, da democracia, e da procura pelo diálogo e auto reflexão, indo contra o antagonismo trazido pelo meio tradicional de solução de conflitos.

Portanto, a autonomia da vontade na mediação reflete aos próprios envolvidos no ato conflitivo a decisão, se participarão da mediação, se querem conversar, se querem construir uma solução consensual, se querem interromper a sessão ou até mesmo desistir dela. Desse modo, as partes têm ampla autonomia.

Cumpre frisar que a autonomia está vinculada, sem dúvida, ao conceito de liberdade e por isso somente os indivíduos que estão vivenciando o problema são responsáveis por uma possível solução, mas não um acordo de palavra, os quais são fracos, falsos e correm o risco de agravar o conflito e sim acordos do coração, promessas assinadas desde os sentimentos.

REFERÊNCIAS

ALACANTARA JUNIOR, José. Conflitos sobre rodas. Ceará: EDUFMA, 2019.

ALMEIDA, Magali S. Desumanização da população negra: genocídio como princípio tácito do capitalismo. **Revista Em Pauta**, v. 12, n. 34, 2015b.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2007.

BOBBIO, Norberto**. A era dos direitos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luis Roberto. Da moralidade à eticidade. Via Questões deLegitimidade e Equidade. Em: CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto e CARDOSO DE OLIVEIRA,Luis Roberto. Ensaios antropológicos sobre moral e ética. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

ELLWANGER, Carolina. **Da crise jurisdicional à "jurisconstrução"**: uma mudança de paradigma focado nos atores do conflito e no papel do mediador. Dissertação Unisinos, PPG em Direito, 2011.

HABERMAS, Jüngen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo.** Rio de Janeiro; Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: **entre facticidade e validade**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2010.

HARARI, Yuval N. **Homo Deus: Uma Breve História do Amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HARARI, Yuval N. **Sapiens: Uma breve história da humanidade**. Porto Alegre, RS: L&PM, 2015.

NOBRE, Maria T.; BARREIRA, César. Controle social e mediação de conflitos: as delegacias da mulher e a violência doméstica. **Sociologias.** n.20, 2008, p.138-163.

REGO, Walquiria L. **Aspectos teóricos das políticas de cidadania: uma aproximação ao Bolsa Família**. Lua Nova, SP, n.73, 2008, p. 147-185.

ROSENBERG, M B. **Comunicação não-violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006.

SABATO, J. Sobre la autonomia tecnológica. In: GOMES, S.; LEITE, R.C.C. **Ciência Tecnologia e Independência**. São Paulo, Livraria Duas Cidades, 1978.

SALES, Lilia. **Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade**. Florianópolis. Conselho Editorial, 2007.

WARAT, Luis A**. Em nome do acordo**. Buenos Aires: Alamed, 1999.

WARAT, Luís A. Surfando na pororoca: **o ofício do mediador**, Buenos Aires: Alamed, 2004.

Give
Give
Law
Love
Being
Use
Life
Life
Cats
Pig
Pig
Pig
Pain
People
Trust
Support
Defined
Time
Individual
Welfare
Conservation
Infliction
Rights
Work
Lies
Pig
Task
Lies
Law
Ensure
Love
Cats
Work
Dogs
Guinea
Trust
Difference
Animal
Suffering
Give
Dedication
Dogs
Being
Integrity
Impairments
Advocates
Use
Without
Animal
Society
Honorary
Small
Association
Activities
Unnecessary
Human
Advice
Society
Aims
Reject
Friendly
Dogs
Rabbit
Care
Large
Protect
Law
House
Damages
Life
Care
Aims
Regulations
Being
Time
Use
Task
Aims
Task
Pain
Office
Time
Protect
Office
House
Pain
Human
Work
Work
Cats
Love
Aims
Reject
Office
Rights
Being
Give
Law

URI