

# Direitos Fundamentais e Relações Sociais em Tempos Hipercomplexos

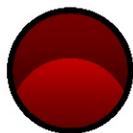
Carlos Alexandre Michaello Marques  
Jéssica Cristianetti (Orgs.)



O presente livro organizado por Carlos Alexandre Michaello Marques e Jéssica Cristianetti representa uma importante incursão referente a temas fundamentais relativos à reflexão do campo jurídico em suas múltiplas dimensões em tempos de hipercomplexidade expressa em múltiplos âmbitos sociais, econômicos, jurídicos e das relações sociais em geral.



**Direitos Fundamentais e  
Relações Sociais em  
Tempos Hipercomplexos**



***Comitê Editorial***

---

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Liane Tabarelli**

PUCRS, Brasil

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Marcia Andrea Bühring**

PUCRS, Brasil

**Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira**  
Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

**Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes**

PUCRS, Brasil

**Prof. Dr. Thadeu Weber**

PUCRS, Brasil

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Fernanda Medeiros**

PUCRS, Brasil

# Direitos Fundamentais e Relações Sociais em Tempos Hipercomplexos

**Organizadores:**

Carlos Alexandre Michaello Marques

Jéssica Cristianetti



**Diagramação:** Marcelo A. S. Alves

**Capa:** Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

**O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.**



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) [https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Série Ciências Jurídicas & Sociais – 82

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

MARQUES, Carlos Alexandre Michaello; CRISTIANETTI, Jéssica (Orgs.)

Direitos fundamentais e relações sociais em tempos hipercomplexos [recurso eletrônico] / Carlos Alexandre Michaello Marques; Jéssica Cristianetti (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

224 p.

ISBN - 978-65-81512-24-8

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito; 2. Direitos Fundamentais; 3. Relações Sociais; 4. Tempos Hipercomplexos; 5. Brasil; I. Título.

---

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

# Sumário

<b>Apresentação .....</b>	<b>9</b>
Francisco Quintanilha Vêras Neto	
<b>1 .....</b>	<b>19</b>
<b>A aplicação empírica do princípio da precaução aos riscos nanocnológicos</b>	
Juliane Altmann Berwig; Wilson Engelmann	
<b>2.....</b>	<b>44</b>
<b>A (in)compatibilidade da prisão temporária com um modelo de Estado Democrático e Constitucional de Direito</b>	
Paulo Thiago Fernandes Dias; Sara Alacoque Guerra Zaghout	
<b>3.....</b>	<b>63</b>
<b>Análise sobre a (in)constitucionalidade do trabalho intermitente</b>	
Helena Kugel Lazzarin; Gabriella Santos Paines	
<b>4.....</b>	<b>79</b>
<b>Considerações sobre o Direito Fundamental à liberdade de expressão e a diferenciação da sociedade</b>	
Douglas Cunha Hassan Ribeiro	
<b>5.....</b>	<b>95</b>
<b>Consumo e risco: por uma racionalidade interdisciplinar no Direito</b>	
Carlos Alexandre Michaello Marques; Leonel Severo Rocha	
<b>6.....</b>	<b>111</b>
<b>Desvendando a sociedade dos iguais a partir do olhar de Pierre Rosanvallon</b>	
Kelly de Souza Barbosa; Michele Segala Camargo	
<b>7.....</b>	<b>130</b>
<b>Os Direitos Fundamentais e a proteção nacional e internacional aos trabalhadores migrantes</b>	
Juliana Giovanetti Pereira da Silva; Lais Giovanetti	

<b>8 .....</b>	<b>152</b>
<b>Tecnologia, mundo do trabalho e Direito: primeiras considerações</b>	
Bárbara De Cezaro	
<b>9.....</b>	<b>172</b>
<b>Uma análise sob a perspectiva de gênero e da emancipação feminina: diálogos entre Nancy Fraser e Judith Butler</b>	
Amanda Netto Brum; Jéssica Cristianetti	
<b>10 .....</b>	<b>191</b>
<b>Valores e princípios: uma análise do caso da afetividade a partir do Positivismo excludente (exclusivo) e da Crítica Hermenêutica do Direito</b>	
Clarice Gonçalves Pires Marques	

## Apresentação

*Francisco Quintanilha Véras Neto*<sup>1</sup>

O presente livro organizado por **Carlos Alexandre Michaello Marques** e **Jéssica Cristianetti** representa uma importante incursão referente a temas fundamentais relativos à reflexão do campo jurídico em suas múltiplas dimensões em tempos de hipercomplexidade expressa em múltiplos âmbitos societais, econômicos, jurídicos e das relações sociais em geral.

Assim a coletânea se inicia com interessante artigo de **Juliane Altmann Berwig** e **Wilson Engelmann**, intitulado **A aplicação empírica do princípio da precaução aos riscos nanocnológicos**, referente a discussão acerca dos impactos da ciência atual, que após a era nuclear cria áreas científicas que terão enorme impacto sobre a sociedade especialmente se atentarmos para a dimensão da racionalidade instrumental da ciência que possibilita ampliação do domínio sobre o ser humano e a natureza. Mesmo considerando o caráter periférico de nosso país na produção da ciência mundial isto não retira a centralidade desta temática que define os próprios rumos da humanidade, vide, por exemplo, a questão do nosso futuro pós-humano criticamente abordado por Miguel Nicolelis em relação aos ideólogos do Vale do Silício. Este artigo se pronuncia sobre os riscos da nanotecnologia e das nanopartículas que envolvem riscos como toxicidade, processos alérgicos, influência sobre a ictiofauna nos processos respiratórios branquiais, e que eu adicionaria, o risco ainda que futuroológico de uma maré cinza autofágica que poderia destruir o planeta no caso de nano robôs descontrolados formando um enxame. Além disto, o artigo também enuncia o princípio da precaução e a sua relação com a formação de

---

<sup>1</sup> Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

medidas regulatórias efetivas moduladas pela consideração de uma análise do risco em suas várias etapas possibilitando uma predição probabilística dos riscos a partir de processos estatísticos e de percepção do risco através de um processo de formulação do mesmo. Neste contexto, a consideração da incerteza intrínseca aos processos científicos é igualmente relevante dentro da consideração da melhor técnica e da necessária alteração de toda cultura científica gerada nesta nova etapa de compreensão da ciência dentro de sua hipercomplexidade sem desconsiderar a questão da razoabilidade econômica da estruturação de todo esses processos concluindo também pela necessidade da proporcionalidade do uso da preocupação.

O segundo artigo de **Paulo Thiago Fernandes Dias** e de **Sara Alacoque Guerra Zaghout** versa sobre outra área do direito conduzindo a uma crítica da tradicional doutrina jurídica do direito penal expressa no título: **A (in)compatibilidade da prisão temporária com um modelo de estado democrático e constitucional de Direito**. O artigo insere a importante questão da prisão provisória e sua flagrante inconstitucionalidade o que exige uma remissão a história autoritária brasileira especialmente em períodos ditatoriais como o Estado Novo apesar de enxertos legislativos que visaram sua atualização nos anos 1980, já sob novos desígnios autoritários da legiferação do pânico atuante no âmbito do Estado Paternalista Penal neoliberal fundado na doutrina da lei e da ordem sob novos desígnios do fascismo societal criado por essa ordem ideológica do capitalismo financeirizado. O interesse cautelar dos aparatos penais inquisitivo triunfa nesta perspectiva da máquina estatal autoritária não regulada e limitada pela ação constitucional dos direitos fundamentais vistos como fontes de distúrbio desta lógica punitivista modulando perversos processos de antecipação das penas dentro das propostas autoritárias do direito penal do autor. Desta forma a ofensa aos direitos humanos dos tratados internacionais e mesmo de nossa ordem constitucional interna é emblemática inclusive empreendendo a violação ao direito a não autoincriminação com severas nuances que demonstram a dimensão do abuso

do poder sempre explicitada em nossa dinâmica jurídica e a exposição ao sistema carcerário modulado por uma verdadeira barbárie genocida que estabelece a perspectiva necropolítica de nosso país. Fato que também está assentado pela prevalência da ideologia da defesa social pelos sistemas prisionais e de segurança pública sem que essas práticas truculentas resultem em nenhum ganho efetivo no suposto combate a criminalidade afirmando ao contrário a mais alta letalidade genocida.

No terceiro artigo da obra em co-autoria de **Helena Kugel Lazzarin e Gabriella Santos Paines** se dirige a **Análise sobre a (in)constitucionalidade do trabalho intermitente** uma modalidade contratual estabelecida pela “reforma trabalhista”. Essa modalidade empregatícia se insere em um processo de precarização do mundo do trabalho retirando qualquer garantia do trabalho posicionando sem nenhuma proteção contra a inatividade. Essa modalidade rompe com a dimensão da dignidade da pessoa humana retirando a proteção de quesitos como a jornada de trabalho e mesmo o direito a garantia do salário mínimo ampliando a insegurança salarial. Assim, a saúde do trabalhador, a sua dignidade e proteção são simplesmente revogadas por essas modalidades contratuais que não resultaram em nenhuma recuperação ou expansão dos postos de trabalho no mercado de trabalho, apenas impactando com a diminuição do mínimo existencial para os trabalhadores decorrentes de processos constituídos por lutas seculares da classe trabalhadora e a subjetivação de relações de alteridade assentada no reconhecimento e empatia pelos direitos sociais, agora simplesmente abolidos por interesses empresariais modulados pela doutrina fundamentalista do neoliberalismo. O princípio do *in dubio pro mísero* produto da conquista de garantias principiológicas protetivas da doutrina juslaboralista referenda pela hipossuficiência do trabalhador e a necessidade de sua proteção foram simplesmente abolidas em decorrência aos arroubos de setores interessados em desconstruir conquistas sociais para agrandar a lógica do moinho satânico dos mercados ciclóticos globais guiados apenas pela acumulação desenfreada e sem limites ajustadas ao *in dubio pro* empresa e a ideia de empregabilidade no

lugar de vínculos trabalhistas regidos por garantias seguindo o mantra das organizações patronais e dos apóstolos intelectuais representantes orgânicos destas concepções unilaterais de sociabilidade neodarwinista neoliberal. O valor intrínseco necessário para referendar de forma efetiva a dignidade da pessoa humana nas relações laborais é uma exigência inquestionável para evitar os retrocessos sociais sempre escalonados pela doutrina neoliberal neste seu espectro fundamentalista.

Na sua quarta construção acerca da hipercomplexidade jurídica o livro remete a reflexão acerca de uma construção fundamental referente as **Considerações sobre o direito fundamental à liberdade de expressão e a diferenciação da sociedade de autoria de Douglas Cunha Hassan Ribeiro** se focaliza na problematização da liberdade de expressão do direito fundamental necessário a formação de uma sociedade dialógica e democrática incluindo a manifestação de plúrimas liberdades decorrentes da liberdade de expressão, como a liberdade de pensamento, religiosa, liberdade de comunicação e de manifestação da liberdade de expressão artística. A esfera da diferenciação comunicacional se torna essencial na edificação de sistemas complexos forjando a representação de si mesmo para assim garantir a proteção da pessoa humana. Com a formação também de um código jurídico de legitimidade e oposição a ilegitimidade dentro dos processos de diferenciação sistêmica. A lógica de proibição e censura às manifestações sociais é problematizada no texto na perspectiva de Luhmann. A lógica do protesto permite a evolução dos próprios sistemas autopoiéticos trazendo por sua resistência com a variação, seleção e estabilização alcançadas por esses meios através da irritação concomitante do direito com a política permitindo a abertura comunicativa com a condensação de expectativas por esses processos do metabolismo sistêmico societal organicista funcionalizado.

Na quinta parte o livro se desloca para **Consumo e Risco: por uma racionalidade interdisciplinar no Direito** com artigo de autoria de **Carlos Alexandre Michaello Marques** e de **Leonel Severo da Rocha**. Nesta importante incursão sobre o tema do consumerismo se posiciona a

lógica da interdisciplinaridade como forma de entender a hipercomplexidade jurídica dentro de uma sociedade forjada em processos líquicos de Baumann conformado na análise pelo uso de Anthony Giddens para fugir de totalitarismos teóricos e da apreensão da nuance epistemológica da sociologia e da antropologia para uma análise do fenômeno do consumo por uma conformação dentro da cognoscibilidade amparada em uma nova racionalidade interdisciplinar. A própria estruturação cultural pela mediação do prestígio e status do consumo se estabelece como paradigma societal contemporâneo. A sociedade de risco em que os riscos, perigos incidem sobre toda a sociedade embora se possa considerar também o fenômeno da injustiça ambiental não obliterado na análise de Beck da modernização reflexiva da sociedade de risco em que afirma em sua obra que determinadas classes sentem reflexos diferenciados dos riscos. É inegável que os riscos do colapso ambiental irão atingir toda a humanidade, a mudança climática estabelece um nível de ameaça global a toda a espécie humana embora as responsabilidades da pegada ambiental seja diferenciada em relação aos grupos, classes. Todos serão alcançados pelo processos de destruição e entropia global do clima, e da destruição da biodiversidade no antropoceno apesar do anedotismo negacionista uma viés final da falsificação antropocêntrica para legitimar processos terminais da barbárie. O risco e a incerteza se tornam evidências paradigmáticas da sociedade contemporânea que emite também a configuração da possibilidade de uma racionalidade ambiental que opera na complexidade relatada por Leff no nível epistêmico que combinado com outras problematizações teóricas utilizadas no artigo permitem uma crítica do produtivismo e do consumismo possibilitando uma ruptura com a tradição jurídica dogmática e positivista, o que é realmente essencial para modificar a modulação jurídica na sociedade contemporânea incapaz de enfrentar desafios ecológicos como o do consumismo situados dentro da esfera dos direitos transindividuais.

No sexto artigo realizado em co-autoria de **Kelly de Souza Barbosa e Michele Segala Camargo, Desvendando a sociedade dos iguais a**

**partir do olhar de Pierre Rosanvallon.** Nesta obra se utiliza o olhar de Pierre Rosanvallon para deglutir a noção de justiça distributiva e de igualdade no pensamento deste autor que busca superar tanto o universalismo abstrato como o comunitarismo identitário para alcançar uma igualdade das singularidades operada em uma democracia de reconhecimentos. As lutas dos negros e das feministas já expressaram parte desta perspectiva de quebra de uma dimensão universalista abstrata. Os direitos sociais e a ação pública devem ser redimensionadas pela lógica da cooperação já enunciada em Kropotikin. Nas sociedades atuais a ausência de reciprocidade impede esse remodelamento das relações sociais em uma nova forma de planejamento da orientação jurídica através de uma conjunção de medidas que incluem a tributação da herança, e a concomitante consideração dos limites ecológicos do crescimento econômico. Estes processos são refratados pela tendência da globalização dominante que aproximam Estados pelo viés econômico, mais internamente ampliam o abismo da desigualdade entre ricos e pobres, a comunalidade que implica em uma nova concepção de cidadania, a singularidade, a reciprocidade frisada pelo autor com o reconhecimento das diferenças que seria estrutural em uma economia geral da igualdade capaz de sustentar essa sociedade reativa alternativa a distopia de mercado edificada no nível global pelo neoliberalismo.

Como sétimo artigo desta obra, em co-autoria de **Juliana Giovanetti Pereira da Silva e Lais Giovanetti**, intitulado de **Os Direitos Fundamentais e a proteção nacional e internacional aos trabalhadores migrantes**, o livro avança sobre o tema da migração laboral e a sua proteção internacional. A imigração é tratada sob a perspectiva histórica como algo que constitui o Brasil e sua pluralidade étnica sem que se esqueça da forma escravagista e a migração européia sob forte exploração em lavoura de café e como primeira leva que constitui a classe operária, após o genocídio e resistência dos povos originários dos negros contra o processo de exploração genocida a que foram submetidos. Até retornar a perspectiva atual de migrações em zonas fronteiriças e da vinda de

haitianos para o Brasil muitos em condições de precariedade, exploração e se posicionando em situação de abandono quando adentram as fronteiras nacionais. O conceito da condição do migrante em sua conotação laboral é fundamental, pois mesmo que fuja de desastres e perseguições terão que encontrar empregos em território nacional, muitas vezes chegam indocumentados no país. A proteção juslaboral do imigrante e a nova lei de imigração também são tratados no texto inclusive com a caracterização desta lei como inclusiva. A Política Nacional de Imigração e de proteção do trabalhador migrante não considera o trabalhador migrante irregular com um criminoso com isto se alinhando as políticas internacionais e tratativas de direitos humanos fundamentais orientadas pela proteção da dignidade da pessoa humana de forma indisponível.

Por sua vez, no oitavo artigo de **Bárbara De Cezaro**, designado de **Tecnologia, mundo do trabalho e Direito: primeiras considerações**, a reflexão se dirige para outro aspecto da hipercomplexidade jurídica em um mundo em que a internet das coisas, a indústria 4.0 e a inteligência artificial adquirem protagonismo em uma revolução tecnológica sem precedentes. Os trabalhos repetitivos e desqualificados serão os primeiros destruídos nesta nova onda revolucionária da tecnologia com consequências sociais de grande monta semelhantes aquelas que geraram revoltas dos luditas. A requalificação da força de trabalho, as novas formas de controle da subjetividade e corporalidade dos trabalhadores geram incertezas desconfortantes que se adentram as formas de ultra exploração da força de trabalho já operadas com a reforma trabalhista tornando o fordismo e o toyotismo como alterações gerenciais pálidas em face ao distrato revolucionário intensivo em andamento. A revolução tecnológica se centraliza em poucos países como EUA, China, Alemanha, Japão e Coreia do Sul ampliando ainda mais as assimetrias geopolíticas, geoeconômicas e geoculturais ocasionando possivelmente novas fraturas sociais e guerras incluindo as geradas pela revolução do capital biocognitivo emergente da revolução da inteligência artificial. As propostas da OIT também são inseridas para que se entenda a complexa perspectiva do futuro do trabalho.

Neste sentido a presença do governo, empresários, trabalhadores e sindicatos é essencial para regular essas mudanças para que mitiguem o potência de ampliação do patamar de barbárie e crise ecológica quando guiado por forças anárquicas do mercado neoliberal interessadas apenas na acumulação e no lucro, e não em possibilidades fundamentais como o ócio criativo apontado por Domenico De Masi que poderiam surgir em uma sociedade tecnológica como aduzido nos cenários descritos por André Gorz. A tentativa de civilização dos poderes selvagens do mercado e do seu horror econômico em nível global são demandas essenciais de um novo internacionalismo protagonizado por trabalhadores e movimentos sociais tradicionais e novos. Hoje o fenômeno da urberização já prenuncia um prognóstico de criação de um paradigma de superexploração do trabalho exacerbado pelas tecnologias e a extração da mais valia relativa sem esquecer dos processos de superprodução, subconsumo e quebra de bolhas econômicas financeiras que persistem no capitalismo, e que tornam esse cenário ainda mais caótico e perigoso com a substituição do trabalho vivo pelo trabalho morto em um contexto de ódio e guerra política criado para estabilizar, controlar e mesmo eliminar os indesejáveis do sistema como o genocídio da necropolítica sugere na *terrae brasilis*.

A questão da nona investigação proposta na coletânea se refere a um tema de suma importância nos processos de luta contemporânea contra o patriarcado e sua ligação com a hipercomplexidade jurídica afirmando novas formas de emancipação feminina ponderando **Diálogos entre Nancy Fraser e Judith Butler em co-autoria de Amanda Netto Brum e Jéssica Cristianetti**. A primeira autora Nancy Fraser atua dentro de uma perspectiva da justiça com a marginalização econômica e laboral das mulheres pela percepção da exploração de classe no plano da injustiça salarial e da sua subordinação econômica aos homens na divisão do trabalho capitalista em que as diferenças entre trabalho intelectual e manual, assim como as divisões da especialização flexível que também se baseiam nos critérios racial e divisões étnicas, raciais e de gênero são utilizadas para ampliar os lucros dentro do sistema mundo com sua colonialidade do ser, do saber e

do poder. Isto tudo ampliado pela necessidade de participação, justa distribuição e representação para garantir uma maior paridade aos grupos discriminados. Em sua perspectiva os discriminados devem orientar uma multiplicidade de esferas do exercício das lutas por reconhecimento e emancipação. Butler por sua vez, problematiza o próprio movimento feminista com a proposta de reformulação da identidade de gêneros. A questão da performatividade dos discursos é problematizada para não incorrer em velhas amarras estruturais na disputa por espaços de emancipação por vias que levam inclusive para dentro dos termos estabelecidos pelo patriarcado. Nessa nova acepção, o feminino e o masculino passam a compor múltiplas performatividades. Assim se rompe com a lógica da heteronormatividade patriarcal homogeneizadora. Os processos de normalização e naturalização são totalmente questionados a partir desta abordagem foucaultiana. A categoria mulher e o sujeito do feminismo acabam sequestrados pelos mesmos padrões de normalização e sequestro institucional pretéritos modulados pelo enfoque disciplinar normalizador genealogicamente constituído com relações de saber e poder epistemologicamente constituídas de forma difusa nas formas de exercício do poder normalizador biopolítico. A sua ruptura implica na ideia de que a categoria gênero é performativamente flexível e fluida não se encaixando em modelos de normalização patriarcal heteronormativa.

E por fim o último artigo de **Clarice Gonçalves Pires Marques** se refere aos **Valores e Princípios: uma análise do caso da afetividade a partir do positivismo excludente (exclusivo) e da Crítica Hermenêutica do Direito**. O uso da hermenêutica para compreender o uso da responsabilidade civil edificada em decisões dos tribunais encetando a forma de justificação expressa nos votos dos processos em foco ligados a esfera das relações parentais. A autora parte então para a análise do positivismo excludente e inclusivo com sua projeção como paradigma jurídico dominante a partir do século XVIII. Incluindo também os positivismos pós exegético de Kelsen e mesmo de Hart com seu positivismo inclusivo dentro do ambiente anglo-saxão com suas máximas do pedigree jurídico, da

discricionariedade, da obrigação que serão questionados por Dworkin com seu modelo do direito como integridade e a vinculação do direito a princípios que retiram a questão positivista da discricionariedade e a tese do pedigree. Para chegar na tese do positivismo excludente de Raz que se funda na perspectiva da autoridade para legitimar suas proposições na teoria do direito para enfim separar de forma definitiva como seu propósito último o direito da moral. Em outro julgado demonstra a questão do uso do termo abandono afetivo pela relatora desprovido de qualquer contextualização, mesmo quando se recorrem a digressões psicológicas utilizadas para respostas retórico jurídicas não embasadas fora da discricionariedade. Assim ficam claros os problemas gerados pelo positivismo jurídico excludente para garantir as decisões judiciais e que são assim emblematicamente problemáticos. Desta forma, Raz adere a postulados metaéticos para justificar a separação entre direito e moral. Por fim, as convicções pessoais e opiniões dos julgadores se manifestam em seus arrestos de forma solipsista. A autora conclui por fim pelo questionamento da técnica jurídica utilizada nas decisões que ficam a mercê de entendimentos pessoais baseados no livre convencimento sem fundamentação e motivação adequada das decisões. Por fim, a hermenêutica forneceria uma alternativa para os solipsismos das decisões judiciais que erigem uma discricionariedade que parte de questões pessoais e não do direito conforme Streck discorre sendo citado pela autora. Assim apesar dos julgados resultarem em posicionamentos diferentes se percebe a discricionariedade destas formas de decisão judicial moduladas pelo positivismo excludente com sua centralidade canônica solipsista. Desta forma, esta obra interdisciplinar oferece uma instigante contribuição para a compreensão da hipercomplexidade jurídica em suas múltiplas e complexas esferas possibilitando a compreensão crítica de áreas e zonas limítrofes dos direitos em tempos de profundas transformações que implicam em grandes dificuldades e transformações sociais de ampla importância para o futuro da vida em sua modulação atual.

## A aplicação empírica do princípio da precaução aos riscos nanocnológicos\*

*Juliane Altmann Berwig*♦

*Wilson Engelmann*♦♦

### Introdução

O presente trabalho inicia abordando a origem, evolução e as facetas dos riscos das nanotecnologias.<sup>1</sup> Diante desse enfoque, serão demonstrados alguns estudos que apontam os sérios riscos que acompanham as nanotecnologias e assim a necessária proteção do meio ambiente, sendo

---

\* O conteúdo do presente capítulo foi apresentado no XXVII Congresso Nacional do CONPEDI Porto Alegre – RS

♦ Doutora em Direito pela UNISINOS. Mestre em Direito pela UNISINOS. Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul (UFRGS). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professora no curso de Direito da FEEVALE e Pesquisadora com o projeto “Os impactos humano-ambientais gerados pelas nanotecnologias: redesenhando os elementos estruturantes do direito ambiental”. Presidente da Associação Gaúcha dos Advogados de Direito Ambiental Empresarial – AGAAE. Autora do livro *Direito dos Desastres na Exploração offshore do petróleo*. Sócia-proprietária do escritório Berwig Advocacia. E-mail: julianeberwig@feevale.br

♦♦ Pós-doutorado em los Retos Actuales del Derecho Público pelo Centro de Estudios de Seguridad de la Universidad de Santiago de Compostela (CESEG/USC). Doutorado e mestrado em Direito Público pela UNISINOS. Graduação em Direito pela UNISINOS. Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Unisinos. Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Professor visitante da Universidad Católica del Uruguay, colaborador de pesquisa do Latin American Nanotechnology & Society Network, pesquisador associado – Portuguese Institute for Legal Research, pesquisador associado do Centro de I&D sobre Direito e Sociedade. e-mail: wengelmann@unisinos.br

<sup>1</sup> As nanotecnologias podem ser compreendidas primeiramente pela acepção da palavra, o prefixo “nano” vem do grego “nânos”, que significa anão, muito pequeno.<sup>1</sup> Assim, a “área do conhecimento que estuda os princípios fundamentais de moléculas e estruturas, nas quais pelo menos uma das dimensões está compreendida entre cerca de 1 e 100 nanômetros são as nanotecnologias. O nanômetro, representado pela abreviação “nm” é a bilionésima parte do metro, ou seja: 10<sup>-9</sup> do metro. Também pode ser explicado dividindo o número 1/1.000.000.000, ou, 0,000000001m, ou que o nanômetro é nove ordens de grandeza menor que o metro. Logo, as nanotecnologias são a aplicação destas nanoestruturas em dispositivos nanoescalares utilizáveis. In: ALVES, 2004.

esta a justificativa do presente estudo. O problema da pesquisa decorre justamente dos inúmeros riscos nanotecnológicos ao meio ambiente apresentados pelos estudos. Estes riscos são hoje presentes uma vez que já existe uma gama de produtos disponíveis no mercado, sobre os quais seus efeitos ainda são desconhecidos e não há conhecimento do sistema jurídico para a gestão dos mesmos.

Para tanto, este artigo objetiva, utilizando-se da pesquisa bibliográfica e matriz sistêmico-construtivista como metodologia, justificar a necessidade de observação pelo Direito dos riscos nanotecnológicos mediante a aplicação do Princípio da Precaução. Como hipótese de solução do problema se partirá para uma abordagem de compreensão da definição do Princípio da Precaução de acordo com o Art.15 da Declaração Rio 1992 em seus três elementos: risco, incerteza científica e medidas economicamente viáveis. A partir da compreensão destes pressupostos a pesquisa será conduzida com o objetivo de mostrar um possível caminho de aplicação do Princípio da Precaução às nanotecnologias visando a gestão dos riscos ambientais.

## **1 Os riscos ambientais nanotecnológicos, suas potencialidades e magnitudes**

Como verificado, existem muitos produtos que contem a tecnologia nano que já estão no mercado (SHEARER, 2016). Aproximadamente 8.832 produtos que incorporam as nanotecnologias já estão sendo comercializados (NPD, 2019). Este número pode ser ainda maior, tendo em conta que as nanotecnologias ainda não possuem regulamentação em nível internacional e também nacional (BERWIG; ENGELMANN, 2017, p.39-74). Sobre os nanomateriais, embora muitos estejam sendo desenvolvidos, há um risco sério de que não se sabe o suficiente sobre os efeitos a longo prazo desses materiais na saúde humana e ao meio ambiente (FRONTERAS, 2017). Ademais, os riscos dos nanomateriais “não são completamente conhecidos, uma vez que não são conhecidas suas extensões e capacidade para gerar danos”, bem como estão presentes desde a sua fabricação até a

sua utilização como produto, ou seja, em todo o ciclo de vida do produto (MORISSO; JAHNO, 2017, p. 13-37).

Por isso, a avaliação completa do risco da segurança na saúde humana e no impacto ambiental deve ocorrer em todas as fases das nanotecnologias. Zhang e demais pesquisadores dos riscos ambientais das nanotecnologias apontam que o principal problema é o método de análise de nanopartículas. Novos nanomateriais são gradualmente desenvolvidos, no entanto, estes variam de acordo com a forma e o tamanho, fatores importantes na determinação da sua toxicidade. A falta de informação e métodos de caracterização dos nanomateriais torna extremamente difícil detectar as nanopartículas no ar para proteção ambiental. Além disso, a informação da estrutura química é um fator crítico para determinar quão tóxico o nanomaterial é, sendo que pequenas alterações do grupo de funções químicas pode mudar drasticamente suas propriedades (ZHANG, 2011).

Ao mesmo tempo, a preocupação dos riscos das nanotecnologias é severa, haja vista que, em escala nano os efeitos ambientais dos materiais podem ser diferentes, seja em razão dos nanomateriais possuírem uma área superficial relativamente maior quando comparada à massa de material produzido em escala tradicional, seja pela possibilidade de torná-los quimicamente reativos quando na forma macro são inertes. Além disso, os efeitos quânticos podem dominar o comportamento da matéria em nanoescala afetando a comportamento óptico, elétrico e magnético dos materiais (ROYAL SOCIETY, 2004). Este efeito pode ser observado com o ouro, material praticamente inerte, todavia, em formato de nanopartículas é altamente reativo (PASCHOALINO, 2010, p. 421-430).

Pesquisas apontam que os nanomateriais podem ter uma permeabilidade através da pele, mucosas e membranas celulares, causando um efeito tóxico. Uma das características que devem ser observadas é o tamanho das nanopartículas, pois “partículas aéreas maiores que 2,5 micrometros de qualquer natureza tendem a ficarem retidas no nariz e na garganta, enquanto partículas menores tendem a seguir para vias aéreas mais internas”. Diante disso, “partículas com dimensão que possam

chegar ao sistema alveolar podem, com certa facilidade, permear os tecidos e cair na corrente sanguínea e daí chegar a diversos órgãos, como fígado, rins, baço e coração, para então atuar de forma danosa” (MORISSO; JAHNO, 2017, p. 37).

Neste sentido, diante das pesquisas já realizadas é importante elencar alguns dos possíveis danos ambientais decorrentes das nanotecnologias: i) Alta exigência de energia para sintetizar nanopartículas causando um aumento pela demanda de energia; ii) Disseminação de nanossustâncias tóxicas e persistentes gerando danos ambientais; iii) Menores taxas de recuperação e reciclagem; iv) Implicações ambientais nos estágios do ciclo de vida dos produtos são em sua maioria desconhecidos; v) Falta de engenheiros e trabalhadores treinados. (ZHANG, 2011).

Percebendo esta carência de estudos, o *Center for the Environmental Implications of NanoTechnology* (CEINT) realiza pesquisas fundamentais sobre o comportamento de materiais em nanoescala nos ecossistemas. No mesmo caminho, o *Department of Applied Science and Nanotechnology Center, University of Arkansas* comprovou por métodos analíticos que os nanotubos de carbono são capazes de penetrar no revestimento de semente, um processo que pode afetar a germinação das sementes e o crescimento de mudas de tomate (KHODAKOVSKAYA, 2009, p.3221-3227). A *U.K. Royal Society* recomendou que “a liberação de nanopartículas e nanotubos no meio ambiente seja evitada” e sugeriu que “as fábricas e os laboratórios de pesquisa encarem as nanopartículas fabricadas e nanotubos como perigosos” a fim de objetivar reduzir ou remover os seus resíduos (ICTA, 2012).

Outro estudo demonstrou que os nanomateriais quando em contato com os órgãos de peixes, como brânquias em uma solução fisiológica salina, podem ser potencialmente prejudiciais a ambientes aquáticos, todavia os mecanismos de toxicidade muito complexos e até o momento pouco compreendido (SOCOOWSKI, 2012, p. 114-115, 2012). Assim, os “micro-organismos, como bactérias e os protozoários, podem levar nanopartículas através de membranas celulares, e assim permitir que as partículas entrem em uma cadeia alimentar biológica,” para tanto pensar

na cadeia atingida pelas nanopartículas é de suma relevância (MORISSO; JAHNO, 2017, p. 15).

As incertezas significativas associadas com os riscos (eco)toxicológicos dos nanomateriais artificiais constituem desafios para o desenvolvimento dos produtos em direção a maior segurança e benefício possível à sociedade (SUBRAMANIAN, 2016). Peter Gehr, nesta mesma linha menciona que "agora sabemos muito mais sobre os riscos dos nanomateriais e como mantê-los sob controle". No entanto, é preciso realizar pesquisas adicionais para saber o que acontece quando os seres humanos e o meio ambiente estão expostos a nanopartículas projetadas por longos períodos, ou o que acontece após o período de exposição (LQES).

De acordo com os diagnósticos conferidos pelo "*ProSafe White Paper*" de 2017 os nanomateriais na realidade geralmente podem se transformar ou se incorporar à outros produtos durante o ciclo de vida. Há uma falta de dados sobre as propriedades físico-químicas de transformações ao longo das várias fases do ciclo de vida. Em outras palavras, é preciso saber se um nanomaterial é ou será transformado em uma nova forma que requer testes ou medidas específicas de segurança. É evidente que, em geral, os materiais originais são mais perigosos do que os transformados, de modo que avaliar os materiais originais geralmente é seguro. No mesmo tempo, o resultado é uma superestimação do risco que pode (desnecessariamente) atrasar a aplicação de nanomaterial. As mudanças que podem ocorrer nos nanomateriais durante a sua vida são apenas parcialmente compreendidos (NATIONAL INSTITUTE FOR PUBLIC HEALTH AND THE ENVIRONMENT, 2017).

Nesta via, as nanotecnologias "ao mesmo tempo em que abrem perspectivas de melhoria da vida humana, também podem trazer efeitos nefastos". As possibilidades de efeitos podem tanto declinar para o resultado positivo quanto negativo. Engelmann, Flores e Weyermüller, corroboram neste sentido que a "Revolução das Nanotecnologias tem-se a perspectiva de profundas mudanças na sociedade, mas é necessária uma discussão sobre os riscos da inovação" (ENGELMANN; FLORES;

WEYERMÜLLER, 2010, p.132). Inclusive tendo em conta a inexistência de preceitos legais sobre a gestão dos riscos nanotecnológicos.

Portanto, diante deste cenário, revela-se assim, de soberana importância, a aplicação do princípio da precaução uma vez que estes podem envolver uma gama de procedimentos acautelatórios para minimizar os riscos de danos ambientais atuais e futuros. É preciso ter em mente que o passado deixou de ser uma chave confiável para o futuro, a abordagem da precaução é necessária e requer uma série de mudanças na cultura científica e na forma como a avaliação de risco é realizada, (BECK, 2010, p.24) uma vez que esta possui um elemento agravante: o desconhecimento científico.

## 2 A precaução

A palavra precaução é o resultado da conjugação latina do sufixo *cautio*, que denota “*cuidado, prevenção*”, relacionado ao verbo *cavere*, que consiste num estado de alerta ou de guarda, com o prefixo, também latino, *prae*, o qual remete à posição “antes, à frente”. Em linhas mais simples, a precaução é a “posição anterior à caução ou garantia de algo ou, como propõe a estrutura latina, situa-se num ponto decisório antes da prevenção, preceito também presente no direito ambiental” (MINASSA, 2018, p. 158-159).

O Princípio da Precaução foi inicialmente mencionado em 1959 na Alemanha na Lei sobre o uso pacífico da energia nuclear e proteção contra seus perigos (*Atomgesetz*). Posteriormente, em 1974, a política ambiental alemã foi fundada e sob o nome “*vorsorgeprinzip*”, tradução de Princípio da Precaução (BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ). Também, o princípio teve as primeiras versões na Lei de Proteção Ambiental Sueca de 1969 (SUNSTEIN, 2005, p.16). A lei em várias passagens prevê que as Agências Estatais tem autorização para em precaução proibir as atividades nocivas ao meio ambiente.

Desde 1985, outros instrumentos vêm referindo o princípio da precaução, quando se trata de problemas globais ambientais e de desenvolvimento (HICKEY JR; WALKER, 1995, p.423-454). Mas, de acordo

com Farber, o conceito hoje utilizado sobre o princípio da precaução é encontrado na Declaração do Rio de 1992, especialmente nos trechos: “para proteger o meio ambiente, a abordagem de precaução deve ser aplicada de acordo com suas capacidades”, e que, em “ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de certeza científica não deve ser usada como razão para adiar os custos”, ou seja, medidas efetivas para prevenir a degradação ambiental (FARBER, 2015, p.1660-1774).

Na legislação brasileira, o termo “precaução” adentrou a partir da Declaração do Rio de 1992 e apesar de não estar escrito no inciso V do Art. 225 da CF/88, na opinião de Machado “a sua noção aí está presente”, haja vista que onde há risco, deve haver precaução para evitar o possível prejuízo (MACHADO, 2013, p.2092).

O princípio objetiva o “afastamento de perigo e a segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas”. Ele simboliza um instrumento pela busca da proteção da existência da vida humana, seja pela proteção de ambiente ou seja do asseguramento da integridade da vida humana (DERANI, 2008, p.152). No mesmo sentido Machado afirma que a “implementação do Princípio da Precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas”. Ou seja, o princípio não objetiva impedir a ação de tudo que vê como uma possibilidade catástrofe. Mas, visa à “durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta” (MACHADO, 2014, p.96).

Sunstein, todavia, questiona: “O que exatamente o Princípio da Precaução significa ou requer? Existem vinte ou mais definições e elas não são compatíveis umas com as outras”. Em uma versão fraca “a falta de evidência decisiva de dano não deve ser motivo para se recusar a regulamentar”. Os controles podem ser justificados mesmo se não é possível estabelecer uma conexão definitiva (a exposição de baixo nível a certos carcinogênicos e os efeitos adversos na saúde humana) (SUNSTEIN, 2005, p.18). Mas em Gomes, “na sua versão minimalista, funde-se com a

prevenção, relida à luz dos pressupostos da sociedade de risco e temperada por uma análise custo-benefício” (GOMES, 2013, p.19).

No outro extremo, o das versões fortes, estas exigiriam um repensar fundamental da política regulatória, sugerindo que a regulação sempre que houver um possível risco à saúde, à segurança ou ao meio ambiente, mesmo que as evidências sejam especulativas e mesmo que o custo econômico da regulação seja alto (SUNSTEIN, 2005, p.18-24). Corresponderiam, assim, ao um princípio de inação máxima de ação (sobrevvalorizando acriticamente o valor ambiente/vida/segurança sobre quaisquer outros) ou e inação (conduzindo a uma paralisia inaceitável), indefensável no contexto do Estado prestador e no âmbito da teoria dos deveres de proteção (GOMES, 2013, p.19).

Dark e Burgin afirmam que o Princípio da Precaução é "inovador, mas irresponsável, generalizado, mas arbitrário e significativo, mas imprudente" (DARK; BURGIN, 2017). Logo, as referências à precaução revelam uma variável, vaga e muitas vezes confusas do princípio (HICKEY JR; WALKER, 1995, p.423-454). Inclusive, algumas organizações podem invocar o princípio para promover eventuais proibições e restrições, sem a aparente necessidade de justificações às camadas populares. Assim, a incerteza quanto ao princípio pode motivar decisões discricionárias, sem necessidade de qualquer tipo de controle externo (MINASSA, 2018, p. 158-159).

Definir e instrumentalizar empiricamente o Princípio da Precaução é um desafio que precisa ser ultrapassado e este desafio está sendo exponencialmente dificuldade pelas incertezas científicas e riscos de graves danos ambientais. Desta maneira, a definição do Princípio da Precaução a ser utilizada é a comumente aceita é a prevista no Art. 15 da Declaração Rio de 1992 “Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental (CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO). Para tanto, extrai-se deste, seus elementos: i) ameaça de danos graves ou irresistíveis; ii) ausência de certeza

científica absoluta; iii) medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. Objetivando assim, a compreensão dos elementos do Princípio da Precaução, serão os mesmos analisados um a um com base na doutrina nacional e internacional.

### 3 Risco

A precaução caracteriza-se pela ação antecipada diante ameaças de graves danos ou irresistíveis simbolizadas em riscos (MACHADO, 2014, p.97). O risco pode assim ser definido como a probabilidade de um evento futuro adverso (ADAMS, 2009, p.111). Por isso, Beck conceitua que os riscos “não se esgotam em efeitos e danos já ocorridos”. Eles exprimem um componente futuro, e por conta desta sua característica têm, fundamentalmente, a ver com antecipações, com destruições que ainda não ocorreram, mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje (BECK, 2010, p.39).

A força social dos riscos está nas ameaças projetadas no futuro (BECK, 2010, p.40). Estes riscos “são riscos de danos ambientais ou ecológicos, danos à saúde pública, à segurança pública, à segurança dos consumidores”. Ou seja, são os riscos que colocam em causa os valores que justificam a aplicação do Princípio da Precaução (ARAGÃO, 2012, p. 159-185). Assim, o risco e a incerteza são grandezas próximas, “dialogam mediante o Princípio da Precaução” (GOMES, 2013, p.19). Por esta via, falar em precaução é ter o desafio de abordar as incertezas que pairam os riscos de danos ambientais. Logo, “entre o estabelecimento de proibições liminares (de atividades, tecnologias, produtos ou substâncias) e a mera informação da população potencialmente afetada (sobre os riscos identificados e as medidas de autoproteção no caso de o risco se verificar)”, as possibilidades de medidas precaucionais são vastas (ARAGÃO, 2012, p. 159-185).

Cezar e Abrantes explicam que a Análise de Risco e a Gestão de Risco, são normalmente diferenciadas em três fases: 1. Percepção de Risco inicial; 2.A Análise de Risco e 3.A Gestão de Risco (CEZAR; ABRANTES, 2003,

p.225-262). Quanto a *Percepção dos riscos*, ela é analisada não só à luz de critérios científicos de gravidade, mas também considerando critérios indiciadores de inaceitabilidade social e, portanto, de insustentabilidade social dos riscos. Aragão assim os classifica em i) riscos objetivos, que são aqueles riscos cientificamente elevados, na medida em que a sua gravidade é mensurável, ou seja, a sua importância é avaliável cientificamente. Nestes, aparentemente, existe uma consciência dos cidadãos (a poluição hídrica, por exemplo); ii) riscos subjetivos, apesar de serem considerados muito baixos ou mesmo irrelevantes pelos especialistas, geram ondas de alarme social (ARAGÃO, 2012, p. 159-185).

Essa percepção de riscos inicial poderá basear-se em duas alternativas: a) na percepção de senso comum ou de especialistas isolados; b) em uma análise de risco *stricto sensu*, entendida como a aplicação de uma metodologia e de um conhecimento tecnológico, matemático e científico especializados a quantificar a probabilidade de um efeito adverso potencializado por um dado agente. Todavia, a negligência da probabilidade, é um fato necessário de discussão. Haja vista que sob a pressão de um medo público não justificável, as pessoas tendem a focar no pior caso, mesmo quando a sua ocorrência é altamente improvável. Por isso, cidadãos comuns são propensos a apoiar medidas preventivas mesmo sendo caras, mesmo sendo os riscos remotos mesmo sendo os procedimentos ineficazes para a resolução dos riscos (MOTA, 2008, p.180-211).

A *Análise de Risco* pode ser entendida como a aplicação de um conjunto de conhecimentos disponíveis na identificação de efeitos adversos potencializados por um determinado agente/atividade/produto. Ela é realizada por especialistas, com o escopo de estabelecer uma quantificação do risco, com base numa decisão política anterior sobre o que deve ser considerado como efeito adverso, de um lado, e sobre o tempo e os recursos que poderão ser utilizados na Análise, de outro. Além da quantificação do risco, na *Análise de Risco* devem ser indicados os pressupostos metodológicos adotados e o grau de incerteza referente ao prognóstico sobre o risco (CEZAR; ABRANTES, 2003, p.225-262).

Nas nanotecnologias a tendência de incorporar dinamicamente nanomateriais em produtos comerciais exige decisões a curto prazo em relação aos possíveis riscos que esses materiais podem apresentar. Além disso, o critério para a análise do risco é muito discutido, pois ele deve abordar amplamente a exposição, a concentração, a biodisponibilidade e a absorção dos nanomateriais (WIESNER; BOTTERO, 2011, p. 659-668).

Além disso, muitas vezes pouco ressaltado é o fato de que “prevenir riscos ou danos implica escolher quais os riscos ou danos pretendemos prevenir e quais os que aceitamos correr”. Se a escolha for feita racionalmente o risco menor será escolhido. Contudo, nem sempre as escolhas são feitas racionalmente, são feitas por vezes na percepção. Sendo que “a percepção do risco nem sempre guarda alguma relação com o risco real e, muitas vezes a escolha é feita com base na percepção e não no risco real”. De acordo com da *Harvard Center of Risk Analysis* o risco de morrer afogado ao se tomar banho em uma banheira é inúmeras vezes maior do que o risco de acidente nuclear (ANTUNES, 2016, p. 33). Mesmo assim, baseado na percepção dá-se muita mais ênfase no risco da energia nuclear do que ao se tomar banho de banheira.

O Princípio da Precaução na fase de *Análise de Risco* “culmina na formulação de previsões (estatísticas) sobre a ocorrência futura de efeitos adversos para o meio ambiente, para a sociedade ou para a saúde humana”. Efeitos estes potencializados pelo desenvolvimento ou utilização de ferramentas mecânicas ou sociais – segundo uma noção de adversidade previamente construída. Muitas vezes, este conhecimento pode não estar disponível e os analistas se veem no dilema: fazer a previsão sem teorias e dados suficientes – em benefício da celeridade do processo regulatório – ou procrastinar suas estimativas até que esse conhecimento se faça disponível, o que compromete a rapidez e eficácia das políticas regulatórias. Assim, a aplicação de Princípio da Precaução nesta fase, poderia informar que, havendo a percepção anterior de ameaça de danos (sérios ou irreversíveis), a ausência de absoluta certeza científica de dano não poderia ser utilizada como razão para adiar a finalização dessa etapa de quantificação

do risco, no intuito de obtenção de mais dados, e assim retardar a adoção de medidas de precaução contra a degradação ambiental antecipada (CEZAR; ABRANTES, 2003, p.225-262).

Engelmann ressalta a importância da relação entre a zona de imbricamento da probabilidade e da magnitude, quando se trata da precaução (ENGELMANN, 2017, p.387-491). Por isso, empregar somente o Princípio, sem embutir em seu conteúdo o risco e seu dimensionamento, através da avaliação de riscos, soa vazio e sem real significação. Por isso, a avaliação dos riscos “irá proporcionar um encontro da sociedade com a ciência e desta com a sociedade” (MACHADO, 2013, p.2093).

Na terceira fase de *Gestão de Risco* os resultados fornecidos pela fase de Análise do Risco e uma avaliação sobre eventuais benefícios colaterais envolvidos, indicam-se as providências a serem implementadas. Desse modo, esta fase é caracterizada como uma atividade preponderantemente política, envolvendo diversos atores com diferentes qualificações. Estas decisões normalmente são tomadas também em considerações sobre eventuais benefícios colaterais, sendo escolhidas determinadas linhas de ação – seja para desconsiderar o risco, evitá-lo ou minimizá-lo (CEZAR; ABRANTES, 2003, p.225-262).

Aragão confirma esta aplicação sob o argumento de que a precaução deve assim orientar o decisor quando, “apesar de todos os estudos, experiências, testes, análises, simulações, modelizações, não é possível afastar todas as dúvidas acerca dos impactos potenciais da substância, produto, atividade ou instalação” (ARAGÃO, 2012, p. 159-185). Ainda assim existem motivos plausíveis de potenciais perigos ao meio ambiente ou a saúde humana, mas, os dados não permitem uma avaliação detalhada dos riscos envolvidos. Neste caso, Milaré e Setzer defendem que nestes casos “o princípio da precaução tem sido invocado como estratégia de gestão de riscos” (MILARÉ, 2006, p.13-14).

Portanto, a aplicação do princípio da precaução diante das incertezas científicas acerca de todos os possíveis efeitos dos nanomateriais necessita aliar-se a combinação do número mais significativo de informações

disponíveis atualmente no mundo. Este instrumento é possível de ser consagrado mediante a realização de estudos transdisciplinares que objetivem identificar os riscos implicados, seja para a fauna e flora marinha ou para os seres humanos.

Assim, os riscos podem ser gerenciados mediante a verificação do nível de aceitabilidade destes às nanotecnologias, e, desta maneira, exigir medidas suficientes para manter o risco abaixo do nível de aceitabilidade. Para que tal seja possível, exige-se uma ciência que melhor reflita a incerteza e complexidade na avaliação dos riscos. Ambas as dimensões qualitativas e quantitativas de incerteza necessitam de tratamento explícito. Incertezas, juntamente com os principais pressupostos em que o conhecimento sobre os riscos afirma que são condicionados e precisam ser explicitados e comunicados de forma clara para os vários cientistas, atores e público envolvidos no discurso sobre esses riscos. Isso requer o desenvolvimento e a disseminação da análise de incertezas transdisciplinar e multidimensional, que permite o fornecimento de informação relevante para a política quantitativa sobre os riscos em conjunto com as advertências essenciais sobre as suas incertezas, limitações e armadilhas. Logo, o *Princípio da Precaução* pede uma série de mudanças na cultura científica e na maneira com que a avaliação e a gestão dos risco é realizada (SLUIJS; TURKENBURG, 2006, p. 245-269).

Talvez o grande problema suscitado pela relação entre o Princípio da Precaução e a Análise de Risco seja o de saber a qual dessas fases o princípio se refere. O Princípio é aplicável em situações de ameaça de danos sérios ou irreversíveis. Mas seria essa ameaça aquela identificada por qual fase? (CEZAR; ABRANTES, 2003, p.225-262). Que tipo de ameaça? Qual o percentual de aceitabilidade?

A precaução coloca as decisões sobre os riscos num “sério conflito entre a certeza e a segurança jurídica, por um lado, e a evolução científica, o progresso social e o desenvolvimento econômico, por outro”. Isso significa que deve haver limites quanto ao risco que justificou a inovação da precaução e quanto a média adotada com base na precaução (ARAGÃO, 2011, p.63).

Hoje em muitos textos defende-se a aplicação da Precaução utilizando o chamado “pior cenário” (*worst case scenario*). Entretanto: Até que ponto isso é racional? O pior cenário é uma probabilidade, não uma fatalidade. A consideração da probabilidade nem sempre é levada em conta e a mera possibilidade de danos se transforma em dano atual e não apenas potencial (ANTUNES, 2016, p. 34). Exige-se uma instrumentalidade para aplicação do Princípio da Precaução. Preservar o meio ambiente e os serviços ecossistêmicos devem ser elevados a uma posição compatível com os demais objetivos concorrentes, tais os relacionados ao crescimento econômico. Ele precisa representar medidas para apontar os impactos negativos/positivos no bem-estar a curto e longo prazo do planeta Terra aos seus habitantes (DARK; BURGIN, 2017). A possibilidade de tradução do *Princípio da Precaução* empiricamente está ligado a produção da comunicação que deve ser estabelecida sistematicamente (WEISS, 1992, p.409-410). A ausência de instrumentalidade quanto a avaliação dos riscos não é de todo ruim, pois isso remete uma oportunidade de criação de algo novo para sua aplicabilidade prática.

O risco que a precaução busca conter reside no limiar entre o Sistema do Direito e da Ciência e estas áreas possuem implicações diretas e recíprocas quando o assunto é incerteza (MINASSA, 2018, p. 158-159). Isso está relacionado intimamente ao fato de que além do diagnóstico e valoração dos riscos, existe ainda uma excessiva incerteza científica. Sabe-se que a condição de certeza científica total é inatingível (DARK; BURGIN, 2017). Todavia, importante se faz abordar este conhecimento e o estado atual da técnica para aprimorar a aplicabilidade do Princípio da Precaução.

#### 4 Estado da técnica

O conhecimento tecnológico<sup>2</sup> pode ser entendido, tendo por objetivo específico as criações humanas e as ações a elas relacionadas. Nesta visão

---

<sup>2</sup> Para os objetivos deste trabalho, o que é importante ressaltar nessa sumária exposição sobre o conhecimento tecnológico é que este não se baseia exclusivamente em um conhecimento científico. O conhecimento envolvido na criação, uso e avaliação de tecnologias não é necessariamente derivado de um sistema teórico científico. In: CEZAR; ABRANTES, 2003, p.225-262.

que não se reduz “o conhecimento tecnológico ao conhecimento científico e ao conhecimento em engenharia, o conhecimento em tecnologia é entendido como abrangendo a criação, uso, funcionamento e efeitos dos diferentes tipos de objetos tecnológicos” (CEZAR; ABRANTES, 2003, p.225-262). Ademias, “se a ciência é a reunião de fatos, teorias e métodos reunidos nos textos atuais, então os cientistas são homens que, com ou sem sucesso, empenharam-se em contribuir com um ou outro elemento para essa constelação científica” (KUHN, 2017, p.60).

Assim, a técnica dos saberes realiza uma mediação entre o presente e um futuro a ser construído, fornecendo soluções. Todavia, este processo de transformação não é isento de riscos. Estes não se confinam aos limites do conhecimento, na complexidade, heterogeneidade, dinâmica e incerteza da envolvente natural (GARCIA, 2015, p.58). E, “se novas teorias são chamadas para resolver as anomalias presentes na relação entre uma teoria existente e a natureza, então a nova teoria bem-sucedida deve, em algum ponto, permitir prognósticos diferentes daquelas derivadas de sua predecessora” (KUHN, 2017, p.184).

Com base neste pressuposto, a redação do Princípio da Precaução pela Declaração do Rio 92, utilizada para esta análise, permite que ele seja invocado no caso de “ausência de certeza científica”. Essa ausência de certeza científica diz respeito à previsão de que, dados certos pressupostos, um determinado agente causará dano sério ou irreversível (CEZAR; ABRANTES, 2003, p.225-262).

Shapiro assim afirma que “ninguém consegue mapear sequer os próximos cinco anos de progresso tecnológico com confiança, e ele está além da previsão ou da imaginação de qualquer um para que se descubra como os avanços científicos podem afetar os países e a economia global”. Mesmo imprevisível, a probabilidade de que os avanços tecnológicos agitem as economias parece certo, mesmo que suas implicações permaneçam desconhecidas (SHAPIRO, 2010, p.54).

Por conta disso, há muito tempo a filosofia da ciência abandonou o pressuposto de que as teorias científicas devam cumprir função de “certeza

absoluta”. O conhecimento científico é dinâmico. Assim, a ‘certeza’ enquanto propriedade de uma observação de uma teoria ou de uma previsão nunca é “absoluta”, mas sempre relativa a um conhecimento de fundo, ou pretérito, sendo aceito provisoriamente e sempre submetido à crítica (CEZAR; ABRANTES, 2003, p.225-262). Milaré (2006, p.13-14), neste sentido firma que:

[...] a ciência é incapaz de provar que qualquer substância, atividade ou ação seja absolutamente segura. Consequentemente, é necessário dissipar uma confusão que existe entre a utilização do princípio da precaução e a procura de um nível zero de risco que, na realidade, pelo que tudo indica, não existe.

Na visão contemporânea preponderante, o conhecimento científico é caracterizado por teorias que são aceitas, em caráter provisório, pela comunidade científica. Pois, as teorias podem ser descartadas ou aprimoradas logo após, visto que o conhecimento científico é falível e, portanto, mutável (CEZAR; ABRANTES, 2003, p.225-262). “A ciência normal não visa à inovação. Mas a inovação pode emergir da confirmação de teorias já sustentadas” (HACKING, 2017, p.21). Por isso, o processo do conhecimento científico é dinâmico. Os cientistas reavaliam constantemente suas concepções e métodos é o que inclusive fornece maior confiabilidade às ciências. Todavia, o conhecimento científico considerado deve ser aquele o melhor disponível naquele momento (CEZAR; ABRANTES, 2003, p.225-262).

Assim, as medidas a serem tomados mesmos quanto ao estado da técnica são marcadas pela: “*temporalidade* porque a medida deve durar enquanto houver incerteza, cessando sua validade quando se chegar à certeza. *Proporcionalidade*, não se devendo exigir mais do que indica a adequação entre o meio utilizado e o fim desejado” (MACHADO, 2014, p.104).

No emprego de tecnologias avançadas, com o forte exemplo das nanotecnologias, as incertezas quanto a efeitos ao meio ambiente e para a saúde humana, são medidos pela aplicação do Princípio da Precaução haja

vista a “ausência de absoluta certeza científica” na previsão sobre efeitos danosos de tecnologias (CEZAR; ABRANTES, 2003, p.225-262). A Comunicação da Comissão Relativa ao Princípio da Precaução (COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS) orienta que em relação ao estado da técnica devem ser considerados que:

As medidas, apesar de provisórias, devem manter-se enquanto os dados científicos permanecerem incompletos, imprecisos ou inconclusivos e enquanto se considerar o risco suficientemente importante para não aceitar fazê-lo suportar pela sociedade.

A sua manutenção depende da evolução dos conhecimentos científicos, à luz dos quais devem ser reavaliadas. Este fato implica a prossecução das investigações científicas tendo em vista disporem de dados mais completos.

As medidas baseadas no princípio da precaução devem ser reexaminadas e, se necessário, alteradas em função dos resultados da investigação científica e do acompanhamento do seu impacto.

É sabido que a incerteza científica perante a probabilidade de danos à vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente levou a concepção do princípio da precaução (MACHADO, 2013, p.2092). Desta maneira, as incertezas científicas exigem medidas por vezes urgentes, provisórias e proporcionais. Com um constante monitoramento da atividade, bem como avaliação periódica das técnicas, das situações de perigo, dos resultados das pesquisas e, assim, tornando próspero o gerenciamento dos riscos (ENGELMANN; FLORES; WEYERMÜLLER, 2010, p.138). Há assim, uma necessidade de rastreio dos perigos das nanotecnologias para organismos, mediante a elucidação de mecanismos que produzem esses riscos, bem como uma ampla consideração de possíveis riscos para os ecossistemas complexos (WIESNER; BOTTERO, 2011, p. 659-668). Todavia, há igualmente, assim, como ilustra a legislação alemã que seja analisada proporcionalmente as medidas precaucionais que serão aplicadas considerando também aquelas economicamente viáveis.

## 5 Medidas economicamente viáveis

Como verificado a aplicação empírica do Princípio da Precaução inclui inúmeras incertezas quanto a valoração dos riscos nanotecnológicos, quanto a incerteza científica, mas também precisa ser considerado o valor econômico da medida a ser implementada para a gestão do risco de dano ambiental. Haja vista que, mesmo havendo informação está somente será possível mediante um determinado investimento, o qual também deve ser mensurado diante dos possíveis riscos e benefícios da tecnologia.

A Comunicação da Comissão Relativa ao Princípio da Precaução (COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS) em relação as medidas economicamente viáveis, orienta que:

As medidas adotadas pressupõem a análise das vantagens e dos encargos resultantes da atuação ou da ausência de atuação. Esta análise deveria incluir uma análise econômica custo/benefício quando adequado e viável. Contudo, podem ter-se em conta outros métodos de análise, como os que se referem à eficácia e ao impacto socioeconômico das opções possíveis. Além disso, as instâncias de decisão podem também orientar-se por considerações não-econômicas.

Mas, como poder-se-ia quantificar as medidas e quais os limites sociais nelas envolvidos? A precaução restaura a primazia do político na consecução das políticas públicas, mas, qual a sua delimitação? É sabido que ela deve pautar-se para fixar medidas razoáveis e medidas econômicas proporcionais para preservar a degradação ambiental (MOTA, 2008, p.180-211).

Como sabido, “não há atividade humana que possa ser considerada isenta de riscos; o que a humanidade faz, em todas as suas atividades, é uma análise de custo e benefício entre o grau de risco aceitável e o benefício que advirá da atividade” (ANTUNES, 2016, p. 38).

Sunstein critica a análise de custo-benefício para controlar decisões regulatórias, pois essa análise não estabelece uma regra pela qual as escolhas devam ser feitas. Os participantes podem optar por continuar usando

determinada tecnologia mesmo quando os custos excedem os benefícios. Todavia, se o fizerem, deveria ser depois de receber as informações que a análise de custo-benefício oferece. Por outro lado, se os reguladores optarem por impor custos desproporcionalmente altos em comparação com os benefícios esperados, eles devem explicar por que escolheram fazer isso (SUNSTEIN, 2005, p.130).

Por isso, “o custo excessivo deve ser ponderado de acordo com a realidade econômica de cada País, pois a possibilidade ambiental é comum a todos os Países, mas diferenciada” (MACHADO, 2014, p.106). Em apinhado às “dúvidas” da precaução, Aragão (2011, p.64). resume que:

A especial importância da prevenção no plano de proteção do ambiente é perfeitamente compreensível e corresponde ao aforismo popular “mais vale prevenir do que remediar”. O bom-senso determina que, em vez de contabilizar os danos e tentar repará-los, se tente, sobretudo antecipar e evitar a ocorrência de danos, por algumas razões bastante evidentes que vão desde a justiça ambiental à simples racionalidade econômica, passando pela justiça intertemporal.

Em suma pode ser afirmado que “as medidas de proteção devem ser proporcionais ao nível de proteção procurado”, salientando que atualmente vive-se numa sociedade de risco, em que as necessidades do homem obrigam a que se recorra, cada vez mais, aos avanços tecnológicos gerados de novos riscos (MOTA, 2008, p.180-211).

### **Considerações finais**

É sabido que a saúde ambiental é análoga à saúde humana e, como tal, deve ser priorizada, em especial quanto aos riscos nanotecnológicos, tema tratado nesta pesquisa. Mas, para tanto, é necessário traçar diretrizes para a sua aplicabilidade afastando-se da vagueza criticada pelos autores. Diante disso, a aplicação do Princípio da Precaução como visto exige uma análise criteriosa dos seguintes pressupostos: i) Risco; ii) Estado da técnica; e iii) Medidas economicamente viáveis.

Quanto ao *risco* verificou-se que é essencial que ele perpassasse pelas fases de 1. *Percepção de Risco* atuante o conhecimento técnico-científico, mas também é decisiva a participação do senso comum a respeito da decisão sobre quais efeitos são considerados adversos. 2. *Análise de Risco* com base em um conhecimento técnico-científico especializado e na identificação prévia dos efeitos adversos a serem considerados, é feita uma quantificação do risco. 3. *A Gestão de Risco*, etapa final de tomada de decisões, onde se escolhem determinadas linhas de ação a partir dos resultados fornecidos pela Análise de Risco. Ademais, os problemas de qualificação dos riscos podem ser compreendidos, pela aplicação do *diagrama de risco* como ferramenta para fornecer informações úteis. A visualização poderia auxiliar na decisão da classificação de riscos e na consideração de respostas adequadas. Além disso, a aplicação da proporcionalidade também foi apontada como importante compreensão sobre o enfoque sobre os riscos e na produção de decisões equilibradas em cenários de incerteza.

A respeito do segundo elemento do Princípio da Precaução, o *Estado da Técnica*, verificou-se que tendo em vista a contínua evolução e mutação do conhecimento científico a estes não é possível a aplicação do fator tempo, mas sim ao desenvolvimento dos saberes técnicos. Seguindo assim, inclusive as orientações sobre a *Comunicação da Comissão Relativa ao Princípio da Precaução* as medidas a serem tomados devem considerar a sua i) *Temporalidade* pois irá durar enquanto houver incerteza, alterando-se após novas descobertas do conhecimento científico.; ii) *Proporcionalidade*, não sendo exigido mais do que a adequação entre o meio utilizado e o fim desejado. Neste sentido também as *Medidas economicamente viáveis*, terceiro elemento da precaução, o custo deve ser ponderado de acordo com a realidade econômica de cada País. E, neste sentido realizar a análise das vantagens e dos encargos resultantes da (in)ação.

Em resumo, as medidas adotadas com base na precaução, devem ser proporcionais, coerentes e precárias (sendo revistas periodicamente à luz do progresso científico e, sempre que necessário, alteradas). Assim, em uma visão geral sobre o Princípio da Precaução compreende-se que a delimitação

jurídica do que é o “princípio da precaução é colocado em questão por sua natureza fluida e cambiável, o que exige a configuração de um modelo de aplicação que, congregando os parâmetros de certeza possível, decidibilidade, razoabilidade e proporcionalidade”. Esta definição, portanto, é essencial para servir de parâmetro de decisão dos tribunais.

O objetivo do recurso ao Princípio da Precaução que deve ser compreendido e conservado é o de elevar o nível de proteção do ambiente, da saúde pública, da segurança pública e dos direitos fundamentais, para um patamar mais compatível com o grau de qualidade atualmente exigível. Não se trata de aspirar ao risco nulo (mesmo em atividades tradicionais e bem experimentadas existe um certo grau de risco), mas optar por um desenvolvimento responsável. Desta maneira, as diretrizes do Art. 15º da Declaração Rio, conforme fundamentado acima. Conclui-se, portanto, que a aplicação do Princípio da Precaução exige uma postura de afastamento do modo normativista, de acentuado apego positivista de dar consequências àquilo que é a própria matéria do Direito. Na aplicação da precaução exige-se, flexibilidade para atingir o seu próprio objetivo, evitar os graves danos ambientais e humanos.

## Referências

- ADAMS, John. **Risco**. Tradução Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: Senac, 2009.
- ALVES, Oswaldo. Nanotecnologia, nanociência e nanomateriais: quando a distância entre presente e futuro não é apenas questão de tempo. **Revista Parcerias Estratégicas**, Brasília, v. 9, n. 18, 2004.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.
- ARAGÃO, Alexandra. Aplicação nacional do princípio da precaução. In: **Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal**. Colóquios 2011-2012. Lisboa. p. 159-185.
- ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Europeia. In:

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed.34, 2010.

BERWIG, Juliane Altmann; ENGELMANN, Wilson. A Nanotecnologia: do fascínio ao risco. In: ENGELMANN, Wilson, HUPFFER, Haide Maria (Org.). **Impactos Sociais e Jurídicos das Nanotecnologias**. São Leopoldo: Casa Leiria, 2017, p. 39-74. Livro disponível em E-book.

BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. **Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge** (Bundes-Immissionsschutzgesetz - BImSchG), 15 de março 1974.

CENTER FOR THE ENVIRONMENTAL IMPLICATIONS OF NANOTECHNOLOGY (CEINT). **CEINT Mesocosm Facility**. Duke University: Durham.

CEZAR, Frederico Gonçalves; ABRANTES, Paulo César Coelho. Princípio da Precaução: considerações epistemológicas sobre o princípio e sua relação com o processo de análise de risco. **Cadernos de Ciência e Tecnologia**, Brasília, v. 20, n. 2, p. 225-262, maio/ago. 2003.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Comunicação da Comissão Relativa ao Princípio da Precaução**. 2000.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

DARK, Stephen Michael; BURGIN, Shelley. An examination of the efficacy of the precautionary principle as a robust environmental planning and management protocol. **Journal of Environmental Planning and Management**, v. 60, 2017.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ENGELMANN, Wilson. Os desafios jurídicos da aplicação do princípio da precaução. Recurso Extraordinário 627.189/SP provido para o fim de julgar improcedentes ambas as ações civis públicas, sem a fixação de verbas de sucumbência. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v.981, ano 106, p.387-491, jul.2017.

ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMÜLLER, André Rafael. **Nanotecnologias, Marcos Regulatórios e Direito Ambiental**. Curitiba: Honoris Causa, 2010.

ENGELMANN, Wilson; HOHENDORFF, Raquel Von; FROHLICH, Afonso Vinício Kirschner. Das nanotecnologias aos nanocosméticos: conhecendo as novidades na escala nanométrica. In: ENGELMANN, Wilson (Org). **Nanocosméticos e o Direito à Informação**. Erechim: Deviant, 2015.

FARBER, Daniel. Coping with uncertainty: cost-benefit analysis, the precautionary principle, and climate change, **Washington Law Review**, UC Berkeley Public Law Research Paper, v. 90, p.1660-1774, jun.2015.

GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **O lugar do Direito na proteção do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2015.

GOMES, Carla Amado. A idade da incerteza: reflexões sobre os desafios de gerenciamento do risco ambiental. In: LOPEZ, Tereza Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Inglecias; JUNIOR; Otávio Luiz Rodrigues (Orgs). **Sociedade de Direito e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais**. São Paulo: Atlas, 2013.

HACKING, Ian. Ensaio Introdutório In: KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.

HICKEY JR., James E.; WALKER, Vern R. Refining the precautionary principle in international environmental law. **Virginia Environmental Law Journal**, v. 14, p.423-454, 1995.

INTERNATIONAL CENTER FOR TECHNOLOGY ASSESSMENT (ICTA). NANOACTION PROJECT. **Principles for the Oversight of Nanotechnologies and Nanomaterials**, 2012.

KHODAKOVSKAYA, Mariya et al. Carbon nanotubes are able to penetrate plant seed coat and dramatically affect seed germination and plant growth. **Acsnano**. v. 3, n. 10, p.3221-3227, 2009.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017, p. 60.

LABORATÓRIO DE QUÍMICA DO ESTADO SÓLICO (LQES). **A better understanding of nanomaterials**, 2017.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Art. 225, §1º, V. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Orgs). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22. ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MILARÉ, Edis; SETZER, Joana. Aplicação do princípio da precaução em áreas de incerteza científica: exposição a campos eletromagnéticos gerados por estações de radiobase. **Revista de Direito Ambiental**, v. 41, ano 11, p. 13-14, jan./mar., 2006.

MINASSA, Pedro Sampaio. A incógnita ambiental do princípio da precaução. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, v. 8, n. 1, p. 158-159, 2018.

MORISSO, Fernando Dal Pont; JAHNO Vanusca Dalosto. Nanociência e nanotecnologia: um rompimento de paradigmas. In: ENGELMANN, Wilson, HUPFFER, Haide Maria (Org.). **Impactos Sociais e Jurídicos das Nanotecnologias**. São Leopoldo: Casa Leiria, 2017, p. 13-37. Livro disponível em E-book.

MOTA, Maurício. O Princípio da Precaução no Direito Ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade. **Revista de Direito Ambiental**, v. 50, p. 180-211, abr./jun., 2008.

NANOTECHNOLOGY PRODUCTS DATABASE (NPD). **Source of information about nanotechnology products**. Disponível em: <<http://product.statnano.com/>> Acesso em: 22 jul. 2019.

NATIONAL INSTITUTE FOR PUBLIC HEALTH AND THE ENVIRONMENT. **The ProSafe White Paper**: Towards a more effective and efficient governance and regulation of nanomaterials. Disponível em e-book.

PASCHOALINO, Matheus et al. Os nanomateriais e a questão ambiental. **Revista Química Nova**, v. 33, n.2, p.421-430, 2010.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE. **Fronteras 2017**: Nuevos temas de interés ambiental, 2017.

SHAPIRO, Robert. J. **A previsão do futuro**: como as novas potências transformarão os próximos 10 anos. Tradução de Mario Pina. Rio de Janeiro: Best Business, 2010.

- SHEARER, Cameron. A guide to the nanotechnology used in the average home. **Nano Werk**, 2016. Disponível em: <<http://www.nanowerk.com/spotlight/spotid=43847.php>>. Acesso em: 10 mar. 20189.
- SLUIJS, Jeroen van der; TURKENBURG, Wim. Climate change and the precautionary principle. In: FISHER, Elizabeth; JONES, Judith; SCHOMBERG, René Von. (Orgs) **Implementing the precautionary principle, perspectives and prospects**. Cheltenham: Edward Elgar, 2006, p. 245-269.
- SOCOOWSKI, Britto et al. Effects of carbon nanomaterials fullerene C60 and fullerol C60(OH)18-22 on gills of fish *Cyprinus carpio* (Cyprinidae) exposed to ultraviolet radiation. **Aquatic Toxicology**, v.15, p. 114-115, 2012.
- SUBRAMANIAN, Vrishali et al Sustainable nanotechnology decision support system: bridging risk management, sustainable innovation and risk governance. **Journal of Nanoparticle Research**, v.16, n.4, 2016.
- SUNSTEIN, Cass R. **Laws of fear: beyond the precautionary principle**. New York: Cambridge, 2005.
- THE ROYAL SOCIETY & THE ROYAL ACADEMY OF ENGINEERING (ROYAL SOCIETY). **Nanoscience and nanotechnologies: opportunities and uncertainties**, 2004.
- WEISS, Edith Brown. Intergenerational equity: A legal framework for global environmental change. In: WEISS, Edith Brown. **Environmental change and international law: new challenges and dimensions**. Tokyo: United Nations University Press, 1992.
- WIESNER, Mark R.; BOTTERO, Jean-Yves. A risk forecasting process for nanostructured materials, and nanomanufacturing. **Comptes Rendus Physique**, v. 12, n. 7, p. 659-668, 2011.
- ZHANG, Bangwei et al. Environmental Impacts of Nanotechnology and Its Products. In: **Proceedings of the 2011 Midwest Section Conference of the American Society for Engineering Education**. Disponível em: <[https://www.asee.org/documents/sections/midwest/2011/ASEE-MIDWEST\\_0030\\_c25dbf.pdf](https://www.asee.org/documents/sections/midwest/2011/ASEE-MIDWEST_0030_c25dbf.pdf)>. Acesso em: 22 jul. 2019.

## A (in)compatibilidade da prisão temporária com um modelo de Estado Democrático e Constitucional de Direito

*Paulo Thiago Fernandes Dias* ♦

*Sara Alacoque Guerra Zaghout* ♦♦

### Introdução

Trata-se de pesquisa dedicada ao estudo do instituto da prisão temporária no Direito brasileiro, desde a perspectiva histórica, até a sua (in)compatibilidade com um desenho de processo penal democrático e constitucional, espelhado na solução da causa penal através da proteção de direitos fundamentais.

Ainda que o inquérito policial não seja imprescindível, enquanto instrumento dedicado à formação da *opinio delicti do Parquet*, para o exercício do direito de ação e futura deflagração do processo penal, sabe-se que boa parte dos feitos instaurados conta com um instrumento de investigação policial, conduzido pela Polícia Judiciária, como base inicial de investigação.

É justamente na fase de investigação preliminar (exclusivamente em sede de inquérito policial) que a prisão temporária pode ser utilizada,

---

♦ Doutorando em Direito Público (PPGD-UNISINOS). Mestre em Ciências Criminais (PPGCRIM-PUCRS). Graduado em Direito pela UFPA. Professor de Direito Penal da Graduação em Direito da UNICEUMA e de Direito Processual Penal da Graduação em Direito da UNISULMA-IESMA. Advogado.

♦♦ Doutoranda em Direito Público (PPGD-UNISINOS). Mestra em Ciências Criminais (PPGCRIM-PUCRS). Graduada em Direito na FACIMP. Advogada. Bolsista CAPES/PROEX.

conforme dispõe a Lei nº 7.960/1989<sup>1</sup>, nos casos em que a privação da liberdade for necessária para a investigação, diante de ausência de endereço fixo ou de informações sobre a identidade do investigado e em razão de participação da pessoa presa, como autora ou partícipe, dos seguintes delitos: homicídio doloso (simples e qualificado); sequestro ou cárcere privado; roubo; extorsão; extorsão mediante sequestro; estupro; epidemia com resultado morte; envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; associação criminosa; genocídio; tráfico de drogas; crimes contra o sistema financeiro e os previstos na lei antiterrorismo (BRASIL, 1989)<sup>2</sup>.

O instituto da prisão temporária, portanto, reforça a compreensão de que o investigado é mero objeto da investigação, sendo desprovido de direitos, nada mais significando que um instrumento nas mãos do Estado, que se apossa do corpo daquele. A prisão temporária trabalha com a lógica invertida: prende-se antes, investiga-se depois (NICOLITT, 2014, p. 757). Não por acaso, a redação original do Código de Processo Penal aprovado em 1941 consagrava várias hipóteses de prisão provisória (aquela que dispensa o trânsito em julgado da condenação), tais como a decorrente da decisão de pronúncia e a consistente em inequívoco requisito recursal, dentre outras. Ocorre que, conforme a ideologia autoritária que fundou a Constituição de 1937 e inspirou a criação das legislações criminais aprovadas durante o Estado Novo (Código Penal, Lei das Contravenções Penais e o próprio Código de Processo Penal), a liberdade da pessoa investigada, processada ou condenada era vista como excepcional.

Nesse sentido, a pesquisa parte da hipótese de que a prisão temporária é incompatível com o princípio do *nemo tenetur se detegere*, da feita que serve para obrigar o investigado, em sede de inquérito policial, a

---

<sup>1</sup> Cujá inconstitucionalidade original, logo no ano seguinte à promulgação da Constituição da República, será abordada à frente. Relevante se mostra apontar também que a despeito do advento do Texto Constitucional em 1988, boa parte da legislação penal e processual penal aprovada durante regimes autoritários seguiu aplicável sem o necessário filtro constitucional.

<sup>2</sup> Não se fez menção aos delitos revogados, tais como o atentado violento ao pudor e o rapto violento.

colaborar com as investigações, mediante coação, em flagrante afronta à disciplina constitucional e convencional dos direitos fundamentais<sup>3</sup>.

O principal problema a ser enfrentado reside em saber como um instituto flagrantemente inconstitucional segue, há mais de 30 anos, sendo utilizado, quase que indiscriminadamente, pela, equivocadamente, denominada Polícia Judiciária, com aval do Judiciário e do Ministério Público. Fala-se da tradição autoritária que implica na maneira “como o Sistema de Justiça Criminal é percebido, no modo como a prisão e outros meios de força são privilegiados, enquanto a liberdade passa a ser afastada no dia a dia sem maiores constrangimentos” (CASARA, 2017, p. 106).

Utilizando-se do método dedutivo, a pesquisa promoverá uma revisão bibliográfica sobre o tema, explorando, ainda que de forma lateral, situações nas quais se decretou a prisão temporária, apenas para fins ilustrativos. Enquanto o primeiro capítulo se dedicará à contextualização histórica, jurídica e política do instituto da prisão temporária, o segundo tópico enfrentará, sob os primas da constitucionalidade e da convencionalidade, o direito fundamental que proíbe a autoincriminação (no qual se insere o direito ao silêncio).

## **1 A prisão temporária na história: “as coisas mudam de nome, mas continuam sendo o que sempre serão”<sup>4</sup>**

A prisão temporária está regulamentada pela Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, resultante da conversão da Medida Provisória 111, de 14 de dezembro de 1989, que objetivava regulamentar a antiga “prisão para averiguação”<sup>5</sup>, criticável, mas há muito utilizada.

---

<sup>3</sup> A incompatibilidade constitucional da prisão preventiva com o respeito ao contraditório, à ampla defesa e à presunção de inocência também é flagrante e incontestável (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015). Porém, a pesquisa se deterá ao estudo do direito fundamental ao silêncio.

<sup>4</sup> (GESSINGER, 1987).

<sup>5</sup> Parcela da doutrina promove a distinção entre as seguintes espécies de prisão: a) Para averiguação, pela qual a restrição da liberdade ocorre sem que exista uma investigação em curso; e, b) Para investigação, em tese compatível com a denominada prisão temporária ora discutida e que vai de um fato delituoso para uma pessoa específica (RIBEIRO, 1994, p. 273 apud CAMPOS, 2009, p. 115). Malgrado esse entendimento, considera-se que a essência autoritária da prisão para averiguação restou conservada com a criação da prisão temporária. Tais espécies de prisão

No que tange à história legislativa, a prisão por suspeita policial, no curso da investigação criminal, já teria existido no Código de Processo Penal não aprovado, conforme Projeto de Lei 1.655 de 1983, resultante do anteprojeto feito pelo Professor José Frederico Marques em 1970 (CHOUKR, 2018). Aludido Projeto admitia a prisão para forçar o cumprimento de ônus a que estaria sujeito o investigado no processo ou no bojo de inquérito policial, ou quando houvesse perturbação do curso das investigações policiais, ou houvesse suspeita razoável de participação em crime de roubo, latrocínio, extorsão, quadrilha ou bando ou tráfico de entorpecentes, sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto não consensual, ou quando o indivíduo deixasse de comparecer a qualquer ato necessário à instrução do inquérito (CAMPOS, 2009).

Trata-se de modelo inspirado em institutos análogos aos de outros países, como, por exemplo, a *prisión incomunicada*<sup>6</sup> do Direito espanhol e a *garde à vue*<sup>7</sup> do Direito francês (CAMPOS, 2009), institutos esses que vêm sofrendo severas restrições pela Corte Europeia de Direitos do Homem, por conta da fragilidade que causam aos meios de defesa (CHOUKR, 2018).

A sua vez, a Prisão Temporária surge logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, atendendo os anseios de setores da polícia

---

se distinguem, basicamente, pelo órgão encarregado para a expedição da ordem prisional: na prisão para averiguação, a ordem partia da polícia, enquanto que na temporária, cabe ao Judiciário decidir sobre o seu cabimento (NICOLITT, 2014, p. 755).

<sup>6</sup> “A *prisión incomunicada* pode ser decretada pelo tribunal ou pelo juiz de instrução, e tem por fim evitar que se subtraíam da ação da justiça pessoas supostamente envolvidas nos fatos investigados, ou que elas atuem contra bens jurídicos da vítima, que ocultem, alterem ou suprimam provas ou que cometam novos delitos (artigo 509, 1, Ley de Enjuiciamiento Criminal). A incomunicabilidade durará somente o tempo necessário a evitar esses perigos e não poderá exceder a cinco dias, podendo este prazo ser prorrogado por uma vez se se tratar de terrorismo ou de organizações criminosas (artigo 509, 2). Não se admitirá que o preso faça ou receba qualquer comunicação, salvo se isto não frustrar os fins da prisão incomunicável (artigo 510, 3)” (CAMPOS, 2009, p. 2). Ressalte-se que a parte do Código de Processo Penal referente à incomunicabilidade do preso não foi recepcionada pela Constituição da República.

<sup>7</sup> “Por meio da denominada guarda à vista (*garde à vue*), por sua vez, o oficial de polícia poderá determinar, por necessidade de investigação, a prisão de qualquer pessoa suspeita de haver cometido ou tentado cometer uma infração penal. Nesse caso, o Ministério Público deverá ser cientificado da prisão, que não poderá durar mais de vinte e quatro horas, com possibilidade de ser prorrogada por igual período mediante autorização escrita do Procurador da República (artigo 63, CPP francês). Revelando preocupação com a necessidade de preservar a investigação, o legislador francês estabeleceu que a pessoa colocada em guarda à vista pode pedir para que seja informada da sua prisão a pessoa com quem resida ou um parente próximo; ressaltou, entretanto, que se o oficial de polícia considerar que esse pedido pode comprometer as investigações, negá-lo-á e comunicará esse fato ao Procurador da República, a quem caberá decidir sobre o acolhimento (artigo 63-2)” (CAMPOS, 2009, p. 2/3). A exemplo da *prisión incomunicada*, a *garde à vue* também se revela incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, notadamente no que tange ao direito do preso/detido de constituir advogado ou contatar familiar.

judiciária brasileira, que teria, supostamente, seus poderes reduzidos frente ao novo contexto constitucional, por conta da perda de algumas das suas principais prerrogativas, em especial o de prender para “averiguar”. Tendo em vista que na época da Ditadura Civil-Militar (1964-1985) era comum, na prática policial, a realização de prisões e de busca e apreensão sem a necessidade de autorização judicial, a investigação policial somente era realizada se o suspeito estivesse completamente à disposição da polícia. A escassez dos meios de prova da época fazia com que o investigado fosse o principal meio de prova. O que explica a forma em que fora vista (a extinção da prisão para averiguação) pelos setores policiais: como uma castração de suas prerrogativas. (LOPES JR, 2014, p. 901). “Contudo, os constituintes optaram por ‘legalizar’ a prisão para averiguações, chamando-a de temporária e agora com o aval de um magistrado” (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015, p. 240).

Frente ao novo texto constitucional e com a necessidade de superar as ilegais “prisões para averiguações”, usou-se de processo legislativo pelo qual a “lei da prisão temporária” entraria no ordenamento jurídico brasileiro, antecedida pela Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989, e que fora corroborada com a alteração da redação pela Lei nº 7.960 de 21 de dezembro do mesmo ano. O que merece atenção em relação aos limites materiais da medida provisória em sede de matéria processual penal (CHOUKR, 2018).

Com tal procedimento, edição de Medida Provisória, o Poder Executivo infringiu o disposto no art. 22, I, da Constituição Federal, posto que legislou sobre matéria penal ao criar um novo tipo penal na Lei nº 4.898 e processual penal. Assim, por meio de ato normativo incompatível (medida provisória), repita-se, inegavelmente inconstitucional, criou-se norma penal e processual penal manifestamente viciada, sendo que a posterior conversão da medida provisória em lei não é capaz de afastar o inequívoco vício de origem<sup>8</sup>. “Mas como os juízes e tribunais fizeram vista

---

<sup>8</sup> Também se destaca a ausência dos requisitos de urgência e relevância para a edição da medida provisória comentada acima, haja vista que o ordenamento jurídico já contemplava outras espécies de prisão cautelar.

grossa para essa grave inconstitucionalidade, a lei segue vigendo” (LOPES JR. 2014, p. 902).

Surgiram críticas ao ato do Executivo, na senda de que à Presidência da República não era permitido legislar, em especial no que se refere a matérias que ferem garantias individuais, como a liberdade. O Conselho Federal da OAB ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar (ADIMC nº 162) contra o Presidente da República, visando a declaração da inconstitucionalidade da Medida Provisória. O que fora rejeitado por oito votos a dois pelo Supremo Tribunal Federal<sup>9</sup>, que se manifestou pela constitucionalidade da Medida Provisória, a qual foi em seguida convertida na Lei nº 7.960/89. Prevaleceu o voto do relator Ministro Moreira Alves no posicionamento de que, salvo em situações excepcionais, não caberia ao Poder Judiciário o exame da relevância e da urgência de uma medida provisória (CAMPOS, 2009, p. 56).

Posteriormente, a Emenda Constitucional 32 de 2001 passou a vedar expressamente a utilização desse mecanismo processual legislativo para a normatização do Processo Penal, como também do Direito Penal e Processual Civil (CHOUKR, 2018).

Nada obstante a posterior vedação constitucional, abalizada doutrina ainda advoga a impossibilidade de manutenção dessa modalidade de prisão sob a alegação do vício de sua origem legislativa tendo a matéria chegado ao reconhecimento do STF por meio da ação direta de inconstitucionalidade e ali sido rechaçada mesmo antes da edição da emenda constitucional 32/2001, afastando-se as alegações de vício legislativo por outro fundamento (CHOUKR, 2018, p. 796)

De outro lado, analisando a exposição de motivos da Lei nº 7.960, de 1989<sup>10</sup>, esta pode ser vista como sendo um produto de comoção social, uma

---

<sup>9</sup> Importante observar que após a promulgação do Texto Constitucional em 1988, não se operou à mudança da composição da cúpula do Poder Judiciário, razão pela qual, boa parte dos ministros que participou do julgamento da ADIMC nº 162 era remanescente do período ditatorial civil-militar de 1964-1985, consoante SCHINKE (2016).

<sup>10</sup> “O clima de pânico que se estabelece em nossas cidades, a certeza da impunidade que campeia célere na consciência de nosso povo, formando novos criminosos, exigem medidas firmes e decididas, entre elas a da prisão temporária” (Exposição de motivos da Lei nº 7.960, de 1989).

vez surgira em meio ao movimento de Lei e Ordem, que tinha como objetivo o endurecimento de penas e das medidas que buscavam o cumprimento destas. Procurava-se satisfazer os anseios da sociedade, através de penas e tratamentos mais duros e severos aqueles que desobedecessem a regras impostas. Outro produto desse momento e que mostra a necessidade de imposição de medidas mais severas é a lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8072/90), que fora promulgada meses depois da Lei 7960/89 (MARTINS, 2019).

No mesmo sentido, LINO (2001, p. 43) destaca seu caráter de desigualdade, uma vez que a prisão temporária foi trazida ao Brasil quando se anunciava, com ampla cobertura midiática, a prática dos sequestros do publicitário Luiz Salles e do empresário Abílio Diniz:

Submetida a referida medida provisória à apreciação do Congresso Nacional e tendo em vista o término do prazo concedido à Comissão Mista para emitir parecer sobre a constitucionalidade e seu mérito, o Senador-Relator Meira Filho apresentou o Projeto Lei de Conversão n. 39/89 que, uma vez discutido, votado e aprovado, forneceu a redação da Lei n. 7.960/89, valendo registrar que a prisão temporária foi instituída no Brasil quando se noticiavam, mediante sequestro perpetrado contra o publicitário Luiz Salles (em 31 de julho de 1989, na cidade de São Paulo-SP) e o empresário Abílio Diniz (em 11 de dezembro de 1989, na cidade de São Paulo-SP). Não constitui novidade o endurecimento da legislação penal brasileira quando os crimes alcançam a elite socioeconômica. A desigualdade é notória. (LINO, 2001, p. 43)

Em apertada síntese, a prisão temporária foi aprovada em atendimento aos reclamos por políticas criminais do estilo “lei e ordem”, isto é, de procedência autoritária (precisamente fascista), consistente na exploração do medo social como justificativa para a expansão de normas penais draconianas, além da redução/limitação de garantias fundamentais aos indesejáveis (os não cidadãos ou os foras da lei, conforme STANLEY, 2018, p. 112).

Para SZNICK (1994, p. 485), o real objetivo da Prisão temporária foi o de fornecer à polícia o “maior alcance no que se refere às prisões, as chamadas prisões para averiguações, que eram ilegais, mas que a autoridade policial teimava em fazer e o Poder Judiciário a fechar os olhos como

se a mesma não existisse”. Este posicionamento também é compartilhado por SPONHOLZ e BREDA:

Parece indispensável a adoção da chamada prisão para averiguações (ou prisão temporária, na terminologia do Projeto de Código de Processo Penal), baixada por autoridade jurisdicional. A realidade demonstra que a prisão para averiguações existe, mesmo que não tolerada na justiça comum. (SPONHOLZ, BREDA, p. 150)

Trata-se, portanto, de um tipo de prisão cautelar que tem o objetivo de satisfazer o interesse da Polícia, sob o pretexto da imprescindibilidade da prisão de alguém para a investigação do inquérito, que na verdade ocorre é consentir que a Polícia possua o investigado. Ao contrário do que acontece na preventiva, onde o sujeito fica em um estabelecimento prisional e, caso a polícia deseje leva-lo para interrogatório ou para participar de algum ato de investigação, necessitará de autorização do juiz, a prisão temporária lhes concede ampla autonomia sob o investigado, até mesmo para que fique detido na própria delegacia de polícia (LOPES JR., 2014, p. 902).

Esse tipo de prisão visa permitir que a autoridade policial, diante da prática de um crime que esteja disposto na Lei n. 7.960/1989, não possuindo ainda elementos de prova que permitiram a prisão preventiva e na ausência de flagrante, permaneça com o investigado sob sua proteção e disposição, com o fim de proceder à coleta de demonstrativos de autoria e materialidade. (ZAGALLO, 2005, p. 83)

JORGE (2009) leciona no sentido de que, ao afirmar que a prisão é imprescindível para a investigação policial é afirmar a incompetência estatal em relação as atividades criminais que esta deveria cumprir, sem levar em conta o notório afrontamento ao princípio constitucional da presunção de inocência, devido processo legal e do contraditório.

Pode-se afirmar ainda, que não existe “qualquer lacuna a ser suprida que as prisões já existentes não sejam suficientes, principalmente porque o seu principal fundamento, que eleva a investigação policial como razão da própria prisão, é insustentável” (MOREIRA, 1996, p. 97).

Segundo MOREIRA (1996), a prisão temporária não possui o caráter instrumental das demais cautelares do processo penal, visto que, esta é prevista única e exclusivamente para utilização durante o inquérito policial, ou seja, quando ainda sequer existe um processo em curso, se mostrando uma verdadeira antecipação da pena.

POVOA (1996, p. 57) reforça ao dizer que “o resguardo das provas, elementos pessoais e situações durante o inquérito policial são de natureza administrativa, e não cautelar, pois ainda não há sequer perspectiva de decisão de mérito a ser assegurada”. E mais, que “a prisão temporária é uma medida judicial odiosa, provisória e de cunho administrativo, pois apesar de ser decretada judicialmente, seu caráter é nitidamente a um poder de polícia administrativo balizado pelo juiz”.

O que leva a crer que a prisão temporária, mesmo com outra roupagem, não deixa de ser uma prisão para averiguações, apenas vestida de outra forma (MOREIRA, 1996, p. 97).

A prisão temporária, instituída pela Lei 7.960, de 21.12.1989, e considerada, até um retrocesso, corresponde à antiga “prisão para averiguações”, objurgada pela doutrine; consubstanciando-se na regulamentação de abusiva prática policial de encarceramento de suspeito previamente à conformação de indícios de autoria da prática delituosa. (TUCCI, 2009, p. 215)

À guisa de conclusão parcial, a prisão temporária se coaduna com uma proposta autoritária de Direito Penal do Autor, que transcende à análise objetiva do fato praticado, abarcando subjetividades afetas ao suposto criminoso<sup>11</sup>. Noutros dizeres, pune-se ou se prende alguém pelo que ele é, não, apenas e exatamente, pelo que ele praticou. A prisão para averiguação foi amplamente utilizada para aqueles considerados vadios nos termos da malsinada Lei de Contravenções Penais, enquanto suspeitos principais pelo cometimento de outros delitos (RANGEL, 2015, p. 847).

---

<sup>11</sup> ZAFFARONI (2017, p. 246-253) observa que o Direito Penal nazista, notadamente a partir das construções teóricas de Erik Wolf (que concebia uma dupla tipicidade: objetiva e subjetiva, sendo que esta serviria para agravar a situação do apenado) e Dahm (que formulou uma tipicidade única objetiva-subjetiva capaz, inclusive, de levar à eliminação do injusto), estabeleceu um Direito Penal do Autor de viés normativo e não criminológico (etiológico).

## **2 A liberdade como exceção e o prejuízo ao *nemo tenetur se detegere***

Aponta-se o surgimento para o direito à não autoincriminação no processo penal a partir da Idade Moderna, como resposta à utilização da tortura contra acusados e testemunhas. Com o passar dos anos, muitos países consagraram essa garantia como insofismável direito fundamental em suas respectivas Constituições. Com isso, acusados, testemunhas, peritos, dentre outros podem negar-se “a responder a perguntas, a fornecer documentos ou a colaborar como peritos, para não se autoincriminarem, nem incriminarem aos seus familiares” (GRECO, 2010, p. 67)

O direito de defesa ou a garantia da ampla defesa possui a seguinte estrutura, segundo a doutrina:

A garantia da ampla defesa se divide em defesa técnica (pública) e autodefesa (privada). Esta é exercida pessoalmente pelo acusado (ou investigado), o qual, caso queira, pode declarar ou não sua versão dos fatos (interrogatório judicial ou extrajudicial), bem como, contribuir ou não com a atividade probatória (DIAS, 2016, p. 102).

Por sua vez, a autodefesa pode ser manifestada de forma positiva ou negativa pelo acusado ou investigado. A autodefesa positiva é basicamente exercida no ato do interrogatório judicial e se caracteriza pelo agir positivo do interrogado, por meio de declarações prestadas à autoridade judiciária, ministerial ou policial. Além do mais, o suspeito ou acusado pode fornecer material genético, datilográfico, participar de reconstituições e etc.

A autodefesa negativa se revela quando o investigado ou acusado se nega a colaborar com as investigações, justamente por não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, bem como quando se nega a fornecer declarações durante o ato de interrogatório judicial ou extrajudicial, permanecendo em silêncio.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* que, em tradução livre, dispõe que ninguém é obrigado a revelar-se, possui assento constitucional no artigo 5º, LXIII, quando estabelece que a pessoa presa será informada de

seus direitos, dentre os quais, o de manter-se em silêncio. Apesar de o Texto Constitucional se referir à pessoa que se encontra sob custódia do Estado, ainda que provisória, o Supremo Tribunal Federal há tempos estende a aplicação do princípio a toda e qualquer pessoa, independentemente de seu *status libertatis*.

Nos termos do Acórdão ementado, o Supremo Tribunal Federal aplica o artigo 5º, LXIII, da Constituição da República de forma abrangente, para reconhecer o direito ao silêncio à pessoa que não está presa:

[...] Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. "Nemo tenetur se detegere". Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal, e nesse direito ao silêncio inclui-se até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 68929, 1991).

Ademais, parte considerável da doutrina, valendo-se do disposto no artigo 8.2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que se volta a toda pessoa, não vê motivos para que o princípio que veda a autoincriminação se aplique tão somente a pessoa que se encontra presa (LOPES JR, 2014). A isso, acrescenta-se o disposto no artigo 186 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada após a reforma legislativa de 2008.

Referido princípio funciona, assim, ao mesmo tempo, como um direito fundamental da pessoa e ainda como “uma garantia: garantia da liberdade de autodeterminação do cidadão” (MELCHIOR; CASARA, 2013, p. 472).

O *nemo tenetur se detegere* é claramente um direito fundamental, seja pelo aspecto formal (positivação constitucional), seja pelo seu conteúdo (destinado à proteção da dignidade humana contra práticas

investigatórias abusivas e atentatórias aos direitos de primeira dimensão: liberdades civis e políticas).

QUEIJO (2012, p. 77) reconhece a natureza de direito fundamental do *nemo tenetur se detegere*, reforçando que ele almeja tutelar a pessoa humana contra abusos estatais, na seara da investigação preliminar, do processo penal e da execução penal, estando proibidas “violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações”.

Além de sua consagração no plano normativo interno, o direito à não autoincriminação também encontra guarida nos Tratados e Convenções Internacionais que versam sobre Direitos Humanos, principalmente aqueles reservados aos direitos processuais de defesa. Nesse diapasão, além da já mencionada Convenção Americana, vale citar o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6º).

Em matéria de Direitos Humanos, vige o diálogo entre as fontes normativas internas e internacionais, cujo resultado leva à complementariedade entre tais diplomas, sendo que referida integração é regida pelo princípio do *pro homine*, o qual, em síntese, prevê que eventuais omissões ou contradições sejam solucionadas com base na norma mais protetiva para os interesses da pessoa.

O princípio do *pro homine* encontra sustentação nas premissas da boa-fé (que pressupõe o respeito aos Tratados e Convenções pelo Estado que se dignou a ratificá-los) e da interpretação teleológica (no âmbito interno, deve-se criar condições de efetividade para o cumprimento dos Diplomas internacionais) GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 117.

Com essas observações, é seguro assentar que o princípio do *nemo tenetur se detegere* possui base jurídica tanto no campo interno, quanto internacional, “sendo considerado um direito humano fundamental, assente no princípio básico de que ninguém pode ser obrigado a testemunhar contra si próprio” (MACHADO; RAPOSO, 2009, p. 15).

As autoridades brasileiras ligadas ao Sistema de Segurança Pública e ao Sistema de Justiça Criminal devem, inapelavelmente, respeitar o direito fundamental que proíbe a autoincriminação sorrateira. Para tanto, sob pena de invalidade do ato, o sujeito passivo da investigação ou do processo deve ser cientificado pela autoridade responsável sobre a possibilidade de exercer o direito ao silêncio (ou de não colaborar, seja de que maneira, com a investigação da qual é alvo). Essa advertência é fruto de exigência constitucional, legal e convencional, devendo constar dos autos.

PRADO (2009) aduz que o direito de não constituir prova contra si mesmo não afasta a possibilidade de os órgãos de Segurança Pública ou de acusação alcançarem elementos de provas por outros meios, distantes de qualquer tipo de coação (como condução coercitiva ou prisão temporária). O que resta defeso é o uso de meios coercitivos contra o acusado para que ele forneça dados ou elementos capazes de incriminá-lo (a exemplo de material grafotécnico de próprio punho).

Vale observar que o direito ao silêncio é uma decorrência do próprio *nemo tenetur se detegere*, já que este, “além do direito ao silêncio, diz respeito às provas que dependam da cooperação do acusado para a sua produção” (LIMA, 2009, p. 179).

Segundo parcela da doutrina, ao adotar a regra que impede que alguém seja compelido a se autoprejudicar criminalmente, o Estado brasileiro adotou modelo divorciado do que se pode chamar de autoritário:

Oposto ao modelo autoritário está o modelo democrático, em que o indivíduo não perde sua condição de sujeito na relação processual. Ele não é o objeto da investigação, mas um ator em igualdade de condições com a parte acusatória. Aqui, a liberdade do indivíduo é anteposta aos interesses repressivos, tomando-se a garantia de não se autoincriminar como barreira intransponível na instrução probatória por parte da acusação. Por conseguinte, o sistema resultante será fundamentalmente garantista e, por isso, intimamente conectado aos pressupostos que estruturam o Estado Democrático de Direito (BOTTINO, 2009, p. 574).

Entretanto, há que se discordar do posicionamento de BOTTINO (2009), haja vista que mesmo com o advento da Constituição da República, poucos avanços foram obtidos no âmbito da persecução penal. “O impacto do autoritarismo, ao longo das últimas décadas, além de não permitir o desenvolvimento de uma consciência cívica, impediu uma adesão social aos valores democráticos” (PASTANA, 2009, p. 44). Prova disso é a própria convivência da prisão temporária com a Constituição da República e com todos os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos já absorvidos pelo ordenamento jurídico pátrio. Ademais, somente em 2018 foi reconhecida a incompatibilidade da condução coercitiva com a ordem constitucional e convencional pelo Supremo Tribunal Federal, conforme ADPF’S 395 E 444<sup>12</sup>.

Igualmente, a resistência ao cumprimento de institutos garantidores de direitos fundamentais em sede de persecução, quanto de processo penal, evidenciando um apego estrutural a um desenho de processo penal fundado na ideologia da defesa social, continua firme perante integrantes dos Sistemas de Justiça Criminal e de Segurança Pública. Nesse diapasão, refere-se à relutância em obedecer à Convenção Americana, mais precisamente no que tange às audiências de custódia (ROSA, 2019).

### **Considerações finais**

A presente pesquisa se debruçou sobre a existência e emprego da prisão temporária em sede de inquérito policial em pleno Estado Democrático e Constitucional, enquanto meio dedicado à prisão do investigado, e quando supostamente indispensável para o sucesso da investigação. O que por si só (ausência de informações ou a precariedade da investigação) já é suficiente para condenar a aplicação de referida prisão cautelar, que muitas vezes funciona “como antecipação punitiva em satisfação à sociedade dirigida pela mídia” (CABETTE, 1997).

---

<sup>12</sup> DIAS (2018) aduz que a condução coercitiva possui estreita vinculação ideológica com o diploma processual penal brasileiro aprovado em 1941. Segundo o autor, a condução coercitiva “que já era discutível à luz da indiscutível ofensa ao princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, passou a ser usada também como instrumento para inverter a preclusão constitucional e convencional de inocência” (p. 65).

A título de exemplo, o Judiciário do Estado de Minas Gerais decretou a prisão temporária de engenheiros e funcionários envolvidos no licenciamento da barragem edificada pela empresa Vale do Rio do Doce no Município de Brumadinho, antes mesmo do descobrimento das causas que levaram ao rompimento da referida barragem, em manifesto emprego midiático, espetacularizado e distorcido da prisão temporária (MORAES; VASSALO; MACEDO, 2019).

Destaca-se (e ao mesmo tempo se critica) o reconhecimento por parte de setores do Sistema de Justiça Criminal, em manifestações oficiais, de que as prisões cautelares são instrumentos indispensáveis para a obtenção de confissões dos detidos (CANÁRIO, 2014). Ao que parece, a leitura da confissão como “rainha das provas”, que deveria ter sido superada com as novas ordens constitucional e convencional, segue a orientar agentes públicos no Brasil.

Discorreu-se sobre a incompatibilidade desse decreto prisional provisório com o princípio do *nemo tenetur se detegere* que garante, para além do direito ao silêncio, a proibição de que alguém seja levada a autoincriminar-se. Com isso, apontou-se a possibilidade de que um regime, teoricamente democrático, admita institutos autoritários, verdadeiros empecilhos à concretização de um projeto político civilizado e humanizado.

Para além do seu insanável vício de origem, a prisão temporária reforça a ideologia de que o corpo do investigado pertence ao Estado, que deve ser acautelado, ainda que diante de investigações desprovidas de lastro probatório suficiente para a imposição de pena preventiva. Ainda, a prisão temporária não se desprende do Direito Penal do Autor, possibilitando que a persecução penal se volte para questões de ordem subjetiva, afastando-se do fato supostamente investigado.

É preciso investir em métodos mais avançados (civilizados) de investigação criminal, bem como evitar que práticas mofadas (prisão para averiguação) e institucionalmente violentas sigam em pleno vigor, ainda que com outras terminologias, negando a obediência a direitos

fundamentais. Não é através da violação a direitos humanos que se ganhará pontos no tão propalado combate à criminalidade.

## Referências

BOTTINO, Thiago. A doutrina brasileira do direito ao silêncio: o STF e a conformação do Sistema Processual Penal Constitucional. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs). **Processo Penal e Democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Lei n. 7.960, de 21 de dez. de 1989. **Dispõe sobre a prisão temporária**. Brasília: dez. 1989.

BRASIL, Jus. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no **Habeas Corpus** n. 68.929/SP. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ de 28-08-1992. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751543/habeas-corpus-hc-68929-sp>>. Acessado em: 04 abr 2016.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A prática perversa da prisão temporária. **Boletim do IBCCRIM**, n. 58. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/1368-A-pratica-perversa-da-prisao-temporaria](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/1368-A-pratica-perversa-da-prisao-temporaria)>. São Paulo: set. 1997. Último acesso 20 fev. 2019.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. A Prisão Temporária e a Justiça Federal. **Revista da EMERJ**, v. 12, n° 48, 2009.

CANÁRIO, Pedro. Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar. Publicado na Revista eletrônica do **Conjur** em 27 nov. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoes-preventivas-forcar-confissoes>>. Último acesso 20 fev. 2019.

CASARA, Rubens. R. R. **Estado Pós-democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. -2. Ed. -Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2018.

DIAS, Paulo Thiago Fernandes. As garantias da ampla defesa e do contraditório: uma necessária leitura constitucional e convencional contra o arbítrio no processo penal. In: GIACOMOLLI, Nereu José; SCHNEIDER, Nathalia Beduhn; SCARTON, Carolina Llantada Seibel (Orgs). **Processo Penal Contemporâneo em Debate**. Florianópolis: Emporio do Direito, 2016.

DIAS, Paulo Thiago Fernandes. A condução coercitiva de investigado versus presunção de inocência: o autoritarismo processual penal ainda insepulto no Brasil pós-Constituição de 1988. In: WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Meios de obtenção de prova no processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GESSINGER, Humberto. Além dos outdoors. In: HAWAII, Engenheiros. **A revolta dos dândis**. Rio de Janeiro: RCA, 1987. Faixa 7. CD.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito supraconstitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Leonardo. Limitações probatórias. In: NETTO, Fernando Gama de Miranda; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. **Direito Processual em Debate**. Niterói: Editora da UFF, 2010.

JORGE, Carlos Augusto. **Inconstitucionalidade das prisões temporárias no bojo do inquérito policial sem a formação de culpa ou do devido processo legal**. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/33053/2>. Acesso em fevereiro de 2019.

LIMA, Marcellus Polastri. **As provas vedadas no processo penal brasileiro**: vedação de produção e eventual possibilidade de sua utilização. In: AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

LINO, Bruno Teixeira. **Prisão Temporária**: lei n. 7.960 de 21 de dezembro de 1989. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Jónatas E. M.; RAPOSO, Vera L. C. O direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**. Porto Alegre: ano 3, nº 8, p. 13-47, jul./set. 2009.

MARTINS, Alberto André Barreto. Adequação da prisão temporária ao princípio constitucional da presunção de inocência. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: < [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6866](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6866) >. Acesso em fev 2019.

MELCHIOR, Antonio Pedro; CASARA, Rubens R R. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica, vol. I: conceitos fundamentais**. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

MORAES, Igor; VASSALO, Luiz; MACEDO, Fausto. Leia a decisão que prendeu cinco pelo mar de lama em Brumadinho. Publicado no caderno de Política do sítio eletrônico do jornal **Estadão** em 29 jan. 2019. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/leia-integra-da-decisao-que-decretou-prisao-de-engenheiros-por-barragem-de-brumadinho/>>. Último acesso 20 fev. 2019.

MOREIRA, David Alves. **Prisão provisória**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

POVOA, Liberato. **Prisão temporária**. Curitiba: Juruá, 1996.

PRADO, Geraldo. O direito por quem o faz: o princípio do *nemo tenetur se detegere*. **Boletim do IBCCRIM**. São Paulo: n. 204, novembro/2009. Disponível em: < [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/3987-O-DIREITO-POR-QUEM-O-FAZ-O-principio-do-nemo-tenetur-se-detegere](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3987-O-DIREITO-POR-QUEM-O-FAZ-O-principio-do-nemo-tenetur-se-detegere) >. Último acesso 20 fev. 2019.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

ROSA, Alexandre Moraes da. Quando os juizes não querem fazer audiência de custódia?. Publicado no sítio eletrônico **Justificando** em 20 fev. 2019. Disponível em: < <http://www.justificando.com/2019/02/20/quando-os-juizes-nao-querem-fazer-audiencia-de-custodia/>>. Último acesso 20 fev. 2019.

SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e autoritarismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SPONHOLZ, Oto Luiz. BREDÁ, Antônio Acir. Aspectos processuais da reforma da lei de segurança nacional. **Revista de informação legislativa**, v. 15, n. 59, p. 149-152, jul./set. 1978. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181168>>. Acesso em fev 2019

STANLEY, Jason. **Como funciona o Fascismo**: a política do “nós” e “eles”. Porto Alegre: L&PM, 2018.

SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. São Paulo: Universitária de Direito, 1994.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZAFFARONI, E. Raúl. **Doctrina penal nazi**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2017.

ZAGALLO, Rogério Leão. **Prisão provisória**: razoabilidade e prazo de duração. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

## **Análise sobre a (in)constitucionalidade do trabalho intermitente**

*Helena Kugel Lazzarin* ♦

*Gabriella Santos Paines* ♦♦

### **Introdução**

O presente trabalho tem como objetivo apresentar o trabalho intermitente, verificando sua (in)constitucionalidade. Para isso, primeiramente, serão analisadas questões relativas à modalidade contratual, como a jornada de trabalho e à (não) garantia ao salário mínimo. E, em um segundo momento, os motivos pelos quais se pode entender o trabalho intermitente como forma de precarização em detrimento da classe trabalhadora serão analisados, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. A pesquisa é de cunho bibliográfico e utiliza autores nacionais e internacionais, bem como leituras e pesquisa em livros, artigos, sites oficiais e legislação nacional e internacional.

---

♦ Advogada no Escritório Lazzarin Advocacia Previdenciária. Bacharel em Direito e Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUCRS. Mestre em Direito pela UNISINOS. Doutoranda em Direito na UNISINOS. Integrante do Núcleo de Direitos Humanos da UNISINOS. Professora Convidada da FEMARGS, do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da UNISINOS e do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da PUCRS.

♦♦ Advogada no Escritório Pantoja e Caon Advogados. Bacharel em Direito e Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUCRS.

## 1 Trabalho intermitente: considerações iniciais

O *contrato de trabalho intermitente* é uma das novas modalidades contratuais instituída com a “Reforma Trabalhista” (Lei nº 13.467/2017). Na Consolidação das Leis do Trabalho, foi incluído o artigo 443, *caput* e § 3º, que expressa:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

[...]

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

A inclusão da nova modalidade contratual foi justificada, segundo o Poder Público, pela tentativa de formalizar os trabalhos informais – permitindo, desse modo, que empresas contratem trabalhadores, formalmente, para que realizem trabalhos de maneira intermitente, sendo remunerados por hora laborada (DA LAPA, 2018, p. 259). A nova modalidade prevista no ordenamento jurídico tem sua origem nos chamados *zero-hour contract*, contratos ultraflexíveis, existentes no Reino Unido (FRANCO FILHO, 2018, p. 118). No entanto, destaca-se que o contrato intermitente existe, também, em diversos países europeus, como França, Portugal, Itália, Alemanha, etc. A regulamentação, contudo, nestes países, mostra-se diferente da regulamentação brasileira, na medida em que estes estabelecem limitação de jornada, entre outras restrições que não foram observadas pela Lei nº 13.467/2017 (PINHEIRO, 2018, p. 132).

O trabalho intermitente caracteriza-se, sobretudo, pela alternância entre períodos de labor e períodos de inatividade. Faz-se necessário destacar que, ao contrário do previsto em outros regimes – como o regime de sobreaviso, por exemplo –, nesta modalidade não há qualquer

contraprestação pelo período de inatividade. Essa característica é contrária ao disposto no artigo 4º da própria Consolidação das Leis do Trabalho, o qual prevê: “Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.”.

Além da referida contradição, existem diversos outros problemas vinculados à modalidade contratual. Por exemplo, existe *incompatibilidade entre o trabalho intermitente e os próprios elementos constitutivos da relação de emprego*: alteridade (na medida em que o empregado não permanece à disposição com recebimento de salário, e é chamado ao serviço conforme demandas empresariais que não controla); subordinação (pois o empregado intermitente conta com a prerrogativa jurídica de não acatar o chamamento ao serviço); pessoalidade (porque o trabalho pode ser executado por diversos funcionários, concorrentes na convocação); onerosidade (na medida em que o salário deixa de abarcar o valor global da relação contratual e passa a corresponder ao singelo número de horas efetivamente trabalhadas); e não eventualidade (visto que o trabalho de um empregado que é chamado sem qualquer previsibilidade dificilmente se adéqua à ordem conceitual de não eventualidade) (TRINDADE, 2018, p. 159-161).

Outro problema vinculado ao trabalho intermitente – e talvez o principal deles – é a *incerteza* que paira sobre o trabalhador. Neste contrato, os papéis da relação invertem-se, sendo o trabalhador aquele que arca com os riscos da atividade econômica. Há a incerteza quanto à contraprestação salarial, uma vez que a realização do labor depende do chamado pelo empregador, assim como há incerteza quanto à jornada de trabalho que será executada – o que configura afronta aos princípios inerentes ao Direito do Trabalho, bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana (AIDAR, 2017, p. 145).

Verifica-se, portanto, a urgente necessidade de analisar a constitucionalidade deste contrato, especialmente no que diz respeito à jornada e ao salário – questões que serão enfrentadas nos tópicos seguintes.

## 2 Jornada de trabalho e garantia ao salário mínimo

Conforme Maurício Godinho Delgado (2017, p. 154), o trabalho intermitente rompe com dois direitos e garantias justtrabalhistas importantes, pertencentes à estrutura central do Direito do Trabalho: a noção de duração do trabalho (e de jornada) e a noção de salário.

### 2.1 A duração do trabalho

No trabalho intermitente, conforme referido, a jornada é variável, podendo o contrato prever a prestação de apenas duas horas, por exemplo, ou alcançar o limite diário de oito horas (PETTRI, 2018, p. 23). Ocorre que o trabalhador intermitente, visando a majoração de sua renda, bem como garantir-se para possíveis períodos sem chamados, poderá trabalhar para diferentes empregadores, intercalando turnos, e poderá trabalhar, inclusive, em finais de semana e feriados – sem ter a possibilidade de receber o adicional de horas extras, tendo em vista que tratam-se de empregadores diferentes (GARCIA, 2018, p. 145).

Desse modo – e tendo-se em vista, especialmente, a insegurança salarial que paira sob esta modalidade contratual –, o trabalhador intermitente possivelmente buscará prestar serviços para diversos empregadores, laborando, por vezes, de segunda a segunda, sem usufruir de seus descansos semanais remunerados, feriados e férias – uma vez que este tem direito a férias quando finalizado um período de doze meses laborado para um mesmo empregador, o que não o impede de trabalhar para outros empregadores no período (DA SILVA, 2017, p. 131).

Ocorre que o descanso e o lazer estão intrinsecamente ligados à saúde do trabalhador. E o *direito à saúde* configura-se *direito constitucional*; a supressão do descanso fere este Direito Fundamental do trabalhador. Destaca-se que o artigo 6º da Constituição Federal coloca o trabalho e o lazer lado a lado, apontando a importância de igual nível que os dois possuem.

Ainda, faz-se importante ressaltar a positivação do direito ao lazer em convenções internacionais, como a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), a qual estabelece que “todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.”.

Compreende-se como tempo de descanso ou lazer aquele destinado à recuperação da força de trabalho, integridade física e mental, bem como ao convívio social e familiar. A proteção à saúde do trabalhador engloba, desse modo, não só a saúde física do indivíduo, mas também psíquica, o seu direito à vida.

Diante da positivação do direito ao lazer na Constituição Federal e nos documentos internacionais, deve o Estado visar sua garantia, a fim de proporcionar ao trabalhador condições de vida suficientemente dignas. Nessa esteira, Almiro Eduardo Almeida e Valdete Souto Severo (2014, p. 26) relacionam o direito ao descanso – e o consequente direito à saúde – com o respeito à dignidade da pessoa humana:

O tempo de vida não pode ser utilizado para servir ao outro, na condição de objeto. Nosso tempo não nos serve exclusivamente, mas, sim, a toda a humanidade. Devemos ter, portanto, seja como indivíduo, seja como sociedade, compromisso com o uso adequado desse tempo de vida, evitando que o sistema que elegemos o aniquile.

O Direito a desconexão, como expressão do respeito à dignidade da pessoa humana, procura resgatar essa afirmativa, aceita de modo unânime em nível teórico e diariamente desrespeitada na prática das relações de trabalho.

A Reforma Trabalhista, ao estabelecer um contrato como o intermitente, precariza ainda mais o direito à desconexão e à saúde do trabalhador, reforçando o seu desrespeito. É necessário que se compreenda que a limitação da jornada é condição para que se obtenha saúde, considerações ignoradas pela Lei nº 13.467/2017 (PINHEIRO, 2018, p. 133).

Conforme Almiro Eduardo Almeida e Valdete Souto Severo (2014, p. 19):

A limitação do tempo de trabalho e, portanto, sob a perspectiva inversa, o respeito ao direito à desconexão, são garantias tanto para quem trabalha quanto para quem emprega a força de trabalho, ou mesmo para a própria sociedade. Uma sociedade de indivíduos que trabalham em tempo integral e não conseguem ler, passear, brincar, amar, é uma sociedade doente e sem perspectivas de verdadeira melhoria das condições sociais.

Limitar a jornada de trabalho, dessa forma, faz-se primordial para a proteção do trabalhador; é indispensável para que se mantenha sua higiene física e mental, não o prive de exercer sua interação social e proporcione a devida desconexão. Assim, não se pode considerar constitucional um contrato que imputa ao empregado o ônus do negócio. É dever do Estado tutelar o direito do trabalhador de usufruir de pleno descanso, de condições de saúde laborais adequadas.

## 2.2 Garantia Constitucional ao Salário Mínimo

A Constituição Federal apresenta, em seu artigo 7º, os direitos inerentes aos trabalhadores. Entre eles encontra-se o *direito ao salário mínimo adequado*, capaz de atender às necessidades vitais mínimas do indivíduo, bem como de sua família, como alimentação, moradia, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, etc. Neste sentido, expressa Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz (2010, p. 48):

O salário deve estar balizado dentro de limites objetivos no sentido de atender à proporcionalidade entre a força-trabalho e o resultado produzido. A necessidade é, na verdade, a maior característica do salário, porque toda pessoa trabalha como empregado para suprir as suas necessidades vitais. O trabalhador dispõe-se à atividade como meio de sua sobrevivência e de sua família.

Infere-se que a dignidade da pessoa humana está intrinsecamente ligada ao mínimo existencial que deve ser garantido ao indivíduo: o salário que possa permitir ao trabalhador a certeza de que será capaz de cumprir com suas dívidas fixas ao final de um mês. Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 110):

Os direitos sociais de cunho prestacional (direitos a prestação fáticas e jurídicas) encontram-se, por sua vez, a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à garantia de uma existência com dignidade, constatação esta que, em linhas gerais, tem servido para fundamentar um direito fundamental (mesmo não expressamente positivado, como já demonstrou a experiência constitucional estrangeira) a um mínimo existencial, compreendido aqui – de modo a guardar sintonia com o conceito de dignidade proposto nesta obra – não como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso do mínimo vital) mas, mais do que isso, uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável como deflui do conceito de dignidade.

Ocorre que, no contrato de trabalho intermitente, o obreiro não possui certeza alguma do recebimento de cunho alimentar, uma vez que depende do chamado do empregador para que possa executar seus serviços. Há a incerteza de que consiga trabalhar o mínimo para se manter.

Conforme Américo Plá Rodrigues (2002, p. 85), o propósito do Direito do Trabalho é nivelar a desigualdade que as relações laborais possuem. Nesse sentido, pode-se inferir que, ao contemplar a tutela salarial do trabalhador, se busca, em verdade, o direito humano à vida, a incolumidade física e funcional, inclusive mental e psíquica, garantindo a este uma vida digna.

Portanto, é de suma importância garantir ao obreiro, principalmente ao intermitente, o mínimo que assegure a sua dignidade tanto como trabalhador, quanto como pessoa humana. Da maneira como a legislação encontra-se disposta, esta gera ao empregado extrema insegurança, prejudicando sua saúde física e psíquica.

A não garantia ao salário mínimo afronta os dispositivos da Constituição Federal. Faz-se necessária, portanto, a revisão da lei na forma atual que se encontra, para que o trabalhador intermitente seja capaz de efetuar seu labor de forma plena, que o dignifique, sendo dever do Estado garantir a este o mínimo existencial que lhe devolva saúde mental e segurança no desempenho de seus compromissos pessoais.

### **3 O impacto social do trabalho intermitente: uma afronta à dignidade do trabalhador**

Conforme referido anteriormente, o *direito ao trabalho* é apresentado no artigo 6º da Constituição Federal. Trata-se de um direito social, inserido no Título II, o qual trata dos Direitos e Garantias Fundamentais. Além do artigo exposto, no decorrer do texto constitucional é possível encontrar disposições sobre o “trabalho” em diversos outros artigos, como o artigo 5º, inciso XIII, artigo 7º, artigo 170, caput e inciso VIII, etc. Nessa linha, não restam dúvidas de que a atual Constituição Federal representa um marco na consolidação dos direitos dos cidadãos, tendo o Estado como interventor para que as mesmas efetivem-se e, com isso, os direitos mínimos inerentes tanto à pessoa quanto ao trabalhador, alicerçados no princípio da dignidade humana, sejam garantidos.

A contribuir com essa noção de garantias ligada à pessoa humana em um estado democrático de direito, Arion Sayão Romita (2015, p. 51) busca elencar os pilares nos quais o direito deve se sustentar enquanto fundamental. Assim expõe:

[...] pode-se definir direitos fundamentais como os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça. Este é o núcleo essencial da noção de direitos fundamentais, aquilo que identifica a fundamentalidade dos direitos.

A propósito, ensina Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 46) que os Direitos Fundamentais surgiram como direitos dos indivíduos frente ao Estado, delimitando uma zona de defesa entre o indivíduo e o poder estatal, formando uma esfera de autonomia em face ao poder do Estado. Nesse mesmo sentido, explica o autor, serem os Direitos Sociais não mais direitos negativos, os quais inferem uma zona delimitada de atuação do Estado, mas sim, direitos por intermédio do Estado, os quais garantem ao indivíduo, por meio do poder estatal, usufruir de prerrogativas sociais a eles

inerentes, tais como a assistência ao trabalho. Sendo assim, nota-se que os Direitos Fundamentais completam os Direitos Sociais e, portanto, adentram na esfera do Direito do Trabalho visando à aplicabilidade das garantias inerentes aos trabalhadores.

Ante as diversas mudanças que ocorreram na construção da Constituição Federal de 1988, percebe-se que, quanto aos direitos dos trabalhadores, a mesma busca ampará-los, resguardando os direitos inerentes a eles. Pode-se apontar a redução da jornada de trabalho para 44 horas semanais, o valor da hora-extra em um adicional de, no mínimo, 50%, a igualdade presente na admissão, sendo vedada a discriminação de qualquer ordem, os intervalos intra e interjornadas, a proteção contra a despedida arbitrária, a garantia de um salário mínimo, entre outros exemplos de garantias protecionistas contíguas aos trabalhadores. Nota-se, por conseguinte, que a Constituição objetiva a proteção do empregado, bem como a manutenção dignidade da pessoa humana, através do estabelecimento dos Direitos Fundamentais.

Nessa perspectiva, faz-se necessário que as relações de trabalho sejam delimitadas, para que se possa assegurar a efetividade dos Direitos Fundamentais alicerçados ao princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo, assim, o mínimo necessário ao resguardo do trabalhador. Portanto, não se pode desprezar que o Direito do Trabalho foi estabelecido com o intuito de proteger o empregado, elo mais frágil da relação empregatícia e, para tanto, busca através da limitação da autonomia privada individual, da delimitação dos poderes do empregador e da instituição de um sistema de tutela dos direitos do trabalhador fazer com que a disparidade seja atenuada (GÓES, 2009, p. 28).

Nessa esteira, visando à proteção das garantias inerentes ao trabalhador, deve-se, primeiramente, garantir a ele o mínimo existencial, tal qual um salário mínimo digno, limitação de jornada de trabalho, garantia de contraprestação salarial, diminuição dos riscos que lhe venham a ser imputados por força da Reforma Trabalhista, em especial no que tange ao contrato intermitente.

A saber, o Direito do Trabalho funda-se na proteção do trabalhador, pois o mesmo nasceu devido às grandes mudanças no quadro social, fruto da luta de classes, bem como a ascensão do movimento operário e, portanto, visa a inserção digna dos trabalhadores no mercado de trabalho, conjuntamente com a atuação do Estado, com alicerces nos Direitos Fundamentais e na dignidade da pessoa humana, buscando, conforme apresenta Maurício Góes (2009, p. 32), estabelecer patamares máximos de exploração e garantias mínimas que resguardem a dignidade do trabalhador também como pessoa.

Desse modo, uma vez que o artigo 7º da Constituição Federal garante ao empregado um salário mínimo que suporte suas despesas básicas, abre-se precedente para a atuação dos princípios fundamentais em sua concretização. Razão pela qual a garantia a contraprestação salarial mínima deve ser o alicerce da aplicabilidade dos Direitos Fundamentais no âmbito do Direito do Trabalho. Ademais, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana ramifica-se ante aos Direitos Fundamentais, acaba por ter sua observância ressaltada nas relações de emprego e, com isso, passa-se a buscar os efeitos dessa soma ao regime de origem desse estudo.

Para tanto, Arion Sayão Romita (2015, p. 220) observa que a função primordial dos Direitos Fundamentais consiste em respeitar a dignidade da pessoa humana, bem como que o conceito central da mesma constitui fundamento na teoria dos direitos dos indivíduos. Acrescenta que a dignidade da pessoa humana constitui uma barreira a qual, mesmo em casos em que há limitação ao exercício dos Direitos Fundamentais, não comporta restrições.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se previsto na Constituição Federal no artigo 1º, inciso III, a qual, entre outros princípios, o enaltece ao patamar de princípio fundamental e, diante disso, deve ser protegido pelo Estado que, através da sua capacidade de atuação, necessita criar formas para garantir sua eficácia e promoção. Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 58) refere, neste sentido:

Como tarefa (prestação) imposta ao estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quando objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente ( a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial, ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para outro, do concurso do Estado ou da comunidade ( este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade), constatação esta que remete a uma conexão com o princípio da subsidiaridade, que assume uma função relevante também neste contexto.

Ressalta-se que esse direito se encontra ao lado da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (incisos II e IV), razão pela qual a proteção do trabalho e da dignidade humana, inseridos como valores fundamentais, devem ser valorados dentro do Estado Democrático de Direito. Ademais, faz-se preciso destacar que a dignidade da pessoa humana transcende a todos os ramos jurídicos, sobretudo ao Direito do Trabalho, uma vez que serve como tutor do empregado. Portanto, tendo em vista que o trabalho se configura como Direito Fundamental, o mesmo deve sempre ser associado ao princípio da dignidade humana.

A Constituição Federal busca, em seu texto inicial, resguardar os princípios fundamentais e, entre eles, também, o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, percebe-se que a Constituição Federal não institui os Direitos Fundamentais como meros direitos, mas sim os enaltece ao ponto de princípios de valor supremo, uma vez que neles encontram-se os pilares para a aplicabilidade de toda a Constituição e a mesma busca garantir que os direitos inerentes a pessoa humana sejam sempre acolhidos em seu corpo, utilizando, para isso, desses direitos como fonte.

A força protetiva aplicada à dignidade da pessoa humana vai de encontro à tarefa prestacional que Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 58) defende:

Como tarefa (prestação) imposta ao estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente,

quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo, portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial, ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para outro, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade).

É de suma importância ressaltar que nas decisões proferidas pelos Tribunais, busca-se defender os direitos intrínsecos do ser humano e impor ao Estado a função de garantidor da proteção das minorias, buscando conferir a pessoa humana o nível máximo protecional e, com isso, garantir que seus direitos não sejam perdidos, mas sim, sempre preservados e reparados.

Por conseguinte, tem-se que a função central do Direito do Trabalho está em garantir aos trabalhadores melhores condições sociais de trabalho, para que se possa garantir à pessoa do trabalhador a dignidade inerente a toda a pessoa humana. Para tanto, a Constituição, como alicerce do direito obreiro, desempenha função essencial na valorização do indivíduo enquanto trabalhador, elevando, conforme referido, a dignidade da pessoa humana ao patamar de Direito Fundamental constitucionalmente resguardado.

Nesse sentido, busca o Direito do Trabalho, aliado ao poder Estatal, propiciar aos cidadãos e aos trabalhadores as garantias a eles inerentes. Para tanto, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 58) entende que concebe a dignidade simultaneamente como limite e tarefa dos poderes estatais, da comunidade em geral, de todos e de cada um. A dignidade da pessoa humana tem, portanto, uma dupla dimensão. De um lado, é vista como algo inerente ao ser humano, que não pode ser alienado ou perdido, representando um limite à atuação do Estado e da comunidade. De outro, também é algo que necessita da proteção por parte da comunidade e do Estado.

Sendo assim, torna-se claro que a dignidade da pessoa humana é um dos pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser considerado princípio norteador das relações laborais. Uma vez

que o Direito do Trabalho integra o rol dos Direitos Sociais e os mesmos compreendem-se entre os Direitos Fundamentais, é notório que esse ramo do direito certamente deve ser repousado sobre a dignidade da pessoa humana.

Diante dessa perspectiva, tem-se que o princípio da dignidade da pessoa humana aplica-se ao Direito do Trabalho como fonte (SARLET, 2012, p. 86-87) e faz-se necessária à proteção do trabalhador que é o elo mais frágil da relação empregatícia, razão pela qual o Direito vem para resguardar a dignidade, garantir condições de trabalho dignas e propiciar que suas prerrogativas Constitucionais sejam executadas de forma satisfatória. A fim de colaborar com esse aspecto, Américo Plá Rodrigues (2002, p. 56) aduz que “o Direito do Trabalho necessita apoiar-se em princípios que supram a estrutura conceitual, assentada em séculos de vigência e experiência possuídas por outros ramos jurídicos.” Assim, infere-se que o princípio da dignidade da pessoa humana caminha conjuntamente com as mudanças da sociedade e, portanto, muitas vezes, torna-se a frente da lei positivada.

Desta forma, mediante a eficácia conferida, o princípio da dignidade constitui a base fundamental da proteção nuclear dos Direitos Fundamentais, impondo, assim, uma barreira contra qualquer restrição que venha a atacar esses direitos, inclusive frente ao próprio Estado. Nessa esteira, por ser a dignidade da pessoa humana um valor supremo, a mesma precisa da tutela do Estado, conforme apresenta Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 58), uma vez que deve atuar como garantidor da tutela de eficácia, resguardando a atuação desse direito supremo.

Portanto, resta claro que o Direito do Trabalho alicerça-se nos Direitos Fundamentais e tem como pilar a dignidade da pessoa humana, buscando, assim, a garantia de condições mínimas que proporcionem ao trabalhador o devido respeito pela sua integridade física, personalidade e, principalmente, sua saúde enquanto trabalhador.

Nesta esteira, depreende-se que o contrato intermitente fere o trabalhador enquanto pessoa, afrontando o princípio da dignidade humana

quando não tutela a saúde do trabalhador, quando lhe tolhe a certeza de um mínimo existencial e quando não o preserva, expondo-o a extensas jornadas de trabalho, ou a incerteza de labor. Assim, o contrato intermitente fere os Direitos Fundamentais dos trabalhadores, assim como o princípio da dignidade humana, ceifando do trabalhador a tutela de seu direito, o tirando do papel de elo mais frágil da relação.

Conforme Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz (2010, p. 127), so-negar direitos é retirar do indivíduo a sua verdadeira condição de postular uma vida satisfatória em toda a sua integralidade. A pessoa humana deve ser o sujeito central do desenvolvimento econômico; e o centro do Direito do Trabalho deve residir na luta pelo reconhecimento e aperfeiçoamento da condição humana do trabalhador no ambiente laborativo. Resta evidente, portanto, a necessidade de análise – e reformulação – do contrato intermitente que, tal como está, configura-se como uma afronta à dignidade da pessoa humana, transgredindo os Direitos Fundamentais. Um contrato que não tutela o trabalhador nada mais é do que um contrato vazio, que se contrapõe aos preceitos mais básicos da Lei Trabalhista, sendo, portanto, inconstitucional.

### **Considerações finais**

Verifica-se que o contrato de trabalho intermitente, nos moldes estabelecidos pela Reforma Trabalhista, carece de muitas regulamentações, na medida em que viola direitos constitucionais dos trabalhadores, assim como afronta a normativa internacional que trata sobre o tema. Em virtude, especialmente, da não limitação da jornada de trabalho e da não observância do salário mínimo, a modalidade contratual mostra-se inconstitucional.

O trabalho intermitente mostra-se contrário ao que preconiza o princípio da dignidade da pessoa humana – e, destaca-se, *agrava a situação desigual*, ou seja, contribui para a segregação destes trabalhadores, violando as normas constitucionais e internacionais que versam sobre

garantias mínimas. Assim, o cenário de desigualdade existente, sobretudo àquele relativo aos trabalhadores intermitentes, demonstra a (urgente) necessidade de recuperar a lógica – quebrada – do Direito do Trabalho, de proteção daqueles que se encontram em histórica posição de desvantagem social.

## Referências

- AIDAR, Letícia. *Trabalho Intermitente*. In: AIDAR, Letícia. RENZETTI, Rogério. DE LUCA, Guilherme (Orgs.). *Reforma Trabalhista e Reflexos no Direito e Processo do Trabalho*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2017.
- ALMEIDA, Almiro Eduardo. SEVERO, Valdete Souto. *Direito à Desconexão nas Relações Sociais de Trabalho*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2014.
- BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2019.
- BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2019.
- DA LAPA, Antonio Neto. KERTZMAN, Ivan. *Curso Prático de Direito do Trabalho*. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- DA SILVA, Homero Batista Mateus. *E agora, Tarsila? Dilemas da Reforma Trabalhista e as Condições do Mundo de Trabalho*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. *Trabalho Intermitente*. In: MIESSA, Elisson. CORREA, Henrique (Orgs.). *A Reforma Trabalhista e seus Impactos*. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma Trabalhista: análise crítica da Lei 13.467/2017*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

GÓES, Maurício de Carvalho. *A Equiparação Salarial como Instrumento Garantidor da Isonomia nos Contratos de Emprego*. 1ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho Bifano. *O Direito Fundamental ao Salário Mínimo Digno: uma análise à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. 22 mar. 2019.

PETTRI, Gleibe. *Trabalho Intermitente na Prática – conforme a reforma trabalhista*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2018.

PINHEIRO, Iuri Pereira. *Contrato de Trabalho Intermitente*. In: MIESSA, Elisson. CORREA, Henrique (Orgs.). *A Reforma Trabalhista e seus Impactos*. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de Direitos do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2002.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TRINDADE DE SOUZA, Rodrigo. *Trabalho Intermitente*. In: SEVERO, Valdete Souto (Org.). *FEMARGS: 25 Anos de História*. Porto Alegre: HS Editora, 2018.

## Considerações sobre o Direito Fundamental à liberdade de expressão e a diferenciação da sociedade

*Douglas Cunha Hassan Ribeiro* ♦

### Introdução

O direito fundamental à liberdade de expressão é gênero que inclui diversas liberdades específicas, como liberdade de manifestação de pensamento, liberdade artística, liberdade de imprensa, liberdade de consciência, entre outras.

A liberdade de expressão relaciona-se intimamente com a comunicação. Nesse aspecto, é interessante identificar que, para a teoria dos sistemas sociais autopoieticos – que servirá de base para o presente artigo –, a comunicação é sociedade, de tal modo que a ela é o único elemento genuinamente social. Assim, em termos autopoieticos sistêmicos, é a comunicação que comunica, sendo ela que constrói o social. Daí por que é de grande importância o direito fundamental à liberdade de expressão na sociedade.

Ainda, como direito fundamental, o direito à liberdade de expressão serve para limitar tendências expansivas de sistemas funcionais. Com efeito, na atualidade, a sociedade é funcionalmente diferenciada, não se podendo mais falar em um único centro da sociedade. E os direitos fundamentais também têm como função a preservação de comunicações diferenciadas e, por corolário, da diferenciação da sociedade.

---

♦ Doutorando em Direito Público (Unisinos). Mestre em Direito e Sociedade (Unilasalle). Especialista em Direito Tributário (Ufgrs). Advogado.

É nesse contexto que se verá que o direito fundamental à liberdade de expressão tem como expectativa normativa a de evitar a tendência expansiva, especialmente – mas não apenas –, do sistema da Política, o qual, historicamente (no período da ditadura militar no Brasil) e, por vezes, atualmente, censura ou limita a liberdade de expressão dos cidadãos.

Outrossim, com vistas a destacar a relevância desse direito fundamental, serão analisados os movimentos de protestos na sociedade como forma de exercer o direito à liberdade de expressão e de reassertar a negação na sociedade, de maneira a estimular a variação dos sistemas sociais e, pois, a sua evolução.

### **1 Direito fundamental à liberdade de expressão e a comunicação (sociedade)**

O direito fundamental à liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais reconhecidos como mais preciosos e relevantes, de modo a corresponder a uma das mais antigas reivindicações humanas, razão por que integram as normas constitucionais desde a primeira fase do constitucionalismo moderno (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 441).

Na Constituição brasileira de 1988, encontram-se vários dispositivos que protegem a liberdade de expressão, incluindo-se diversas liberdades específicas abrangidas pelo direito à liberdade de expressão, como se percebe do art. 5º e seus incisos IV, IX, XIV, art. 206 e seu inc. II e art. 220, *caput*, e seu parágrafo segundo, todos da Constituição Federal.

Portanto, o direito à liberdade de expressão é considerado gênero de outras espécies dentro da própria Constituição de 1988: “Para uma compreensão geral das liberdades em espécie que podem ser reconduzidas à liberdade de expressão (gênero), (...) é possível apresentar o seguinte esquema: (a) liberdade de manifestação do pensamento (incluindo a liberdade de opinião); (b) liberdade de expressão artística; (c) liberdade de ensino e pesquisa; (d) liberdade de comunicação e de informação

(liberdade de ‘imprensa’); (e) liberdade de expressão religiosa” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 441).

O direito de exercer sua expressão está fortemente relacionado com o conceito de sociedade. Nos termos da teoria dos sistemas sociais auto-poieticos, a comunicação é a única operação genuinamente social (LUHMANN, 2007, p. 57). A comunicação é inerente às relações humanas: “Sem comunicação não existem relações humanas nem vida humana propriamente dita” (LUHMANN, 2006, p. 39). É nesse sentido que, embora a comunicação pressuponha “participação’ de consciências” (GUIBENTIF, 2012, p. 171), a comunicação não pode ser imputada a nenhuma consciência isolada (LUHMANN, 2010a, p. 293), pois a comunicação apenas comunica com a comunicação de modo operacionalmente clausurado<sup>1</sup>.

Isso é esclarecido a partir da análise de que a comunicação consiste na síntese de três diferentes seleções: seleção de uma informação (*o que digo?*); seleção da expressão dessa informação (*como digo?*); e seleção da compreensão ou incompreensão dessa expressão da informação (*o que entendo?*) (LUHMANN, 1991, p. 152 e ss.; RODRÍGUEZ; NAFARRATE, 2008, p. 71). Com efeito, não é possível que a comunicação abranja todos os pensamentos, uma vez que, como seleção, reduz a complexidade.

Por consequência, rechaça-se a metáfora da transmissão, porquanto não é viável *transferir* informação. Tal metáfora pressupõe que se tenha conhecimento do “estado interno dos que participam” (LUHMANN, 2010a, p. 295), isto é, afirmar que A e B sabem a mesma coisa, ocupando-se primordialmente de seus próprios condicionamentos psicológicos (sistema psíquico). Na verdade, socialmente, há a comunicação de comunicação, isso porque ninguém pode entrar na consciência de outra pessoa e descobrir o que ela pensa.

---

<sup>1</sup> “Con esta conceptualización no se pretende afirmar que la sociedad o los sistemas sociales podrían ser concebidos sin la existencia de conciencias o de seres humanos o, incluso, de vida: que se pudiera pensar en una sociedad de robots, como alguna crítica creyera poder sugerir. La comunicación no puede prescindir de los sistemas psíquicos, pero éstos no son sus elementos, así como el pensamiento no puede prescindir de las neuronas, pero éstas no son los elementos de éste” (RODRÍGUEZ; NAFARRATE, 2008, p. 73).

Conquanto a comunicação seja sociedade e seja inerente às relações humanas, a comunicação é improvável (LUHMANN, 2006, p. 41). É improvável que o *outro entenda*, que a comunicação *chegue além do círculo dos presentes* (espacial e temporalmente) e que o *outro aceite* a proposta comunicativa (LUHMANN, 1991, p. 170). Todavia, a sociedade desenvolve meios para tornar provável a improbabilidade da comunicação, tais como a linguagem, meios de difusão e meios de comunicação simbolicamente generalizados<sup>2</sup>.

Portanto, considerando que a sociedade se vê diante da necessidade de desenvolver meios para tornar provável a improbabilidade da comunicação, ocorrerá a abstenção ou grande diminuição da comunicação enquanto não haja garantias suficientes de que a comunicação será compreendida, de que chegará a outras pessoas e de cumprirá os seus objetivos (LUHMANN, 2006, p. 43). É por isso que a formação dos sistemas sociais depende da superação da improbabilidade da comunicação. Mediante a transformação e a ampliação das possibilidades de estabelecer a compreensão, o alcance a pessoas ausentes e o êxito da comunicação, há a evolução social: “[...] as improbabilidades do processo de comunicação e forma em que as mesmas se superam e se transformam em probabilidades regulam a formação dos sistemas sociais” (LUHMANN, 2006, p. 44).

É diante disso que se revela a importância do direito fundamental à liberdade de expressão na diferenciação da sociedade e sua evolução social, como uma forma de impor garantias para a própria comunicação, seja científica, artística, religiosa, de manifestação do pensamento etc. Por meio da normatização desse direito fundamental, garante-se a *expectativa normativa* de ser *lícita* a livre expressão do pensamento, de imprensa, de cátedra, religiosa entre outras<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Para mais, ver: Luhmann, 1991, p. 170 e ss. e Rodríguez; Nafarrate, 2008, p. 129 e ss.

<sup>3</sup> Isso dá-se como decorrência da função do Direito, que consiste na sua eficiência seletiva de expectativas normativas de comportamentos que possam ser generalizadas congruentemente na dimensão social, temporal e objetiva (ou prática) (LUHMANN, 1983, p. 116), estabilizando as expectativas normativas com base nessas três dimensões (LUHMANN, 2005, p. 188). Assim, embora a função esteja também relacionada aos comportamentos conforme as normas jurídicas – já que a possibilidade de resistência de expectativas normativas repetidamente desapontadas tem seus limites (LUHMANN, 1983), a norma jurídica (lei) não assegura o comportamento; a norma jurídica assegura a expectativa, ou seja, protege quem tem a expectativa sobre tal comportamento (LUHMANN, 2005, p. 192). Em vista

Igualmente, o direito à liberdade de expressão tem a função de limitar tendências expansivas dos sistemas funcionais, especialmente da Política<sup>4</sup>. Consoante uma abordagem sistêmica, os direitos fundamentais servem para a preservação de uma ordem diferenciada de comunicação com vistas à manutenção do primado da diferenciação funcional da sociedade (LUHMANN, 2010c, p. 99).

E a manutenção da diferenciação da comunicação é decorrência da sociedade atual. Com efeito, a abrangência de todas as comunicações no sistema da sociedade é consequência dessa diferenciação. A sociedade é funcionalmente diferenciada (ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, 2005, p. 73 e segs): a Economia, a Arte, os Meios de Comunicação em Massa, o Direito, a Política possuem cada qual uma função específica na sociedade. E a função do sistema tem referência a um problema da sociedade (LUHMANN, 2007, p. 591).

Diferenciando-se funcionalmente, cada sistema parcial da sociedade monopoliza para si uma função e, logo, possui um entorno que é inadequado ou incompetente para tal função: “Para la ciencia *su* entorno es cientificamente incompetente, pero no politicamente incompetente, ni economicamente incompetente, etc.” (LUHMANN, 2007, p. 600). Cada sistema parcial da sociedade, portanto, possui um entorno específico. Por conseguinte, em não havendo o suficiente cumprimento da função por um sistema, nenhum outro sistema poderá realizá-lo.

Trata-se de uma sociedade “policontextural” (LUHMANN, 2007, p. 21-27 e 62), na qual se permitem incontáveis descrições de sua complexidade. Igualmente é cunhada de sociedade “multicêntrica” (NEVES, 2013b, p. 22 e segs) ou “poliцентриidade” (SCHWARTS, 2014, p. 113), de tal

---

disso quando existe um desapontamento de uma expectativa normativa, a norma jurídica mantém-na contrafaticamente.

<sup>4</sup> É verdade que se pode dizer que, em Luhmann, os direitos fundamentais são voltados – ao menos primariamente – para a preservação da diferenciação entre Direito e Política (LUHMANN, 2010c, p. 99). Todavia, atualmente, os direitos fundamentais acabam por manter as comunicações em diversos níveis diferenciados (Neves, 2007, p. 75), de tal modo que os direitos fundamentais também possuem o efeito de preservar a diferenciação de outros sistemas funcionais e a sua autonomia comunicativa (TEUBNER, 2011, p. 207. Igualmente, pode-se inferir tal conclusão de Neves (2013a, p. 146 e ss.).

maneira que todo sistema parcial é centro da sociedade, tendo tantos centros quantos sistemas funcionais. Com isso, na diferenciação funcional, as funções específicas concentram-se em um sistema parcial com competência universal, havendo uma combinação de *universalismo* e *especificação* (LUHMANN, 2007, p. 562).

Assim sendo, não se faz mais possível ter a Política como um sistema que controla toda a sociedade, que seja o centro da sociedade, como sendo uma espécie de *political society*. Essa concepção não encontra mais sustentação (LUHMANN, 1982, p. 131).

Em consequência dessa preservação da diferenciação comunicativa da sociedade, o direito fundamental à liberdade de expressão também é responsável por possibilitar a garantia de que todos tenham a expectativa de *reconhecer e concordar com a diversidade social*: “*El problema no es que todos deban hacer lo mismo, sino que todos los que actúan de modo diverso puedan convenir en la expectativa de lo diverso*” (LUHMANN, 2010c, p. 177). É nesse aspecto que sobressai também a importância do direito à liberdade de expressão para assegurar a *representação de si mesmo*<sup>5</sup> (LUHMANN, 2010c, p. 178) como proteção da dignidade da pessoa humana<sup>6</sup>.

Em vista disso, o sistema da Política – e o Estado por consequência – não deve transgredir os limites de sua função específica (LUHMANN, 2010c, p. 192) que consiste em empregar a capacidade de *impor decisões coletivamente vinculantes* (LUHMANN, 2002, p. 94). Ocorre que, no Estado de Direito, a Constituição é o acoplamento estrutural entre os sistemas políticos e jurídicos: “*El sistema político ofrece al sistema del derecho premisas para su toma de decisiones en la forma de leyes*

---

<sup>5</sup> Com relação à representação de si mesmo e a dignidade: “*Los derechos fundamentales de libertad y dignidad tienen la función crucial de proteger esta esfera [referindo-se à representação (ou apresentação) individual e pessoal de si mesmo] contra las intromisiones estatales, las cuales podrían paralizar decisivamente el potencial expresivo de comunicación simbólica de la personalidad.*” (LUHMANN, 2010c, p. 174).

<sup>6</sup> “A plenitude da formação da personalidade depende de que se disponha de meios para conhecer a realidade e as suas interpretações, e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e para que se tomem decisões relevantes. O argumento humanista, assim, acentua a liberdade de expressão como corolário da dignidade humana.” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 264).

*positivamente promulgadas. El sistema del derecho, a su vez, ofrece al sistema político la legalidad necesaria para que éste haga el uso del poder”* (RODRÍGUEZ, 2010, p. 28).

Com isso, em um Estado de Direito, embora o sistema político se autorreproduza com base no código primário poder superior/poder subordinado, melhor dito, governo/oposição (NAFARRATE, 2009, p. 170-171), o código jurídico (lícito/ilícito) ocupa o lugar de codificação secundária do sistema político. Então, permite-se uma distinção entre *poder legítimo* e *poder ilegítimo*, quando em acordo ou desacordo com o código jurídico, respectivamente (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 173-174).

Conforme já visto, o direito à liberdade de expressão é um direito fundamental e com previsão na própria Constituição de 1988, razão por que, à evidência, atitudes estatais que censurem e violem tal direito consistem em manifestações de um *poder ilegítimo* – e, conseqüentemente, estaria configurada a expansão do sistema político.

Além da grave violação perpetrada durante o período da ditadura militar brasileira, no contexto atual, há vários casos de violação à liberdade de expressão no cenário brasileiro. Recentemente, houve a apreensão (censura) de livro que continha desenho de um casal homossexual se beijando pela Prefeitura do Rio de Janeiro na Bienal (2019). Ainda, no ano das eleições de 2018, decisões da Justiça Eleitoral impediram o debate político sobre as eleições em universidades, determinando a interrupção de palestras e retiradas de faixas que refletiam a manifestações dos alunos. Igualmente, houve pretensão de proibir o movimento de protesto pela legalização da maconha (“marcha da maconha”). Por sua vez, em todas essas ocasiões, o STF garantiu o direito fundamental à liberdade de expressão, afastando qualquer medida estatal que pudesse dificultar ou impedir seu exercício<sup>7</sup>.

Evidentemente que, por outro lado, não se pretende que o Estado ignore as manifestações comunicativas (LUHMANN, 2010c, p. 194) – especialmente quando são dirigidas contra ele, como é o caso dos

---

<sup>7</sup> Medida cautelar na SL 1.248-RJ; ADPF 548; ADPF 187.

movimentos de protesto, que se verá adiante. Mas, sim, o direito fundamental à liberdade de expressão evita (a expectativa de que) o Estado pretenda controlar a manifestação das pessoas na sociedade (comunicação). Noutras palavras, tal direito protege a formação de expectativas políticas independentes (LUHMANN, 2010c, p. 194).

Veja-se que, no sistema político, há uma distinção decisiva que serve para orientar as interações do sistema: política/administração/público (NAFARRATE, 2009, p. 279-280). E a relação interna entre *público* e *política*<sup>8</sup> dá-se mediante a opinião pública. Há, pois, uma circularidade dinâmica no sistema Político, de tal modo que o *público* influencia a *política* através das eleições (opinião pública); a *política* estabelece os limites e prioridades às decisões da *administração* (políticas públicas, incluindo a legislação); e o *público* pode reagir diante das decisões por meio das eleições políticas ou outra expressão de opinião pública.

É em face disso que a liberdade de expressão não deve ser censurada pelo Estado<sup>9</sup> nem ignorada, isso porque deve ser reconhecida como *constitucional (lícita)* e, por vezes, considerada como *opinião pública* nos termos igualmente da Constituição. A opinião pública tem deveras importância no sistema Político, mormente na sua *democratização*, a partir da diferenciação de um público politicamente relevante (LUHMANN, 2002).

## 2 Movimentos de protestos e a liberdade de expressão (comunicação)

E é no contexto das opiniões públicas que ganham relevo os movimentos de protesto como exercício do direito de reunião (liberdade-meio) e da liberdade de expressão (liberdade-fim).

Ao protestarem, os movimentos sociais consideram estar *contra* a sociedade, embora estejam dentro dela. É dizer, o protesto expressa-se pela

<sup>8</sup> Política, aqui, identificando-se primariamente com os *partidos políticos*, diferenciando-se, pois, da *Administração*.

<sup>9</sup> À evidência que tal direito fundamental não é absoluto, muito embora seja predominantemente reconhecida a tese da *posição preferencial* pelo próprio STF (voto Min. Barroso na ADI 4815), havendo sua limitação principalmente após o seu exercício, como se dá no direito de indenização, de resposta, de vedação ao anonimato. Porém, há como pacífica limitação a proibição do *discurso de ódio (violento)*, que, por sua vez, possui características muito indeterminadas, apesar de se poder citar o “caso Ellwanger” como exemplo no STF (HC 82.424).

sociedade, mas contra ela. Com os protestos, os participantes buscam influenciar a política, porém *não* pelas vias normais, a fim de *frisar* que tal tema não pode processar-se de maneira ordinária, por ser urgente e relevante. Aliás, os movimentos sociais não são testemunhas de um sistema de interação<sup>10</sup> tampouco um tipo de organização em que existam membros (LUHMANN, 2007, p. 672 e ss.).

Como sistema autopoietico<sup>11</sup>, os movimentos sociais têm como operações comunicações de protestos. Luhmann aponta que, para os movimentos sociais, a forma *protesto* faz as vezes do código para os sistemas funcionais. A forma protesto tem dois lados: os que protestam, de um lado; e aquele – e aquele – contra o que se protesta, de outro lado. Ademais, veja-se que os movimentos sociais necessitam de um tema contra o qual protestar. Nesse ponto, os *temas* determinam as condições de aplicação dos protestos (*programas*), de tal modo que aqueles são contingentes, mas os protestos mantêm-se sempre na forma de protestos. Assim, os movimentos sociais podem aproveitar sempre temas novos, sem que se deixe de protestar.

E é a sociedade que se converte no tema de fundo dos temas dos protestos; converte-se no *medium* onde se formam novas ocasiões de protestos. Clausurando-se operacionalmente, tendo em vista a autopoiese dos protestos e os temas como estrutura contingente daqueles, é o próprio movimento social que constrói o tema. Com efeito, para o lado contra o qual se protesta (sistemas funcionais, organizações) tal tema sequer constituía uma contravérsia. A sociedade mostra-se, portanto, surpreendida, sendo para ela algo até então incompreensível (LUHMANN, 2007, p. 682 e ss.).

Diante disso, Luhmann assevera que se poderia dizer que a *função* dos movimentos de protestos seria a de “ ‘ [...] *reasentar en operaciones de la sociedad la negación de la sociedad*” (LUHMANN, 2007, p. 685). É dizer, a sociedade moderna parece ter encontrado uma forma de autopoiese para

---

<sup>10</sup> Além de diferenciar o sistema social do sistema psíquico (indivíduo) e do sistema biológico, Luhmann diferencia internamente o sistema social em *sistema da sociedade, sistema de interação e sistema organizacional*: “*Sociedad, organización e interacción se diferencian en el curso de la evolución*” (LUHMANN, 2007, p. 672 e ss.).

<sup>11</sup> Etimologicamente, *autopoiesis* significa *que se produz por si próprio*. O sistema autopoietico é construído pelos próprios elementos que ele constrói. O sistema da sociedade, por sua vez, é (re)constituído por comunicação, seu elemento indivisível, a partir do qual a sociedade se autorreproduz e se diferencia.

observar-se: “*en sí misma contra sí misma*” (LUHMANN, 2007, p. 686). Os movimentos sociais de protesto observam a realidade como *resistência da comunicação contra a comunicação*. Aliás, ainda que – sendo sistemas autopoieticos – não contatem diretamente o entorno senão na forma de protesto, os movimentos sociais utilizam a ilusão de conhecer melhor o entorno como *ponto cego*, de modo a facilitar a realização da *resistência da comunicação contra a comunicação* e, com isso, irritar a sociedade (LUHMANN, 2007, p. 685 e ss.).

É nesse sentido, então, que se fala que ninguém esperava ou que se trata de uma comunicação nova. Com efeito, ao reasentarem a negação na sociedade, os movimentos de protesto possibilitam a evolução dos sistemas funcionais. Conforme Luhmann, a evolução social somente se completa com a realização dos três mecanismos evolutivos ou funções da evolução: variação, seleção e estabilização. *Grosso modo*, a variação consiste na reprodução desviante dos elementos mediante os elementos do sistema; a seleção consiste na possibilidade de continuar a reprodução do elemento inovador mediante a criação de uma estrutura; e a estabilização consiste em garantir a capacidade de resistência da nova estrutura, *i.e.*, que as estruturas preexistentes se rearticulem para adequar-se às novas estruturas (expectativas) (LUHMANN, 2007, p. 393 e ss.).

Portanto, nenhum sistema parcial da sociedade espera. A variação consiste numa comunicação inesperada, surpreendente. Nesse contexto, por vezes, principalmente Direito e Política *irritam-se*, trazendo tal tema até então não controvertido para o seu respectivo sistema por meio da variação (autorreferencialidade). E, assim, surgem uma comunicação jurídica inesperada e uma comunicação política inesperada. A *variação* é o incremento das possibilidades de ação e experiência disponíveis na sociedade, desenvolvendo-se fundamentalmente por meio da linguagem e da capacidade de negação (RODRÍGUEZ; ARNOLD, 2007, p. 141); noutras palavras, a variação ocorre quando a comunicação se desvia do modelo estrutural de reprodução social, *i.e.*, trata-se de uma comunicação inesperada, negando as estruturas estabilizadas (NEVES, 2008, p. 06).

Aumentando as possibilidades estruturalmente esperadas a partir da variação, os protestos impulsionam o crescimento da complexidade da sociedade, que é, pois, o motor da evolução social (NEVES, 2008, p. 15), que, a seu turno, não pode ser controlada (NEVES, 2008, p. 04-05). Por consequência, a partir das *aquisições evolutivas*, ao sistema selecionar a variação – reduzindo complexidade –, acaba aumentando-a (paradoxo) (RODRÍGUEZ; NAFARRATE, 2008, p. 361), no sentido de possibilitar um acesso mais variado a operações que não existiriam senão por tal aquisição evolutiva<sup>12</sup>.

Além disso, não se consistindo na forma de oposição política (governo/oposição), os movimentos sociais de protesto, em verdade, agem como se tivessem que defender a sociedade de seu sistema Político, razão pela qual não é falso pensar que tais movimentos sociais surgem na relativa falta de ressonância do sistema Político. Nesse passo, os movimentos sociais encontram na *Constituição* uma provocação para provocar, tendo em vista que a Constituição serve para delimitar o sistema Político sobre si mesmo (LUHMANN, 2007, p. 679).

Por sua vez, os movimentos de protesto expressam-se numa forma específica de diferenciação da sociedade: *diferenciação centro/periferia*. É, pois, a periferia que protesta, mas não contra si mesma; o centro é o que deve escutá-la e tomar em conta o protesto. Ocorre que, contudo, a sociedade contemporânea não possui mais um centro – é, pois, multicêntrica. Desse modo, os movimentos de protesto encontram-se unicamente naqueles sistemas funcionais que formam *centros*, sobretudo no sistema Político. E o sistema Político diferencia-se internamente em organizações segundo o esquema centro/periferia, consistindo o Estado no centro e as demais organizações políticas (partidos políticos, p.ex.) na periferia (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 177-179. NAFARRATE, 2009, p. 272 e ss.). Diante disso, comumente, os movimentos sociais de protesto dirigem seus

---

<sup>12</sup> *Complexidade* entendida como a existência sempre de mais possibilidades do que se pode realizar. Do conceito, há a noção de *elemento* e de *relação*, i.e., complexidade como aumento quantitativo dos elementos, sendo não mais possível relacionar todos elementos entre si. Assim, implica uma seleção forçada, pressão seletiva, a qual implica a contingência, ou seja, as possibilidades apontadas para as demais expectativas poderiam ser diferentes das esperadas, possuindo a possibilidade de desapontamento (LUHMANN, 1983; 1991).

protestos ao Estado, o qual deve escutá-los e tomar as providências necessárias – lembrando-se de que os movimentos exigem reações aos problemas, e não mais conhecimento (LUHMANN, 2007, p. 672 e segs.).

Assim, muito embora os protestos dos movimentos sociais se distingam da oposição política – a qual se manifesta pelo fato de que deve estar disposta a assumir o governo ou a cooperar com ele, por isso da distinção Governo/Oposição do sistema Político (LUHMANN, 2007, p. 679) –, os movimentos sociais trazem traços de uma “*nueva periferia del sistema político*” (NAFARRATE, 2009, p. 331), onde há uma abertura e flexibilidade do sistema Político.

Relativamente aos movimentos sociais e sua relação com os meios de comunicação em massa, revela -se uma opinião pública que parece ser uma representação de conflitos que aportam constantemente novos temas de protesto. Os movimentos sociais servem-se dos meios de comunicação em massa para capturar a atenção. A opinião pública, na qual se reflete o movimento social, não assume uma função de juiz, tampouco de tornar visível e impor fundamentos razoáveis de juízo. A função da opinião pública nos movimentos de protesto consiste em tornar possível a observação do observador, melhor dito, o protesto atua como um espelho onde o conflito pode ver-se a si mesmo e confirmar-se em sua significatividade (LUHMANN, 2007, p. 684. LUHMANN, 2006, p. 195).

Ocorre que o indicador mais comum da opinião pública é a eleição política. E, sendo um dos temas dos protestos a falta de representatividade política, vê-se que o público pretende participar de um modo mais decisivo nas ações políticas, e não apenas nas eleições.

Mesmo que os protestos não sejam compreendidos e aceitos pelo Estado (sistema político), continuam como possibilidades, de tal modo que o exercício da liberdade de expressão por meio dos protestos mantém aberto o sentido de novas *diferenças*: “Logo, mesmo que os NMS [novos movimentos sociais] não sejam compreendidos no presente momento, sua informação permanecerá no entorno e, em algum momento, será compreendida, como foi o caso de antigos novos movimentos sociais, a exemplo

da defesa do meio ambiente, para citar apenas um” (SCHWARTZ, 2018, p. 55, grifo nosso).

Assim sendo, o direito fundamental à liberdade de expressão exercido nos movimentos de protestos estimula o *aprendizado (abertura cognitiva)* dos sistemas funcionais, em especial o da Política, de tal modo que possibilita o aumento da *diversidade (complexidade)* na sociedade. Todavia, deve-se ter em conta também que a evolução social não pode ser controlada, quer dizer, ela não é garantia de progresso (melhoramento) na sociedade.

### Considerações finais

O direito fundamental à liberdade de expressão está em concordância com a diferenciação funcional da sociedade, preservando uma ordem social diversificada de comunicações.

A partir disso, aumentam-se as possibilidades sociais e o sentido social. E o sentido permite ao sistema (o social no caso) a apresentação simultânea do atual e do possível (potencial), mantendo o sistema seletivamente aberto a outras *possibilidades* (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 199-200). Assim, o sentido refere-se ao *mundo*<sup>13</sup> em termos de possibilidades não atualizadas/selecionadas (isto é, *potencialidades*), de tal maneira que o sentido é uma estratégia seletiva que mostra o contexto de outras possibilidades (não adotadas).

Por conseguinte, a sociedade convive com a diferença: “*Todo orden social debe satisfacer una gran cantidad de exigências contradictorias*” (LUHMANN, 2010c, p. 199). E a diferenciação funcional como primado na sociedade contemporânea implica uma sociedade *multicêntrica*, não havendo nenhum sistema social que possa resolver todos os problemas sociais e tampouco resolver problemas que não sejam de sua função.

---

<sup>13</sup> Sobre o conceito de mundo: “*Desde el punto de vista de un sistema, el mundo es una unidad de la diferencia entre sistema y entorno. Más en general, el mundo es la unidad de cualquier distinción trazada por un observador y precisamente en cuanto unidad nunca puede ser observado: el mundo es el punto ciego de todo observador*”. (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 156).

E é em face dessa lógica de sociedade diferenciada funcionalmente onde um sistema não é competente para cumprir a função de outro que a sociedade atual é demasiadamente *interdependente*, de tal modo que cada sistema funcional autônomo depende de que os outros sistemas funcionais cumpram suas respectivas funções a um nível adequado (LUHMANN, 2010b, p. 455).

Portanto, ao contrário do que muitos podem pensar quando se propõem medidas de desenvolvimento apenas em um sistema (econômico, jurídico, político, por exemplo), a resolução dos problemas sociais na sociedade contemporânea exige uma diferenciação avançada de *todos* os sistemas funcionais<sup>14</sup>.

Assim sendo, a garantia do direito fundamental à liberdade de expressão é importância ímpar para a evolução da sociedade funcionalmente diferenciada, aumento das possibilidades sociais (complexidade) – fortemente pelo estímulo à variação pelos movimentos de protesto –, bem como para a resolução dos problemas sociais na sociedade como um todo, graças à sua função de limitar tendências expansivas dos sistemas funcionais – do sistema político em especial.

## Referências

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Suspensão de Liminar n.º 1.248-MC/RJ, Min. Dias Toffoli. Decisão monocrática. Dje: 11/09/2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF n.º 548 MC-Ref/DF. Min.ª Rel.ª Cármen Lúcia. Plenário. Julgado em 31/10/2018 (Informativo 922).

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF n.º 187/DF. Min. Rel. Celso de Mello. Plenário. Dje: 29/05/2014.

---

<sup>14</sup> Tratando, como exemplo, do sistema da Economia: “*La fascinación a través de la problemática del desarrollo económico esconde esta discrepancia. Permite olvidar que el sistema parcial de la economía no puede diferenciarse y modernizarse sólo para sí mismo. La formación y racionalización del sistema económico sólo puede alcanzarse en último término en el marco de una diferenciación muy avanzada de la totalidad societal [...]*” (LUHMANN, 2010c, p. 198).

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. HC n.º 82.424/RS. Min. Rel. Moreira Alves. Plenário. DJe: 19/03/2004.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF n.º 4815/DF. Min.ª Rel.ª Cármen Lúcia. Plenário. DJe: 01/02/2016.

GUIBENTIF, Pierre. *Os direitos subjectivos na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 171-198.

LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 4ª ed. Lisboa: Vega, 2006.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Herder, 2005a.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010a.

LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Los Derechos Fundamentales como Institución: aportación a la sociología política*. México: Universidad Iberoamericana, 2010c.

LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. México: Universidad Iberoamericana, 2010b.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*. 1ª ed. México: Alianza Editorial/Universidad Iberoamericana, 1991.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

LUHMANN, Niklas. *The World Society as a Social System*. In: *International Journal of General Systems*. Vol. 8, 1982.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NAFARRATE, Javier Torres. *Niklas Luhmann: la política como sistema. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*. Universidade Iberoamericana, 2009.

NEVES, Marcelo. *A Constituição Simbólica*. 2ª ed. São Paulo: 2007.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013a.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013b.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RODRÍGUEZ, Darío Mansilla. *Los Límites del Estado en la Sociedad Mundial: de la Política al Derecho*. In: NEVES, Marcelo (coord.). *Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

RODRÍGUEZ, Darío Mansilla; ARNOLD, Marcelo. *Sociedad y teoría de sistemas: Elementos para la comprensión de la teoría de Niklas Luhmann*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2007.

RODRÍGUEZ, Darío Rodríguez; NAFARRATE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. México: Herder, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SCHWARTZ, Germano. *As Teses Radicais de Luhmann*. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Vol. 6, n.º 1, 2014.

SCHWARTZ, Germano. *As Constituições estão mortas? Movimentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TEUBNER, Gunther. *Transnational Fundamental Rights: horizontal effect?* In: *Eleven International publishing* (40/3), 2011.

## **Consumo e risco: por uma racionalidade interdisciplinar no Direito\***

*Carlos Alexandre Michaello Marques* ♦

*Leonel Severo Rocha* ♦♦

### **Introdução**

É lugar comum esclarecer que a modernidade estabeleceu um legado de degradação ambiental, o qual se sofisticou com o passar do tempo, produzindo riscos à própria sociedade e ao seu desenvolvimento que ultrapassam as mazelas identificadas em uma denominada modernidade sólida, para utilizar as palavras de Zygmunt Bauman (2010), ou de uma modernidade reflexiva como acrescenta Anthony Giddens (1991).

O consumo, embora não seja um fenômeno exclusivo da modernidade, seja ela adjetivada como líquida ou reflexiva, tem na contemporaneidade se agigantado e atingido patamares cujos efeitos ainda não podem ser claramente delimitados, bem como seus riscos, uma vez que adentra esferas antes inimagináveis como a subjetividade humana e a construção de identidades.

---

\* A presente pesquisa foi apresentada no VIII Congresso da ABRASD, ocorrido 2017 em Porto Alegre no Campus da Unisinos.

♦Doutor em Direito (2019) e Mestre em Direito Público (2014) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Membro do Grupo CNPq Teoria do Direito.

♦♦ Doutor pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris (1989) com Pós-doutorado em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce. Professor Titular do Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Líder do Grupo CNPq Teoria do Direito.

Nesta senda, o Direito enquanto ciência ainda não dispõe de ferramentas suficientes para oferecer respostas aos fenômenos contemporâneos que envolvem os aspectos acima descritos, todavia, a Sociologia, embora de forma incipiente, consegue responder mais adequadamente na busca de soluções para a complexidade dos efeitos dos riscos do consumo. No entanto, é no entrelaçamento da Antropologia e dos Estudos Culturais com os dois campos já citados (Direito e Sociologia) que uma nova leitura é possível.

Portanto, é neste sentido que se reafirma a importância da interdisciplinaridade na solução de problemas complexos, uma vez que a ideia de uma ciência pura do Direito demonstra sua ineficiência já de longa data. Outrossim, a partir da compreensão interdisciplinar dos fenômenos descritos a problemática que se impõe é a de verificar em que medida é possível estabelecer relações entre Direito e Sociologia para a construção de uma nova racionalidade interdisciplinar a partir da noção de cognoscitividade de Anthony Giddens (2009). Deste cenário, é perceptível a compreensão do Consumo como um fator que necessita de regulação, controle, regulamentação, normatização que é o que o Direito de matriz positivista propõe, dificultando assim o processo de aprendizagem dos indivíduos e de mudanças estruturais.

Todavia, em sentido diverso, a Sociologia e a Antropologia completam o vazio da análise jurídica, eis que no caso da segunda, compartilha uma teoria sociocultural do consumo, enquanto a primeira se estabelece em campo próprio em uma Sociologia do Consumo. O Consumo é em síntese este fenômeno que deve ser considerado como centralizador de um processo de promoção de risco ao Ambiente e sua complexidade desafia o Direito.

Assim, a metodologia consiste no método estruturacionista de Anthony Giddens (2009), ou seja, uma perspectiva que considera a dualidade da estrutura e o afastamento dos totalitarismos teóricos, propondo uma análise sintagmática e paradigmática com capacidade reflexiva, de monitoramento e cognoscitiva. O que, ao fim e ao cabo, indica não ser de

extremos uma pesquisa norteada pela Sociologia de Anthony Giddens, mas sim por um diálogo necessário e interdisciplinar, promovendo aprendizagem e fazendo com que Direito consiga perceber que os Riscos transpassam do Consumo ao Ambiente e assim necessitam de reflexividade e monitoramento, pois só assim teremos Cognoscitividade.

## **1 Direito e consumo: há uma relação necessária?**

O Consumo suscitou a retomada das discussões sobre o papel do direito na sociedade contemporânea neste íterim, precisamente iniciadas por Herbert Marcuse (1978) e suas interlocuções na Escola de Frankfurt. Neste sentido, é imperativo pensar o Consumo sob o viés sociológico, até mesmo para qualificar estas discussões, pois:

O consumo, sinal de democracia e igualdade para uns (com a massificação dos bens e o acesso ao crédito, o acesso ao consumo aumenta) e símbolo de exclusão para outros (ao dar-se mais importância ao que se tem, gera-se mais angústia para quem não pode tê-lo) não é, aparentemente, o principal critério de diferenciação social, mas é um dos mais importantes. (RIBEIRO, 2008, p. 14).

Por este motivo, é importante elucidar sobre o contexto, pois o consumo individualizado, considerado primário por Jean Baudrillard também sofreu/sofre modificações no seio da modernidade, e é uma questão respeitável de redução da aprendizagem dos próprios indivíduos em suas ações sociais. Uma dicotomia consumo e produção que outrora ocupava o cenário historiográfico, mas que só a segunda foi alavancada como ocupação dos estudos sociológicos, refletiu em um momento pelo qual o sistema econômico capitalista em expansão se serviu do contexto para dominação (MARQUES, 2016).

Contudo, a crescente modificação substancial das condições, estabeleceu não uma simples substituição de modelos, mas uma série de eventos que conduziram o Consumo ao campo de relevância na contemporaneidade. Ao alcançar a condição de uma força produtiva, o consumo, da

mesma forma que o trabalho para o contexto social, passa a ser considerado como asseverou Livia Barbosa (2008), um importante critério de diferenciação social e, constantemente é atravessado pela cultura.

As alterações na situação apresentada e a inserção da cultura como elemento destas modificações fazem ressurgir a necessidade de discussão do papel do Direito neste contexto, pois resta claro a integração do mesmo com o Consumo, assim como outrora o fez com o Trabalho e o Comércio, mas infelizmente não se pode dar a mesma resposta, tendo em vista a complexidade e o momento que se encontra a sociedade contemporânea, em que riscos dominam parte dos processos sociais.

## **2 Da sociedade do risco ao direito do risco: o percurso indispensável e o papel da ciência**

É notório que as transformações empreendidas no/pelo processo de modernização resultaram, em certa medida no que se (re)conhece como Sociedade de Risco. Na visão de Ulrich Beck (2011), esta aniquilou quase que completamente a noção de classes dentro das sociedades contemporâneas, interferindo nas construções de verdades baseadas na dominação, o que também muda o seu eixo orbital e, passa a constituir uma importante reflexão para uma teoria política.

Nas tradicionais sociedades de classes, as pessoas se acotovelavam para escalar a pirâmide do progresso científico-tecnológico, sempre visando galgar rapidamente de condições subalternas para abastadas, mas na Sociedade de Risco<sup>1</sup> isto não pode ser convertido no binarismo ricos e pobres, pois o risco está em todo momento e em todo o lugar (MARQUES, 2016).

---

<sup>1</sup> No mesmo sentido, para Ulrich Beck (2011, p. 41, grifo do autor) os “[...] riscos são inicialmente bens de rejeição, cuja inexistência é pressuposta até prova em contrário - de acordo com o princípio: ‘in dubio pro progresso’, e isto quer dizer: na dúvida, deixa estar. [...] Os riscos podem ser legitimados pelo fato de que sua produção não foi nem prevista, nem desejada. As situações de ameaça precisam, portanto, na civilização cientificizada, romper o privilégio da tabularização que as cerca e ‘nascer cientificamente’.”.

Na civilização avançada, que surgiu para abolir as destinações, para oferecer às pessoas possibilidades de escolha, para libertá-las de restrições naturais, acaba surgindo uma nova destinação, global, de alcance mundial, fundada na ameaça; destinação esta diante da qual possibilidade de escolha individual dificilmente sustenta, pela razão de quem no mundo industrial, os poluentes e venenos estão entrelaçados com a base natural, com a consumação elementar da vida. A vivência dessa suscetibilidade ao risco *interdita à escolha* torna compreensível muito do impacto, da ira impotente e da 'sensação de não haver amanhã' com que muitos, ambigualmente exercendo uma crítica forçosamente construtiva, reagem à mais recente realização da civilização tecnológica: é possível chegar a estabelecer e manter distância crítica diante de algo que não se pode escapar? deve-se abrir mão da distância crítica e refugiar-se no inevitável, com escárnio ou cinismo, indiferença ou júbilo, apenas porque se trata de algo de que não se pode escapar? (BECK, 2011, p. 49, grifo do autor).

Neste cenário, o que se destaca é uma apropriada incompreensão do risco como um fenômeno global, mas que carece de interlocução estatal e, por conseguinte, do direito. “A intratabilidade supranacional dos riscos da modernização corresponde à forma de sua disseminação. Sua invisibilidade não deixa nem mesmo uma decisão aberta ao consumidor.” (BECK, 2011, p. 48). Mesmo o capitalismo, como o próprio sistema parasitário (BAUMAN, 2010) idealizava, não conseguiu compreender de forma adequada o processo de globalização, pois se comprovou despreparado para lidar com suas próprias externalidades, provocadas pelo risco. “O efeito bumerangue também acaba por afetar países ricos, que justamente se haviam livrado dos riscos através da transferência, mas que acabam reimportando-nos juntos com os alimentos baratos.” (BECK, 2011, p. 53).

O cenário promove uma convergência entre política, economia, cultura e consumo, além dos mais diversos vetores de significação social, todos em certa medida constituídos nas verdades do processo de modernização. Assim, é perceptível a posição de centralidade ocupada pela ciência na Sociedade de Risco, a qual não está corroborando para o esclarecimento nas escolhas individuais, mas reforça ao fim e ao cabo as verdades produzidas na modernização (MARQUES, 2016).

Mesmo num futuro distante, quando se tiver uma visão mais abrangente dos tempos que correm, sem dúvida não haverá consenso entre os historiadores com relação a se nossa geração poderia ter optado por outros caminhos mais seguros. Não obstante, é preciso agir, mesmo sem saber o que nos espera ao longo do caminho que escolheremos tomar. (DOUGLAS; WILDAVSKY, 2007, p. 4).

O risco, enquanto categoria do futuro<sup>2</sup>, jamais consegue ser esclarecido por completo, além disto, não se presta a debates em convicções absolutas, porém não pode igualmente ser silenciado para que se aguarde o desfecho positivo ou negativo. Assim, a teoria política recoloca o indivíduo nas discussões públicas e reedifica a construção social. “O alcance da escolha aberta ao indivíduo não é o fator decisivo para a determinação do grau de liberdade humana, mas o que pode ser escolhido e o que é escolhido pelo indivíduo.” (MARCUSE, 1978, p. 28).

No mesmo sentido, não apenas as verdades não são possíveis no contexto apresentado, mas igualmente as próprias certezas, sem experiências concretas, também são inadmissíveis, não só um sentir ou experimentar, mas o reconhecer, que poderá se transformar em uma experiência, como afirma Ulrich Beck (2011), de dinâmica política sem precedentes. “Quando se *acredita* neles, passam a ter as consequências sociais, econômicas, políticas e jurídicas [...]” (BECK, 2011, p. 95, grifo do autor).

As possíveis tentativas sistemáticas de encobrimento do risco, de manutenção do *status quo* social, bem como de desviar o direito destas discussões, impõe a necessidade revisionista do contexto, pois sem a competente possibilidade de reconhecer os riscos, se fragiliza a autoridade científica<sup>3</sup> e transforma suas verdades em questionamentos infundáveis,

---

<sup>2</sup> “O núcleo da consciência do risco não está no presente, e sim *no futuro*. Na sociedade de risco, o passado deixa de ter força determinante em relação ao presente. Em seu lugar, entra o futuro, algo, todavia, inexistente, construído e fictício como ‘causa’ da vivência e da atuação presente. Tornamo-nos ativos hoje para evitar e mitigar problemas ou crises amanhã ou depois de amanhã, para tomar precauções em relação a eles - ou então justamente não.” (BECK, 2011, p. 40, grifo do autor).

<sup>3</sup> “O progresso da ciência amplia o entendimento que o Homem tem do mundo natural. À medida que expande novos campos de conhecimento, entretanto, a ciência pode, do mesmo modo, aumentar a lacuna, entre o que se sabe e o que se gostaria de saber. O que seria preciso para compreendermos em sua plenitude os riscos que corremos? Nada menos que o conhecimento total (uma resposta louca para uma pergunta impossível).” (DOUGLAS; WILDAVSKY, 2007, p. 3).

seja nas ciências naturais ou na tecnologia. A ciência foi extremamente afetada em seus processos na modernização, o que impacta em certa medida nas verdades constituídas no seu âmbito, as quais podem sofrer questionamentos de toda sorte acerca de seus interesses ou dominâncias. O Consumo e o Risco são, em parte, também produtos desta sociedade cada vez mais imbricada com a ciência e tecnologia, mas a externalidade acaba sempre restando ao ambiente.

### **3 Consumo, risco e ambiente: um tripé na sociedade contemporânea**

Os contextos sociais em que os indivíduos estão inseridos são capazes de se tornar determinantes em alguns aspectos, no tocante a modificação sensível das relações de consumo. “As tendências para a competição, igualização e imitação, de um lado, e para a diferenciação, individualização e distinção, de outro [...]” (FEATHERSTONE, 1997, p. 161) podem ser consideradas como formas pujantes deste processo, que não pode ser alijado da pós-modernidade ou como prefere Anthony Giddens (1991), alta modernidade (modernidade reflexiva).

Todavia, o consumo, da mesma forma pode existir alijado da cultura, o que quer dizer, também da própria cultura do consumo, a qual não concentra as formas de ocorrência de reprodução social, mas sim, é uma das principais. (MARQUES, 2016). Mas, “[...] não é a única maneira de realizar o consumo e reproduzir a vida cotidiana; mas é, com certeza, o modo dominante, e tem um alcance prático e uma profundidade ideológica que lhe permite estruturar e subordinar amplamente outras.” (SLATER, 2002, p. 17).

Diante da leitura do fenômeno do consumo, Herbert Marcuse (1978), compreende uma explicação que se aproxima da Cultura de Consumo, ao passo que Don Slater (2002) se posiciona mais próximo da preferência por uma Cultura do Consumo. Os desdobramentos, em que as divergências entre eles podem se apresentar como possíveis circunda justamente a questão de se a sociedade se orienta para o consumo, ou pelo consumo, o

que se destaca pela formulação de conceitos próprios da modernidade, como o individualismo. “Os conceitos modernos de individualismo, baseados nas práticas modernas da troca no mercado, varreram a possibilidade, bem como a conveniência de uma ordem de status fixa.” (SLATER, 2002, p. 37). Segundo uma leitura por intermédio da Teoria Social da Estruturação, esta posição permitiria identificar uma clara redução de dualidade das estruturas, pois o indivíduo não analisaria reflexivamente suas ações, o que dirá ações de outros indivíduos.

Desta forma, a sociedade contemporânea é conducente e conduzida pelos riscos, quaisquer tentativas de sistematizar propostas de distribuição do risco do consumo sequer foram consideradas. Entretanto, ao se admitir que esta discussão passa pela compreensão do risco do consumo como um fenômeno cultural, o torna em algo relativamente mais complexo e deve tomar um rumo interdisciplinar.

O risco na sociedade contemporânea dialoga com os denominados avanços promovidos no campo da tecnologia e da ciência, o que retorna a questão de se os indivíduos estão dispostos ou detém aprendizado suficiente para eleger os riscos nos quais irão apostar seu futuro. Realizadas escolhas por estes indivíduos, a alienação não será capaz de irracionalizar a conduta, mas apenas reduzir a capacidade de reflexividade e com isto afastando a compreensão completa do processo.

Com isso, o risco passa incólume e se enraíza, sem quaisquer maiores discussões na sociedade contemporânea, até que sua percepção seja improvável. “A pluralização imanente do risco também questiona a racionalidade dos cálculos de risco. Por outro lado, a sociedade não é modificada apenas pelo que é visto e intencional, mas também pelo que não visto e pelo não intencional.” (BECK, 2012, p. 269). Todavia, é necessário advertir que não se pretende reduzir completamente o social ao cultural como também propõe Mary Douglas e Arron Wildavsky (2012), mas sim verificar que parte da racionalidade empregada, sob a premissa da Teoria Social da Estruturação.

Desta forma, o consumo como força motriz de interações sociais ou mesmo considerado como força produtiva neste cenário, pode expor ou crescer um véu sobre o risco, pois como verificado as verdades científicas são bastante influenciadas no processo de modernização. Ocorre, ainda, a integração do terceiro elemento de um tripé neste contexto, que é a repercussão ao ambiente, pois é sabido que os riscos, não são apenas ao indivíduo, se é que se pode considerar o indivíduo como fora do ambiente, mas também é impactante diretamente ao ambiente.

#### **4 Epistemologias outras e a racionalidade ambiental como vetor**

Refletir sobre questões ambientais, por si já é tarefa tormentosa, ao passo que sempre encontra a sombra das ciências naturais. É por este motivo que se faz necessário compreender que o ambiente também é uma categoria sociológica e não apenas o meio das espécies e populações biológicas, ou seja, se está diante de uma racionalidade social composta por diversos saberes. (LEFF, 2010). O “[...] saber ambiental ultrapassa o campo da racionalidade científica e da objetividade do conhecimento [...]” (LEFF, 2010b, p. 168), permitindo que se tenha maior criticidade, agregando a interdisciplinaridade em um cenário complexo.

A racionalidade ambiental é construída por esse rompimento dos discursos centralizadores das ciências naturais, que edifica o saber ambiental que foi “[...] externalizado pela racionalidade econômica, científica e tecnológica da modernidade [...]” (LEFF, 2010b, p. 160), para lhe revestir da interdisciplinariedade. “Isso propõe a revalorização de um conjunto de saberes sem pretensão de cientificidade”. (LEFF, 2010b, p. 168).

As reações aos diversos espectros da modernidade que, por décadas vem dominando as discussões na seara ambiental, e conduzindo os debates à uma racionalidade distante da construção do conhecimento com contributo de uma percepção social, precisam de revisão. A estruturação de saberes promovida e re(organizada) pelo paradigma moderno, também contribui para o atual estado de coisas em que o campo ambiental se

encontra. A racionalidade ambiental que emerge deste processo é mais um discurso de resistência e um suporte do que uma via única e uma estrada segura que se deve trilhar cegamente (MARQUES, 2016).

O campo sociológico, como outros tantos que se reúne com ele, pode ser considerado como um ponto de partida, mas não como uma solução ou a linha de chegada das discussões ambientais contemporâneas, tendo em vista que se propõe a rediscutir as bases produtivistas comércio, trabalho ou consumo. A Sociologia do Conhecimento para Enrique Leff (2010b) é “programa forte” nesta edificação. Assim,

[...] constrói-se sobre novas bases epistemológicas, enquanto que a problemática ambiental produz um objeto de conhecimento complexo que ultrapassa o campo de referência das disciplinas para a explicação desta realidade complexa, mas induz a produção de novos conceitos e, inclusive, a desconstrução e ruptura de certos paradigmas estabelecidos do conhecimento. Estas mudanças epistêmicas não só dependerão do questionamento externo às ciências, mas das próprias estruturas do conhecimento de cada campo do saber que as tornam mais dúcteis ou rígidas para incorporar e amalgamar um saber ambiental. (LEFF, 2010b, p. 140-141).

O indivíduo exerce neste processo de questionamento uma função indispensável nesta arena de discussões e contrapontos que se tornou a sociedade contemporânea ao enfrentar a temática ambiental, como bem afirma Enrique Leff (2006). O que se pode perceber, é que mesmo partindo de premissas que parecem inicialmente distintas, Anthony Giddens (2009), Ulrich Beck (2011), Zygmunt Bauman (2008) e Enrique Leff (2010b) em suas construções encaminham para o elemento de aprendizagem, cada qual em sua matriz e nomenclatura de predileção. “As considerações sobre a qualidade de vida propõe assim um questionamento sobre a homogeneização de meios massificados para produzir e satisfazer as necessidades de diferentes culturas, como suas relações com o ambiente.” (LEFF, 2010b, p. 147)

O Consumo não se afasta deste contexto, pois integra o cotidiano do indivíduo na sociedade contemporânea, bem como o construto de vida. O

resultado que pode ser traduzido nesta Sociedade de Consumo<sup>4</sup>, é uma redução abrupta e eficaz do processo cognoscitivo indispensável para análise reflexiva da modernidade. Os movimentos de resistência perderam sua capacidade de aprendizagem, e o cenário que se asseverou com o processo de globalização, ao passo que o ressurgir ou o ampliar de tentativas de oposição, normalmente esbarram na falta de compreensão ou distância do *locus* de construção do conhecimento aceitável.

O saber ambiental que será produzido neste cenário será fonte de alimentação social para discussões e aprendizagem na estruturação, pois é por esse intermédio que os indivíduos podem desenvolver cognoscitividade suficiente para interferir nas estruturas, dentro de um cenário futuro. Devido a necessidade de construção teórica de (re)pensar e (re)discutir o papel do Consumo e do Direito na sociedade contemporânea, que são indispensáveis os debates epistemológicos da seara ambiental.

O Direito, por ser uma Ciência Social Aplicada, necessita de grande aporte de outros campos do conhecimento científico para enfrentar suas próprias deficiências cognitivas, mas para isso, ainda, precisa superar deficiências relacionais com as outras ciências de esferas afins (MARQUES, 2016). Este processo passa por uma incorporação da Racionalidade Ambiental voltada à sustentabilidade nos termos propostos por Enrique Leff (2006), onde se congrega a articulação de quatro níveis de racionalidade: a racionalidade material ou substância; as racionalidades teóricas; a racionalidade técnica ou instrumental; e a racionalidade cultural, visando produzir uma epistemologia marcada pela complexidade

---

<sup>4</sup> Neste sentido: “O termo *sociedade do consumo* introduz uma mudança: em vez de o consumo ser considerado como mero reflexo da produção, passa-se a concebê-lo como fundamental para a reprodução social. O termo *cultura do consumo* não apenas assinala a produção e o relevo cada vez maiores dos bens culturais enquanto mercadoria, mas também o modo pelo qual a maioria das atividades culturais e das práticas significativas passa a ser mediadas através do consumo. Este último envolve progressivamente o consumo de signos e imagens. Assim o termo cultura do consumo indica a maneira com que o consumo deixa de ser simples apropriação de um valor de uso e torna-se consumo de signos e imagens, em que a ênfase na capacidade de remodelar incessantemente o aspecto simbólico ou cultural da mercadoria torna mais apropriado referir-se a *signos-mercadorias*. A cultura da sociedade de consumo, portanto, é considerada um vasto complexo flutuante de signos e imagens fragmentárias que produz uma incessante interação que desestabiliza significados simbólicos e uma ordem cultural há muito tempo mantidos [...]” (FEATHERSTONE, 1997, p. 109-110, grifo do autor).

A junção entre Sociedade e Ambiente é indispensável, pois a própria tentativa de superar os problemas relacionais do Direito passa por esta via, eis que com a utilização do vetor socioambiental, a Racionalidade Ambiental será *locus* de diálogo permanente com as Ciências Jurídicas. Ademais, se faz cogente uma imprescindível superação do paradigma positivista e dogmático que ainda domina o cenário jurídico, bem como incorporar os fenômenos contemporâneos.

### **Considerações finais**

Por muito tempo o Direito não se relacionou adequadamente com as demais Ciências Sociais, o que de toda sorte trouxe enormes prejuízos epistêmicos, tendo em vista a redução da capacidade de reflexividade. Todavia, com uma abertura mais contemporânea, em especial, com as contribuições de estudiosos da denominada Escola de Frankfurt foi possível entender a indispensabilidade destes diálogos, eis que o encastelamento dogmático não permitia avançar sobre as demandas das complexas sociedades em transformação.

As relações entre a Sociedade Contemporânea, a Ciência e Indústria, só faz ampliar a complexidade, ou como prefere Leonel Severo Rocha (2013), uma hipercomplexidade. Cenário este que não suporta ser lido pelas mesmas lentes do direito não reflexivo, pois fenômenos como Risco que foram resignificados nesta quadra da modernidade trazem consigo dificuldades extras ao Direito. Entretanto, as dificuldades retornam, quando se fala de fenômenos não bem compreendidos no âmbito de outras ciências como o Consumo.

A compreensão do Consumo como um fator que necessidade de regulação, controle, regulamentação, normatização é o que o Direito de matriz positivista propõe e, isto dificulta o processo de aprendizagem dos indivíduos. O Consumo é em suma um fenômeno que pode ser considerado como centralizador de um processo de promoção de risco ao

Ambiente, pois não se pode afastar sua consideração de força produtiva e que merece destaque na Sociedade Contemporânea.

Todavia, há uma necessidade de acompanhar nas questões ambientais o amadurecimento de um campo de estudos dentro da Sociologia, qual seja, a Sociologia Ambiental, que embora incipiente, vem para reapropriar o caráter social do Ambiente e abrir os flancos à nova racionalidade que se fundamenta na Epistemologia Ambiental de Enrique Leff (2010b) que enlaça de maneira interdisciplinar na temática em discussão.

Assim, ressignificar o Consumo dentro da Racionalidade Ambiental proposta por Enrique Leff (2006), visa em síntese congregar conhecimento e saberes, permitindo que o Direito mantenha uma relação mais próxima com fenômenos deste estágio da modernidade como Risco e Consumo. É indispensável a premissa que o Consumo na Sociedade Contemporânea é promotor de Risco ao Ambiente, eis que a Tecnologia e a Ciência que em dada medida estão alinhadas com o processo da indústria e por consequência do comércio, relativizou a conformação da verdade neste contexto.

A Sociedade Contemporânea e sua complexidade sempre desafiaram o Direito, mas as repostas deste, em um diálogo interdisciplinar, promovendo aprendizagem não tem sido norte nas últimas décadas. Os Riscos que transpassam do Consumo ao Ambiente e, justamente por este motivo, necessitam de reflexividade e monitoramento, urgem por uma Racionalidade Ambiental, construída no Social e no Ambiental. Afinal, possibilidades outras de análise no âmbito do Direito só podem e só irão ocorrer com essa abertura à Racionalidade Ambiental.

## Referências

BARBOSA, Livia; CAMPBELL, Colin. *Cultura, Consumo e Identidade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

BARBOSA, Livia. O estudo do consumo nas ciências sociais contemporâneas. in: BARBOSA, Livia; CAMPBELL, Colin. *Cultura, Consumo e Identidade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

BAUDRILLARD, Jean. *A Sociedade de Consumo*. Tradução de Arthur Morão. Lisboa: Edições 70, 2007.

BAUDRILLARD, Jean. *Para uma crítica da Economia Política do Signo*. Tradução de Aníbal Alves. Lisboa: Edições 70, 1972.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida a Crédito*. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

CAMPBELL, Colin. Eu compro, logo sei que existo: as bases metafísicas do consumo moderno. in: BARBOSA, Lúvia; CAMPBELL, Colin. *Cultura, Consumo e Identidade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

CAMPBELL, Colin. O Consumidor artesão: Cultura, Artesania e Consumo em uma sociedade pós-moderna. In: *Antropolítica: Revista Contemporânea de Antropologia e Ciência Política*. Niterói, v. 14 n. 17 p. 45-60, 2010. ISSN: 1414-7378, EdUFF.

DOUGLAS, Mary; ISHERWOOD, Baron. *O mundo dos bens: para uma antropologia do consumo*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2009.

DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron. *Risco e Cultura: um ensaio sobre a seleção de riscos tecnológicos e ambientais*. Tradução de Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2012.

FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de Consumo e Pós-modernidade*. Tradução de Júlio Assis Simões. São Paulo: Studio Nobel, 1995.

FEATHERSTONE, Mike. (Org). *Cultura Global: Nacionalismo, Globalização e Modernidade*. 3. ed. Tradução de Atílio Brunetta. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

FEATHERSTONE, Mike. *O Desmanche da cultura: globalizacao, pós-modernismo e identidade*. Tradução de Carlos Eugenio Marcondes de Moura. São Paulo: Studio Nobel, 1997.

- GIDDENS, Anthony. *As consequências da Modernidade*. Tradução de Raul Ficker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.
- GIDDENS, Anthony. *Dualidade da Estrutura: agência e estrutura*. Tradução de Oclávio Gaimero. Oeiras: Celta Editora, 2000a.
- GIDDENS, Anthony. *Modernidade e Identidade*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.
- GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000b.
- GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. *Modernização Reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora UNESP, 2012.
- LEFF, Enrique. (Coor.) *A Complexidade Ambiental*. Tradução de Eliete Wolff. 2. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2010a.
- LEFF, Enrique. Complexidade, interdisciplinaridade e saber ambiental. In: *Olhar de professor*, Ponta Grossa, 14 (2): p. 309-335, 2011. ISSN: 1518-5648. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.5212/OlharProfr.v.14i2.0007>> Acesso em: 11/07/2013.
- LEFF, Enrique. *Ecologia, Capital e Cultura: racionalidade ambiental, democracia participativa e desenvolvimento sustentável*. Tradução de Jorge Esteves da Silva. Blumenau: Editora da FURB, 2000.
- LEFF, Enrique. *Epistemologia Ambiental*. Tradução de Sandra Valenzuela. 5. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2010b.
- LEFF, Enrique. *Racionalidade Ambiental: a reapropriação social da natureza*. Tradução de Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2006.
- MARCUSE, Herbert. *A Ideologia da Sociedade industrial: o homem unidimensional*. 6. ed. Tradução de Giasoné Rebuá. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.
- MARCUSE, Herbert. *Cultura e Sociedade*. Vol. 1. Tradução de Wolfgang Leo Maar, Isabel Maria Loureiro e Robespierre de Oliveira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

MARCUSE, Herbert. *Cultura e Sociedade*. Vol. 2. Tradução de Wolfgang Leo Maar, Isabel Maria Loureiro e Robespierre de Oliveira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

MARCUSE, Herbert. *Eros e Civilização: uma Interpretação Filosófica do Pensamento de Freud*. Tradução de Álvaro Cabral. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

MARQUES, Carlos Alexandre Michaello. *Direito e Risco: do Consumo ao Ambiente na Sociedade Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RIBEIRO, Raquel. O Consumo: uma perspectiva antropológica. In: *VII Congresso Português de Sociologia - Mundos Sociais: saberes e Práticas*. Lisboa, p. 01-17, 2008. Disponível em < <http://www.aps.pt/vicongresso/pdfs/105.pdf>> Acesso em: 07/07/2017.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano André Doerdelein; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SLATER, Don. *Cultura do Consumo & Modernidade*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nobel, 2002.

## Desvendando a sociedade dos iguais a partir do olhar de Pierre Rosanvallon\*

*Kelly de Souza Barbosa* ♦

*Michele Segala Camargo* ♦♦

### Introdução

O presente trabalho se propõe a trazer os principais aspectos desenvolvidos na parte final da obra livro *A Sociedade dos Iguais* (2011) de Pierre Rosanvallon, em que o autor apresenta o primeiro esboço do marco conceitual geral de um novo projeto de sociedade dos iguais. Essa obra completa a segunda trilogia do autor composta pelos livros *La contre-democratize* (2006) e *La Légitimité démocratique: Impartialité, réflexivité, proximité* (2008). Referidos trabalhos correspondem as novas pesquisas empreendidas pelo autor, em que ele está aprofundando as questões relacionadas ao trabalho histórico e teórico sobre as mudanças na democracia contemporânea.

---

\* A primeira versão deste trabalho foi apresentada no evento *Sociology of Law 2019*, realizado pela Universidade La Salle (Canoas-RS), no primeiro semestre de 2019.

♦ Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, bolsista CAPES/PROEX. Mestra em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, com bolsa CAPES/PROSUP (2018). Especialista em Direito Processual Cautelar pela Universidade Cândido Mendes - UCAM / Instituto Prominas (2017). Bacharela em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG (2015). Membro do Grupo de Direito, Risco e Ecomplexidade. Advogada. Instituição vinculada: Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. E-mail: kelly\_sbarbosa@hotmail.com.

♦♦ Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2018), com ênfase em Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade. Graduada em Direito pela Universidade Franciscana - UFN (2012). Especialista em Direito, com capacitação para o Magistério Superior. Advogada no escritório José Ery Camargo - Advogados Associados. Membro do Grupo de Direito, Risco e Ecomplexidade. Instituição vinculada: Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. E-mail: michele@jecamargo.adv.br

Por meio da pesquisa bibliográfica e da abordagem descritiva, pretende-se elucidar as perspectivas apresentadas pelo autor sobre a Sociedade dos Iguais, partindo dos conceitos de igualdade-distribuição e igualdade-relação, bem como da tríplice principiológica desenvolvida pelo autor (singularidade, reciprocidade e comunalidade). Desta feita, intenta-se responder quais são os aportes necessários para a perfectibilização de uma democracia pautada na Igualdade.

### **1 Por uma reformulação das noções de igualdade**

Visando desenvolver uma proposta de igualdade das singularidades, Rosanvallon faz uma digressão a respeito dos limites da justiça distributiva, pontuando que a ideia de igualdade de oportunidades se mostra paradoxal, na medida em que iguala consagrando a desigualdade. Buscando analisar o alcance dessa teoria e as suas limitações, o autor aponta três pontos que entende mais fracos: a dissociação entre justiça distributiva e justiça redistributiva; o seu silêncio em relação às diferenças de situação admissíveis entre indivíduos; a despreocupação com um nível mínimo de recursos que a sociedade deva assegurar.

Esses três pontos teriam em comum a relação com elementos essenciais do vínculo social, que, por sua vez, ilustra o grande problema das teorias da igualdade de oportunidades, qual seja, contemplar a questão das desigualdades a partir de um único critério de justiça aplicado à avaliação de situações individuais. Conforme destaca Rosanvallon (2011, p. 312), as desigualdades têm também uma dimensão social, na medida em que seu nível e suas formas são um fator determinante da coesão da uma sociedade.

Os efeitos deletérios da desigualdade alcançariam a todos e não apenas os mais desfavorecidos. Tal fato já havia sido percebido por Rousseau em seu Discurso sobre a origem e o fundamento da desigualdade entre os homens, onde demonstrou que a desigualdade é sofrida sempre solidariamente, trazendo a perspectiva da igual miséria, que acabava englobando

ricos e pobres. Nesse sentido, Rosanvallon (2011, p. 312) afirma que a igualdade se trata de uma noção tanto política quanto econômica, concernente ao comum e ao justo.

Conforme observa Medeiros (2015, p. 324), a preocupação central de Rosanvallon é a coesão do tecido social, de forma a debater modos com os quais as desigualdades podem ser mitigadas para evitar a separação da sociedade. Nesse sentido, Rosanvallon (2011, p. 314) defende que é chegado o momento de iniciar a crítica e abrir horizontes a partir de uma nova perspectiva. Para tanto, é preciso que haja uma reformulação na ideia de igualdade em uma época em que se reconhece na singularidade, sendo que o desafio se encontra na construção de uma economia política ampliada do vínculo social, que permita fundar uma autêntica teoria geral sobre a igualdade, que integre suas diferentes dimensões a fim de proporcionar bases sólidas e universalizáveis às ações reformadoras.

Para atingir esse fim, o autor propõe um retorno ao espírito revolucionário, trazendo expectativas para uma igualdade das singularidades. Essa se sobrepõe ao projeto originário da constituição de uma sociedade de semelhantes, fazendo com que as noções de semelhança e de cidadania passem a ampliar-se. Com efeito, a ideia de cidadania precisa ser enriquecida, para além do sufrágio universal. Nesse sentido, a partir de agora se deve conceber a sociedade dos iguais a partir dos slogans singularidade, reciprocidade e comunalidade. (ROSANVALLON, 2011, p. 316).

## **2 A tríplice principiológica da sociedade dos iguais**

Para fundamentar a sociedade dos iguais, Rosanvallon elenca três princípios que seriam fundamentais à sua concepção, quais sejam: o da singularidade, da reciprocidade e da comunalidade. De acordo com Schramm (2016, p. 120), esses princípios seriam condição de possibilidade para uma solidariedade mais ativa. Teriam os mesmos o condão de articular uma relação social que permita ir além das teorias da justiça próprias à reflexão contemporânea.

Refletindo sobre o primeiro princípio, explica Rosanvallon que a aspiração à singularidade somente pode tomar forma na relação com o outro, na medida em que permite compreender a diferença como o que une e não o que separa, sendo que o padrão da igualdade se daria a partir da diversidade. Essa forma de igualdade define um tipo de sociedade cuja forma de composição não é a do universalismo abstrato, nem a do comunitarismo identitário, mas a de uma construção e um reconhecimento dinâmico das particularidades. Uma vez ancorada no reconhecimento mútuo, a valoração da singularidade tem, assim, uma dimensão diretamente social, dando ensejo a uma época plenamente democrática, onde a democracia como regime já não se mostra separada da democracia como forma de sociedade. (ROSANVALLON, 2011, p. 318).

A singularidade somente teria espaço em uma democracia do reconhecimento. A ausência desse minaria a sua constituição, tendo como sua expressão mais evidente a discriminação. Essa é considerada uma patologia da singularidade que faz com que a pessoa discriminada seja duplamente excluída: da sociedade dos semelhantes e da sociedade das singularidades. Seria ela uma forma moderna de produzir desigualdade; uma perversão do universo democrático e dos princípios da semelhança, generalidade e singularidade. (ROSANVALLON, 2011, p. 319).

De acordo com o autor, existiriam duas maneiras distintas de lutar contra a discriminação: a reabilitação do “sujeito qualquer” e a atribuição de direitos a uma categoria específica ou a valoração de um grupo. A primeira deveria dirigir-se aos tribunais de justiça, na medida em que eles teriam a função de considerar o indivíduo na sua generalidade. Já no segundo caso, haveria de dirigir-se ao legislador, a quem cabe o poder de emitir normas que contemplem um grupo particular. Conforme adverte o autor, contudo, a luta contra as discriminações pode levar a dois extremos contrários: o separatismo (que exacerba o projeto de implantar normas particulares) e a indistinção (que amenizaria o sentido da discriminação.). (ROSANVALLON, 2011, p. 320).

Como exemplo do separatismo cita-se a identidade política implementada nos Estados Unidos por grupos negros no final da década de 1960, que os constituía em uma comunidade de resistência, alguns movimentos feministas radicais e das comunidades identitárias. Tais movimentos foram surgindo baseados na reivindicação de uma igualdade dos tipos de particularidade. Nesses contextos, a sociedade dos semelhantes já não era concebida como um modelo universalizador, adotando um perfil de igualdade dissociadora, que convertia grupos em sujeitos constitutivos do social. (ROSANVALLON, 2011, p. 321).

Para o autor, a questão da igualdade dos sexos é a chave de uma história da igualdade, na medida em que se situa diante de uma dupla encruzilhada: a das relações entre singularidade e semelhança, e singularidade e diferença. Conforme Rosanvallon (2011, p. 321), para determinar a condição e os direitos da mulher, sua singularidade foi durante muito tempo naturalizada, o que constituiu a base de uma negação de semelhança entre os dois sexos. Durante a Revolução Francesa negou-se à mulher o direito ao sufrágio, ao passo que, no fundo, ela sequer era considerada como um indivíduo, mas como um simples elemento do corpo familiar.

Mesmo nos dias de hoje, ainda que se considere homens e mulheres plenamente semelhantes, existe uma imprecisão na qualificação daquilo que fundamenta a sua igualdade. As discriminações sofridas pelas mulheres sugerem claramente que essa questão ainda está muito distante de ser resolvida, tanto nos costumes como nas mentalidades. A título de exemplo, Rosanvallon (2011, p. 322) menciona as propostas debatidas na França, que oscilam entre perspectivas universalizantes e planejamentos diferencialistas.

Ancorando-se nos posicionamentos defendidos por J. S. Mill e Étienne Balibar, Rosanvallon (2011, p. 323) explica que homens e mulheres só existem em relação uns com os outros (indivíduos-relação), motivo pelo qual defende que a distinção de sexo é a chave para um aprofundamento do

ideal igualitário, que se distancie tanto da abstração republicana quanto da ideia de uma indistinção futura entre os sexos.

Segundo Rosanvallon (2011, p. 325), a instituição de uma política ativa da singularidade não pode vir separada das políticas de reciprocidade e comunalidade para legitimar o financiamento desse sobre custo pela sociedade. Essa personalização da ação pública tem como consequência uma confusão na linha divisora entre o trabalho associativo e caridoso e a ação pública. O novo Estado-serviço (ou Estado capacitante), ao não ser somente um distribuidor de subsídios e um administrador de regras universais, se vê obrigado a introduzir-se na vida dos indivíduos e avaliar seus comportamentos. A própria noção de direitos acaba sendo redefinida, já que restam afetadas as condições de liberdade e de autonomia.

A nova concepção dos direitos sociais e da ação pública implica ter em conta novos riscos e novas injustiças. Nesse sentido, o autor adverte para o fato de ser preciso levar em consideração as possíveis ambiguidades da singularidade, que, ao mesmo tempo em que pode corresponder a uma realização do indivíduo, pode também voltar-se contra ele. A individualização-emancipação estaria associada de forma confusa à individualização-fragilização, levando a crer que a construção da singularidade revela-se como um dos novos objetivos da luta de classes, na batalha por respeito, dignidade, integridade, não discriminação e reconhecimento, todos elementos constitutivos da igualdade das singularidades. (ROSANVALLON, 2011, p. 327).

Além da Singularidade, Rosanvallon (2011, p. 328) trabalha com o princípio da Reciprocidade, cujo conceito é desenvolvido a partir da constatação de que, a aparência matemática de análise dos fatos sociais, típica do paradigma da racionalidade – que ainda persiste nas ciências sociais – apresenta fragilidades. Com efeito, existiriam outros fatores capazes de explicar a ação deliberativa do ser humano, para além da visão do *homo oeconomicus* (homem econômico), na qual o indivíduo decide ponderando os custos e benefícios para a maximização de seu próprio interesse.

Rosanvallon destaca Pierre Kropotkine como um dos primeiros a advertir sobre a importância dos comportamentos cooperativos entre os animais, em contraponto as interpretações liberais de Darwin. Nesse diapasão, houve nas ciências sociais um crescente interesse a noção de reciprocidade. O autor define reciprocidade como a igualdade de interação. É uma norma social e cultural, fundamental e universal, que cria consensos, haja vista estar baseada no princípio do equilíbrio nas relações sociais. Este equilíbrio pode ser organizado pelo intercâmbio ou pela implicação. (ROSANVALLON, 2011, p. 329).

Na reciprocidade de intercâmbio, tanto na análise limitada às transações materiais quanto na análise ampliada aos bens simbólicos<sup>1</sup>, há em comum a repartição justa, uma circulação de elementos entre os indivíduos. Por sua vez, na reciprocidade de implicação se tem por objeto a relação social em si mesma, sendo simultaneamente produção e consumo desta relação. Logo pode adotar a forma de uma coprodução de bens relacionais ou de uma paridade de compromisso na vida social. (ROSANVALLON, 2011, p. 330).

Embora o amor e a amizade sejam bens relacionais eletivos, o respeito e o reconhecimento são universais. Portanto, estes últimos são bens propriamente sociais, balizados no princípio de uma relação de reciprocidade, permitindo aos seres singulares participarem da sociedade sendo o que são. A atenção é alterada para a singularidade no princípio de uma relação de igualdade. Dessa forma, o respeito e o reconhecimento devem ser promovidos e protegidos e a lei sancionar com rigor as ações que atentem contra a dignidade e a igualdade. (ROSANVALLON, 2011, p. 331).

O autor explica que o *homo reciprocans* não deseja uma igualdade econômica-aritmética ou uma igualdade-independência, ele está particularmente sensível à uma igualdade de implicação/envolvimento. Ou seja, preocupa-se com o fato de os direitos e os deveres serem os mesmos para

---

<sup>1</sup> Neste ponto, Rosanvallon cita a sociologia de Marcel Mauss, o qual “entendeu que a lógica mercantil moderna não substituiu as antigas formas de constituição dos vínculos e alianças entre os seres humanos e constatou que tais formas continuam presentes nas sociedades modernas.” (MARTINS, 2005).

todos e condena tudo o que rompa com a igualdade nas relações que os indivíduos mantêm com as instituições e as regras. (ROSANVALLON, 2011, p. 332).

Além de serem normas abstratas impostas a todos ou prerrogativas que possuem os indivíduos, os direitos também guardam relação com a expectativa de uma reciprocidade – função de instituição do social. Os direitos, sempre relacionais, formam o princípio constitutivo de uma sociedade dos iguais. Eles são faculdades e capacidades concedidas mutuamente aos indivíduos para *fazer sociedade* sobre a base de liberdade e responsabilidade de cada um, sendo o Estado apenas o garante e organizador dessas relações. Nesse mesmo sentido deve-se compreender os deveres ou obrigações que igualmente possuem caráter relacional e funcionam como elemento de instituição do social. Rosanvallon infere que os direitos e os deveres não podem mais ser concebidos como forças contrárias aos domínios opostos da autonomia do indivíduo e da exigência social. Mas sim como duas medidas convergentes e complementares de criação de uma sociedade de reciprocidade, na qual o compromisso e a individualidade de cada um podem ser consolidados de comum acordo. (ROSANVALLON, 2011, p. 332-333).

Se o egoísmo, segundo Tocqueville, era a ferrugem das sociedades, Rosanvallon aponta que o maior agente desta corrosão na atualidade é a ausência de reciprocidade. Estudos experimentais indicam que os indivíduos estão dispostos a contribuir na cidade, nas empresas e nos gastos coletivos, se tiverem a percepção de que os outros também compartilham do mesmo compromisso. Dessa situação surgem, inversamente, as formas de retração, provocadas por uma ruptura de reciprocidade. Atualmente, o sentimento de ruptura da reciprocidade é perceptível tanto naqueles que figuram na escala social alta (*v. g.* saberiam como evitar a regra comum e os impostos) quanto na baixa (*v. g.* receberiam benefícios indevidos). A desconfiança criada pela mistura indissolúvel da realidade e fantasia cria um problema sociológico e político. (ROSANVALLON, 2011, p. 333-334).

A crise de reciprocidade, do ponto de vista sociológico, reside no mal-estar das classes médias e populares que se consideram duplamente penalizadas, pois nem estão suficientemente desfavorecidas para se beneficiarem de certas vantagens do Estado Providência, nem suficientemente ricas para gozarem de facilidades oferecidas aos afortunados. Do ponto de vista político, alimenta a base dos ressentimentos em que se apoia a extrema direita em seu avanço na Europa, com o discurso dedicado a ultrajar simultaneamente as elites mantidas de privilégios e os imigrantes acusados de serem os principais beneficiários da solidariedade nacional. (ROSANVALLON, 2011, p. 335).

Rosanvallon (2011, p. 335) objetivamente expõe que se a ruptura da reciprocidade é o motor da desconfiança social e, portanto, da resistência ao desenvolvimento da solidariedade, o mais urgente é fazer de seu restabelecimento uma das chaves do avanço há uma sociedade dos iguais. Para tanto devem ser aprofundados os mecanismos de solidariedade e de retorno às políticas universais.

A igualdade-reciprocidade, portanto, estaria balizada na igualdade de tratamento e de compromisso. Para que não sejam produzidos os efeitos destrutivos da fantasia de situações desiguais seria necessária a transparência estatística na ordem fiscal e social (ou seja, das desigualdades) para que o debate democrático se desenvolva com justiça e de maneira útil. Ao mesmo tempo, devem ser perseguidos rigorosamente os usos abusivos e fraudulentos da máquina fiscal-social, para que não se desmorone a confiança. (ROSANVALLON, 2011, p. 335).

O terceiro princípio-chave abordado por Rosanvallon é o da Comunalidade, que representaria a dimensão da cidadania como uma forma social. Dentro dessa temática, o autor resolve explorar a questão da desnacionalização das democracias, marcada pelos separatismos. Com efeito, existiria uma tendência à constituição de grupos que compartilham as mesmas características, que estaria redefinindo a noção de semelhança, passando de uma ideia inicial de igualdade geral de condições para ser reduzida a características estritamente socioculturais, perdendo sua

dimensão antropológica e democrática, para expressar um simples conteúdo de classe. Logo, a característica fundamental das sociedades contemporâneas seria a do separatismo generalizado. (ROSANVALLON, 2011, p. 340).

De acordo com a observação de Rosanvallon, o território tem se convertido na marca mais evidente das novas desigualdades. Tal conclusão deriva, sobretudo, considerando a multiplicação em muitos países dos conjuntos residenciais fechados, caracterizados pela reunião de características socioculturais comuns, além das mesmas crenças religiosas e ideias políticas. Esse fenômeno constitui, ainda, a contrapartida do prolongamento dos mecanismos de exclusão, mediante a concentração de populações menos favorecidas nos mesmos bairros, seguindo um princípio de homogeneização como vetor constituinte da organização espacial. (ROSANVALLON, 2011, p. 341).

Segundo Rosanvallon (2011, p. 346), não apenas na França, mas em toda a Europa se produz um movimento de afirmação de identidades regionais que constituem o vetor de ascensão de outra forma de separatismo de base territorial. Esse movimento estaria produzindo eco na América, com a cultura do *taxpayer*, ou seja, do contribuinte que obscurece o cidadão, assim como mediante a exaltação de um federalismo fiscal disposto a reduzir o papel do Estado federal, com sua importante função redistributiva. (ROSANVALLON, 2011, p. 346).

Ao mesmo passo estariam se multiplicando nos Estados Unidos as *unicorporated áreas*, zonas residenciais construídas pela iniciativa privada, que não estariam integradas a nenhuma estrutura municipal, sendo geridas como grandes copropriedades sem a presença de serviços públicos. Discorrendo sobre o assunto em tópico específico denominado “a tentação da homogeneidade”, Rosanvallon (2011, p. 347) exara o entendimento de que essas áreas corresponderiam à manifestação mais avançada da tentação de substituir o princípio democrático pelo princípio da homogeneidade.

Essa relação entre a homogeneidade e a predisposição a aceitar as ideias igualitárias pode ser interpretada de duas maneiras. Por um lado é possível deduzir que a diversidade étnica ou cultural constitui um freio ao exercício da solidariedade, mas de outro é possível dizer que a redução da heterogeneidade facilita a expressão de um sentimento igualitário. Assim, uma primeira concepção de homogeneidade a entende como uma qualidade dada, equivalente a uma identidade consolidada. A segunda, a compreende como um trabalho de homogeneização vinculado a um labor de redução das desigualdades, assim como ao exercício de uma democracia profundamente deliberativa. (ROSANVALLON, 2011, p. 347 e 348).

Encerrando a abordagem sobre a Comunalidade, o autor ainda acrescenta um tópico para tratar da “produção do comum”. Para Rosanvallon (2011, p. 348), equiparar-se a noção de comum à ideia de identidades que implica reduzi-la a um catálogo de nostalgias e clichês. Concebida unicamente no singular, como um dado bruto e indivisível, traduz uma noção estruturalmente passiva, conservadora, incapaz de iluminar um futuro e dar sentido ao novo mundo. Nesta época da desnacionalização das democracias seria preciso adotar um aspecto ativo e criativo, compreendendo as distintas dimensões possíveis do comum.

Para o autor as três principais dimensões atribuíveis a ideia do comum são a da participação, da intercompreensão e da circulação. A primeira delas seria a mais evidente e expressaria a ideia de viver juntos os mesmos acontecimentos, como os espetáculos de música popular e as atrações desportivas. Logo, a dimensão da participação é resultado da submissão a um mesmo fluxo de informações. Já a intercompreensão comum se baseia no conhecimento recíproco e se nutre de contatos e imagens, cuja realização corresponde ao intelectual e ao periodista, ao militante que expressa a situação de seus companheiros, aos redatores de blogs, dentre outros exemplos. Por último, a circulação comum corresponde ao fato de compartilhar o espaço, fazendo parte de uma civilidade silenciosa e, ao mesmo tempo, difusora de conhecimentos, podendo ser vista nos transportes, nas praças e nas calçadas. (ROSANVALLON, 2011, p. 349).

Nas palavras de Rosanvallon (2011, p. 350), a circulação comum é um bem público frágil, na medida em que se debilita quando os serviços públicos variados se colocam em um estado de abandono. As diferentes formas de produção do comum contribuem para o enriquecimento da comunalidade, a qual só pode ser resultado de uma multiplicidade de iniciativas e experiências, segundo os três eixos acima destacados. O autor conclui a abordagem sobre a comunalidade referindo que ela se concebe como um grupo de pessoas unidas por um vínculo de reciprocidade, por um sentimento de exploração unida do mundo, pelo compartilhamento de adversidades e de esperanças.

### **3 Desenhando os aportes para uma economia geral da igualdade**

No mundo pré-capitalista das revoluções americana e francesa e no tempo do individualismo de universalidade, uma economia simples de igualdade mostrou-se suficiente para o projeto de uma sociedade de iguais. Todavia, na época do individualismo de singularidade, este projeto deve pensar em uma economia mais complexa, nas tensões mais intensas entre as diferentes dimensões de igualdade e na definição de instituições adaptadas a realização deste contexto de igualdade. (ROSANVALLON, 2011, p. 351).

Como na atualidade o que importa é conceber em termos políticos, jurídicos e institucionais a maneira de articular a igualdade e a diferença, Rosanvallon propõe três formas para que esta atuação possa ser realizada. São elas: na forma positiva de uma articulação dos três princípios da singularidade, reciprocidade e comunalidade; na forma de uma hierarquização da igualdade-relação e da igualdade-redistribuição; e, finalmente, a partir de uma definição dos pontos de inflexão do ideal igualitário. (ROSANVALLON, 2011, p. 356).

Na sequência, ele apresenta o marco conceitual geral desta nova proposta de sociedade dos iguais, mas sem a pretensão de detalhá-la, pois este é um projeto futuro. Assim, a título de conclusão desta obra, Rosanvallon

aborda sobre a igualdade plural, a ordem léxica da igualdade, os venenos da igualdade e, por fim, questiona a existência da igualdade-mundo. Para o autor não se pode falar em igualdade geral, mas apenas em singular, pois ela está relacionada com uma propriedade que os indivíduos têm em comum. Como a igualdade total implicaria na indistinção dos seres, para não voltar as aporias de Dom Deschamps e de Rousseau, Rosanvallon contempla as coisas em função da igualdade eleita. Isso acarreta na definição de objetivos específicos de igualização, pela hierarquização de distintas propriedades e determinação das que são socialmente mais importantes. (ROSANVALLON, 2011, p. 356-357).

A composição dessas informações objetivas (variáveis econômicas, sociais e culturais) que unem o igual com o desigual, também possui uma dimensão subjetiva (v.g. o grau de autoestima). Assim as categorias do inferior com o superior se misturam com o igual e o desigual. Neste diapasão pode-se falar em uma *desigualdade de equilíbrio* como ideal social, no qual ninguém se encontra em uma situação irreversível ou psicologicamente destrutiva por ter várias desigualdades. (ROSANVALLON, 2011, p. 357).

Para Rosanvallon o critério decisivo que deve ser considerado para a passagem do equilíbrio ao desequilíbrio é o ponto de inflexão (desvio) a partir do qual as desigualdades formam uma contra natureza, se acumulam e se solidificam em uma natureza adversa implacável. E “embora o projeto dessa desigualdade de equilíbrio deva ser o fundamento de todo um conjunto de políticas públicas, atentas a romper o confinamento dos indivíduos em determinada condição, sua realização exige um trabalho muito mais difuso de construção, já que se determina pessoalmente”. Daí a importância de políticas públicas de singularidade para permitir ao indivíduo desenvolver sua especificidade. Além do mais, o aumento das diferenças individuais torna-se um fator que aumenta as possibilidades de se encontrar um equilíbrio (noção de igualdade complexa de Michael Walzer). (ROSANVALLON, 2011, p. 357-358).

O autor deduz que pensar do ponto de vista da relação permite, em contrapartida, considerar positivamente as coisas e colocar um horizonte

realista ao projeto de uma sociedade dos iguais como figura democrática. Ademais, simplifica a ideia de igualdade relacionando-a com três maneiras de estar com o outro, são elas: em uma posição relativa, em interação, com um vínculo de participação. (ROSANVALLON, 2011, p. 358).

Pondera o autor que a afirmação das singularidades, a atenção à reciprocidade e o desenvolvimento da comunalidade não estão no mesmo plano. O aprofundamento em cada um desses tipos de relações não supõe entrar em competição com os demais, de modo que pode ser um processo cumulativo, que é próprio de uma forma de igualdade ao mesmo tempo plural e absoluta. A igualdade absoluta é no sentido de ser possível a realização completa de seu conceito, já que permite contemplar o advento de uma sociedade de iguais como uma utopia perfeitamente realística. Por sua vez, é plural pois visa entender o vínculo social segundo as três figuras que a constitui. (ROSANVALLON, 2011, p. 358).

Explorando a ordem léxica da igualdade, Rosanvallon refere que, para se formar uma teoria geral da igualdade, é necessário organizar suas dimensões. A primeira dimensão é a igualdade-relação, na qual se define todo o espírito de igualdade e se tem uma dimensão universalizadora. A igualdade-relação beneficia a todos, uma vez que torna o mundo mais sereno, menos perigoso e mais amistoso. Assim é possível incluir na teoria da igualdade a liberdade, pois esta última pode ser definida como uma relação, concebida como autonomia relativa - uma reciprocidade necessária. E se a igualdade e a liberdade forem entendidas conjuntamente como qualidades sociais, como relações, elas tendem a ser equivalentes. (ROSANVALLON, 2011, p. 359).

A próxima dimensão é composta pela expressão igualdade-distribuição e igualdade-redistribuição, a qual deve ser entendida de duas maneiras. Primeiro que podem ser admitidas as formas de distribuição de renda e recursos que não deterioremem a relação de igualdade em suas três dimensões de singularidade, reciprocidade e comunalidade. Segundo, que a limitação, direta ou indireta (através do imposto) de rendas elevadas ou de bens herdados, pode ser legitimada pelo risco da não participação

destes no mundo comum, para a reconstrução da comunalidade degradada e, também, porque é uma exigência de reciprocidade. (ROSANVALLON, 2011, p. 359).

Nesse contexto, há critérios simples para determinar o nível necessário da redução das desigualdades econômicas e sociais, em diferentes âmbitos, independentemente do surgimento de debates ou controvérsias quanto a determinação quantitativa para tal redução. E como a legitimidade da igualdade-redistribuição provém da igualdade-relação, é necessário previamente construir esta igualdade-relação e colocá-la no centro da política, para então se dar um novo sentido ao imposto e possibilitar ambiciosas atuações de redistribuição. (ROSANVALLON, 2011, p. 359-360).

Discorrendo sobre aquilo que denomina de venenos da igualdade, Rosanvallon elenca a reprodução social, o excesso e os separatismos. No mundo contemporâneo, estes venenos possuem uma importância cada vez maior, ao mesmo tempo que as condições para seu tratamento foram modificadas. (ROSANVALLON, 2011, p. 360).

A reprodução social se define pela transmissão dos fatores que estruturam a desigualdade. Ela transforma as diferenças sociais existentes em um determinado momento em destino inevitável das gerações. Para que não se retroceda ao século XIX, as regras e a tributação de herança são cruciais a fim de que se alcance a justiça social. (ROSANVALLON, 2011, p. 360-361).

Diferente da regularização do excesso do século XVIII, pautado nos imperativos morais e sociais, na atualidade também devem ser considerados os limites ecológicos do crescimento econômico. Destarte é necessário um novo modelo de desenvolvimento que ponha fim ao furor do desperdício e esteja atento ao fato de que a longo prazo haverá a estabilização automática do crescimento em torno de 1% a 2%. Também contribuirá para a redução das desigualdades que se vincule na ordem econômica a

uma ação de descomodificação<sup>2</sup> do mundo, pondo ênfase no desenvolvimento e na participação nos bens públicos. (ROSANVALLON, 2011, p. 361).

Rosanvallon adverte que o separatismo corrompe mais o espírito da igualdade do que o fato aritmético da igualdade, pois desconstrói o princípio do comum. A ação nesta área é decisiva. Logo, toda política de igualdade deve começar por uma política ativa da cidade, orientada tanto para multiplicar os espaços públicos quanto garantir mais mistura social. Por fim, Rosanvallon questiona a igualdade-mundo. O mundo dos semelhantes se reduz ao simples reconhecimento de um mesmo pertencimento ao gênero humano, estando sua afirmação limitada na luta contra o que atenta esta humanidade comum. Ou seja, contra as figuras de “exclusão da humanidade”. E sem dúvida há uma globalização desta dimensão do sentimento igualitário. (ROSANVALLON, 2011, p. 362-363).

Todavia, o vínculo da humanidade e de reconhecimento das singularidades apenas acionam uma forma reduzida de igualdade e com uma certa indiferença às desigualdades sociais. Situação esta que pode ser visualizada na permanência de não equiparação salarial entre homens e mulheres, embora eles sejam semelhantes. Rosanvallon explica que não há uma intenção de comunalidade no vínculo da humanidade. Se, por um lado, o combate à pobreza mobiliza a solidariedade quando há um risco à condição humana (por exemplo, inanição), por outro, ela não recebe a menor atenção quando faz diferentes povos viverem em condições discrepantes. Essas distintas noções podem ser visualizadas fisicamente nas fronteiras, nos Estados, nos subcontinentes e nas zonas de desenvolvimento. A questão decisiva é se a globalização da desigualdade provoca uma mudança de perspectiva. (ROSANVALLON, 2011, p. 363).

No final do século XVIII, a diferença média de renda entre os países desenvolvidos e os mais pobres era de 1 para 3, com uma grande

---

<sup>2</sup> Termo cunhado pelo economista Esping-Andersen, “[a] ‘descomodificação’ se dá quando o indivíduo tem acesso aos bens e serviços de que necessita para sua sobrevivência, através do Estado, enquanto um “direito social” - tal como entendido por Marshall - direitos civis, políticos e sociais. Desta forma, ele não necessita comprá-los com seu salário, o que lhe garante maior poder de barganha em suas negociações relativas a emprego e renda. A garantia de direitos sociais mínimos aos trabalhadores permitiria a estes, segundo essa ótica, valorizar sua força de trabalho. Daí a ideia de descomodificação.” (SANTOS, 2012, p. 50)

desigualdade no interior de cada país. No final do século XX, a diferença saltou de 1 para 74, mas as desigualdades internas nos países desenvolvidos se reduziram muito até a década de 1980. Destarte, o problema da justiça em plano internacional alcançou importância central. (ROSANVALLON, 2011, p. 364).

Rosanvallon adverte que do ponto de vista estrutural se está retornando ao esquema do século XVIII, pois, paradoxalmente a redução econômica das desigualdades internas fez surgir novas formas de indiferença das desigualdades. Com esta globalização, a definição redutora do vínculo de humanidade é que tende a generalizar-se em todas as partes e substituir a exigência da comunalidade. Ao mesmo tempo que a globalização aproxima as nações, também acentua o buraco (material e psicológico) que separa as classes, as quais voltam a ser equivalentes as nações separadas do século XIX. E para combater simultaneamente a desigualdade-mundo e a desigualdade-sociedade, Rosanvallon propõe a renacionalização das democracias, entendida como reforço da coesão dos membros que a compõem e a re-apropriação do político por estes últimos. (ROSANVALLON, 2011, p. 364).

### **Considerações finais**

Rosanvallon apresenta uma nova proposta de igualdade na sociedade, que seja compreendida em suas múltiplas dimensões, capaz de se adaptar às condições vivenciadas no momento atual e das diferenças existentes entre os indivíduos. Tal proposta implica na substituição dos princípios que originariamente marcaram o espírito revolucionário (semelhança, independência e cidadania) pelas noções de singularidade, reciprocidade e comunalidade.

Ao traçar as ideias gerais dessa nova proposta, Rosanvallon acaba se mantendo equidistante tanto do liberalismo conservador, que invoca a natureza humana para justificar as divisões sociais, quanto do comunismo

utópico, simetricamente oposto, que define a igualdade como assimilação a uma humanidade reconciliada. (SCHRAMM, 2016, p. 124)

A partir das suas proposições, é possível compreender a singularidade como um desdobramento da relação com o outro, pautada no reconhecimento das particularidades de cada indivíduo. Já a reciprocidade estaria relacionada a ideia de igualdade de interação, ancorando-se no equilíbrio das relações sociais e na igualdade de tratamento e de compromisso.

O terceiro princípio desenvolvido pelo autor, qual seja, o da comunalidade, pressuporia uma nova compreensão de cidadania, na sua forma social, além de pautar-se na ideia de comunidade, onde as pessoas se unem por um vínculo de reciprocidade, por um sentimento de exploração unida do mundo e pelo compartilhamento de adversidades e de esperanças.

Por derradeiro, Rosanvallon trabalha com a perspectiva de uma economia geral da igualdade, partindo do entendimento de que uma economia simples já não se faz suficiente para a atualidade. Seria preciso, desse modo, uma economia mais complexa para lidar com os problemas decorrentes do individualismo de singularidade. Para tanto, mostra-se imprescindível a articulação dos princípios da singularidade, reciprocidade e comunalidade.

O que se evidencia a partir da obra *Sociedade dos Iguais* e, em especial, da sua última parte, é que o autor propõe a construção de um mundo comum, assentado, sobretudo, no reconhecimento das diferenças. E, para que a sua proposta possa ser aprofundada, mostra-se imprescindível re-nacionalizar a democracia, ou seja, recuperar os espaços comuns, onde todos obedeçam às mesmas regras do jogo, as diferenças econômicas sejam mitigadas e as singularidades reconhecidas e respeitadas.

Rosanvallon não chega a concluir a obra *La société des égaux* (2011). Apesar de amarrar algumas das ideias trazidas nos capítulos antecedentes, o último capítulo “A Sociedade dos Iguais – Primeiro Esboço” representa muito mais uma introdução para a sua próxima obra do que propriamente

uma conclusão para a presente. Aliás, ele adverte que pretende aprofundar em uma obra futura as condições de implementação deste projeto.

## Referências

- MEDEIROS, Nayara F. Macedo de Medeiros. Resenha Pierre Rosanvallon. La société des égaux. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 18, set./dez. 2015. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-33522015000400337](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522015000400337)>. Acesso em: 01º out. 2018.
- ROSANVALLON, Pierre. **La sociedad de los iguales** (2011). Traduzido por Maria Pons. Barcelona: RBA Libros S.A., 2012.
- SANTOS, Maria Paula Gomes dos. **Políticas Públicas e Sociedade**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração da UFSC, 2012. Disponível em: <[http://www.cesa-dufs.com.br/ORBI/public/uploadCatalogo/16341810042013Políticas\\_Publicas\\_e\\_Sociedade\\_Atula\\_3.pdf](http://www.cesa-dufs.com.br/ORBI/public/uploadCatalogo/16341810042013Políticas_Publicas_e_Sociedade_Atula_3.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2018.
- SCHRAMM, Luanda Dias. O desprezo da política eleitoral: crise da representação e legitimidade contra-democrática na obra de Pierre Rosanvallon. In: *Revista Debates*, v. 10, n. 3, set.-dez. 2016. Porto Alegre, pp. 107-129. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/debates/article/view/60905>>. Acesso em: 15 mar. 2019
- TOVAR, César Guzmán. La sociedad de iguales (Reseña del Libro Rosanvallon, Pierre, 2013. La sociedad de iguales, Buenos Aires, Editorial Manantial). **Relacso**, México, n. 6, marzo 2015. Disponível em: <<http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/6862/1/RFLACSO-Re6-04-Guzman.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

## Os Direitos Fundamentais e a proteção nacional e internacional aos trabalhadores migrantes

*Juliana Giovanetti Pereira da Silva* ♦

*Lais Giovanetti* ♦♦

### Introdução

Atualmente vemos, principalmente, nos canais midiáticos, que cada vez mais as pessoas se deslocam, atravessam as fronteiras de seus países em busca de segurança, paz e emprego. Esse deslocamento por muitos é defendido como fruto da globalização, das mudanças demográficas, dos conflitos políticos e religiosos, das desigualdades sociais e das alterações climáticas. Com isso, a maior parte dos países estão sendo afetados por esse processo migratório, sobretudo os países do continente europeu que recebem diariamente inúmeros migrantes.

Ressalta-se que migração é uma transformação social, um processo dinâmico que ocorre entre um país ou local de origem e outro de destino. Na maioria das vezes a migração não é uma escolha, mas sim, uma necessidade que afeta a vida de muitas famílias, que deixam filhos e parceiros para trás, passando por situações perigosas e dolorosas em busca de um futuro econômico melhor.

---

♦ Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos pela Universidade Metodista de Piracicaba. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

♦♦ Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (2016). Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (2017). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2012).

Com relação aos países do continente europeu, conforme citado, referida migração tem cunho em massa político e religioso, porém não podemos nos esquecer que as pessoas se deslocam, também, em busca de empregos e com isso melhor qualidade de vida. A migração em busca de oportunidade de emprego é denominada pelos estudiosos e pesquisadores da área de migração laboral. Nesse cenário, a migração laboral é uma esperança tanto para aqueles que vão como para os que ficam. No Brasil, no caso dos haitianos estes pagaram coites para chegarem até aqui e o valor pago é imenso para que se tenha a oportunidade de conseguir um trabalho.

O processo de migração envolve desafios complexos em termos de governança justa e eficaz, de proteção dos trabalhadores migrantes, das ligações entre migração e desenvolvimento sustentável e da cooperação internacional.

Diante disso, o presente artigo se preocupou em analisar as migrações laborais, seus aspectos históricos, as ondas migratórias laborais atuais e principalmente a proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores migrantes previstos na Constituição Federal de 1988, bem como nas legislações infraconstitucionais e nos documentos internacionais.

Salienta-se, que o método científico adotado neste artigo, o caminho e os procedimentos técnicos, os instrumentos, os meios adotados para chegar ao seu objetivo, foi o método indutivo, pois partiu-se de dados particulares e específicos para constatações gerais. O método indutivo permitiu que fosse analisado o objeto proposto e obtendo-se conclusões gerais. É um procedimento generalizador, por indução que se chega a uma conclusão a partir da generalização da observação de um fenômeno. Método proposto pelos empiristas Bacon, Hobbes, Locke e Hume. Quanto ao referencial ou o marco-teórico adotado - composto por uma teoria desenvolvida por determinado autor ou uma teoria geral compartilhada por vários autores -, utilizou-se a legislação e documentos internacionais.

## **1 Breve histórico sobre as migrações laborais e as principais ondas migratórias atuais no Brasil**

O Brasil é incontestavelmente um país de imigração e deste fenômeno deriva a atual estrutura demográfica do país, o qual se submeteu a um intenso processo migratório desde à época de seu descobrimento. Nesse contexto, faz-se necessário realizar um breve retrospecto histórico acerca das migrações, para se contextualizar as migrações laborais contemporâneas.

Diante disso, o homem sempre esteve em movimento e em busca de melhores condições de sobrevivência ao longo do globo, não sendo o fenômeno migratório algo recente ou localizado. Neste excerto, direcionaremos nosso enfoque as migrações direcionadas ao Brasil e em busca de trabalho.

Nesse sentido, as imigrações para o solo brasileiro iniciaram-se nos idos de 1500, com a descoberta do território e, conseqüente, imigração portuguesa. Assim, neste período, ingressaram em solo nacional 1,2 mil portugueses, em busca de colonização (SILVA, 2015, p. 18).

Posteriormente, durante o século XVI ao século XIX, deu-se o início da migração forçada com o tráfico de escravos africanos, utilizando-se da vida humana como mercadoria e exploração da mão de obra do migrante escravizado.

Durante o período colonial, delineou-se os primeiros traços da migração laboral, tanto com a exploração do negro, quanto com o ingresso voluntário dos europeus, devido ao desequilíbrio econômico decorrente do capitalismo industrial que se difundia, possibilitando a internacionalização do trabalho (MELLO, 2013, p. 7-10).

Com a abolição da escravatura, em 1888 (BIBLIOTECA NACIONAL, 1988, p. 40), permaneceu apenas o ingresso voluntário no Brasil e direcionado a esfera laboral, contribuindo para o desenvolvimento econômico e cultural do país:

O trabalho dos imigrantes, inicialmente, se deu no sistema de parceria nas lavouras cafeeiras, primeira experiência de trabalho livre no campo, com desenvolvimento acentuado a partir de 1850, quando surgiram diversas colônias desse tipo. Mas a falta de uma base estável nas relações entre fazendeiros e colonos criou um desajustamento e um ambiente de mal-estar, acarretando revoltas como o levante dos colonos contra o fazendeiro na cidade de Ibicaba. Não obstante, o sistema de parceria serviu como transição para o regime de trabalho assalariado, utilizado nas lavouras cafeeiras a partir de 1870, quando passou a se ajustar salário antecipadamente para o trabalhador imigrante (SALADINI, 2011, p. 114-115).

Ainda, outros fluxos migratórios foram extremamente relevantes para delinear a estrutura étnica e social que encontramos hoje no Brasil. Desta forma, além dos portugueses, os chineses também representam um grupo expressivo de migrantes, que se direcionaram ao cultivo de chá (MELLO, 2013, p. 11).

Também, destaca-se os italianos, que se concentraram nas fazendas de café paulistas (FURTADO, 1970, p. 128), sendo o maior fluxo migratório que ingressou no país entre os idos de 1870 a 1920, correspondendo a 42% dos estrangeiros que adentraram no território nacional (MELLO, 2013, p. 12).

Contudo durante os anos de 1914 a 1918, período em que se deu a Primeira Guerra Mundial ocorreu uma queda drástica no ingresso de estrangeiros no país (FERREIRA, 2013, p. 23) e, posteriormente, iniciou-se uma onda de nacionalização, valorizando-se o trabalhador nacional e limitando-se o ingresso e a contratação de trabalhadores migrantes (MELLO, 2013, p. 15).

Após o período das grandes guerras mundiais e a conseqüente devastação da Europa, o Brasil volta a se tornar um país atrativo a mão de obra migrante, que buscam emprego nas indústrias nacionais, cenário este que perdurou até o golpe militar (ANDENA, 2013, p. 37).

Já nos idos dos anos 80 e 90, altera-se expressivamente o perfil dos migrantes que ingressam no país, que passa a se caracterizar por estrangeiros de origem latina e em condição de clandestinidade (BAENINGER,

2003, p. 316). Esse perfil migratório ainda subsiste, com algumas alterações e a inserção do fluxo de refugiados, conforme delinearemos a seguir.

O perfil dos migrantes que buscam ingressar no Brasil sofreu algumas alterações no decorrer dos anos, vez que anteriormente predominava o ingresso de europeus e hoje os fluxos oriundos da América do Sul e Central representam os principais destinatários que ingressam no território nacional. Neste contexto, no último ano o Brasil passou a ser uma das principais rotas de destino dos venezuelanos, que em decorrência da forte crise política, econômica e social que assola o país, passou a requerer refúgio em territórios mais prósperos.

Desta forma, segundo estimativa da Organização Internacional de Migração, desde os idos de 2015, aproximadamente 2,3 milhões de venezuelanos já deixaram o país, sendo que deste enorme êxodo, cerca de 50 mil se direcionou ao Brasil, até abril de 2018 (BBC, 2018, online).

Assim, tal onda migratória assola as regiões fronteiriças brasileiras, ensejando transtorno as autoridades e a população local, vez que necessitam de emprego, moradia, alimentação e obtenção de documentos.

Além do fluxo venezuelano, que é o predominante na atualidade, ainda nos deparamos com o ingresso de diversos outros trabalhadores latinos, oriundos de países fronteiriços - como Argentina, Bolívia, Paraguai -, bem como, e hoje em menor intensidade, do Haiti (SILVA, 2015, p. 24).

Destaca-se que o fluxo de migrantes haitianos, em um passado bastante recente - idos de 2010 -, ingressou de forma massificada no território brasileiro, em decorrência do terremoto que devastou o país, aliado a intensa crise política e econômica que perdurava por anos. Estes migrantes, em grande parte, eram detentores de qualificação profissional em seu território de origem, porém nas circunstâncias de seu ingresso, acabaram se direcionando a setores que dispensam grande qualificação por parte do empregado.

Pelo discorrido, denota-se que o Brasil sempre conviveu com o ingresso de migrantes em seu território, contudo a característica dos fluxos migratórios alterou-se com o passar dos anos, vindo de uma migração de fuga da guerra, porém trazia alguns recursos consigo, como foi a

migração italiana, e hoje convive, predominantemente, com migrantes latinas, que fogem da fome, da miséria e do desemprego, buscando um recomeço no território brasileiro, inclusive sua inclusão no mercado de trabalho. A partir disso, em seguida, abordaremos as relações laborais dos trabalhadores migrantes que se encontram em nosso país.

## **2 O conceito de trabalhador migrante**

Antes de prosseguirmos, faz-se imprescindível esclarecer quem é o trabalhador migrante, para que após possamos tratar das relações laborais destes indivíduos.

Nesta esteira, migrante representa um termo genérico, que abarca tanto o imigrante, quanto o emigrante e, segundo o Conselho Nacional de Imigração, trabalhador migrante é a “pessoa que realizará, realiza ou realizou uma atividade remunerada em um Estado do qual não seja nacional” (BRASIL. Conselho Nacional de Imigração, 2010, online).

Diversos instrumentos internacionais, também, buscam definir o proteger o trabalhador migrante, como a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direito de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias da Organização das Nações Unidas (ONU, 1990, online), que considera trabalhador migrante o indivíduo “que emigra de um país para outro, buscando exercer uma atividade remunerada, num Estado de que não é nacional” (SILVA, 2015, p. 32). Salienta-se que a proteção internacional ao trabalhador migrante será melhor abordada futuramente, neste trabalho, por ora nos resignamos a esclarecer ao leitor a terminologia adotada neste excerto.

Desta forma, o estrangeiro que ingressa no território nacional em busca de trabalho será considerado como um trabalhador migrante. Entretanto, como exposto anteriormente, muitos migrantes ingressam no Brasil fugindo de desastres, perseguições e violações de seus direitos em seu país de origem e, ainda que, o intuito originário de sua mobilidade não

tenha sido a busca por trabalho, este terá que tentar seu ingresso no mercado laboral, para prover seu sustento, em solo brasileiro.

A partir disso, para que este trabalhador migrante possa exercer uma atividade laborativa no Estado brasileiro, este deverá estar em condição regular de ingresso e permanência no país, ou seja, deve estar autorizado a ingressar, permanecer e exercer atividade remunerada no Estado de ingresso, contudo caso não possua a mencionada autorização de ingresso, permanência e exercício de atividade remunerada no país, será considerado indocumentado ou em situação irregular (BRASIL. Conselho Nacional de Imigração, 2010, online).

Desta forma, com tal autorização emitida pelo Governo Brasileiro, o trabalhador migrante poderá solicitar a emissão de seu Registro Nacional de Estrangeiro – RNE e, após, poderá requerer sua Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, podendo, então, trabalhar no país (SILVA; GIOVANETTI, 2016, p. 11).

Em posse de tais documentos, o migrante poderá exercer suas atividades em pé de igualdade com o trabalhador nacional, fazendo jus a todos os direitos laborais previstos na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Vejamos a seguir a proteção nacional e internacional outorgada ao trabalhador migrante.

### **3 Os direitos fundamentais e a proteção nacional ao trabalhador migrante**

#### **3.1 Os Direitos Fundamentais e a proteção constitucional ao trabalhador migrante**

A Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição cidadã, apresenta-se como um texto protetivo fruto de conquistas de toda a sociedade, após um longo período ditatorial. Nesse contexto, a Carta Constitucional estabelece um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, protegendo desta forma, tanto o brasileiro, quanto o estrangeiro.

Entretanto, ressalta-se que a Constituição Federal, ao longo de seu texto, não adota o termo “trabalhador migrante”, mas sim a expressão “estrangeiro”. Tal terminologia abarca uma carga negativa a esses indivíduos, sendo inclusive substituída pela nova legislação migratória, que deixou de adotar a palavra “estrangeiro” (BRASIL. Lei nº 13.445/2017, artigo 1º).

Contudo, independentemente da terminologia adotada, nosso texto constitucional assegura a todos a dignidade da pessoa humana, sendo este um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (BRASIL. Constituição Federal de 1988, artigo 1º). Assim, o trabalhador migrante, independentemente de sua regularidade administrativa, deve ser tratado com dignidade pelos empregadores e pela sociedade em geral, sem que sua condição de estrangeiro seja utilizada com fins de usurpar-lhe direitos (SILVA, 2015, p. 64).

Ademais, o artigo 3º do diploma legal em comento apresenta os objetivos fundamentais do país, incluindo dentre estes a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL. Constituição Federal de 1988, artigo 3º, inciso IV).

Desta forma, o texto constitucional corrobora o dever de tratamento digno aos migrantes, sem qualquer forma de discriminação contra esses trabalhadores, sendo este inclusive um direito consagrado em diversas convenções internacionais, das quais o Brasil é signatário, conforme será demonstrado em momento oportuno.

Adentrando aos direitos e garantias fundamentais, a Carta Constitucional dispõe que “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” (BRASIL. Constituição Federal de 1988, artigo 5º, *caput*).

Diante disso, não há qualquer distinção entre nacionais e estrangeiros dentro do país, prevalecendo o princípio da isonomia, sendo, portanto, todos os indivíduos iguais em direitos e obrigações:

[...] a Constituição Federal de 1988 preza pela igualdade de direitos entre nacionais e estrangeiros, devendo qualquer determinação em sentido contrário ser justificada através de critérios objetivos, com respaldo nos Direitos Humanos e observância dos princípios internacionais, para ser considerada legítima. Ademais, quanto à extensão de direitos fundamentais aos estrangeiros não residentes, tal assunto não comporta maiores delongas, vez que já se encontra estabilizado na doutrina e na jurisprudência, devendo o artigo 5º, caput, receber uma interpretação extensiva, conforme exposto no Capítulo I durante a análise do marco legal dos direitos fundamentais dos migrantes (SILVA, 2015, p. 65).

Como dito, tais direitos fundamentais atingem os estrangeiros ainda que estes estejam apenas de passagem pelo país, sendo-lhe assegurado, no mínimo, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Abordando os direitos sociais, estes se encontram previstos a partir do artigo 6º, da Constituição Federal de 1988, assegurando os seguintes direitos: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção maternidade e infância e assistência aos desamparados (BRASIL. Constituição Federal de 1988, artigo 6º).

Já o artigo 7º, do mesmo diploma legal, consagra dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, assim sejam estes nacionais ou migrantes farão jus principalmente: a) relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa; b) seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; c) fundo de garantia do tempo de serviço; d) salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado; e) piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; f) irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; g) garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; entre outros direitos (BRASIL. Constituição Federal de 1988, artigo 7º).

Desta forma, os trabalhadores migrantes que se encontrem em nosso país farão jus a todos os direitos supramencionados, bem como a diversos outros direitos laborais, assim como os previstos nos artigos 8º a 11 da Constituição Federal.

Entretanto, o texto constitucional traz algumas vedações aos migrantes, previstas no artigo 14, parágrafos 2º e 3º<sup>1</sup>, ao restringir a estes a fruição dos direitos políticos.

Vê-se que o Estado brasileiro não admite que o trabalhador migrante seja sujeito ativo, nem mesmo passivo nos pleitos eleitorais, vez que não é detentor de direitos políticos (SILVA, 2015, p. 67). Desta feita, ao menos por enquanto, o trabalhador migrante que estabelecer residência no Brasil não poderá votar, nem ser votado, nas eleições municipais, estaduais e federais.

Desta forma, conclui-se que a Constituição Federal de 1988 consagra um patamar mínimo de direitos e obrigações aos trabalhadores migrantes, direitos esses que são ampliados na esfera infraconstitucional, conforme abordado a seguir.

### **3.2 A Proteção infraconstitucional ao trabalhador migrante**

#### **3.2.1 A Nova Lei de Migração**

A nova de Lei de Migração é o principal instrumento regulatório da temática no Brasil. A lei que regulamente a matéria é a Lei nº 13.445/2017 que institui as normas de ingresso, permanência e saída dos migrantes do território nacional.

Contudo, os migrantes, até recentemente, encontravam-se regidos pelo extinto Estatuto do Estrangeiro – Lei nº 6.815/1980, que representava um instrumento altamente autoritário e nacionalista, oriundo do período ditatorial, no qual o imigrante era visto como uma ameaça aos nacionais. Tal normativa, absolutamente descontextualizada com a realidade migratória brasileira, abriu ensejo para diversas discussões de especialistas na temática, sobre a necessidade de se editar uma nova legislação que se adequasse ao perfil migratório que busca ingresso e permanência no Brasil.

---

<sup>1</sup> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] §2º - Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos; § 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira (BRASIL. Constituição Federal de 1988, artigo 14, parágrafo 2º e 3º).

Diante disso, após longos anos de debate, foi aprovada pelo Congresso Nacional a Lei de Migração – Lei nº 13.445/2017, demonstrando-se como uma legislação de vanguarda e alinhada com as necessidades migratórias. A principal observação que se extrai da mencionada legislação é que esta retira a expressão “estrangeiro” de seu texto, vez que tal denominação “remete a um conceito de estranheza e até mesmo distanciamento do nacional” (SILVA, 2015, p. 81).

Ademais, a mesma trata de diversas temáticas e se encarrega de dispor sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regular a sua entrada e estada no país e estabelecer princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante (BRASIL. Lei nº 13.445/2017, artigo 1º).

Não obstante, demonstrando-se como uma norma extremamente inclusiva ao migrante, a mesma estabelece os princípios e diretrizes que a regem, os quais são de salutar importância para o aprimoramento da política migratória nacional, quais sejam: a) universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; b) repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; c) não criminalização da migração; d) não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional; e) promoção de entrada regular e de regularização documental; f) acolhida humanitária; g) desenvolvimento econômico, turístico, social, cultural, esportivo, científico e tecnológico do Brasil; h) garantia do direito à reunião familiar; entre outras previstas no artigo 3º da referida Lei (BRASIL. Lei nº 13.445/2017, artigo 3º).

Inclusive, a legislação estabelece expressamente que ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados: a) direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos; b) direito à liberdade de circulação em território nacional; c) direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes; d) medidas de proteção a vítimas e testemunhas de crimes e de violações

de direitos; entre outros direitos previstos no artigo 4º, da Lei (BRASIL. Lei nº 13.445/2017, artigo 4º).

Quanto aos tipos de vistos concedidos pelo país, temos 5 (cinco) modalidades: a) de visita; b) temporário; c) diplomático; d) oficial e e) de cortesia (BRASIL. Lei nº 13.445/2017, artigo 12).

Assim, os trabalhadores migrantes para poderem exercer suas atividades laborais no Brasil, necessitam de visto temporário, o qual é concedido ao imigrante que venha com o intuito de estabelecer residência por tempo determinado (BRASIL. Lei nº 13.445/2017, artigo 14, I, “e”).

Destaca-se que quando o migrante estiver exercendo suas atividades laborativas no Brasil, sem a devida autorização para tanto, este poderá ser alvo de retirada compulsória por parte do Estado brasileiro, mediante a deportação. Nesses termos, “deportação é medida decorrente de procedimento administrativo que consiste na retirada compulsória de pessoa que se encontre em situação migratória irregular em território nacional” (BRASIL. Lei nº 13.445/2017, artigo 50, *caput*).

Veja-se, portanto, que o migrante indocumentado ao se encontrar nesta condição em solo nacional comete infração administrativa e não crime, devendo ser retirado do território e não ser colocado em estabelecimento prisional. O que se denota da análise das principais disposições consignadas pela Lei de Migração, é que esta através de seus princípios e diretrizes busca outorgar ampla proteção aos migrantes, concedendo-lhes uma gama de direitos, igual ao concedido aos nacionais. Desta forma, os migrantes que ingressam em solo nacional encontram-se amplamente protegidos pelo Estado brasileiro.

### **3.2.2 Política Nacional de Imigração e Proteção ao(a) Trabalhador(a) Migrante**

A “Política Nacional de Imigração e Proteção ao Trabalhador Migrante”, estabelecida pelo Conselho Nacional de Imigração, foi instituída com o objetivo de estabelecer princípios, diretrizes, estratégias e ações em

relação aos fluxos migratórios internacionais, com intuito de orientar as entidades e órgãos brasileiros na atuação vinculada ao fenômeno migratório, bem como a contribuir para a promoção e proteção dos Direitos Humanos dos migrantes e a incrementar os vínculos das migrações com o Desenvolvimento (BRASIL. Conselho Nacional de Imigração, 2010, online).

Desta feita, baseada em diversos instrumentos internacionais e reuniões com especialistas na temática, o texto busca, dentre outras disposições, traçar os seguintes princípios para que as migrações laborais possam ocorrer de forma documentada e regular: 1) A migração e o desenvolvimento no local de origem são direitos inalienáveis de todas as pessoas; 2) A admissão de migrantes no território nacional é ato de soberania do Estado. Os procedimentos de admissão serão não discriminatórios, assegurados os direitos e garantias estabelecidos pela Constituição Federal, pelos Tratados e Acordos Internacionais e pelas Leis Brasileiras, em especial a proteção aos direitos humanos; 3) Os migrantes documentados ou em situação regular no território brasileiro terão igualdade de oportunidades e de tratamento e serão sujeitos aos mesmos direitos, inclusive o acesso à Justiça gratuita, e obrigações que os cidadãos brasileiros, sem distinção alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, gênero e orientação sexual, idioma, convicção religiosa, opinião política, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, posição econômica, patrimônio e estado civil, nos termos da Constituição Federal; entre outras medidas (BRASIL. Conselho Nacional de Imigração, 2010, online).

Veja-se que dentre os princípios mencionados, de salutar importância o que estabelece que o migrante que não se encontra em regularidade administrativa não se trata de criminoso e, portanto, não se encontra sujeito a sanções penais, por este motivo.

Ao que se refere as diretrizes trazidas pela política em apreço, destaca-se as principais condutas, que visam facilitar a inserção do trabalhador migrante na sociedade nacional, mediante: 1) A expedição de documentos dos migrantes deve ser célere com vistas a garantir o regular

exercício de direitos e deveres; 2) A atuação das agências privadas de recrutamento e envio de trabalhadores brasileiros ao exterior deve ser regulada, de forma a prevenir a ocorrência de trabalho irregular ou degradante; 3) As remessas de recursos oriundos do trabalho dos migrantes aos seus países de origem devem ter procedimentos simplificados e custo acessível, por meio dos canais legais existentes; entre outras diretrizes (BRASIL. Conselho Nacional de Imigração, 2010, online).

Desta forma, tal política migratória busca manter-se alinhada aos instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos e aos trabalhadores migrantes, bem como capacitar o próprio servidor público para que preste um atendimento humanizado, ao se deparar com esses indivíduos vulneráveis socialmente, economicamente e psicologicamente.

Diante disso, denota-se a grande importância da “Política Nacional de Imigração e Proteção ao Trabalhador Migrante”, a qual pretende consagrar importantes diretrizes quanto à temática.

Vejamos a seguir as proteções da Consolidação das Leis do Trabalho direcionadas aos trabalhadores migrantes, bem como o posicionamento predominante adotado pelos tribunais trabalhistas ao enfrentarem a celexa dos trabalhadores migrantes indocumentados.

### **3.2.3 Consolidação das Leis do Trabalho**

A Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto Lei nº 5.452/1943, é o instrumento protetivo que regula as relações individuais e coletivas de trabalho.

Nesse contexto, os trabalhadores migrantes se submetem as normas da mencionada legislação de forma igualitária aos trabalhadores nacionais, vez que as relações laborais devem ser pautadas, sobretudo no princípio da dignidade da pessoa humana (SILVA, 2015, p. 79).

Entretanto, não se pode desconsiderar que a legislação trabalhista foi editada durante o governo de Getúlio Vargas, que detinha grande cunho nacionalista. Diante disso, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT,

estabeleceu determinadas restrições ao trabalho exercido por não nacionais no país.

Nesse sentido, considerável parte da doutrina considera que determinadas disposições discriminatórias, não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, a qual preza pelo princípio da dignidade humana e da isonomia (ÁVILA, 2003, p. 385).

Corroborar tal entendimento, a promulgação da Lei nº 9.842/1999 que revogou, dentre outros dispositivos, o artigo 725 da CLT<sup>2</sup>, o qual dispunha pela expulsão de estrangeiros que instigassem as práticas de greve (ÁVILA, 2003, p. 386).

Por ora, cabe-nos discorrer sobre os posicionamentos adotados pela Justiça do Trabalho ao se deparar com causas envolvendo trabalhadores migrantes.

Assim, sabendo que os trabalhadores necessitam do devido visto para exercer suas atividades laborais de forma regular, questiona-se o amparo concedido aqueles migrantes quando estes realizam seu trabalho de forma indocumentada no Brasil. Ou seja, os direitos sociais aplicam-se também aqueles que não cumpriram as determinações de ingresso e permanência no Brasil?

Para responder tal questionamento, faz-se necessário considerar que esses indivíduos em situação de irregularidade administrativa, demonstram-se como seres vulneráveis, com baixo conhecimento de seus direitos e poucas oportunidades de colocação no mercado de trabalho. Diante disso, estes acabam se dirigindo a subempregos ou ao mercado informal, com baixas remunerações e precárias condições de trabalho, sendo alvo, inclusive, de superexploração (SILVA, 2015, p. 104):

---

<sup>2</sup> Art. 725. Aquele que, empregado ou empregador, ou mesmo estranho às categorias em conflito, instigar à prática de infrações previstas neste capítulo, ou se houver feito cabeça de coligação de empregadores ou de empregados, incorrerá na pena de prisão prevista na legislação penal, sem prejuízo das demais sanções cominadas. § 1º Tratando-se de serviços públicos, ou havendo violência contra pessoa ou coisa, as penas previstas neste artigo serão aplicadas em dobro. § 2º O estrangeiro que incidir nas sanções deste artigo, depois de cumprir a respectiva penalidade, será expulso do país, observados os dispositivos da legislação comum (BRASIL. Decreto nº 5.452/1943, artigo 725).

[...] o capital para continuar se reproduzindo necessita de força de trabalho para maximizar sua racionalidade de acumulação, assim os trabalhadores migrantes menos qualificados são instrumentos para isso, através da superexploração de sua mão de obra e da submissão destes as precárias relações de trabalho e de vida (TEDESCO; GRZYBOVSKI, 2013, p. 320), que se intensificam devido à situação de irregularidade dos mesmos. Assim, estes trabalhadores enfrentam jornadas exaustivas, muito acima do máximo legal; salários inferiores ao mínimo; condições precárias de habitação e alimentação, o que acaba fragilizando a saúde do indivíduo; além da retenção de documentos pelos empregadores, desconto nos pagamentos decorrente de despesas com moradia e alimentação, dentre outros abusos (SILVA, 2015, p. 104).

Sob esta ótica e primando pelos pilares da nossa Constituição Federal de 1988, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana, é incontestado que não se pode negar direitos sociais aos migrantes devido a sua condição de irregularidade administrativa. Afinal, se o obreiro realizou a prestação do serviço, o empregador deve realizar a contraprestação do salário, bem como de todos os demais direitos laborais legalmente previstos. Este é o posicionamento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST:

RECURSO DE REVISTA - EMPREGADO ESTRANGEIRO IRREGULAR NO BRASIL - INEXISTÊNCIA DO DOCUMENTO DE IDENTIDADE DE QUE TRATAM OS ARTIGOS 359 DA CLT E 21, § 1º, DA LEI Nº 6.815/80 - NULIDADE DA CONTRATAÇÃO - INEXISTÊNCIA - ARTIGO 3º DO PROTOCOLO DE COOPERAÇÃO E ASSISTÊNCIA JURISDICIONAL EM MATÉRIA CIVIL, COMERCIAL, TRABALHISTA E ADMINISTRATIVA DO MERCOSUL, INCORPORADO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NOS TERMOS DO DECRETO Nº 2.067/1996. Trata-se a presente controvérsia de se saber se há ou não nulidade da contratação de estrangeiro decorrente do fato de não ser ele portador de documento de identidade previsto pelos artigos 359 da CLT e 21, § 1º, da Lei nº 6.815/80. Com efeito, são fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre outros, -a dignidade da pessoa humana e -os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa- (art. 1º, III e IV, da Constituição Federal de 1988), bem como consta dentre seus objetivos fundamentais -promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação- (art. 3º, IV), sendo ainda mais contundente a enunciação do princípio constitucional da isonomia, que se refere expressamente -aos brasileiros e aos estrangeiros

residentes no País- (art. 5º, caput) e igualdade em direitos e obrigações, salvo expressa disposição em lei (incisos I e II daquele mesmo artigo). Feitas essas considerações, e tendo-se em vista que seria absolutamente inconcebível que um contrato de trabalho envolvendo trabalhador brasileiro pudesse vir a ser judicialmente declarado nulo por causa da mera inexistência de um documento de identidade, é inequívoca a conclusão de que assiste razão ao Reclamante [...] NAS MESMAS CONDIÇÕES DOS CIDADÃOS e residentes permanentes do outro Estado Parte, do livre acesso à jurisdição desse Estado para a defesa de seus direitos e interesses- (grifos não constantes do original) [...] (BRASIL. TST - RR: 7500940520015245555 750094-05.2001.5.24.5555, Relator: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 06/09/2006, 6ª Turma, Data de Publicação: DJ 29/09/2006.)

Desta feita, diante do princípio da dignidade da pessoa humana, encontra-se absolutamente fora de cogitação a concessão de direitos diferentes aos migrantes, ainda que indocumentados, não havendo exceção à concessão de direitos sociais.

Sob este viés, faz-se necessário que o Estado brasileiro conceda o devido amparo ao migrante indocumentado, que se encontra em situação de extrema vulnerabilidade, tendo seus direitos sociais violados pelo empregador e na iminência de ser retirado do território, onde buscava a reconstrução de sua vida, caso busque a efetivação de seus direitos vilipendiados.

## **4 Os direitos fundamentais e a proteção internacional ao trabalhador migrante**

### **4.1 As principais Convenções da Organização Internacional do Trabalho de proteção ao trabalhador migrante**

A Organização Internacional do Trabalho - OIT, criada em 1919 e atualmente sediada em Genebra, é uma agência especializada da Organização das Nações Unidas - ONU, que tem por intuito a “promoção da justiça social a partir do respeito aos direitos do trabalho e que possui como método fundamental a promoção do diálogo social para construção de

políticas vinculadas aos mais diversos aspectos das condições e relações de trabalho” (SILVA, 2015, p. 35).

A partir disso, veja-se, brevemente, as principais convenções da OIT direcionadas a proteção dos trabalhadores migrantes:

A Convenção nº 97, também denominada de “Convenção sobre Trabalhadores Migrantes (Revista em 1949)”, requer o comprometimento de seus membros: a) em facilitar o acolhimento dos trabalhadores migrantes (artigo 4º); b) a assegurar a existência de um serviço gratuito apropriado encarregado de ajudar os trabalhadores migrantes e, nomeadamente, de lhes fornecer informações exatas (artigo 2º); c) fornecer serviços médicos apropriados (artigo 5º); d) dentre outras proteções. Especificamente na seara laboral, destaca-se o artigo 6º, que consagra os deveres aos Estados-membros.

Entretanto, apesar da ampla proteção consagrada pela Convenção nº 97 aos trabalhadores migrantes, salienta-se que esta não se aplica aos trabalhadores fronteiriços, aos trabalhadores do mar e aqueles que ingressem por um curto período, para o exercício de profissão liberal e de artista (artigo 11).

Quanto à Convenção nº 118 da OIT, denominada de “Igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros em Previdência Social”, e busca conceder aos estrangeiros que se encontrem nos Estados-membros da presente convenção direitos mínimos em matéria de Previdência Social, como concessão de a) Assistência médica; b) Auxílio-doença; c) Prestações de maternidade; d) Aposentadoria por invalidez; e) Aposentadoria por velhice; f) Pensão por morte; g) Prestações em caso de acidentes do trabalho e doenças profissionais; h) Seguro desemprego; e i) Salário-família (artigo 1º).

Porém, o texto permite que os Estados estabeleçam limitações a concessão de direitos previdenciários, caso não haja reciprocidade por parte do outro país do qual o migrante é nacional (artigo 3º), exceto aos refugiados e apátridas, aos quais é ilógico se exigir qualquer reciprocidade de direitos (artigo 10).

Vê-se, portanto, que o intuito do texto é resguardar o trabalhador migrante que se encontra em solo distinto, para que possa receber a tutela estatal em caso de uma adversidade que lhe impeça de exercer suas atividades laborais.

Já a Convenção nº 143 da OIT, denominada de “Convenção sobre as migrações efetuadas em condições abusivas e sobre a promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento aos trabalhadores migrantes”, ainda não se encontra devidamente ratificada pelo Brasil, que, consequentemente, não se submete as normas do texto internacional. Entretanto, tal convenção abarca importantes disposições sobre a proteção de migrantes submetidos a condições abusivas, pregando pelo respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores migrantes, determinando, ainda, que ocorra punições aos empregadores que inserem esses indivíduos nessa condição (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1978, online).

Não obstante, a mencionada convenção determina o dever de verificação constante sobre a existência de migrantes irregulares empregados em seu território e, consequente, informação a Organização (artigo 2º), bem como determinando o dever de respeito e igualdade dos trabalhadores migrantes, frente aos trabalhadores nacionais (artigo 9º).

Essas são as principais convenções da Organização Internacional do Trabalho direcionadas especificamente aos trabalhadores migrantes, contudo há, ainda, diversos outros instrumentos internacionais que protegem essa categoria, como no âmbito da Organização das Nações Unidas, porém estas não serão objeto de estudo neste trabalho, para preservação do tema proposto, bem como para que não se torne demasiado extenso este ex-certo.

Diante disso, conclui-se que a Organização Internacional do Trabalho estende seu véu protetivo de forma ampla e suficiente aos trabalhadores migrantes, trazendo proteções em seus mais amplos aspectos, tanto ao migrante documentado, quanto ao indocumentado. Contudo, subsiste o dever dos Estados de se submeter ao instrumento internacional, para que

o mesmo seja aplicado internamente e efetivo a proteção aos trabalhadores migrantes.

## **Considerações finais**

Ante o exposto, denota-se que as migrações apesar de não representarem um fenômeno recente em nosso país, ainda são uma temática extremamente relevante e digna de preocupação por partes dos pesquisadores do direito. Diante disso, migrar é um ato de sofrimento ao indivíduo, que necessita receber o devido amparo, mediante uma legislação efetivamente protetiva e através de políticas públicas direcionadas a estes indivíduos.

Ademais, percebe-se que a Lei nº 13.445/2017 demonstra-se como um instrumento inovador e altamente protetivo aos migrantes que ingresam em solo nacional. Não obstante, estes fazem jus aos mesmos direitos trabalhistas que qualquer outro obreiro, não havendo que se falar em distinção de direitos sociais entre estes, que devem receber o devido amparo da Justiça do Trabalho em caso de violações de seus direitos laborais. Quanto a proteção internacional ao migrante, esta também se demonstra como bastante efetiva, tendo o Brasil aderido a diversos instrumentos internacionais sobre a temática, tornando-se, assim, de observância obrigatória pelo Estado brasileiro e pela sociedade.

Portanto, pautando-se nos Direitos Humanos e, sobretudo, na dignidade da pessoa humana, o trabalhador migrante faz jus aos mesmos direitos trabalhistas que qualquer outro trabalhador nacional, devendo o Estado brasileiro permanecer atuando de forma a ampliar a proteção a estes indivíduos.

## **Referências**

ÁVILA, Flávia de. **Entrada de trabalhadores estrangeiros no Brasil: evolução legislativa e políticas subjacentes nos séculos XIX e XX**. Florianópolis: UFSC, 2003. 441 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003.

BAENINGER, Rosana. Migração Internacional na América Latina: o caso dos brasileiros. In **Po-  
líticas migratórias: fronteiras dos direitos humanos no século XXI**. Organizadores

BRASIL. **Conselho Nacional de Imigração. Política Nacional de Imigração e Proteção  
ao (a) Trabalhador (a) Migrante**. 2010. Disponível em: <[http://www2.mte.gov.  
br/politicamigr](http://www2.mte.gov.br/politicamigr)>. Acesso em 06 jan. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília,  
DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. **Institui a Lei de Migração**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/L](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/L)>. Acesso em 28  
jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. **Define a situação jurídica do estrangeiro  
no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm)>. Acesso em 12 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 7.064, de 6 de dezembro de 1982. **Dispõe sobre a situação de trabalhadores  
contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior**. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7064.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7064.htm)>. Acesso em 14 de jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.842, 07 de outubro de 1999. **Revoga os arts. 723, 724 e 725 do Decreto-  
Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprova a Consolidação das Leis do  
Trabalho**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 08 out.  
1999. Disponível em: < [http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/Leis/  
9842\\_99.html](http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/Leis/9842_99.html)>. Acesso em 30 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 750094-05.2001.5.24.5555**,  
Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, 6ª Turma, DJ de 29/9/2006. Disponível  
em: < [https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1797309/recurso-de-revista-rr-  
7500940520015245555-750094-0520015245555/inteiro-teor-100695216?ref=juris-  
tabs](https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1797309/recurso-de-revista-rr-7500940520015245555-750094-0520015245555/inteiro-teor-100695216?ref=juris-<br/>tabs)>. Acesso em 23 jan. 2019.

ONU diz que crise migratória na Venezuela já está quase no nível de fluxo de refugiados  
no Mediterrâneo. BBC. 25 ago. 2018. Disponível em: < [https://www.bbc.com/portu-  
guese/internacional-45307311](https://www.bbc.com/portu-<br/>guese/internacional-45307311)>. Acesso em 15 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre Direito dos Trabalhadores**

**Migrantes e das suas Famílias da Organização das Nações Unidas.** 19 dez. 1990.

Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1990%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Protec%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Direitos%20de%20Todos%20os%20Trabalhadores%20Migrantes%20e%20suas%20Fam%C3%ADlias,%20a%20resolu%C3%A7%C3%A3o%2045-158%20de%2018%20de%20dezembro%20de%201990.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO [OIT]. **Convenção sobre as Imigrações**

**Efetuadas em Condições Abusivas e Sobre a Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes** [Convenção nº 143]. 24 jun. 1975.

Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-imigra%C3%A7%C3%B5es-efectuadas-em-condi%C3%A7%C3%B5es-abusivas-e-sobre-promo%C3%A7%C3%A3o-da-igualdade-de>>. Acesso em 11 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO [OIT]. **Convenção sobre Discriminação em matéria de emprego** [Convenção nº 111]. 1958.

Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/472>>. Acesso em 10 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO [OIT]. **Convenção sobre Igualdade de**

**Tratamento entre Nacionais e Estrangeiros em Previdência Social** [Convenção nº 118]. 24 mar. 1968.

Disponível em: <[http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT\\_118.html](http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_118.html)>. Acesso em 19 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO [OIT]. **Convenção sobre os Trabalha-**

**dores Migrantes** [Convenção nº 97]. 18 jun. 1965.

Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/node/523#\\_ftn1](http://www.oitbrasil.org.br/node/523#_ftn1)>. Acesso em 11 jan. 2019.

SILVA, Juliana Giovanetti Pereira da. **Desafios da migração internacional no século XXI:**

**a vulnerabilidade jurídica e social do trabalhador migrante no Brasil.** Piracicaba:

UNIMEP, 2015, 182 f. Orientadora Profa. Dra. Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, 2015.

SILVA, Juliana Giovanetti Pereira da; GIOVANETTI, Lais. **Cartilha sobre direitos e deve-**

**res dos trabalhadores migrantes e refugiados.** Piracicaba: Editora UNIMEP, 2016.

SILVA, Sidney A. da. Imigrantes hispano-americanos em São Paulo: perfil e problemática. In

**Políticas migratórias: fronteiras dos direitos humanos no século XXI/ Organizadores Carlos Eduardo de Abreu Boucault, Teresa Malatian.** – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

## **Tecnologia, mundo do trabalho e Direito: primeiras considerações \***

*Bárbara De Cezaro* ♦

### **Introdução**

O presente estudo objetiva analisar o mosaico das contemporâneas relações de trabalho, como também visa adentrar na análise dos desafios que se apresentam às sociedades democráticas e a segurança jurídica nas relações laborais. O estudo presente tem como escopo demonstrar a necessidade de pensar os desafios que envolvem o futuro do trabalho, do capital e do Estado frente às relações que utilizam como intermédio as novas tecnologias e as plataformas virtuais.

Em razão do surgimento de novas formas de exploração do trabalho humano ou, em certos casos, até mesmo a extinção deste, a temática se mostra merecedora de reflexões e de problematizações, entre estas, a da utilização da tecnologia como meio de dominação e de exclusão, como forma trilharmos novas soluções jurídicas que venham atender esta realidade, assegurando sempre os direitos fundamentais.

---

\* Artigo apresentado originalmente no evento *Sociology of Law* 2019.

♦ Doutoranda em Direito Público (Hermenêutica, Constituição e concretização de Direitos) na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Bolsista Capes Proex. Advogada. Professora no Programa de Graduação em Direito, Administração e Ciências Contábeis na Faculdade São Judas Tadeu – Porto Alegre/RS. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada – URI Santo Ângelo/RS. Especialista em Direito Administrativo. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional Comparado da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. E-mail para contato: [barbaradecezar@gmail.com](mailto:barbaradecezar@gmail.com).

O objetivo geral da pesquisa será construir um pilar de conhecimento que permita compreender e investigar os crescentes avanços tecnológicos e expansão da lógica capitalista global que conduzem a sociedade moderna a uma substituição cada vez maior do trabalho humano, analisando os impactos das novas tecnologias frente aos direitos sociais, e nas relações de trabalho.

## **1 Trabalho humano, inovações tecnológicas e as necessárias reflexões quanto à subsunção do trabalho, desigualdade e exclusão**

Nesse viés, a tecnologia aliada ao desenvolvimento e potencialização da globalização vem desafiando as respostas por parte do Estado garantidor e intervencionista, quando os postos de trabalhos passam a ser substituídos em escala mundial de maneira crescente.

É importante frisar, para tanto, antes de desdobrarmos o tema supra-mencionado, que é inegável o que a tecnologia, em especial a internet, tem representado para a vida no planeta. A vida estruturada em rede transcende a esfera digital, refletindo no campo da educação, da cultura, da economia, da política, da cidadania, da democracia e, do Estado e do direito social ao trabalho garantido por este, transformando o modo como os seres humanos se relacionam, se organizam e vivem, como bem pondera McLuhan, transformando e desafiando a comunidade humana de modo global.

A temática das modificações tecnológicas a partir dos anos cinquenta, identificada como a terceira revolução tecnológica, acentuada principalmente pela tecnologia da internet e suas potencialidades de criação e transformação do mundo tem se mostrado uma das causas mais fortes da transformação do trabalho humano, em especial, o emprego enquanto a forma de trabalho institucionalizada. O que tem se constatado é que o emprego institucionalizado tem demonstrado uma tendência de não ser absorvido pelas modificações tecnológicas que acabam por ditar novos parâmetros sociais, econômicos e institucionais, ainda mais quando a inteligência artificial tem demonstrado

para o setor econômico o mesmo custo, porém, com uma produção quantitativamente maior do que o ser humano.

Este quadro de transformação do trabalho com visível substituição da mão-de-obra humana se expande cada vez mais em cada uma das revoluções industriais, tendo a primeira ocorrido a partir de 1780 com a criação do tear mecânico e do aprimoramento da máquina a vapor, a segunda revolução registra a utilização da energia elétrica e dos combustíveis derivados do petróleo a partir de 1870, a partir de 1970 a terceira revolução industrial registra a evolução da eletrônica, dos sistemas computadorizados e robóticos para manufatura e por fim, no momento atual a quarta revolução industrial registra o desenvolvimento de sistemas cyber-físicos, a utilização da chamada “internet das coisas” e o emprego de processos de manufatura descentralizados (CITISYSTEMS, 2018). A diferença das duas últimas em relação as duas primeiras é a velocidade e a amplitude de sua utilização.

No contexto do mundo do Direito Social do Trabalho no atual de mundo globalizado, é notável que este vem sendo transformado pelo desenvolvimento de novas tecnologias e, conseqüentemente, o papel do Estado no que concerne a este direito vem sendo repensado.

Do processo interativo entre trabalho, tecnologia e ciência, Antunes (2011, p. 176) acredita que não haverá a extinção do trabalho, mas sim um processo de retroalimentação, que enseja uma força de trabalho explorada de uma maneira mais complexa, em razão dos incrementos tecnológicos. No mesmo sentido é o entendimento de Cocco (Cadernos IHU, 2018) “[...] já saímos, sim, da sociedade salarial. Mas: [...] “essa saída é processada e emoldurada pelas instituições e a ideologia oriundas da relação salarial. Isso não tem nada a ver com o fim do trabalho, nem com o fim do emprego”.

Com relação às transformações do mundo do trabalho, duas vezes dentro do cenário da inteligência artificial ecoam com suas projeções. O primeiro deles, professor de Inteligência Artificial em Stanford, Kartit Gada (2019) em conferência proferida no *Silicon Valleu Conference* afirma que a “[...] perda de emprego só atingirá a parte mais baixa da produtividade, e

criará outros empregos para compensar.” Por sua vez, o Kai-Fu Lee (2019), investidor e especialista em IA, já tendo desenvolvido o primeiro sistema independente de reconhecimento de voz e, tendo passado por grandes empresas de tecnologia como Google, Apple e Microsoft, compreende que “a inteligência artificial irá cada vez mais substituir os trabalhos repetitivos, não apenas o trabalho braçal, mas também o intelectual” para Lee é inegável que a inteligência artificial substituirá densamente o emprego como conhecemos atualmente, assim como a invenção do motor a vapor, da máquina de costura e a eletricidade também fizeram, porém, o desafio da transformação, conduzida pela inteligência artificial, segundo ele, irá levar ao fim 40% dos empregos em uma projeção vinte e cinco anos, muito mais rápido do que as revoluções que marcaram história anteriormente.

Ao encontro deste debate, importante referenciar os dados publicados pelo relatório do Fórum Econômico Mundial do ano de 2018 (2019), que apresenta um detalhado estudo alinhado à conscientização que, à medida que as inovações tecnológicas mudam de maneira célere, as fronteiras entre as tarefas de trabalho realizadas pelos seres humanos e aqueles realizados por máquinas e algoritmos, o mercado de trabalho passará por grandes transformações. De acordo com o relatório, se estima que nos próximos três anos, 7,1 milhões de postos de trabalhos serão extintos em todo o mundo e, cerca de 2 milhões novos postos serão criados e estarão alinhados à área da computação.<sup>12</sup>

No mesmo sentido, em 2019 a reunião anual do Fórum Econômico Mundial (2019) mais uma vez coloca em pauta a inteligência artificial e o

---

<sup>1</sup> Existem vários estudos que apontam as mais projeções quanto ao futuro do trabalho frente a realidade tecnológica. Destacamos o *Technology at Work v2.0* da Universidade de Oxford que aponta a projeção de 57% dos empregos existentes na OCDE – Organização para a Cooperação Desenvolvimento Econômico podem desaparecer frente ao aumento cada vez mais denso da automação. Pode ser consultado através do link: [https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/reports/Citi\\_GPS\\_Technology\\_Work\\_2.pdf](https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/reports/Citi_GPS_Technology_Work_2.pdf). a.

<sup>2</sup> Frente a realidade que vivencia de modo crescente a automatização da força de trabalho, no ano de 2017, a Finlândia implementou um projeto piloto que denominou renda única universal. O projeto piloto consistiu na escolha de 2.000 cidadãos que, estando empregados ou não, receberiam 560 euros mensais pelo fato de existirem. Frente ao risco de a força de trabalho diminuir ou em alguns casos, desaparecer frente a realidade da automação que advém com os avanços tecnológicos, o estudo era avaliar se garantir uma rede de proteção social ajudaria as pessoas a procurar emprego e a apoiá-las se tivessem que trabalhar na economia compartilhada fomentada pela tecnologia. O estudo rendeu resultados ambíguos e não se mostrou capaz de melhorar os níveis de emprego. Link para acesso: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-47196165>.

futuro do trabalho como focos da indústria internacional. Há um alinhamento no debate quanto ao futuro do trabalho: o mercado de trabalho passará por densas transições e novas habilidades e transições complexas na carreira para atender as novas necessidades de mercado.<sup>3</sup>

As transformações propagadas, se gerenciadas com sabedoria, podem de fato nos levar a uma nova era de bom trabalho, e melhor qualidade de vida generalizado. Porém, se mal gerida, representa um risco ao aumento das desigualdades e polarização.

Relevante sublinhar que, o desenvolvimento da tecnologia, o aprimoramento tanto de empregados e empregadores se faz essencial para o acompanhamento dos novos ditames da organização do trabalho. Logo, como mencionado acima, o problema a ser debatido não pode ser resumido ao fato do célere processo de desenvolvimento da tecnologia e a absorção desta pela indústria, como por exemplo, o desenvolvimento de robôs, mas sim, o gerenciamento tecnológico alinhado à plenitude da garantia dos direitos sociais.

Para reflexão e ação frente às questões críticas que delineiam governo, trabalhadores e empresas, é necessário fomentar uma ampla gama de debate em torno destes, para ampliar reflexões.

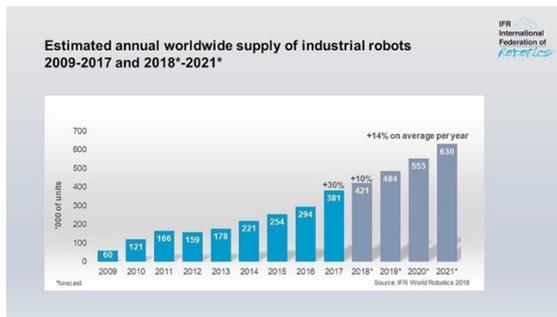
Muito embora a Constituição Federal vede expressamente a automação em seu artigo sétimo<sup>4</sup>, as projeções que se apresentam atualmente no contexto do trabalho, demonstram que este cenário está mudando justamente devido o aumento da automação e em busca de redução de custos e consequente manutenção ou aumento da competitividade.

---

<sup>3</sup> Consoante Kalil, a transformação tecnológica potencializa também outras formas de trabalho, a chamada economia de compartilhamento que comporta duas formas de trabalho, o *crowdwork* (realização de atividades por meio de plataformas on-line) e o trabalho *on-demand* por meio de aplicativos (trata de execução de serviços tradicionais como transporte e escritório). O número de trabalhadores ativos no contexto da economia compartilhada em nível global aparece no levantamento, “existem 8 milhões de trabalhadores vinculados ao Crowdsourcing: 6,6 milhões ao Care.com, 5 milhões ao Crowdfunder, 700 mil ao Clickworker, 500 mil ao Amazon Mechanical Turk e 160 mil à Uber.” (KALIL, 2019).

<sup>4</sup> Em recente e inédita pesquisa concretizada com dados brasileiros e realizada pelo Laboratório de Aprendizagem de Máquina em Finanças e a UnB – Universidade de Brasília que avaliou 2.602 ocupações brasileiras, se apresentou sua conclusão por meio do Jornal Folha de São Paulo de que os robôs já apresentam uma ameaça a 54% dos empregos formais no Brasil. Para os pesquisadores, se todas as empresas optassem por substituir a mão de obra humana pela tecnologia até o ano de 2.026, 30 milhões de vagas com carteira assinada seriam extintas. A pesquisa será detalhadamente publicada pelo instituto Ipea. Para mais dados acessar o link: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/01/robos-ameacam-54-dos-empregos-formais-no-brasil.shtml>.

Para demonstrar a mudança do modo de trabalho atual, o *International Federation of Robotics* (INTERNATIONAL FEDERATION OF ROBOTICS, 2019) publicou o relatório mundial de robótica em 2018 demonstrando que as vendas globais de robôs industriais dobraram de 2013 a 2017. Os dados apuram que 381.000 unidades foram enviadas globalmente em 2017, representando um aumento da venda de robôs industriais em 114% em cinco anos.



Fonte: International Federations of Robotics

O estudo ainda demonstra que 73% do volume total de vendas de 2017 estão centralizados em cinco países: Alemanha, Estados Unidos, China, Japão e Coréia do Sul, o que demonstra a mais uma vez a necessária atenção ao nível de desigualdade que as novas tecnologias de mudanças dentro do trabalho podem potencializar.

Estudos atuais demonstram que as desigualdades em nível global são uma constante. Conforme comprova o relatório “Recompense o trabalho, não a riqueza”, último relatório da Oxfam publicado em janeiro de 2018, uma elite econômica mantém acúmulo de fortunas enquanto a maior parte da população luta pela sobrevivência com pagamento de baixos salários, sendo que os dados publicados demonstram que de toda a riqueza que fora gerada no ano de 2017, 82% está concentrada na mão de 1% mais rico do planeta enquanto a metade da população global mais pobre não fica com nada.

Segundo o último relatório do Fundo Monetário Internacional, um dos fatores capazes de explicar esta tendência são os avanços tecnológicos

que acabam por beneficiar sobretudo os detentores de capital e os trabalhadores altamente qualificados.

O comércio internacional continua a ser um motor vital do crescimento e da redução da pobreza, mas somado à terceirização e às tecnologias que reduzem a necessidade de mão de obra, tem provocado demissões e deslocamentos nas economias avançadas. A integração financeira, sem a devida regulamentação, pode elevar a vulnerabilidade a crises financeiras e aumentar o poder de negociação do capital. As políticas internas, em alguns países, reduziram o poder de negociação dos trabalhadores, aumentaram a concentração empresarial, tornaram os impostos menos progressivos e enfraqueceram a proteção social (FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL, 2019)

Segundo o relatório anual do Fundo Monetário Internacional 2018, o cenário econômico global encontra-se sob pressão de um enfraquecimento nas instituições e esta crise na confiança tem várias dimensões, entre elas, a de que as recompensas da globalização não estão sendo repartidas de forma justa, como também, as incertezas sobre o futuro dos empregos e de governanças fracas frente a esta realidade (FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL, 2019).

Neste sentido, importante destacar os estudos de Andrea Fumagalli acerca da ideia de subsunção do trabalho no atual contexto. Pois, para Fumagalli (2016), após a primeira guerra do Golfo inovações em vários campos, entre eles, o da comunicação por meio das TICs passaram a almejar o paradigma de acumulação e valorização. Nesta nova configuração capitalista, a autora compreende que a tendência em identificar no conhecimento e também nos ciberespaços como mercadoria dotada de um novo fundamento para a dinâmica da acumulação, formando-se para isso novas economias de escala para o crescimento na produtividade, o que chama de as economias em rede e economias “aprendentes”.

Ademais, Fumagalli (2016) observa que o capitalismo contemporâneo visa sempre novos círculos sociais e vitais para absorver e transformar em mercadoria e, por este motivo que surge, nos últimos tempos, os termos bioeconomia e biocapitalismo (termos cunhados por Fumagalli em

2004) que retratam a disseminação de mídias sociais, cujo consumo deixam nebulosa a separação entre a atividade produtiva e a improdutiva – no que tange a produção de riqueza. Cada vez mais o ócio e lazer convergem para formas de trabalho.

Ao projetar um caminho rumo a subsunção da vida, Fumagalli (2016) acredita que o que existe hoje no atual modelo de capitalismo financeiro é uma subsunção formal e também real das vidas humanas ao capitalismo e não mais uma subsunção formal retratada no capitalismo pré-industrial ou real, retratada no período fordista, taylorista da força do trabalho ao capital. Ao tornar a vida a própria força de trabalho, “porque o cérebro se torna máquina, ou “capital fixo e capital variável ao mesmo tempo”, a intensificação do desempenho do trabalho atinge seu máximo: estamos, assim, também na presença da subsunção real e da extração de mais-valia relativa.”

Frente ao que Fumagalli (2016) denomina subsunção da vida (utilizando-se do referencial de Marx ao tratar da exploração capitalista com duas formas diferentes de subsunção para estabelecer este paralelo que denominou subsunção da vida) urge a necessidade de reflexão para criação de novos sistemas de políticas governamentais, e também, a necessidade de novos e contemplativos sistemas de regulação sociais capazes de contemplar esta realidade tecnológica.

Ao atentar ao fato de que a medida do tempo se altera, para tanto, não mais medida em horas, uma vez que a pessoa se insere no sistema de modo cada vez mais intenso na reprodução do sistema, as atividades de aprendizagem e vivência em rede estão atreladas diretamente a expertise e subjetividade do trabalhador, sendo que a medida da aprendizagem e articulação em rede e ainda, o tempo do intelecto geral, se tornam impossíveis de se monitorar diretamente. Eis aqui o cerne da possível exclusão social que se lapida e passa a excluir através do intelecto.

Neste sentido, se faz necessário a criação de novos e abarcativos sistemas de controles capazes de gerenciar o que Fumagalli (2016, p. 16) denuncia como subsunção do capital biocognitivo que é capaz de fomentar a exploração social e a não garantia de direitos sociais.

Como verificado por meios dos dados atuais lançados também pela OIT, a evolução dos contrato de trabalho se lança na direção de uma maior precariedade de modo generalizado frente a maior automação do trabalho, processo este que proporciona custos semelhantes em sua manutenção, se comparado com trabalhadores contratados, porém, com um rendimento produtivo muito maior. Para tanto, o momento histórico vivenciado requer a identificação de novos caminhos na busca da garantia, respeito e fortalecimento dos direitos sociais.

## **2 Efetivação do direito social do trabalho frente aos impactos tecnológicos**

Frente ao pontuado, e, refletindo a seara da tecnologia no mundo do trabalho a OIT lança sua mais atual obra. Ao abordar a temática do futuro do trabalho no ano que completa seu centenário, em sua mais recente obra *Work for a brighter future – Global Commission on the Future of Work*, a Organização Internacional do Trabalho - OIT publicou no início do ano de 2019 seu posicionamento sólido na busca do emprego da tecnologia apoiada ao trabalho decente<sup>5</sup> ou a uma abordagem humana em comando da tecnologia.

A Organização Internacional do Trabalho, as discussões sobre o futuro do trabalho estão centralizadas na criação e destruição do emprego e a necessidade de requalificação para atender as demandas do trabalho futuro. Para a OIT, uma agenda que esteja voltada ao ser humano se faz igualmente urgente.

Ao mesmo tempo que a tecnologia pode libertar trabalhadores de trabalhos árduos, jornadas extensas e exposição a agentes nocivos a sua saúde, os processos conduzidos de forma colaborativa com robôs podem

---

<sup>5</sup> A Organização Internacional do Trabalho no ano de 1999 definiu o trabalho decente como aquele que visa “promover oportunidades para que homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2019).

produzir stress relacionado ao trabalho e possíveis lesões, podendo ainda impulsionar o trabalho a algo supérfluo. Ainda, destaca que a automação potencializa a redução do controle e autonomia dos trabalhadores e, conseqüentemente, a riqueza do conteúdo do trabalho resultante de uma possível desqualificação e declínio na satisfação do trabalhador.

Atentando a estas questões e ao potencial da tecnologia no futuro do trabalho, a OIT defende o que chamou de “abordagem humana de comando”, visando que as decisões finais que afetem o trabalho sejam tomadas por seres humanos e não por algoritmos, sendo necessário para tanto, uma regulamentação para a proteção da própria dignidade do trabalhador. É inegável que a tecnologia e, dentro do termo, se inclui a robótica, a inteligência artificial e sensores, trazem junto de seu arcabouço vastas condições de melhora para o trabalho, facilitando a identificação de setores de alto risco, melhorando os sistemas de inspeção do trabalho, criando aplicativos que viabilizem o maior acompanhamento da legislação laboral, inclusive o uso do *blockchain* trazendo por meio da transparência e segurança dos blocos criptografados e descentralizados pode garantir o pagamento de salários e facilitar a proteção social dos trabalhadores migrantes (OIT, 2019).

É pois, imprescindível que governos, trabalhadores, empregadores e o Direito atentem ao desenvolvimento da disseminação da tecnologia digital para, de forma cada vez mais efetiva, apoiar e garantir o desenvolvimento do trabalho decente em uma realidade cada vez mais tecnológica. Neste novo contexto, o Direito passa a encarar a tecnologia digital e seus novos desafios lançados à proteção do trabalho já existente, como também aos novos trabalhos viabilizados pelas plataformas digitais, em especial, as potencializadas pela internet.

O trabalho em plataformas digitais e as novas tecnologias criam conseqüentemente desafios novos para a proteção trabalhista de modo cada vez mais global, fator que dificulta o monitoramento das legislações trabalhistas.

Hoje, portanto, frente ao cenário de céleres transformações, essencial se faz a reflexão e estudo para o desenvolvimento do que a OIT tem chamado de uma governança internacional para plataformas de trabalho digital que vise definir, requerer e respeitar direitos e proteções mínimos.

De todo modo, as transformações econômicas, alinhadas ao avanço da tecnologia transformam o trabalho humano sendo papel do Direito, dos governos nacionais e globais, empregadores e empregados, participar deste processo tendo como ponto central o equilíbrio voltado a dignidade da pessoa humana, ao desenvolvimento humano e ao trabalho decente. Para analisar este fenômeno, é indispensável que observe que:

Novas regras, negócios, incentivos e metas de política econômica podem direcionar melhor os investimentos áreas protegidas da economia que promovem empregos decentes, igualdade de gênero desenvolvimento sustentável, fornecendo ao mesmo tempo uma base para atividades de alto valor agregado. O objetivo geral é investir em e trabalho sustentável, termo que usamos para o crescimento centrado no caminho do desenvolvimento para entregar trabalho decente para todos. (OIT, 2019) (tradução livre)

Frente aos novos cenários, a obra de Domenico de Mais (2001) O futuro do Trabalho chama a atenção ao levantar a informação de que atualmente apenas 30% da população italiana tem um emprego de modo a cumprir um tempo contínuo e realizado de forma presencial o restante e a grande maioria trabalha.

É sabido que a tecnologia da informação contribuiu de modo significativo para a integralização e transformação de diversas atividades realizadas pelo trabalho humano. Ao lado de tais benefícios, surgiram também novas modalidades de precarização do trabalho quando, ao “uberizar o trabalho”(2019), ao tomar o trabalho remoto de diferentes locais do mundo, cria alteração na relação de emprego institucionalizado, e, geralmente ao transformar empregados em trabalhadores reduz o pagamento de salários e, conseqüentemente, da garantia de direitos sociais.

Frente aos novos cenários tecnológicos que influenciam todos os setores da vida humana, entre eles, o trabalho humano, é elementar que

se estabeleçam reflexões a fim de buscar novas soluções legislativas para abarcar as peculiaridades desta nova realidade, visando garantir aos trabalhadores os direitos sociais<sup>6</sup>. Porém, é crescente a produção por meio da tecnologia informática que, ao passo que qualifica o trabalho humano, também se apresenta capaz de flexibilizar contratos de trabalho e aumentar o poder oculto do capital, desumanizando o trabalho humano.

Cumprе ressaltar neste momento que o Estado vem cada vez mais enfrentando dificuldades de interferir nas relações de trabalho tutelá-las. É inegável que a revolução tecnológica potencializada pela internet possui significado emancipador, ao mesmo tempo que é também e inegável que o trabalhador se vê compelido a uma formação capaz de atender a multifuncionalidade, dominando os avanços tecnológicos, sob pena de ser substituído.

Cada vez mais o trabalho humano vive, em nível global, o impacto e consequente substituição pelas novas tecnologias. Em nome do que Antunes (2011, p. 148) denomina “racionalização própria da indústria capitalista moderna”, que visa a produzir mais com menos – fenômeno do *dumping social* –, o mundo e o direito social do trabalho globalizam-se em favor do capital.

Neste processo de economia global, em favorecimento ao capital, o Estado encontra sérias e visíveis limitações para fazer cumprir a intervenção necessária para garantir o direito social ao trabalho, até porque, como já mencionado, as novas tecnologias têm substituído em escala exponencial os postos de trabalho humano.

Em suas reflexões, Rodotá (2010, p. 309) reconhece a existência de uma nova tensão do poder – poder tecnológico –, visualizando a necessidade de novas regulamentações e proteção quanto à temática. O autor refere que este poder se aplica à “pessoa tecnológica”, reconhecendo que a

---

<sup>6</sup> Para mais informações sobre os aspectos da decisão acessar: Uber drivers win key employment case em <https://www.bbc.com/news/business-37802386> e Uber loses landmark tribunal decision over drivers' working rights em <https://www.telegraph.co.uk/technology/2016/10/28/uber-awaits-major-tribunal-decision-over-drivers-working-rights/> e CONJUR. TRT de São Paulo reconhece vínculo de emprego entre Uber e motorista. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-27/trt-sao-paulo-reconhece-vinculo-emprego-entre-uber-motorista>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

pessoa deve ter seus direitos garantidos em ambas esferas: física e digital. Nasce, nesta perspectiva, uma nova concepção integral de pessoa – cuja proteção no mundo consiste no direito total do corpo/físico e, ao mesmo tempo, eletrônico.

É necessária, em sua perspectiva, uma análise de uma nova configuração dos poderes exercidos sobre as vidas, sendo fundamental a defesa do pleno domínio do eu, limitando o direito – em defesa da autodeterminação no contexto do respeito à liberdade e dignidade da pessoa humana – não deixando espaço para imposição de poderes externos – poder político, poder do mercado, poder tecnológico (RODOTÁ, 2010, p. 306, 315).

Destaca-se ainda que o afastamento estatal do capital privado em escala supranacional também faz com que o Estado de Bem-Estar já não dê conta de cumprir as promessas assumidas frente à realidade laboral, fazendo com que questionamentos como o “fim do Estado de Bem-Estar Social” floresçam.

As novas questões sociais e a ingerência do Estado nestas, destacando-se neste momento a regulamentação do trabalho em todo o mundo ou até mesmo as reflexões acerca de uma sociedade do pós-trabalho, em um momento em que o desenvolvimento tecnológico tem desafiado o papel do Estado, leva-nos à necessidade de refletirmos acerca dos novos caminhos e perspectivas do Estado. Frente às temáticas que cada vez mais têm fugido ao alcance de uma solução por parte do Estado nacional, refere Fioravanti, em oportuno estudo: “[...] *la tendencia irrevversible dei constitucionalismo actual a traspasar los limites estatales y nacionales y a construir ordenamientos en el plano supranacional*”

Os avanços tecnológicos e científicos e a globalização estão alterando radicalmente a vida humana e a sua relação com o Direito. Neste sentido, vale alertar que o centro do Direito deve ser a preocupação com a pessoa – em denúncia ao mercado globalizado, ao referir: “quem não vale para o comércio não vale para nada” (RODOTÁ, 2010, p. 13 e 15).

Na ponderação de Alfredo Copetti Neto (EMPÓRIO DO DIREITO, 2016) realidade dos poderes selvagens, que ganham maior destaque pela

transcendência tecnológica que se vale da questão econômica nas sociedades complexas, conduz-nos a refletir sobre a reconstrução teórica e ideológica do direito. No atual panorama vislumbrado, é essencial que temas como as crises multifacetadas visualizadas no Direito e na Política, assim como a globalização e a normatividade jurídica, sejam refletidas.

Os desafios da ciência jurídica refletem os processos evolutivos da humanidade, e, a cada passo desta evolução, dentre elas, a evolução tecnológica, deve se centrar na pessoa humana atentando ao constitucionalismo social e demais princípios constitucionais fundamentais também no contexto tecnológico e econômico. Cumpre ao Direito o importante freio e contrapeso ao capitalismo para impedir a exploração tecnológica do trabalho humano sem a efetivação dos direitos trabalhistas internacionalmente reconhecidos.

Como verificado, o modelo de trabalho do século XIX se diferencia do século XX e, no início do século XXI, novos modelos organizacionais do trabalho tem surgido e vem alinhando-se as transformações dos sistemas econômicos. Se as inúmeras projeções se cumprirem, as relações de trabalho tendem a se modificar ainda mais, inclusive com muitas podendo chegar a extinção. A tecnologia está modificando completamente o modo de integração de empresas nos mercados, e em muitas vezes, tornando empregado, figura desnecessária em virtude de automação.

O desenvolvimento da tecnologia causa impactos na organização produtiva como também nos modos de produção capitalista, neste aspecto, tem causado em muitos setores a substituição da mão de obra humana<sup>7</sup> e como consequência, tem gerado o conseqüente enfraquecimento da classe trabalhadora que perde condições de trabalho diante do excedente ao excluir muitos do processo produtivo que cada vez mais se estabelece pela tecnologia da inteligência artificial, pelo fato de beneficiar o investimento capitalista, fato amparado pelo próprio Estado de Direito.

---

<sup>7</sup> Ao passo da evolução tecnologia, o próprio capitalismo entra em contradição quando, ao substituir a mão de obra humana por tecnologia, substitui a única energia capaz de produzir valor, pois trabalho é capital. (GRESPLAN, 2012)

Deste modo, a regulação jurídica das tecnologias que afetam diretamente o trabalho e o emprego, são essenciais para a garantia em nível global do respeito aos Direitos Fundamentais Sociais e do controle dos perversos mecanismos de mercado que potencializados pela tecnologia, podem acentuar as desigualdades sociais e exclusões na vida social.

Frente a realidades sociais cada vez mais complexas, não mais sólidas, em um tempo virtual em que uma das principais características é a da dissolução da noção natural de tempo se estrutura em um tempo líquido (BAUMAN, 2007), neste contexto, tempo líquido virtual que pode ser ditado por segmentos econômicos em desrespeito aos direitos sociais.

No contexto destas preocupações, imprescindível a análise das consequências de cunho jurídico da intermediação da mão de obra a partir das plataformas digitais. Afinal, ainda que não se realizando as previsões da extinção das profissões que hoje conhecemos, é inegável que a transformação tecnológica potencializará também outras formas de trabalho, como verificado a chamada economia de compartilhamento novas formas de trabalho como o *crowdwork* e o trabalho *on-demand* chamam a atenção quando se sabe que em sua maioria, as plataformas que viabilizam a economia compartilhada operam internacionalmente.

Este fato merece a atenção e suscita diversos questionamentos e buscas de respostas perante o Direito nacional e global, para que as novas dinâmicas de mercado, ao absorvem o desenvolvimento tecnológico, respeitem a regulamentação do mercado como também os direitos fundamentais sociais, da dignidade da pessoa humana e dos institutos conquistados historicamente e a nível global pelo Direito do Trabalho.

Nas palavras de Thomas Piketty, “A marcha em direção à racionalidade econômica e tecnológica não implica, necessariamente, uma marcha rumo à racionalidade democrática e à meritocracia. A razão central é simples: a tecnologia, assim como o mercado, não tem limite ou moral” (PIKETTY, 2013, p. 304).

Há que se considerar que a oferta de qualificação não consegue progredir ao passo das necessidades tecnológicas levando, portanto, a

exclusão de grupos que não consigam progredir em suas formações e por consequência sem a requalificação constante para o mercado de trabalho o próximo passo pode significar a progressão de empregos desvalorizados, a baixa dos salários e desigualdade do trabalho.

É por isso que a exploração da mão de obra humana por meio da tecnologia requer, acima de tudo, a garantia de efetivação dos direitos trabalhistas sob a perspectiva do valor social e ético que compõe o trabalho. Milton Santos acredita ser fundamental a adoção de medidas que assegurem a democracia também no contexto da sociedade em rede, utilizando as tecnologias emergentes como instrumentos a serviço da humanidade e não o contrário. Para isso, duas grandes mutações em progresso precisam se completar “a mutação tecnológica e a mutação filosófica da espécie humana”. Santos (2011) contribui:

A grande mutação tecnológica é dada com a emergência das técnicas da informação, as quais – ao contrário das técnicas das máquinas – são constitucionalmente divisíveis, flexíveis e dóceis, adaptáveis a todos os meios e culturas, ainda que seu uso perverso atual seja subordinado aos interesses dos grandes capitais. Mas, quando sua utilização for democratizada, essas técnicas doces estarão ao serviço do homem.

As garantias sociais consagradas em forma de direitos, em especial aqui, os direitos sociais, precisam ser salvaguardados em detrimento de razões econômicas, que não podem ser atendidas de forma irrestritas.

É também papel do Direito, das formas jurídicas a limitação da vontade econômica que não respeita o reconhecimento da evolução histórica afim de evitar profundas crises.

No cenário brasileiro, a fonte primordial legislativa, a Constituição de 1988 é a fonte democrática que apresenta em seu bojo um rico catálogo de direitos fundamentais a serem seguidos.<sup>8</sup> No que se refere ao direito do

---

<sup>8</sup> É pois, o que registra a Recomendação 198 da OIT: POLÍTICA NACIONAL DE PROTEÇÃO DOS TRABALHADORES EM UMA RELAÇÃO DE TRABALHO. 1. Os Membros devem formular e implementar uma política nacional destinada a examinar, em intervalos apropriados e, se necessário, esclarecer e adaptar o escopo da legislação pertinente, a fim de assegurar a proteção efetiva dos trabalhadores envolvidos em sua atividade. no âmbito de uma relação de trabalho.

trabalho, a Constituição de 1988 apresenta em seu artigo primeiro os fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e os valores sociais da livre iniciativa. Ainda, o artigo terceiro apresenta como objetivos fundamentais desta República a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Ademais, é válido recordar que o artigo sexto da Constituição Federal de 1988 elege o trabalho como um direito social, enquanto o artigo sétimo abarca os direitos fundamentais dos trabalhadores em prol de melhoria da condição social dos trabalhadores, sendo o inciso XXVII a referência de que um dos direitos assegurados ao trabalhador nacional é o da vedação da automação. Os direitos circunscritos têm uma fiel concretização por meio da fiel aplicação da Constituição de 1988 tanto pela atuação privada quanto pública por meio dos poderes executivo, legislativo e judiciário.

O Estado constitucional representa uma fórmula de Estado de Direito, talvez a sua mais cabal realização, pois, se a essência do Estado de Direito é a submissão do poder ao Direito, somente quando existe uma verdadeira Constituição esta submissão compreende também a submissão do poder legislativo [...] (STRECK, 2017, p. 114).

É possível verificar que o direito ao trabalho, enquanto direito social, sofre ao longo dos anos reflexões e remodelações conforme são lançadas sobre este novas luzes. Esta realidade evolutiva pode ser percebida tanto na análise do contexto global quanto no contexto nacional do trabalho.

É inegável que as luzes das novas tecnologias têm lançado novos desafios ao trabalho humano e ao Estado de Bem-Estar, fazendo reacender as luzes sobre a necessidade de pensar os direitos fundamentais trabalhistas que se apresentam como novas questões sociais inerentes às novas tecnologias.

Com os crescentes avanços tecnológicos e a expansão da lógica capitalista global que conduzem a sociedade moderna a uma substituição cada

vez maior do trabalho humano, faz-se imprescindível refletir sobre os impactos das novas tecnologias frente aos direitos sociais, em especial as condições dentro das relações de trabalho e o posicionamento e/ou redefinição do papel do Estado perante esta realidade global.

### **Considerações finais**

O presente estudo conduziu-nos a noções introdutórias que possibilitam aprofundar futuras reflexões acerca do papel do Estado, do Direito e trabalho humano frente às novas tecnologias, especialmente no que se refere à potencialização no âmbito destas na internet. O trabalho desenvolveu-se com a proposta de articular a análise dos crescentes avanços tecnológicos e a expansão da lógica capitalista global, que conduzem a sociedade moderna a uma adaptação e substituição cada vez maior do trabalho humano, fazendo-se imprescindível refletir sobre os impactos e reflexos das novas tecnologias relativamente aos direitos sociais, em especial as condições dentro das relações de trabalho.

Sem a pretensão de esgotamento da temática, o estudo presente teve como escopo demonstrar a necessidade de pensar os desafios que envolvem o futuro do trabalho, do capital e do Estado. É necessário compreender a relação das grandes transformações do mundo do trabalho decorrente das novas tecnologias, e a redefinição do papel do Estado efetivando-se em vista de duas concepções diversas: Estado regulamentador, não sendo possível o esvaziamento das funções sociais, mas uma reestruturação diante das transformações sociais do trabalho e econômicas, ou a segunda concepção, que abarca a ideia de Estado mínimo com funções sendo esvaziadas de forma progressiva.

## Referências

- ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre metamorfoses e centralidade no mundo do trabalho.** São Paulo: Cortez: 2011
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS DO TRABALHO. **Relatório 2018 do Fórum Econômico Mundial.** Disponível em: < <http://abet-trabalho.org.br/the-future-of-jobs-report-2018-forum-economico-mundial/>>. Acesso em 15. jan.2019.
- BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos.** Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- BBC NEWS. **Uber drivers win key employment case.** Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/business-37802386> e [Uber loses landmark tribunal decision over drivers' working rights](https://www.bbc.com/news/business-37802386)>. Acesso em: 18 jan. 2019.
- CITISYSTEMS. **O que é a indústria 4.0 e como ela vai impactar o mundo.** Disponível em: <<https://www.citisystems.com.br/industria-4-0/>>. Acesso em: 22 dez. 2018.
- COCCO, Giuseppe. “Já saímos da sociedade salarial”. **Cadernos IHU.** Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/853-giuseppe-cocco-1>> . Acesso em 15 dez.2018.
- CONJUR. **TRT de São Paulo reconhece vínculo de emprego entre Uber e motorista.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-27/trt-sao-paulo-reconhece-vinculo-emprego-entre-uber-motorista>>. Acesso em: 21 jan. 2019.
- DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial.** Tradução de Yadyr A. Figueiredo. Rio de Janeiro: 2001.
- GADA, Kartik. “Inteligência artificial está se tornando o ar que respiramos”. Disponível em: <<https://www.startse.com/noticia/nova-economia/tecnologia-inovacao/55596/kartik-gada-stanford-inteligencia-artificial>>. Acesso em: 22 jan. 2019.
- INTERNATIONAL FEDERATION OF ROBOTICS. **Relatório mundial de robótica 2018.** Disponível em: <<https://ifr.org/>>. Acesso em: Acesso em 15. jan.2019.
- FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **Relatório anual do Fundo Monetário Internacional.** Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/ar/2018/eng/assets/pdf/imf-annual-report-2018-pt.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. Relatório anual do Fundo Monetário Internacional. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/ar/2018/eng/assets/pdf/imf-annual-report-2018-pt.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

Fumagalli, Andrea. **O conceito de subsunção do trabalho ao capital: rumo à subsunção da vida no capitalismo biocognitivo**. Cadernos IHU Ideias. São Leopoldo, vol. 14, n. 246, p. 4. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/images/stories/cadernos/ideias/246cadernosihuideias.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

LEE, Kai-Fu. Inteligência artificial pode acabar com 40% dos empregos em 15 anos, diz investidor chinês. Disponível em: <[https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/01/inteligencia-artificial-pode-acabar-com-40-dos-empregos-em-15-anos-diz-investidor-chines.html?utm\\_source=facebook&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=post&fbclid=IwAR3lDBpKHB0Og\\_\\_2KNV4nFW8DAZleEHMVcMuAaOgLD1zTs7HLtdRqHPhanA](https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/01/inteligencia-artificial-pode-acabar-com-40-dos-empregos-em-15-anos-diz-investidor-chines.html?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=post&fbclid=IwAR3lDBpKHB0Og__2KNV4nFW8DAZleEHMVcMuAaOgLD1zTs7HLtdRqHPhanA)>. Acesso em: 22 jan. 2019.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2019. **Work for a brighter future - Global Commission on the Future of Work**. Disponível em: <<http://abet-trabalho.org.br/relatorio-da-comissao-global-sobre-o-futuro-do-trabalho-2019-oit/>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho decente**. disponível em: <<https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>>. Acesso em 19 jan. 2019.

Piketty, Thomas. **O capital do século XXI**. São Paulo: Intrínseca, 2013.

**Recomendação 198 OIT**. Disponível em: <[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55\\_TYPE,P55\\_LANG,P55\\_DOCUMENT,P55\\_NODE:REC,es,R198,%2FDocument](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument)>. Acesso em 05 jan. 2019.

RODOTÁ, Stefano. **La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho**. Madrid: Trotta 2010

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. Disponível em: <https://farofafilosofica.com/2018/01/21/milton-santos-12-livros-em-pdf-para-download/>. Acesso em: 01 fev. 2019.

STRECK. Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 114.

## Uma análise sob a perspectiva de gênero e da emancipação feminina: diálogos entre Nancy Fraser e Judith Butler

*Amanda Netto Brum* ♦

*Jéssica Cristianetti* ♦♦

### Introdução

Historicamente, diversas (trans)formações e (re)formulações marcaram o contexto societário e, em virtude disso, vários acontecimentos alteraram a maneira de refletir as estruturas que permeiam as relações sociais. Tais mudanças têm suas raízes históricas em diversos movimentos sociais, especialmente no movimento feminista.

Os feminismos, com múltiplos discursos, foram alavancados a partir de lutas e de discursos que propunham e ainda propõem, fundamentalmente, a reconstrução das identidades femininas, desestabilizando e subvertendo as instituições sociais das marcas de gênero. Vale observar, como pontuam Miguel e Biroli (2014), que o gênero é um dos eixos centrais que organizam as experiências no mundo social. Desta forma, no processo das lutas feministas, o feminismo foi capaz de não apenas transformar sua agenda, mas fundamentalmente a sua reflexão sobre o mundo

---

♦ Discente de Doutorado em Direito Público da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em direito e justiça social – FURG/RS. Rio Grande- RS – Brasil. [amandanettobrum@gmail.com](mailto:amandanettobrum@gmail.com). Advogada.

♦♦ Discente de Doutorado em Direito Público da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em direito público pela mesma Instituição. Bolsista CNPQ. São Leopoldo – RS – Brasil. [jessicacristianetti@hotmail.com](mailto:jessicacristianetti@hotmail.com).

social. (MIGUEL; BIROLI, 2014). Desse modo, diversas são as formas pelas quais as teorias feministas são estruturadas e compreendidas. Dentre elas estão as desenvolvidas por Nancy Fraser, com o seu estudo acerca de uma teoria de justiça para as minorias<sup>1</sup>, como as mulheres, e Judith Butler, por meio dos estudos *queer*.

Assim, no presente trabalho, pretende-se explicar os principais desenvolvimentos da teoria feminista na perspectiva do pós-estruturalismo<sup>2</sup> de Judith Butler e da Teoria Crítica<sup>3</sup> de Nancy Fraser. Nesta senda, ambas teorizam acerca dos questionamentos de gênero, porém, por perspectivas que diferem. Sendo assim, tem-se como objetivo analisar em que pontos as teóricas divergem e se complementam. Portanto, propõe-se uma análise das teorias de ambas.

Para tanto, objetiva-se entender, inicialmente, como cada uma das autoras estrutura seu pensamento acerca da categorização de gênero e demais desenvolvimentos ligados a cada teoria. Posteriormente, propõe-se analisar se existem possibilidades de complementação das teorias de Fraser e Butler, desenvolvendo o diálogo entre ambas sob a perspectiva da emancipação feminina.

Cabe pontuar, por fim, que a técnica de pesquisa da documentação indireta utilizada será a da pesquisa bibliográfica. Desta forma, será

---

<sup>1</sup> Neste escrito será utilizada a terminologia minorias de acordo com o proposto por Bragato (2018). Isso porque a autora propõe conceber o conceito “em um sentido mais amplo não levando em conta necessariamente a questão numérica”. (BRAGATO, 2018, p. 52). Para Bragato “ao se considerar a questão do poder como central para definição das minorias, o aspecto cultural é mais decisivo, pois define as posições dentro da sociedade e refletirá diretamente no poder político, que que se caracteriza pela possibilidade de tomada de decisão, de deliberação e de visibilidade em assuntos públicos, e no poder econômico que determina acesso aos bens”. (BRAGATO, 2018, p. 52). Minorias, deste modo, “não significa grupos numericamente inferiores dentro da sociedade, mas grupos com debilidade de poder. Por isso não é um critério quantitativo que as define e sim qualitativo”. (BRAGATO, 2018, p. 52).

<sup>2</sup> “Feminismo pós-moderno e feminismo pós-estruturalista costumam ser utilizados como sinônimos. Em parte, porque pós-modernismo e pós-estruturalismo compartilham muitos pontos comuns na crítica à modernidade; e, em parte, porque o feminismo pós-moderno costuma ser interpretado como uma fusão entre pós-modernismo e pós-estruturalismo”. (CHAMBOULEYRON, 2009, p. 24). No entanto, há que se ressaltar que cada um deles originou-se de tradições filosóficas distintas. Butler, embora, geralmente revele uma preferência pelo termo pós-estruturalista, foi responsável pelo que se pode chamar de “virada pós-moderna na teoria feminista”. (CHAMBOULEYRON, 2009).

<sup>3</sup> O feminismo está presente na produção da autora desde os primeiros escritos sobre o discurso político dos movimentos sociais até a proposta da maturidade, de teorizar em tempo de globalização, transnacionalismo e neoliberalismo”. (SILVA, 2013, p. 20).

realizada uma revisão bibliográfica ancorada nos referenciais teóricos de Fraser e Butler.

## **1 A perspectiva de gênero de Nancy Fraser por meio da teoria da justiça**

Nancy Fraser é uma filósofa estadunidense, que desenvolveu ao longo de sua trajetória acadêmica a Teoria da Justiça. Tal teoria visa a uma ideia de paridade participativa. Portanto, teoriza sob a perspectiva de gênero, pensando formas de superar a injustiça sofrida por grupos minoritários. Deste modo, a teoria constitui-se sob três pilares, pautada pelo empenho na efetivação da justiça em um contexto de transnacionalização do mundo.

A estrutura tridimensional da teoria da justiça é constituída pelas seguintes esferas: reconhecimento, redistribuição e representação. Conceitualmente, reconhecimento refere-se a uma questão de *status* social; redistribuição, ao problema de distribuição de renda; e representação refere-se ao direito à voz destes grupos marginalizados do espaço político pela divisão injusta das fronteiras territoriais.

Para deixar clara esta ideia, tem-se que, no que tange à esfera do reconhecimento, Fraser (2003) compreende que as mulheres são prejudicadas com uma visão que as inferioriza quando em comparação com o homem, ou seja, é um problema de *status* social, necessitando-se de reconhecimento para sanar tal não-reconhecimento.

De acordo com Fraser (2003), a injustiça redistributiva passa a existir quando os bens econômicos são divididos de maneira a prejudicar certos indivíduos, manifestando-se, por exemplo, quando mulheres recebem salários menores, quando ocupam cargos menos importantes, quando acumulam o trabalho doméstico não pago, em contraposição ao que ocorre com o homem. Nessa esteira, segundo a teórica feminista: “[...] o resultado é uma estrutura econômica que gera formas específicas de injustiça distributiva de gênero, incluindo a exploração de gênero, a marginalização econômica e a privação”. (FRASER, 2003, p. 20).

A questão de classes é essencial para Fraser (2017, p. 165), que explica: “[...] me dei conta de que o que estava separando essas duas coisas não era somente a cultura política, mas a própria sociedade capitalista. O capitalismo, afinal, estabelece “a economia” como algo separado da cultura e da sociedade”.

Sobre a ideia da terceira esfera, a participação, compreende-se que esta surge para ocupar o espaço de um mundo globalizado sem fronteiras (contexto pós-westfaliano) em que as minorias não têm voz no processo político como participantes em igualdade de condições e necessitam, portanto, lutar por seus ideais de forma que não se restrinjam a limites territoriais que muitas vezes não suprem suas necessidades. (FRASER, 2010).

Um exemplo indicado é o próprio movimento feminista, já que este reivindica reformas de legislação em âmbito internacional, ou seja, não mais se limita a lutar contra formas patriarcais locais (FRASER, 2009). Nesta linha de estudo, em consonância com Biroli:

Os movimentos feministas têm atuado de “fora” (exercendo pressão a partir das ruas) e “dentro” do Estado, participando da construção de políticas e de novos marcos de referência para as democracias contemporâneas no âmbito estatal nacional e em organizações e espaços transnacionais. (BIROLI, 2018, p. 175)

Portanto, os movimentos são importantes na busca de novas políticas nacionais e transnacionais em estados democráticos. Desta forma, verifica-se a existência de reivindicações que não têm razão de existir apenas em nível nacional ou regional, demandando resposta a estas injustiças de enquadramento em nível global. Outro exemplo que pode ser citado é o movimento em torno dos direitos das minorias lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis, transexuais, *queer* e intersexuais (LGBTQI).

Esta é, de forma didática, a estrutura tripartite que Fraser elabora para traçar uma proposta de projeto que possa acabar com as injustiças relatadas e proporcionar paridade de participação entre os cidadãos. Ainda, importa ressaltar que estas três esferas não possuem hierarquia

uma em relação à outra, mas estão todas imbricadas e se relacionam. Segundo Fraser (2003, p. 19), entende-se que: “[...] nem uma política de redistribuição nem uma política de reconhecimento, isoladamente, são suficientes”. Ademais, cumpre salientar que: “as lutas por justiça em um mundo globalizado não podem alcançar êxito se não caminharem juntamente com as lutas por *democracia metapolítica*. Então, nesse nível também, não há redistribuição ou reconhecimento sem representação”. (FRASER, 2009, p. 34).

Um exemplo disso é a discriminação perpetrada às mulheres, que institui uma categoria híbrida decorrente da má redistribuição, da subordinação da ordem de *status* e do déficit de participação na esfera do político, porque o gênero estrutura a divisão fundamental entre trabalho produtivo remunerado tomado por homens e trabalho doméstico não remunerado imposto a mulheres.

Na visão de Fraser: “[...] em cada caso, o efeito é a criação de uma classe de pessoas desvalorizadas que se veem impedidas de participar como pares uns com os outros na vida social”. (FRASER, 2003, p. 29-30).

Após visualizar essa estrutura conceitual tripartite, entende-se que a teoria da justiça de Fraser demonstra maior potencialidade na efetivação de direitos de grupos minoritários estigmatizados em nossa sociedade e no globo, pois, tendo em vista sua estrutura deontológica, pode-se atender ao pressuposto do pluralismo.

Fraser teoriza o conceito de paridade de participação dentro do parâmetro da prioridade do justo sobre o bem, pois este princípio seria o principal objetivo da teoria da justiça desenvolvida. Portanto:

A distribuição de recursos materiais deve ser de molde a garantir a independência e a “voz” dos participantes. Este chamarei a condição objetiva de paridade participativa. [...] Em contraposição, a segunda condição requer que padrões institucionalizados de valor cultural expressem igual respeito por todos os participantes e garantam a igualdade de oportunidade para alcançar a estima social. Este chamarei a condição intersubjetiva da paridade participativa. (FRASER, 2003, p. 36).

A teórica aduz que é necessário desenvolver um princípio normativo que compreenda as três dimensões da justiça e refere que o mais apropriado para tanto é a paridade de participação, já que as três formas de injustiça (má distribuição, não reconhecimento e ausência de representação) violam um mesmo princípio. (FRASER, 2010). Nessa senda, frente ao princípio apresentado por Fraser, a filósofa propõe a possibilidade de igual participação de todos os indivíduos como pares nas interações sociais, sem excluir ninguém em razão do não reconhecimento, da não distribuição ou da ausência de representação, o que acarretaria um ato de violação à justiça.

Um importante conceito desenvolvido é o de contrapúblicos subalternos, que se traduzem na existência de múltiplas esferas de circulação de discursos em que grupos minoritários teriam voz para reivindicar de forma crítica suas necessidades. Segundo Fraser, os contrapúblicos de resistência possibilitam aos movimentos sociais ampliar a gama de conhecimento de injustiças publicamente articuladas, expandindo o universo da razão pública mediante formas críticas de comunicação expressas, dentro da ideia de “contrapúblicos”, que são “[...] arenas discursivas paralelas nas quais os membros dos grupos socialmente subordinados inventam e circulam contradiscursos para formular interpretações opostas de suas identidades, interesses e necessidades”. (FRASER, 1992, p. 123).

Isto é, por meio destas diversas esferas de discussão é possibilitada a grupos estigmatizados a reflexão da má redistribuição, do não reconhecimento e da falta de representação, permitindo que os envolvidos se insurjam contra estes padrões impostos socialmente. As lutas travadas por mulheres são um exemplo, já que quando estas se unem em prol de desconstruir padrões patriarcais, por meio de movimentos, ou até mesmo em nível particular, dentro de suas casas ou trabalhos, criam contradiscursos aos padrões que lhes foram impostos e demonstram a possibilidade de transgredir tais posturas conservadoras e machistas.

Segundo Biroli (2018, p. 199): “trata-se, ainda, de públicos que emergem em resposta a exclusões. Sua conformação apresenta, assim, caráter

contestatório à configuração hegemônica da esfera pública”. Portanto, os contrapúblicos têm o potencial de inspirar o princípio da paridade de participação, diferentemente de um público único e complacente. Assim, percebe-se que a teoria de Fraser completa-se ao chegar ao ideal de contrapublicidade, em que se objetiva dar condições para discursos críticos acerca da condição social daquela minoria, potencializando a igualdade de participação e efetivando a justiça social.

Portanto, com base nestes estudos, compreende-se a necessidade de desconstruir a dicotomia homem-mulher, desestabilizando as identidades de gênero, o que apenas seria possível por meio da constatação de certos públicos alternativos que inspiram a circulação de discursos de oposição de minorias excluídas da esfera pública oficial – como as mulheres.

Importa, por último, ressaltar que o modelo de *status* de Fraser é deontológico e não sectário, e “[...] não apela para uma concepção de autorrealização ou bem. Diferentemente, apela para a concepção de justiça que pode – e deve – ser aceita por aqueles com concepções divergentes de bem”. (FRASER, 2003, p. 31).

Tendo como base o movimento feminista, e pensando nas desigualdades em que as mulheres estão implicadas em nossa sociedade machista e opressora, é necessária a reflexão sobre em que alcance o ativismo das mulheres constituído em uma multiplicidade de esferas públicas concorrentes contra-hegemônicas pode desvelar-se na forma de uma estratégia adequada para viabilizar a emancipação, por meio da desconstrução da desigualdade de gênero, na esfera do reconhecimento, da redistribuição e representação, em nível transnacional, haja vista que o feminismo há muito tempo tornou-se uma bandeira de luta sem limites fronteiriços.

Portanto, ante o exposto, depreende-se a importância da teoria da justiça desenvolvida por Fraser, uma vez que esta propõe um caminho para a efetivação da justiça social por meio de uma estrutura deontológica, possibilitando um processo dialógico e democrático.

## 2 A categorização de gênero em Judith Butler

O início da precarização<sup>4</sup> social – e, sobretudo, política – das mulheres, é de difícil exatidão no mundo social. Todavia, tal precarização ainda é naturalizada e normalizada nas estruturas sobre as quais as sociedades modernas se assentam. O falocentrismo e o sexismo cultural continuam impondo toda a sua força de interdição, de precarização e de abjeção às mulheres. (BUTLER, 2015b).

De fato, a divisão entre os sexos, ao mesmo tempo que estabelece, na ordem social, precarizações e abjeções<sup>5</sup> por meio da lógica binarizante – a começar pela divisão culturalmente e socialmente construída entre feminilidades e masculinidades – também legitima a lógica da reprodução do padrão discursivo normativo hegemônico da heteronormatividade.

É a partir desta concepção que Judith Butler, filósofa pós-estruturalista norte-americana, estrutura seu pensamento. Butler, ao questionar a categoria universal de mulher, no final dos anos de 1980, não somente interroga a estruturação do movimento feminista, mas, fundamentalmente – ao problematizar a concepção de um poder central e unificado que rege o todo social e propor a desconstrução do caráter permanente da oposição binária –, desloca a discussão da subjugação e da desigualdade do gênero feminino da oposição homem-mulher e reconstrói a teoria de gênero. (SAFATLE, 2015).

Pelas mãos de Butler, a teoria de gênero não será apenas uma teoria da produção de identidades. Ela será uma astuta teoria de como, através da experiência de algo no interior da experiência sexual que não se submete

---

<sup>4</sup> Nesse trabalho, a precariedade será utilizada de acordo com o preceituado por Butler (2015a). A precariedade, ou a condição de precarização, traduz-se numa subordinação das condições políticas do sujeito-humano, em que uma parcela (ou parte de um grupo humano) é condenada ao sofrimento, à barbárie, há uma subsunção ao espaço do silêncio, da opacidade, do vazio, das precárias redes sociais e econômicas do estado. Deste modo, esses grupos, como ocorre com as mulheres, estão mais expostos à violência, ao risco e à vulnerabilidade, não social, mas, sobretudo, política. São corpos que importam menos, vidas precárias que se submetem, diariamente, às injustiças, aos não-reconhecimentos e às invisibilidades (BUTLER, 2015a).

<sup>5</sup> De acordo com Butler (2015b), os corpos abjetos (que vivem na zona da abjeção) são os que não encontram legitimidade na ordem social por não se enquadrarem nos ideais hegemônicos, por exemplo, de gêneros, das sexualidades e de raça.

integralmente às normas e identidades, descobre que ter um gênero é um modo de ser despossuído, de abrir o desejo para aquilo que desfaz o sujeito a partir da relação ao outro (SAFATLE, 2015, p.174).

Butler (2015c) propõe – com a publicação de *Gender Trouble: feminism and the subversion of identity*, em 1990 –, a reconstrução do processo de formação das identidades de gêneros como tarefa do feminismo e recomenda que a universalização da categoria *mulher* deve necessariamente ser desconstruída. Diante disso, assevera que somente é possível denunciar a história de precarização e de abjeção vivenciada pelas mulheres por meio da interrogação da suposta coerência existente entre as categorias de sexo-gênero-sexualidade e que, para tanto, mostra-se fundamental admitir que nem mesmo as características biológicas dos sujeitos são suficientemente sólidas e estáveis para consolidar as identidades.

Assim, de acordo com a autora, os conflitos que envolvem a categoria de gênero devem ser (re)significados como um projeto político mais amplo na ordem social. É necessário, de acordo com a filósofa, combater as desigualdades a partir de uma perspectiva subversiva que implique a (re)significação discursiva da heteronorma e (re)tome uma normatividade que dirija para a emancipação feminina. Para Butler (2015b, p. 24): “é tempo de empreender uma crítica radical, que busque liberar a teoria feminista da necessidade de construir uma base única e permanente, invariavelmente contestada pelas posições de identidade ou anti-identidade que o feminismo invariavelmente excluiu”. Pois, segundo a filósofa:

Qual o sentido de estender a representação a sujeitos cuja constituição se dá mediante a exclusão daqueles que não se conformam às exigências normativas não explicitadas do sujeito? Que relações de dominação e exclusão se afirmam não intencionalmente quando a representação se torna o único foco da política. A identidade do sujeito feminista não deve ser fundamento da política feminista, pois a formação do sujeito ocorre no interior de um campo de poder sistematicamente encoberto pela afirmação desse fundamento. (BUTLER, 2015b, p. 25).

A rigor, Butler, explana que a crítica feminista deve também questionar como a categoria mulher – como sujeito do feminismo<sup>6</sup> – se produz e se reprime “[...] pelas mesmas estruturas de poder, por intermédio das quais busca a emancipação” (BUTLER, 2015c, p.20), vez que, pela teoria butleriana, “as identidades nada mais são do que produto de relações de poder que definem os grupos de interesse que estão representados pelo movimento feminista e, por oposição, os que estarão excluídos”. (CHAMBOULEYRON, 2009, p. 27).

Butler (2015c) entende, assim, que as categorias identitárias são produtos ficcionais das estruturas de poder, quer dizer, não são preexistentes às estruturas de poder, mas produtos performativos das instituições, das práticas e dos discursos. Dessa forma, a autora, a partir da ótica foucaultiana, propõe que as regras da formação discursiva, operando na produção binária, não residem na mentalidade nem na consciência do sujeito: pelo contrário, elas constituem o próprio discurso e impõem a todas e todos que performatizem seu gênero dentro do campo discursivo heteronormativo. Ainda, utilizando-se da percepção de Foucault – de que o sujeito é efeito do discurso, produzido no interior de inúmeras e concretas relações institucionais, políticas, sociais e econômicas, e que cada formação discursiva entra simultaneamente em diversos campos de relação de poder (FOUCAULT, 1999) –, Butler propõe que as fronteiras de inteligibilidade estabelecidas aos sujeitos são discursivamente construídas pelo próprio sistema que supostamente deveria facilitar sua emancipação.

Ocorre que – a partir dessa concepção – a categoria de gênero é pensada por meio de um único modelo linear e inteligível. O sistema binário de gêneros e das sexualidades, estabelecido pela normatização discursiva fixa, encerra, “implicitamente, a crença numa relação simétrica entre

---

<sup>6</sup> Vale mencionar que o feminismo tem experimentado uma série de formatos e de discursos, embora ainda assim se constitua a partir de um núcleo essencial de valores e de metas que define identidades e abrange toda a polifonia cultural do próprio movimento. Dessa feita, “a tarefa fundamental deste movimento, realizada por meio de lutas e discursos, é a de (re)construir as identidades femininas destituindo as instituições sociais da marca de gêneros”. (CASTELLS, 2010, p. 237). No entanto, como expõe Nielsson, “de alguma forma, descreve Fraser, o feminismo acabou perdendo muito da sua forma emancipatória durante seu percurso, em muito devido à própria complexibilidade interna do movimento, suas disputas e consequente fragmentação, bem como a um desprendimento teórico diante da realidade concreta”. (NIELSSON, 2016, p. 221).

gênero e sexo, na qual gênero reflete o sexo biológico e é por ele restrito”. (BUTLER, 2015b, p. 24). No entanto, complementa a teórica: “não há razão para supor que os gêneros devam permanecer em número de dois”. (BUTLER, 2015b, p. 26).

Desse modo, como adverte a autora, não existe uma única forma de masculinidade e de feminilidade na identificação dos sujeitos. A identificação de gênero pode oferecer diversas outras formas. Identificar-se com o gênero feminino não indica necessariamente ser do sexo biológico feminino, bem como a construção de homem não se aplica exclusivamente aos corpos do sexo masculino. (BUTLER, 2015b). Nessa ótica, para Butler (2015b) não há nada que garanta que o “ser” que se torna mulher seja necessariamente fêmea.

Ao provocar, então, questionamentos a respeito do binarismo da norma, Butler (2015b) não somente possibilita (des)construir a ideia de que não há gênero que seja fixo e acabado – já que, para a autora, o sujeito é atravessado pelas mais variadas performances –, mas, em especial, estabelece que as possibilidades da concepção de gênero disponíveis pela norma demonstram-se insuficientes frente à diversidade de performances de gênero que podem ser vivenciadas pelos sujeitos.

A rigor, a categoria de gênero, para Butler (2015b), deve ser considerada um artifício flutuante; uma estilização repetida do corpo; um devir que não se pode afirmar que tenha uma origem e um fim, pois essa categorização encontra-se em aberto para (re)significações e, sendo assim, as categorizações do masculino e do feminino deixam de compor categorias fixas para (re)significar distintas performatividades. (BUTLER, 2015b).

Butler, no entanto, adverte que as regulamentações de gênero são normas que tendem a regular e interditar as identidades do sujeito, sobretudo de gênero e sexual, já que este tipo de normatização funciona como uma condição de inteligibilidade cultural na busca da humanização dos corpos. (BUTLER, 2015b).

Contudo, mesmo que a estrutura hierárquica da heteronormatividade estabeleça o modelo epistemológico tradicional em padrões de

gêneros e de identidade de forma universal e permanente, a autora esclarece ser fundamental descortinar e possibilitar múltiplas visões das construções dos gêneros e das identidades, pois “a lógica heterossexual que exige que a identificação e o desejo sejam mutuamente excludentes é um dos instrumentos psicológicos mais repressivos do heterossexismo.” (BUTLER, 2012, p. 130).

Entende-se, portanto, no contexto cultural, que a compreensão de gênero, a partir da leitura da Butler, pode ser o meio potente para desconstruir e desnaturalizar as concepções de gênero dadas de forma permanente, uma vez que, através desse entendimento, os questionamentos de gêneros transbordam a sua própria categorização e, com isso, as formas convencionais de (re)produção do saber e do poder são perturbadas e provocadas a refletirem as suas próprias estruturas e, sobretudo, a (re)pensarem a ordem social.

### **3 O dialogo butler-fraser: diferença ou igualdade?**

Neste tópico tenciona-se realizar algumas aproximações entre as estruturas teóricas analisadas no que tange aos estudos de gênero, com a finalidade de compreender no que diferem e se complementam com vistas ao ideal de emancipação feminina no atual cenário de lutas sociais. No livro *Feminist Contentions* desenvolve-se um importante debate filosófico entre Benhabib, Butler e Fraser, sendo que este iniciou em 1991, após a publicação de *Gender Trouble* por Butler, tendo-se estendido até hoje. Como este trabalho restringe-se ao debate Fraser-Butler, é neste ponto que as autoras deste estudo irão restringir-se à análise teórica.

Desta forma, conforme Chambouleyroun (2009, p. 21), um dos principais pontos de discordância nas teorias de Fraser e Butler é que a primeira foca na igualdade e a segunda na diferença. Portanto, “a tensão entre igualdade e diferença remete à conciliação entre as assimetrias de poder entre as mulheres e um ideal de igualdade de gênero”.

Bunchaft (2016, p. 351), ao analisar Butler, refere: “o instrumental foucaultiano faz com que a construção da identidade do sujeito inspire sua sujeição, impossibilitando resgatar uma dimensão de igualdade”. Já na visão de Fraser, a partir da perspectiva de Bunchaft (2016), existiria um *déficit* neste âmbito, pois tal entendimento não seria compatível com os anseios que a teoria crítica feminista propõe.

Nos estudos de Butler, a construção identitária do sujeito universal feminista deve ser contestada, pois a presunção de que existe uma base única da identidade acompanha a crença de que há uma única performance de feminilidade e masculinidade possível aos sujeitos. A autora questiona o caráter naturalizador e normalizador do “sujeito mulher”. E é por meio disso que a teórica propõe que a lógica binarizante sexo-gênero engendra a construção identitária do sujeito a uma única e permanente forma de feminilidade e masculinidade.

Assim, Butler – ao interrogar o padrão dicotômico sexo-gênero –, demonstra que a construção identitária de gênero é compreendida a partir de uma lógica universalizante, na medida em que assume a anatomia do corpo como seu fundamento único. Isto é:

a noção binária da masculinidade-feminilidade constitui não só a estrutura exclusiva em que essa especificidade pode ser reconhecida, mas de todo modo a “especificidade” do feminino é mais uma vez totalmente descontextualizada, analítica e politicamente separada da constituição de classe, raça, etnia e outros eixos de relações de poder, os quais tanto constituem a “identidade” como tornam inequívoca a noção singular de identidade. (BUTLER, 2015b, p. 22).

Butler adverte, neste contexto, que a crítica feminista deve questionar como “‘a categoria mulher’ – o sujeito do feminismo – é produzido e reprimido pelas mesmas estruturas de poder por intermédio das quais busca a emancipação” (BUTLER, 2015b, p.20), pois, através da teoria butleriana, “as identidades nada mais são do que produto de relações de poder que definem os grupos de interesse que estão representados pelo movimento feminista e, por oposição, os que estarão excluídos”. (CHAMBOULEYRON, 2009, p. 27).

Fraser, conforme Chambouleyroun (2009, p. 84), também “sustenta que o modelo de identidade é problemático porque impõe uma demanda pela diferença excludente”. Neste sentido, no que se refere à desconstrução da identidade, ambas teóricas concordam, porém problematizam tais questões por vertentes que diferem, pois Fraser, diferentemente de Butler, propõe um modelo pautado na normatividade que conduza à emancipação dos grupos estigmatizados por meio da igualdade. (CHAMBOULEYRON, 2009).

Para Bunchaft (2016, p. 373), em uma leitura da concepção da teoria crítica de Fraser, “a ideia é superar a subordinação e não-essencializar a identidade, no sentido da desinstitucionalização de padrões de valores culturais que impedem a paridade de participação de certos atores sociais”.

Nesse contexto, Butler entende que a categoria de gênero não é um atributo natural – essencial – dos sujeitos, mas, segundo a autora, tal categorização deve ser compreendida como uma categoria em constante construção/desconstrução (BUTLER, 2015b) e transformação. Em Butler, o não-essencialismo apresenta-se como uma alternativa ao universalismo que sustenta a noção do sujeito mulher que pressupõe uma identidade comum. É a partir dessa concepção que a autora constrói que:

Se alguém “é” uma mulher, isso certamente não é tudo o que esse alguém é; o termo não logra ser exaustivo, não porque os traços predefinidos de gênero e da “pessoa” transcendem a parafernália específica do seu gênero, mas porque o gênero nem sempre se constitui de maneira coerente ou consistente nos diferentes contextos históricos, e porque o gênero estabelece interseções com as modalidades raciais, classistas, étnicas, sexuais e regionais de identidades discursivamente constituídas. Resulta que se tornou impossível separar a noção de “gênero” das interseções políticas e culturais em que invariavelmente ela é produzida e mantida. (BUTLER, 2015b, p. 21).

Assim, a teórica – ao opor-se ao caráter essencialista do gênero –, expande conceitualmente a categoria gênero ao propor que a construção de tal categorização é performativa, flexível e fluida. Dessa forma, o gênero, de acordo com Butler, é desvelado por meio do resultado do processo

de construção histórica, cultural, política, social, linguística, jurídica e de poder. Todavia, Fraser, na leitura de Bunchaft, diz que:

[...] embora o antiessencialismo tenha a virtude de teorizar as identidades como discursivamente construídas - e não como algo objetivamente dado, a política da versão desconstrutiva é simplista. Transfobia e binarismo não podem ser desmantelados por práticas desconstrutivas exclusivamente. A não essencialização e a desconstrução identitária representam um pressuposto para se vislumbrar uma multiplicidade de relações sociais que devem ser contempladas por uma democracia radical. (BUNCHAFT, 2016, p. 271-272).

Fraser concorda com o não-essencialismo, porém, considera a ideia desconstrutiva de Butler como insuficiente. É neste diapasão que os contrapúblicos se fazem de suma importância, pois possibilitam a desestabilização de identidades sexuais através dos contradiscursos que criam e circulam, possibilitando aos afetados, neste caso as mulheres, que sejam protagonistas na criação democrática de políticas públicas com a finalidade de desestabilizar padrões estereotipados postos socialmente.

Diante disso, parece, então, não ser a melhor forma de estudo das construções teóricas desenvolvidas pelas autoras a simples descrição, nem estabelecer, a partir da análise, uma das teóricas em posição superior à outra, pois se considera errôneo criticar alguma das filósofas por algo que não foi proposto em seus estudos. Mas, além disso, entende-se que ambas teóricas possuem grande impacto nos estudos feministas, cada qual, porém, com seu enfoque. É possível concluir, portanto, que a teoria da justiça de Fraser demonstra grande potencial em um contexto de Estado Democrático de Direito, por pautar na efetivação da igualdade; entretanto, os estudos de Butler demonstram potencialidade para diagnosticar a problemática que impede a emancipação feminina no cenário social e cultural – ao questionar a partir da diferença a problemática da construção de gênero –, embora demonstre-se insuficiente para estruturar uma solução efetiva. Desta forma, demonstra-se mais justo aproximar tais dimensões teóricas, o que pode desvelar-se em uma alternativa potente na promoção da efetivação emancipatória às mulheres.

## Considerações finais

Tendo em vista, conforme explica Nielsson (2016), que os estudos feministas põem em xeque a racionalidade científica – presente em todas as formas de pensar no ocidente –, reflexões diferenciadas teóricas acerca da categorização de gênero são estruturadas e com isso questionamentos dessas construções são necessários. Em razão disso, a presente pesquisa objetivou realizar um estudo acerca da categoria do gênero a partir das construções teóricas de Fraser e Butler.

Para tanto, tencionou-se, neste escrito, transpor – ao pontuar diferenciações e aproximações entre as teorias butleriana e fraseriana – a simples descrição das construções teóricas das autoras, assim, demonstrou-se uma aproximação viável entre alguns pontos importantes de ambas, com vistas à efetivação da emancipação feminina.

Nancy Fraser, com base em sua vertente crítica, estrutura a teoria da justiça a partir de três dimensões – reconhecimento, redistribuição e representação –, alavancando ao nível transnacional a perspectiva da paridade participativa dos afetados por meio do seu ideal democrático de contrapúblicos subalternos. Desta forma, a teórica crítica torna possível a criação de contradiscursos em oposição aos padrões hegemônicos postos socialmente, a ser realizada pelos próprios afetados, viabilizando um movimento social ativo liderado por mulheres que visam a emancipação mediante a desconstrução da desigualdade de gênero, na esfera do reconhecimento, da redistribuição e representação, em nível transnacional.

Por outro lado, Judith Butler, por meio do pós-estruturalismo – ao questionar a existência de uma identidade definida –, interroga o sujeito do feminismo, isto é, a categoria de mulher. Para a autora, o questionamento do sujeito feminista apresenta-se como uma questão central, pois esse, segundo a teórica, é produzido pelo próprio discurso e, invariavelmente, o discurso irá produzi-lo a partir da lógica binarizante “gênero-sexo”. Através desta compreensão, Butler sustenta que a base universal do

feminismo – ao estabelecer uma identidade comum ao sujeito mulher – deve ser (re)significada, pois, para ela, o questionamento invariavelmente precisa ser realizado por meio da interrogação da diferença. Esclarece, pois, ser fundamental que múltiplas visões das construções de gêneros e das identidades no contexto social e cultural sejam possibilitadas e descoratinadas como inteligíveis.

Isto posto, conclui-se que é possível uma aproximação das teorias filosóficas propostas, visto que se compreende não serem estas antagonicas como parecem em uma primeira análise. Portanto, Butler acaba por traçar o diagnóstico do problema que envolve a dificuldade da emancipação das mulheres, ao passo que Fraser propõe uma teoria pautada por um princípio normativo que possibilita a emancipação das mulheres ao criar e circular discursos contra-hegemônicos em nível transnacional, garantindo reconhecimento, redistribuição e representação. Enquanto Butler questiona a problemática da construção de gênero a partir da diferença, Fraser estrutura uma teoria pautada pela igualdade.

No ensejo de finalizar a presente análise, afirma-se que a Teoria Crítica de Fraser torna-se compatível com a teoria pós-estruturalista de Butler no que tange à problematização de um diagnóstico e uma possível solução pautada no ideal democrático, o que resulta em um potencial emancipatório para as mulheres.

## Referências

BIROLI, Flavia. *Gênero e Desigualdades: Limites da Democracia no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2018.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Sobre o conceito de minorias: uma análise sobre racionalidade moderna, direitos humanos e não-humanos. In: STRECK, Lenio, ROCHA, Leonel Severo, ENGELMANN, Wilson. (Org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2018.

BUTLER, Judith. *Quadro de guerra: Quando a vida é passível de luto?*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015a.

BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero – Feminismo e Subversão da Identidade*. 8 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015b.

BUTLER, Judith. *Judith Butler: Relatar a si mesmo: crítica da violência ética*. 1 ed. Tradução: BETTONI, Rogério. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015b.

BETTONI, Rogério. *Cuerpos que importan. Sobre los limites materiales y discursivos del “sexo”*. Bs As. (Argentina). Paidós, 2012.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Transsexualidade no STJ: desafios para a despatologização à luz do debate Butler-Fraser*. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, vol. 21 – N. 1- Jan-abr 2016. Acesso em: 18 de maio de 2017. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8770/4893>>.

CHAMBOULEYRON, Ingrid Cyfer. *A tensão entre Modernidade e Pós-modernidade na Crítica à Exclusão no Feminismo*. Tese. (Doutorado em Ciência Política) Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, 2009.

FRASER, Nancy. Justice Social in the Age of Identity Politics. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition?—A Political Philosophical Exchange*. London: Verso, 2003a.

FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: a Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. In: CALHOUN, Craig. *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: Mit Press, 1992.

FRASER, Nancy. *Scales of Justice: Reimagining political space in a globalizing world*. New York: Columbia University Press, 2010.

FRASER, Nancy. O feminismo, o capitalismo e a astúcia da história. In: **Dossiê: Contribuições do Pensamento Feminista para as Ciências Sociais**. Tradução: Costa Filho, Anselmo da, Cavalcante, Sávio. 2009a

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e política: uma introdução*. [recurso eletrônico]. 1. ed. - São Paulo: Boitempo, 2014.

NIELSSON, Joice Graciele. *O liberalismo democrático-igualitário e a justiça feminista: um novo caminho*. Tese (doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2016.

PELÚCIO, Larissa. *Abjeção e desejo: uma etnografia travesti sobre o modelo preventivo de aids*. São Paulo: Annablume: Fapesp, 2009.

SAFATLE, Vladimir. Dos problemas de gênero a uma teoria despossessão necessária: ética, política e reconhecimento em Judith Butler. In: *Judith Butler: Relatar a si mesmo – Crítica da violência ética*. 1 ed. Belo Horizonte: Autentica Editora, 2015.

WEEKS, Jeffrey. *Lenguajes de la sexualidade*. 1º ed. Buenos Aires: Nueva Visión, 2012.

## **Valores e princípios: uma análise do caso da afetividade a partir do Positivismo excludente (exclusivo) e da Crítica Hermenêutica do Direito**

*Clarice Gonçalves Pires Marques* ♦

### **Introdução**

A Constituição Federal de 1988 operou transformações profundas no modo de conceber o Direito. A interpretação de diversos dispositivos legais - aqui especificamente se refere o Direito de Família e Sucessões - passou por releituras múltiplas em conjunto com o texto constitucional, mas o que poderia ser percebido como aprimoramento para a produção de decisões judiciais mais adequadas acabou por proporcionar que as mesmas se tornassem completamente descoladas do Direito, oportunizando que julgadores/as proferissem decisões a partir de suas convicções morais pessoais, políticas ou religiosas criando distorções no sistema jurídico e consolidando espécie de ativismo judicial.

Diante disso, para além dos Princípios Constitucionais já expressos passaram a ser criados tantos outros gerando o que se denomina pam-principiologismo (STRECK, 2017), bem como ao invés de decidir com o suporte da legislação e da Filosofia do Direito passou-se a decidir com o suporte da Filosofia da Consciência, fenômenos caracterizados,

---

♦ Doutoranda em Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Bolsista CAPES/PROEX. Mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG.

categorizados e discutidos pelo Jurista Lenio Luiz Streck em sua Crítica Hermenêutica do Direito.

As várias vertentes do positivismo jurídico ocupam-se apenas em descrever e não prescrever o Direito, sem que com isso fossem capazes de construir uma Teoria da Decisão. A ausência de uma teoria prescritiva fragiliza o sistema jurídico na medida em que gera insegurança ao inserir elementos altamente subjetivos em uma seara que necessita de critérios objetivos para sustentar-se, sob pena de restar à mercê do solipsismo (STRECK, 2017).

Assim, o presente estudo consiste em uma análise de duas decisões do Superior Tribunal de Justiça, pontualmente o REsp. 1.159.242 – SP e o REsp. 1.087.561 – RS, ambos no sentido de manter condenações por abandono afetivo. O exame será realizado à luz do Positivismo Excludente/Exclusivo e da Crítica Hermenêutica do Direito. Para concretizar tal empreendimento foram relatados os casos mencionados, observou-se as proposições do Positivismo Excludente/Exclusivo, identificou-se os contornos da Crítica Hermenêutica do Direito e, por fim, aventou-se a possibilidade de uma resposta correta para os casos inspirada em uma Teoria da Decisão formulada a partir da Crítica Hermenêutica do Direito.

A pesquisa se utilizou do método fenomenológico-hermenêutico, considerando as teorizações de Hans-Georg Gadamer e Martin Heidegger, o qual pode ser compreendido como um revolver do chão linguístico em que se assenta uma certa tradição no intuito de se obter uma compreensão mais originária do fenômeno, (STRECK, 2014). Além disso, foi utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

## **1 Casos sob análise**

### **1.1 A “inovação” jurisprudencial: REsp. 1.159.242 – SP**

O primeiro caso analisado corresponde ao Recurso Especial nº 1.159.242 – SP, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em

24/04/2012<sup>1</sup>. A ação originária foi interposta por Luciane Nunes de Oliveira Souza em face do pai Antonio Carlos Jamas dos Santos. A requerente pleiteou indenização por danos materiais e compensação por danos morais, alegando que sofreu abandono material e afetivo durante a infância e juventude. O Juízo de primeira instância julgou improcedente o pedido. Em sede de recurso, o TJ/SP proferiu decisão no sentido de dar provimento à apelação interposta por Luciane para o fim de reconhecer o abandono afetivo por parte de seu pai, fixando condenação por danos morais no valor de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais). Diante da reforma da sentença, Antonio Carlos interpôs Recurso Especial alegando a violação dos artigos 186, 944 e 163 do CC, bem como a divergência jurisprudencial.

A Ministra Relatora, Nancy Andrichi, deu parcial provimento ao Recurso Especial, votando pela redução do quantum indenizatório, mas mantendo o entendimento de que o pai se omitiu da prática de deveres inerentes à paternidade. Discorre sobre os seguintes pontos: a) Da existência de dano moral nas relações familiares; b) Dos elementos necessários à caracterização do dano moral (ilicitude e culpa/do dano e do nexo causal) e c) Do valor da compensação. Com relação à existência de dano moral nas relações familiares a Ministra afirma que não existem restrições legais à aplicação das regras sobre responsabilidade civil e o dever de indenizar no Direito de Família. Refere ainda que o art. 5º, V e X da CF, art. 186 e 927 do CC tratam o tema de forma ampla e, em virtude disso, a julgadora inferia que se aplicaria às relações advindas do núcleo familiar. Outra afirmação da Ministra é a de que a perda do poder familiar<sup>2</sup>, em seu entendimento, não afasta o dever de indenizar.

Sobre os elementos necessários para a configuração do dano moral a Ministra coloca que compilá-los é algo que se complexifica e vai além da tríade dano-culpa-nexo causal, afirmando que os elementos subjetivos

---

<sup>1</sup> Disponível em [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwibjK6xpMnjAhVAHbkGHR3RB4sQFjAAegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.migalhas.com.br%2Farquivo\\_artigo%2Fart20120510-02.pdf&usq=AOvVawoo8j5bPco\\_y7jyMkclg-BM](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwibjK6xpMnjAhVAHbkGHR3RB4sQFjAAegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.migalhas.com.br%2Farquivo_artigo%2Fart20120510-02.pdf&usq=AOvVawoo8j5bPco_y7jyMkclg-BM). Acesso em 22 de julho de 2019.

<sup>2</sup> Compreendida a perda do poder familiar como penalidade pelo descaso em cumprir deveres relacionados ao cuidado com a prole.

como afetividade, amor, mágoa, entre outros são intangíveis e dificultam a configuração do dano moral. Porém faz uma interpretação extensiva destes elementos construindo a ideia de que o liame objetivo e adjacente é vínculo biológico ou autoimposto, no caso de adoção.

Para caracterizar a responsabilidade dos pais a Ministra fundamenta que há um vínculo afetivo e outro legal unindo pais e filhos/as, citando que há entendimento doutrinário sobre os deveres concernentes ao poder familiar e, em especial cita o convívio, cuidado, criação e educação dos filhos e, nas palavras da mesma indica que estes deveres envolvem transmissão de atenção e acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança. Cita que é este vínculo - dever de convívio, cuidado, criação e educação - que deve ser buscado quando o sentimento não for suficiente para a manutenção física e psíquica do filho. Sopesa ainda que não há questionamento acerca da existência do dever de assistência psicológica dos pais com relação aos/às filhos/as, mas sim sobre a possibilidade de responsabilizar pelo descumprimento deste dever.

Acerca da ilicitude e culpa que poderiam ser imputadas ao pai, a julgadora aduz que a responsabilidade civil subjetiva resulta de ação ou omissão do agente ocasionando dano ou prejuízo a terceiro e se relaciona, dentre outras situações a ato praticado com negligência ou não praticado quando deveria sê-lo. Assim, discorre sobre o “cuidado” como valor jurídico. Nas palavras da julgadora:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível - o amor - mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “(...) além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)”. Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo - a impossibilidade de se obrigar a amar. (SUPERIOR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Min. Relatora Nancy Andrichi, REsp. 1.159.242 – SP, 2012, p. 10).

Demonstra, que houve a prática de ilicitude por parte de Antonio ao quebrar o que entende por dever de “cuidado” diante do afastamento da filha Luciane. Com relação ao dano e nexo causal a Relatora narra que uma vez que entendeu caracterizado o ato ilícito civil pela quebra do dever de “cuidado” é necessário caracterizar o dever de indenizar com o estabelecimento de dano e nexo causal. Anota que para verificar a existência de dano e nexo basta a existência de laudo formulado por especialista diagnosticando a existência de determinada patologia psicológica que se vincule (no todo ou em parte) à falta de cuidado dos pais. No entanto, logo em seguida a julgadora afirma que não se deve limitar a possibilidade de compensação por dano moral a este exemplo porque outras circunstâncias também dão causa à compensação. A julgadora sublinha que em que pese o tratamento diferenciado e a ausência do pai, Luciane havia obtido êxito em seu desenvolvimento seguindo com sua vida.

A julgadora assevera que o sentimento de preterição experimentado pela recorrida a acompanhará para sempre e que, uma vez que é resultado das omissões do pai no dever de cuidado, suas ações e o privilégio de outros filhos em detrimento dela é suficiente para caracterizar o dano dando causa à compensação. Com essa afirmação a Ministra caracteriza os elementos negligência-dano-nexo definindo a caracterização do dever de indenizar. A Relatora acolhe o pedido de redução do quantum indenizatório para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), dando parcial provimento ao recurso especial, apenas para a redução da compensação por danos morais. Acompanharam o voto da Relatora os Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva. Divergentemente votou, vencido, o Ministro Massami Uyeda.

Em sua divergência o Ministro Massami pondera que a defesa de Antonio se centra na alegação de que, se os pais não proporcionam assistência material aos filhos a condenação que pode surgir é a da perda do poder familiar como consequência. Que a Relatora propôs que além da perda do

poder familiar poderia incidir o dano moral e, se observada a realidade dos fatos, qualquer pessoa pode se sentir preterida em relação aos irmãos e qualquer dado subjetivo poderia ser motivo para um pedido de indenização por dano moral. Por fim, alerta que discorda do reconhecimento do direito, pois todos em algum momento sofrem lesão à estima. A decisão relatada acima, de fato foi considerada como pioneira, com o título “Abandono Afetivo gera indenização” e “Abandono Afetivo gera dano moral” várias notícias foram publicadas e o assunto povoou os blogs jurídicos e discussões sobre o reconhecimento da aplicação do art. 186 nas relações familiares. Posteriormente outra decisão foi proferida acerca do mesmo tema, porém com fundamentos um pouco diferentes, conforme se aborda a seguir.

## **1.2 A “inovação” da “inovação” jurisprudencial: REsp. 1.087.561 – RS**

O segundo caso sob análise apresenta o que se pode chamar de “passo seguinte” em termos de responsabilização civil nas relações familiares. Trata-se do Recurso Especial nº 1.087.561 – RS, julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 13/06/2017<sup>3</sup>, tendo como assunto a denominação “Direito Civil – Responsabilidade Civil”. A ação originária foi ajuizada por “F. DA S. DE M.”, menor impúbere, representado pela mãe “P. A. A. DA S.”, em face do pai “R. A. DE M.”. Do julgamento de primeira instância restaram parcialmente acolhidos os pedidos para o fim de condenar o pai a: a) a comprar uma casa em nome do filho, com escritura onerada com cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade; b) comprar mobiliário para a casa contendo necessário para suprir as necessidades básicas do menor, incluindo lazer; c) comprar computador e impressora; d) ao pagamento de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) ao autor a título de indenização por danos morais, a ser depositados em

---

<sup>3</sup> Disponível em <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2017/10/STJ-RECURSO-ESPECIAL.-FAMÍLIA.-ABANDONO-MATERIAL.-MENOR.-DESCUMPRIMENTO-DO-DEVER-DE-PRESTAR-ASSISTÊNCIA-MATERIAL-AO-FILHO.-REPARAÇÃO.-DANOS-MORAIS.-POSSIBILIDADE.-RECURSO-IMPROVIDO..pdf>.

conta-poupança em nome do mesmo, com movimentação apenas com autorização judicial. No juízo de segunda instância, restou improvido o recurso de apelação do pai.

De acordo com o relatório do Ministro Raul Araújo o recorrente interpôs Recurso Especial alegando violação do art. 186 do CC, ou seja, falta de previsão legal para a fixação de indenização por abandono afetivo. Argumentou também que a responsabilidade civil com fundamento na culpa não pode ser aplicada no que se refere às relações parentais sob pena de gerar monetarização das relações familiares. Defendeu-se afirmando que conviveu com o filho até os seis anos de idade, quando houve a transferência de guarda para a mãe, passando a prestar alimentos ao menino, portanto, não haveria ato ilícito a ser indenizado. A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não provimento do recurso com o fundamento de que houve o abandono material e afetivo de forma voluntária e sem justificativa violando, nos termos do parecer, a doutrina de proteção integral à criança e adolescente. Em seu voto, o relator, Ministro Raul Araújo discorre sobre o histórico da questão mencionando que os genitores do recorrido conviveram por vários anos e, após o nascimento do mesmo, acabaram por se separar. Que o recorrido morou com o pai por um período (o qual não foi mencionado) e que, por decisão judicial a guarda foi transferida para a mãe, sendo que com isso o pai deixou de visita-lo, não compareceu em visitas agendadas pelo Conselho Tutelar e deixou de prestar suporte material e afetivo.

No mesmo sentido o genitor não demonstrava qualquer gesto de afeto com relação ao recorrido e não era capaz de oferecer-lhe carinho, o que foi confirmado por testemunhas cujos depoimentos foram colhidos e reunidos ao conjunto probatório. O julgador relata que a criança vive em condição de miséria, sem alimentação, em moradia precária, dormindo sob uma esponja no chão, enquanto que o pai possui terras, plantações, imóvel no Rio de Janeiro, terrenos e gado. Quanto aos danos sofridos na esfera extrapatrimonial no que tange às condições psíquicas do menino foi considerado um laudo emitido por Assistente Social, nos autos da ação

originária nº 031/1.05.0000776-4, transcrito na sentença como fundamento para a caracterização da responsabilidade civil (ação em trâmite na 2ª Vara Cível da Comarca de São Gabriel), revelando que a conduta do pai gerava dificuldades para o desenvolvimento da criança:

Sob sua condição psíquica, o laudo da assistente social realizado em 23-11-2006 revela: “F.” tem prejuízo em sua vida diária, acarretando problemas em seu desenvolvimento adequado. A situação de penúria, a dependência de terceiros, a moradia precária e as situações de estresse, que via de regra vem sofrendo, fazem parte de sua vida. Aliado a isso, a consideração de abandono emocional. (COMARCA DE SÃO GABRIEL, 2ª Vara Cível, Juiz Prolator Eduardo Furian Pontes, Processo nº 031/1.05.0000776-4, p.12).

Ao apreciar o pleito do recorrente o Ministro se debruça sobre única irresignação do pai, a qual limita-se apenas à condenação por danos morais. Conforme colocado anteriormente, o recorrente alega a impossibilidade de aplicação do art. 186 do CC, pois que pressupõe a prática de ato ilícito, na argumentação que empreendeu, sendo o abandono afetivo incapaz de gerar reparação pecuniária por falta de lei que a preveja. Repisa que sempre prestou alimentos e que, por este motivo, não praticou ato ilícito. No intuito de fundamentar a decisão o Relator cita o artigo 227 da CF/88, art. 186, 1.556, 1.568, 1.579, 1.632 e 1.634 do CC, além da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e Adolescente) em seus artigos 4, 18-A, 18-B, 19 e 22. O faz para afirmar que da leitura dos dispositivos citados se pode extrair os pressupostos gerais da responsabilidade civil, configurando ação/omissão-dano-nexo de causalidade.

O julgador segue afirmando que não é a falta de afeto que constitui o ilícito, mas sim a quebra do dever de amparo material. A partir de então, o Ministro alerta que sua construção jurisprudencial é diferente da produzida pela Ministra Nancy Andriighi no REsp 1.159.242/SP porque não se refere à violação de dever de cuidado por omissão, não se trata de falta de afetividade, não constitui penalização por falta de amor, mas de outra forma, se caracteriza como compensação imposta pelo descumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar em prestar assistência material

ao menor, com fulcro nos dispositivos citados anteriormente. Encerra o relatório negando provimento ao recurso interposto pelo pai.

Destaque-se que no voto-vista proferido pela Ministra Maria Isabel, esta pontua que não é a tradição da Quarta Turma proferir decisões voltadas para responsabilização civil por danos morais decorrentes de falta de afetividade e que diverge da posição tomada pela Terceira Turma quanto ao tema, de modo que o ilícito se configura tão somente no que tange ao descumprimento do dever de fornecer suporte material à criança. Aduz que a afetividade não é um valor jurídico e reforça que a convivência com os genitores é desejável, mas em alguns casos pode ser prejudicial à criança. Que a convivência forçada pela necessidade de afastar futura possível condenação por abandono afetivo poderia causar mais dano que a própria ausência. A Ministra ainda pondera que para fins de proteger a dignidade e o desenvolvimento psicológico entende que é melhor o filho não conviver com seu pai e a atual família e ser criado às expensas do pai ausente, seja em regime de internato, no país ou fora dele, do que conviver com a segunda família do genitor ou genitora passando por agressões e humilhação, experimentando o desprezo velado de outros membros da família. Por fim afirma que:

Não cabe ao Estado impor essa escolha, em nome de dever de convivência e afeto que não se extrai do ordenamento jurídico. Se o amor e o afeto não são deveres jurídicos, como o reconhece a doutrina e o acórdão da 3ª Turma no REsp. 1.159.242/SP, tão pouco o pode ser o cuidado afetivo, ou a convivência forçada, sem afeto, apenas para cumprir suposto dever jurídico. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUARTA TURMA, Min. Maria Isabel Galloti, p.31).

Considerando estes posicionamentos, votaram no mesmo sentido a Ministra Maria Isabel Gallotti e os Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão, negando provimento unânime ao Recurso Especial do recorrente, mantendo a condenação por danos morais fundada no descumprimento do dever de prestar assistência material e não na quebra do dever de cuidado ou de suporte afetivo, ainda que tenha sido a questão argumentada na ação originária, tanto em primeira quanto em segunda instância.

## 2 Aproximações ao positivismo jurídico excludente/exclusivo

### 2.1 O ponto de partida

O artigo “*The Model of Rules I*” de Ronald Dworkin trata-se de um marco importante para o surgimento do positivismo excludente/exclusivo. Dworkin, em sua escrita, estabeleceu uma série de críticas ao positivismo jurídico (em especial no que se refere às teorizações de Herbert Hart) levando à uma reação de seus defensores, o que ocasionou, inclusive, uma cisão entre os próprios autores positivistas. A partir daí se constituem dois ramos: o chamado positivismo inclusivo (*soft positivism* ou positivismo moderado) e o positivismo excludente/exclusivo. (NEIVA, 2017; STRECK, 2017).

Em especial, Dworkin, além de abalar a narrativa consolidada sobre o construto do positivismo jurídico, identifica alguns pontos característicos que constituem as faces deste fenômeno que foi se desenhando ao longo dos séculos. Antes de abordar esta “espinha dorsal teórica” denunciada pelo jurista, abre-se aqui um parêntese para comentar acerca da genealogia do positivismo jurídico – conforme sistematizada por Lenio Streck (2017) –, até o momento em que Dworkin se posiciona como seu ferrenho opositor. Streck (2017) discorre acerca do positivismo precedente, ou seja, anterior a Hans Kelsen e Herbert Hart. Aponta que o juspositivismo se projeta como paradigma jurídico dominante a partir do séc. XVIII<sup>4</sup>. A emergência das ciências, dentro do modelo de racionalidade, oportunizou o estabelecimento da relação sujeito-objeto, na qual o sujeito descreve o fenômeno e, neste caso, o fenômeno jurídico. Daí o caminho que conduz ao positivismo jurídico. Neste sentido:

[...] observa-se o desenvolvimento de movimentos na Inglaterra com a Jurisprudência Analítica (Bentham e Austin), na França com a Escola da Exegese

---

<sup>4</sup> “Neste momento, apesar de possuir traços comuns, apresentou versões diferentes em virtude do recorte epistemológico daquilo que se poderia compreender como “positivo”, isto é, aquilo que garantia objetividade ao conhecimento jurídico.” (STRECK, 2017a, p. 168).

(Blondeau e Duraton) e na Alemanha com a Jurisprudência dos Conceitos (Puchta e Windscheid). O traço comum é o objeto a ser descrito e ao mesmo tempo aplicado pelo juiz. O juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei. O jurista doutrinador e o juiz devem lidar com o Direito como algo posto, imitando-se o mito do dado. (STRECK, 2017a, p. 168).

O movimento inglês possuía como característica compreender o Direito como fato, e como tal não teria valor, devendo apenas ser descrito, assim Direito e Moral estavam separados por haver o entendimento de que a Moral atribuiria valorações. Neste ponto o aspecto positivo do Direito consistia nas relações lógico-sistemáticas das premissas jurídicas e não na realidade social. O Direito era aquele proferido pelo soberano para destinatários específicos. Neste sistema, no qual era vigente o *Common Law*, além dos comandos do soberano também os juízes poderiam criar o Direito a partir de decisões judiciais, através de delegação legislativa (STRECK, 2017a).

Os movimentos francês e alemão contam com influência do Direito Romano que, não só se caracteriza pela sua forma escrita, mas também pela forma como era ensinado e estudado. Havia um corpo normativo e sobre ele eram empreendidos estudos jurídicos refinados, com a codificação do Direito (Código Civil) nos dois países o Direito Romano deixou de ser complementar ao Direito Comum e, diante da impossibilidade de prever todos os fatos e considerando lacunas legislativas se passa a interpretar o Direito a partir da análise sintática. A compreensão surgia da conexão lógica entre o Código, precedentes, textos jurídicos, glosas, bem como uso de analogia e de princípios gerais do Direito, os quais seriam aplicados diante das discontinuidades dos Códigos (STRECK, 2017a).

Streck (2017a) denomina estes três movimentos como “positivismo primevo”, dotado do atributo de separação conceitual entre Direito e Moral – significa dizer que a Moral não se coloca como pressuposto de existência/validade do sistema jurídico – ressaltando que, embora atenuada pelo positivismo inclusivo, essa é uma particularidade que se mantém na contemporaneidade. Destaca ainda que cada um destes movimentos

despertou proporcional oposição: a Livre Investigação Científica antagonizou a Escola da Exegese na França, a Escola do Direito Livre e a Jurisprudência dos Interesses se opôs à Jurisprudência dos Interesses na Alemanha e, por fim, o Realismo Jurídico inglês e norte-americano em confronto com a Jurisprudência Analítica da Inglaterra. Na busca de superar o formalismo clássico dos primeiros movimentos partiu-se para o ceticismo com relação as normas e a aposta na vontade do intérprete.

Ainda resgatando este caminho percorrido pelo positivismo jurídico, o Jurista faz referência aos positivismos jurídicos pós-exegéticos, definindo Hans Kelsen como marco para o segundo momento do juspositivismo. Elucida que:

Para Kelsen a interpretação científica seria um ato de conhecimento, pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. No âmbito da *Rechtswissenschaft* ao intérprete caberia apenas apresentar, aprioristicamente, com neutralidade e imparcialidade as significações normativas possíveis. Este é, pois, o nível da Ciência do Direito (uma metalinguagem sobre a linguagem objeto – o Direito), do conhecimento puro que produziria seu próprio objeto. Entretanto, ao lado desta, também existira a interpretação enquanto um ato de vontade. Este é o lado pessimista da *Teoria Pura do Direito*. Kelsen, consciente da – para ele – impossibilidade de controlar o subjetivismo (moral, ideologia, etc.) na aplicação do Direito a ser feita pelos juízes, rende-se e faz esta distinção entre Ciência do Direito e Direito. A primeira, cindida da moral. O segundo, transformado em política jurídica. O juiz ao fazer política jurídica, não descreveria, não reproduziria acriticamente as normas, ao revés, criaria Direito que, somente *a posteriori*, seria sistematizado cientificamente. (STRECK, 2017a, p. 177).

É neste ponto que o positivismo de Kelsen oferece a dicotomia descrição/prescrição como forma de garantir a pureza que desejava para construir uma ciência jurídica estável e previsível aos moldes das ciências naturais, a fim de dar-lhe maior suporte de credibilidade ao se eximir da subjetividade e concepções morais, inaugurando com isso o positivismo normativista. Nesta linha do tempo, Streck (2017a) assinala Herbert Hart como o primeiro grande positivista pós-kelseniano, o que se evidenciou

com a tese da separação entre Direito e Moral, bem como com a tese da Discricionariedade, ambas decorrentes da tese das fontes sociais. O Jurista recorda que a tese das fontes sociais difere de Kelsen por possuir conotação social e menos idealista da norma fundamental. Nesse sentido:

Sendo o Direito identificado por uma prática social complexa (regra de reconhecimento) sua validade não dependeria de sua aceitação moral e diante da indeterminação semântica de suas regras a um caso específico, teria o juiz discricionariedade para decidir. Estas teses se inter-relacionam e estão em consonância com o relativismo moral. Diante da inexistência de fatos morais, como Hart afirmava, o Direito não poderia depender da moralidade para a sua identificação, critério de validade ou determinação de seu conteúdo. Deste modo, as fontes sociais deveriam excluir, em tese, a dimensão moral. Consequentemente, para além dos limites do Direito, não haveria critérios públicos para verificar a correção de uma decisão judicial, ou para delimitá-la. [...] O ato discricionário depende de um subjetivismo. Assim, Hart, possui uma ambiguidade: de um lado, consegue superar o exegetismo a partir da analítica (filosofia da linguagem ordinária), apostando, para além dos critérios da sintaxe e da semântica, na pragmática, que é a relação do signo com o seu usuário. Aqui entra o papel do sujeito que define o sentido (no caso, o juiz que, discricionariamente, resolve hard cases. Mas ao mesmo tempo continua apostando no plano descritivo. Afinal, ele é um positivista. (STRECK, 2017a, p. 178-179).

Com base nisto, se pode dizer que Hart levou adiante e manteve teoricamente consolidado o positivismo jurídico, em que pese, em sua versão mais moderada ou *soft positivism*, sem maiores percalços até Ronald Dworkin começar a se destacar, no ambiente acadêmico anglo-saxão, este apresentado como um dos principais antagonistas do positivismo, estruturando suas críticas a partir da publicação de “Levando os Direitos a Sério”, no ano de 1977, o que seria seu primeiro livro. Aqui fecha-se o parêntese proposto nos parágrafos anteriores para expor, em si, a caracterização do positivismo e suas fragilidades para, posteriormente, caracterizar o positivismo excludente/exclusivo. Menciona em “Modelo de Regras I”:

Desejo examinar a solidez do positivismo jurídico, especialmente na forma poderosa que lhe foi dada pelo Professor H. L. A. Hart. Resolvi concentrar-me na

sua posição não apenas devido a sua clareza e elegância, mas porque neste caso, como em quase todas as outras áreas da filosofia do direito, o pensamento que visa construir deve começar com um exame das concepções de Hart. (DWORKIN, 2002, p. 27).

Dworkin (2002) refere o que denomina de “esqueleto do positivismo” e denuncia que este possui poucas proposições centrais organizadoras, variando muito pouco entre os filósofos positivistas. Com isso, enumera o que se compreende por “tese do *pedigree*”, “tese da discricionariedade” e “tese da obrigação”. Com relação à “tese do *pedigree*” afirma que o direito de uma comunidade se constitui em um conjunto de regras estabelecido no qual se define quais serão as condutas punidas ou coibidas pelo Estado. As regras especiais podem ser identificadas pelo teste de *pedigree*, o qual, significa a forma ou maneira pelas quais estas regras foram formuladas ou adotadas, independentemente de seu conteúdo. O chamado teste de *pedigree* pode ser utilizado para separar regras jurídicas válidas de não válidas, bem como regras sociais (morais) utilizadas pela comunidade, mas não impostas pelo Estado (DWORKIN, 2002).

Sobre a “tese da discricionariedade” acusa que caso determinada questão não esteja abrangida por uma regra, seja porque ela não existe, porque é vaga ou qualquer outra razão, não há como solucionar o caso mediante a aplicação do Direito (do conjunto de regras estabelecido em determinada comunidade). Ocorrerá que o caso deverá ser decidido pelo juiz, que através de sua percepção pessoal e, com isso, o juiz buscará outro padrão, que não o Direito<sup>5</sup>, para produção ou complementação da regra (DWORKIN, 2002).

Por fim, no que tange à “tese da obrigação” assevera que as pessoas têm obrigação jurídica se a situação específica se enquadra em uma regra válida, que tenha sido aprovada no teste de *pedigree*. Caso não haja regra,

---

<sup>5</sup> Acerca da discricionariedade Hart rebate a crítica de Dworkin ao dizer que “Pode-se considerar que o ato de confiar aos juízes o poder de criar o direito para dirimir conflitos não regulamentados juridicamente é o preço necessário a ser pago para evitar o transtorno que decorreria dos métodos alternativos de regulamentar essas disputas, como, por exemplo, seu encaminhamento ao legislativo; e o preço pode parecer pequeno se o exercício desses poderes for limitado, vendando aos juizes a criação de códigos ou reformas abrangentes e habilitando-os apenas a criar normas para a solução dos problemas específicos levantados por casos particulares.” (HART, 2009, p. 355).

não há que se exigir o cumprimento de obrigação jurídica (DWORKIN, 2002).<sup>6</sup> Contudo, Dworkin alerta para o fato de que para além das regras, há certos padrões, aos quais denomina de Princípios e cita os casos *Riggs v. Palmer e Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* para demonstrar sua presença/existências (ainda que o juspositivismo os exclua do sistema jurídico). Segue desenvolvendo sua crítica colocando a questão do problema de coesão do positivismo jurídico, pois dentro da perspectiva juspositivista as regras se aplicam como “tudo-ou-nada” de maneira que se o caso concreto, após o teste de *pedigree*, estiver contemplado a regra é válida e é aplicada ou não é válida e não faz parte da decisão<sup>7</sup>. Diferentemente é o que ocorre com os Princípios que podem ser aplicados caso estejam presentes as condições para a sua aplicação.

O argumento fundamental de Dworkin quando critica o positivismo está no fato de que ao admitir a existência de princípios jurídicos vinculantes, automaticamente se rechaça a teoria positivista, em especial no que se refere à tese da discricionariedade, pois dentro desta perspectiva, ainda que não exista regra para aplicar ao caso concreto, os juízes estariam necessariamente vinculados aos princípios<sup>8</sup>. Destruí também a tese do *pedigree*, uma vez que os princípios não se tornam parte do sistema jurídico porque passam pelo teste da regra de reconhecimento. (DWORKIN, 2002; NEIVA, 2017).

A crítica de Dworkin suscitou reações dos filósofos juspositivistas e, com isso, a partir desta reação, iniciou-se uma divisão<sup>9</sup> entre positivistas

---

<sup>6</sup>Dito isso, “As diferentes versões diferem sobretudo na sua descrição do teste fundamental de *pedigree* que uma regra deve satisfazer para ser considerada uma regra jurídica.” (DWORKIN, 2002, p. 29).

<sup>7</sup> Os positivistas afirmam que o direito é composto por normas jurídicas, e essas normas são de um único tipo: regras jurídicas. Se não há uma regra jurídica regulando determinada situação, não há uma norma jurídica aplicável à hipótese. Se não há norma jurídica aplicável, a hipótese não é regulada pelo direito (não há direito aplicável ao caso). Esse é, em resumo, o raciocínio positivista a partir do qual decorre, logicamente, a tese da discricionariedade. (NEIVA, 2017, p. 3).

<sup>8</sup> Responsabilidade Política dos Juízes, termo cunhado por Dworkin.

<sup>9</sup> “Coleman ofereceu uma interpretação do estágio atual do positivismo que fez fama pelo mundo, principalmente no mercado jurídico de língua espanhola. Trata-se da separação entre positivismo *inclusivo* e positivismo *exclusivo*. O positivismo inclusivo estaria representado pela posição do próprio Coleman, ao passo que o representante contemporâneo mais emblemático do positivismo exclusivo seria Joseph Raz. (STRECK, 2017b, p. 49).

inclusivos<sup>10</sup> e exclusivos. O maior representante do positivismo excludente/exclusivo é Joseph Raz (posteriormente acompanhado por Scott Shapiro e Andrei Marmor, com algumas pequenas variações). Na vertente do positivismo excludente/exclusivo note-se que:

Nesse caso, prega-se uma separação radical entre moral e Direito. Tem-se a versão forte da tese das fontes sociais para as quais inexistente uma conexão entre Direito e moral que permita a identificação daquele a partir desta. Isto é, a normatividade jurídica é identificada sem nenhuma relação com a moralidade. Afirma-se, porém, que o Direito apresenta limites – em face da imprevisibilidade da administração judicial dos fatos sociais – e diante de um desses limites, o juiz mantém para si o poder discricionário para decidir, segundo os critérios que lhe parecem mais convenientes, a questão posta. Neste caso a descoberta de uma norma jurídica válida continua a depender, apenas, de uma questão de fontes. E, claro, da subjetividade do juiz (aqui, claramente visível, em Raz, a despreocupação com os paradigmas filosóficos). (STRECK, 2017b, p. 50).

Além destas características, convém ressaltar que a teoria de Raz possui outros aspectos peculiares, utilizados pelo jusfilósofo no sentido de rebater as críticas de Dworkin a partir de um apanhado de premissas e pressupostos que formulam conceitos fundamentais de sua teoria, os quais se verifica a seguir.

## 2.2 Conceitos fundamentais e premissas de sustentação

Joseph Raz estabelece alguns conceitos que são fundamentais para a compreensão do positivismo excludente/exclusivo, são eles: a) razões de primeira ordem; b) balanço de razões e; c) razões de segunda ordem. As razões de primeira ordem são razões para agir, são os motivos que levam o sujeito a decidir realizar determinado ato ao invés de outro. Raz explica

---

<sup>10</sup> O positivismo inclusivo "Seria, portanto, um tipo de positivismo – que mantém apego pelas fontes sociais do Direito –, porém, inclusivas, com relação à possibilidade de incorporação de elementos morais. Coleman recorre a Hart para dizer que a regra de reconhecimento, em casos explícitos, pode permitir que princípios morais ser aceitos como juridicamente obrigatórios. Esta é considerada a versão débil ou fraca da tese das fontes sociais, que poderia ser resumida da seguinte maneira: a) o Direito provém exclusivamente dos fatos sociais por ser uma prática social; b) consequentemente, é possível que nos critérios de identificação sejam convencionalmente aceitos raciocínios de cunho moral." (STRECK, 2017b, p. 49).

o papel das razões expondo que há razões para ações, crenças, desejos, emoções, atitudes, para normas e instituições, além de outras. Seu foco está nas razões para a ação, ou razões para agir. Sobre isso, coloca que as razões devem se submeter a uma análise lógica e que elas determinam o que fazer (RAZ, 1991).

O balanço de razões se relaciona com as razões de primeira ordem, se assemelha a um método que garante a escolha da melhor decisão, é como se opera a comparação e consideração de várias maneiras de agir com relação a determinada situação, ao considerar todas o sujeito escolherá uma que irá preponderar (RAZ, 1991). As razões de segunda ordem<sup>11</sup>, são consideradas protegidas ou privilegiadas, possuindo o poder de suspender o balanço de razões de primeira ordem, bem como de cancelar qualquer razão de primeira ordem que seja contrária às razões privilegiadas. As razões de segunda ordem, sejam práticas ou teóricas, são estabelecidas por uma autoridade. Em Raz se posiciona dentro de uma perspectiva liberal, o que justifica o fato de compreender que tanto o Estado quando o sujeito tem autoridade para determinar razões de segunda ordem.

No entanto, ocorre que na esfera moral do indivíduo não há diferença prática e por isso o Estado não tem legitimidade para proteger determinado princípio moral, o positivismo de Raz é excludente/exclusivo da moral. O Direito reivindica autoridade<sup>12</sup>, substituindo o balanço de razões do sujeito, cancelando razões contrárias a ele (Direito), nos casos em que não interfiram na esfera sobre o qual o sujeito é soberano que é a moral privada. Isso demonstra a autonomia do Direito, bem como evita a correção moral do sistema jurídico, pois caso o Direito pudesse ser corrigido pela moral, esta abriria questões que o Direito pretende fechar (COELHO, 2012). Quando as razões de segunda ordem são definidas pelo Estado, elas

---

<sup>11</sup> “Una razón de segundo orden es toda razón para actuar por una razón o para abstenerse de actuar por una razón”. (RAZ, 1991, p. 44).

<sup>12</sup> “Un mandato es válido sólo si el que lo da tiene autoridad, esto es, poder normativo, para darlo. Es vinculante sólo si es válido. La principal significación práctica de los poderes normativos para dictar órdenes es que tales poderes son necesarios para determinar si las órdenes son vinculantes.” (RAZ, 1991, p. 115).

têm prioridade sobre as razões de segunda ordem do sujeito, pois são privilegiadas e protegidas e podem ser identificadas com a Constituição, Leis e Decisões Judiciais. As razões de segunda são também chamadas de razões excludentes, porque excluem de qualquer consideração as razões contrárias a si (RAZ, 1991).

Para o positivismo excludente/exclusivo o Direito seria identificado somente pelas fontes sociais, inexistindo vinculação obrigatória entre Direito e moral para a determinação de seu conteúdo. As razões de segunda ordem são excludentes e para seu cumprimento afastam razões oriundas de outros sistemas normativos como a moral (COELHO, 2012).

Outros aspectos importantes da teoria de Joseph Raz dizem respeito às suas três premissas ou teses em favor do positivismo excludente/exclusivo, as quais dão suporte para a teoria, e que são denominadas como tese da autoridade, tese da instanciação e tese da preempção. A tese da autoridade<sup>13</sup> estabelece que toda ordem jurídica reivindica autoridade e que esta premissa é inquestionável. A característica de uma ordem jurídica é impor normas que os indivíduos têm obrigação de obedecer independente de seu balanço de razões. Para Raz é impossível algo ser uma ordem jurídica e não reivindicar autoridade. Ter autoridade significa suspender a forma normal de agir, o sujeito deve obedecer conforme a diretriz indicou que agisse independente do juízo individual. Já a tese da instanciação coloca que o que não é capaz de reivindicar autoridade não pode ser uma ordem jurídica, se a ordem não tem autoridade não será obedecida, ninguém a aceitará (RAZ, 1991; COELHO, 2012).

Por fim, no que se refere à tese da preempção, indica que ter autoridade significa se impor sobre o juízo individual, ou seja, em escolhas comuns, agir de forma racional é fazer o balanço de razões, mas uma vez que outro indivíduo ou instituição forneça diretivas para o indivíduo de

---

<sup>13</sup> “Joseph Raz afirma que a essência da legalidade é a autoridade, e que a autoridade será prejudicada ou solapada a menos que se possam identificar as suas diretrizes sem recorrer aos tipos e motivos para agir que os cidadãos apresentem antes que a autoridade tenha se manifestado. Ele insiste em afirmar que a autoridade só pode atender as suas finalidades se suas diretrizes substituírem os motivos alegados pelas pessoas, em vez de apenas virem somar-se a eles”. (DWORKIN, 2010, p. 248).

como agir, surge apenas duas possibilidades: a) se houver mais que uma razão de segunda ordem deve ser verificar qual delas tem primazia, pois não existe balanço de razões de segunda ordem; b) se o indivíduo desejar exercer sua autonomia, as razões de segunda ordem do Direito têm primazia, porque o Direito reivindica autoridade (RAZ, 1991; COELHO, 2012).

Compete dizer ainda que, como efeito da tese da preempção, afirma-se que uma ordem que utiliza razões morais, ou seja, uma ordem moral cujo critério de validade é moral, não tem primazia sobre o juízo individual. Isto se opera porque ninguém pode reivindicar para si uma autoridade moral de maneira que cada vez que se pronunciasse um juízo moral os sujeitos abandonassem seu balanço de razões para aderir a esse novo enunciado. Para ter primazia sobre o balanço de razões de primeira ordem é necessário adotar outro tipo de razão que não seja moral, pois a moral abre questões que o direito objetiva fechar (COELHO, 2012).

Observe-se que a preocupação fundamental do positivismo excludente/exclusivo está em separar Direito de moral, trata-se de uma vertente analítica que se ocupa em descrever o Direito. Em nenhum momento se debruça sobre o tema de como são produzidas as decisões judiciais. Este identifica os limites do sistema jurídico, uma vez identificados, tudo o que é proferido nas decisões judiciais está no campo da discricionariedade e, sendo positivismo jurídico, o entendimento é o de que os juízes ao decidirem casos sem previsão legal, foram além do Direito.

### **2.3 As decisões do STJ sob as lentes teóricas de Joseph Raz**

Resgatando o cerne das decisões expostas, REsp. 1.159.242 – SP e 1.087.561 – RS, ambos tratavam de reparação por danos morais em ocasião de abandono afetivo. No primeiro caso, com decisão proferida em 2012, observa-se que a condenação foi fundamentada no que os julgadores compreenderam como quebra do dever de cuidado, que segundo os mesmos produziria reflexos negativos no âmbito da saúde psicológica da ora recorrida. Embora já relatado o caso, transcreve-se a ementa abaixo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Min. Relatora Nancy Andriighi, REesp. 1.159.242 – SP, 2012, p. 1).

Observe-se que a decisão admite, como fundamento para manter condenação<sup>14</sup> por abandono afetivo, a quebra do dever de cuidado, e falta de afetividade ao qual os julgadores atribuíram valor jurídico<sup>15</sup>. Reconheceram a possibilidade de pleitear reparação pecuniária pelo que denominam também como “abandono psicológico” (utilizam o termo

---

<sup>14</sup> Condenação proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Recorde-se que a decisão de primeira instância foi improcedente.

<sup>15</sup> Recordando que houve um voto divergente neste caso, qual seja do Ministro Massami Uyeda.

como sinônimo de abandono afetivo). Durante seu voto a Ministra Relatora citou dois trechos de obras do campo da psicologia para fundamentar sua decisão, sem qualquer compromisso de vinculação até mesmo no que se refere ao campo da psicologia, pois tratam-se de dois fragmentos descolados do caso concreto. Seu convencimento indicou que a ausência do pai na infância e adolescência da recorrida poderia ter-lhe causado danos com relação ao seu desenvolvimento, no entanto, não havia perícia psicológica que comprovasse a afirmação da julgadora. Mais do que isso, a própria Ministra comenta em dado ponto da decisão que a recorrida logrou êxito em sua vida conforme segue:

Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroadado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, **a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável apurmo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna. Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe.** (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Min. Relatora Nancy Andrighi, REsp. 1.159.242 – SP, 2012, p. 13, grifo nosso).

Vê-se que a julgadora contradiz seu próprio argumento, pois se, de acordo com seu raciocínio, a obrigação de indenizar decorre do descumprimento do dever de cuidado que, em sua afirmação gera dano psicológico, e a recorrida não apresenta este dano, o recorrente está sendo condenado por causar mágoas à filha que rejeitou. Destaque-se que não há previsão legal no sistema jurídico para que se operasse tal condenação, trata-se de construção empreendida pelos julgadores da terceira turma do STJ. Agora observe-se a segunda decisão, proferida em 2017, quando já havia sido aberta esta via de entendimento acerca da possibilidade de responsabilização por danos morais no âmbito das relações familiares,

especificamente com relação ao abandono afetivo ou abandono psicológico. A fim de recordá-la transcreve-se também sua ementa:

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ABANDONO MATERIAL. MENOR. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESTAR ASSISTÊNCIA MATERIAL AO FILHO. ATO ILÍCITO (CC/2002, ARTS. 186, 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 E 1.634, I; ECA, ARTS. 18-A, 18-B E 22). REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e **causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica**, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002.

2. **Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.**

3. Recurso especial improvido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUARTA TURMA, Min. Rel. Raul Araújo, p.1, grifo nosso).

Aqui, observado o relato anterior do tópico 2.2 do presente estudo em conjunto com a ementa, verifica-se que a condenação por abandono afetivo se estabeleceu em todas as instâncias. Contudo, houve um esforço dos julgadores da quarta turma do STJ em deixar claro que a decisão proferida não tinha por si os mesmos fundamentos da decisão da terceira turma, consolidada em 2012. Destaque-se que, no voto-vista, a Ministra Maria Isabel Galloti (quarta turma), inclusive, critica o voto da Ministra Nancy Andrighi (terceira turma), afirmando que “afetividade” não é valor jurídico. Nesta senda, o fundamento indicado pelos julgadores seria o de que o abandono material poderia gerar prejuízos ao desenvolvimento do recorrido, no caso, um menor, pois tal poderia refletir em danos físicos e psicológicos.

Embora tenha-se fundamentado o dano moral em prejuízos decorrentes da carência material, ainda de tal modo foi mencionado conteúdo de laudo acerca das condições criança, o qual aponta abandono afetivo,

elaborado por Assistente Social e não por profissional de saúde mental (Psicólogo/a ou Psiquiatra), conforme pode ser examinado no item 2.2, página 12, da presente pesquisa. Por fim, a decisão foi fundamentada no respeito ao princípio da Dignidade Humana. Pois bem, ao empreender uma análise das duas decisões à luz do positivismo excludente/exclusivo, em primeiro lugar pode se dizer que, conforme caracterizado anteriormente, tanto julgadores/as da terceira turma ao se deparar com a apreciação da responsabilização por danos morais nas relações parentais, em virtude de abandono afetivo/psicológico, chegam nos limites do sistema jurídico, posto que não há previsão legal para tal reparação. Dentro da concepção teórica em voga, tais julgadores ao realizar a interpretação extensiva do art. 186 do CC, estão indo além do Direito para criar novo Direito.

Ao argumentar e fundamentar em direção à caracterização do dano (no caso omissão-dano-nexo de causalidade) utilizam diferentes caminhos, no entanto, da leitura das decisões é possível identificar uma série de posicionamentos de cunho pessoal, crenças, que nada tem a ver com o conteúdo específico do Direito como demonstrado nos votos da Ministra Nancy e da Ministra Maria Isabel, dentre outras percepções que foram apresentadas nas decisões. Seguindo, nota-se que houve a citação de alguns dispositivos legais e a utilização de um “fecho” de fundamentação no sentido de ressaltar o Princípio da Afetividade (na primeira decisão) e Princípio da Dignidade Humana (na segunda decisão). Para o positivismo excludente/exclusivo, ambas decisões estão perfeitamente proferidas em acordo com suas premissas teóricas, pois em consonância com o exposto anteriormente, como todo positivismo, adota a tese da discricionariedade, de maneira tal que os/as julgadores/as atuaram de acordo com seu “convencimento” utilizando elementos jurídicos e extrajurídicos, inclusive colimando aspectos da moral privada dos/as julgadores/as<sup>16</sup>, para construir suas decisões.

---

<sup>16</sup> Basta atentar para o contraponto entre a percepção da Ministra Nancy e da Ministra Maria Isabel. Enquanto a primeira defende o ponto de vista de que o pai deveria ser responsabilizado por não conviver com a filha e não lhe dispensar a atenção da qual acreditava ser merecedora, deixando claro que é dever paternal a convivência, ainda que

Raz observa, de início, que legislação, decisões judiciais e costumes - três fontes jurídicas comuns - satisfazem às condições da visão do agente e da identificação independente. A legislação pode ser arbitrária, injusta, e até mesmo falhar completamente em adequar-se à tese da dependência (i.e., ela pode não ter uma relação efetiva com as razões dependentes que se aplicam aos indivíduos). No entanto, a legislação pelo menos expressa (ou é apresentada como se expressasse) a visão de um legislador (ou um conjunto de legisladores) sobre como os cidadãos devem agir nas condições em que as leis promulgadas se aplicam. O legislador pode estar enganado, mas as leis que promulgam são o produto (ou são apresentadas como se fossem o produto) do seu julgamento sobre as razões que se aplicam aos seus cidadãos. Isso é tudo que é necessário para a condição da visão do agente, de maneira que a legislação, enquanto fonte de direito, é compatível com ela. Decisões judiciais também são compatíveis com a condição da visão do agente. Juízes podem decidir de maneira incorreta, podem agir de maneira arbitrária ou decidir em troca de favores e privilégios. Contudo, uma decisão judicial expressa um julgamento sobre as consequências jurídicas das ações dos litigantes, isto é, sobre as razões jurídicas que se aplicam a eles. Ela é um julgamento sobre como as partes deveriam ter agido e representa a visão da autoridade judicial sobre essas razões. (NEIVA, 2017, p. 76).

Percebe-se notadamente que diante das teorizações do positivismo exclusivo/excludente, há uma fragilidade proeminente no campo da decisão judicial, pois não admite a moral ou subjetivismos como critério de validade, porém não há restrições para que esteja presente na convicção do Juízo e, proferida a decisão tanto questões morais, políticas, religiosas ou qualquer outra extrajurídica podem fazer parte dos votos dos/as julgadores/as. A partir daí, o que não era Direito passa a ser, posto que a decisão é fonte de Direito e será descrita pelo positivismo excludente/exclusivo<sup>17</sup>.

---

forçada, a segunda explicitamente rechaça esta conduta declarando o entendimento que melhor seria atendida a necessidade da criança (segunda decisão) se contasse com o apoio material independentemente da presença do pai. A segunda julgadora citada exemplificou que muitas vezes a convivência forçada constitui em maior dano, mágoas e humilhações do que a própria ausência e falta de carinho.

<sup>17</sup> “[...] o positivismo exclusivo consegue oferecer recursos interpretativos para distinguirmos razões jurídicas que reivindicam autoridade daquelas que não o fazem (argumentos extrajurídicos). No entanto, ele admite que se o juiz fundamentar suas decisões utilizando razões extrajurídicas, essa decisão terá força jurídica assim como todas as outras, caso não reformada por uma instância superior. Assim, aquilo que em um primeiro momento não era direito, passou a ser. O juiz criou a norma jurídica (dever ser) no caso concreto utilizando-se de argumentos extrajurídicos;

A esse respeito se pode afirmar que a teoria de Raz se coloca diferentes níveis de cognitividade, pensando em termos metaéticos. Como objeto da teoria obviamente, haverá um cognitivismo por parte deste positivismo, pois há critérios para um ordenamento ser considerado “direito” (neste nível estará presente um cognitivismo). Porém, no segundo momento, no plano científico da descrição, Raz não escapa do não cognitivismo<sup>18</sup>, porque não pode haver moral corretiva ou argumentos de razão prática que se opunham ao Direito. Isto ocorre na função de analista, não na função de juiz. Na medida em que os juízes não estão obrigados a aplicar o direito, a não ser quando incorporem internamente essa obrigatoriedade como uma obrigação jurídica, está-se mais uma vez, em nível não cognitivista, porque dependente apenas do juiz, que pode aplicar ou não uma lei (STRECK, 2017c).

Nos casos estudados, julgadores/as não aplicaram a lei, estenderam sua abrangência de acordo com suas convicções pessoais. Mesmo buscando calcar-se em princípios, o que diz a teoria raziana é que estes não são vinculantes a menos que haja uma regra dizendo que são vinculantes, contudo, dentro desta perspectiva teórica, se juízes/juízas não são obrigados/as aplicar o Direito, tal não teria nenhuma implicação.

Ser analítico na descrição, como é o caso do positivismo excludente, não significa que, no plano da aplicação do direito, o juiz não seja subjetivista, atuando no plano da filosofia da consciência. Isso porque na medida em que o positivismo exclusivo admite que o juiz lance mão de raciocínios práticos, porque ele não é um teórico e, sim, um raciocinador prático, pode-se dizer que, sim, a consequência do positivismo é (também) a filosofia da consciência. Por mais estranho que isso possa parecer. (STRECK, 2017c, p. 131).

---

em um segundo momento, o positivista exclusivo simplesmente descreverá (ser) esta operação realizada pelo juiz desde uma perspectiva externa. Afinal, a decisão é direito, este deve ser descrito em um segundo momento. Fará parte do que se chama ‘direito’, que terá de ser descrito sem inserção da moral, pelo positivismo exclusivo. Formase, assim, um círculo vicioso.” (STRECK, 2017c, p. 46-47).

<sup>18</sup> “[...] o não cognitivismo moral aplicado ao fenômeno jurídico é deficiente em explicar a razão pela qual os operadores do direito insistem em emitir juízos de valor – sempre com a intenção de objetividade – quando pretendem justificar a legitimidade ou ilegitimidade de uma norma jurídica positiva.” (FERREIRA-NETO, 2015, p. 246).

Nas decisões pesquisadas fica claro, pela observação da argumentação, que julgadores/as transbordaram suas convicções pessoais para a manutenção das condenações, por vezes é possível identificar colocação no plano da opinião, nada tendo a ver com o Direito. Isso se encaixa perfeitamente na afirmação de que a presença da discricionariedade judicial proporciona que os sujeitos em situações em que é necessário decidir os assim chamados *hard cases* podem e passam a escolher a partir de si mesmos sem qualquer vinculação intersubjetiva (STRECK, 2017c). E aqui abre-se um pequeno parêntese para dizer que são inquestionáveis as condenações no que tange ao abandono material (ressalvadas as questões sobre adequação proporcional dos valores de condenação), amplamente reguladas no Direito pátrio, o qual assegura o provimento das necessidades dos filhos como saúde, educação, lazer, bens necessários para seu desenvolvimento.

Também não se está a colocar em dúvida que a presença paterna, ou suporte parental, quando saudável, é contribuição valiosa para o desenvolvimento humano. Porém não existe qualquer evidência, na vasta literatura psicológica e psiquiátrica, que garanta que ainda que a pessoa goze de todo suporte afetivo considerado socialmente aceitável estará livre de problemas psicológicos, de sanidade mental ou livre de experimentar mágoas, sentir-se preterido/a em relação a irmãos e irmãs, ou qualquer estranhamento que se possa imaginar ocorrer dentro das relações parentais, posto que são de uma complexidade gigantesca.

Basicamente, o que se está a questionar é a técnica jurídica utilizada para construir estas decisões, vez que, nota-se nas mesmas, a exposição de opiniões pessoais, remetendo a ideia de que a falta de comprometimento social/afetivo/psicológico dos pais condenados deve ser punida, que esta punição deve se constituir em pecúnia, mesmo que este ressarcimento não importe em nenhuma melhora sob o aspecto psíquico a não ser fomentar o sentimento de vingança em face da rejeição. O que parece é “já que você não ama, não acompanha, não cuida, não se preocupa, então você deve ser

punido, deve pagar por isso”, algo que não harmoniza adequadamente com a melhor técnica e, nem tão pouco com a legislação vigente.

Fecha-se este parêntese, para o fim de avaliar que, sob o ponto de vista do positivismo excludente/exclusivo, conforme mencionado anteriormente, as decisões atendem seus pressupostos, sem sombra de dúvidas conforme mencionado. Contudo, neste paradigma as decisões judiciais estão à mercê de entendimentos pessoais dotados de pouca ou nenhuma objetividade e que colocam em risco o próprio direito. No entanto, há outros critérios que podem ser utilizados para a construção das decisões judiciais, que possibilitem decisões não voluntaristas, não dependentes da subjetividade de quem julga, mas sim da tradição jurídica, da teoria do Direito, ganhando corpo a partir de seus pressupostos, é nessa direção que aponta a Crítica Hermenêutica do Direito.

### 3 Análise a partir da crítica hermenêutica do direito

A Crítica Hermenêutica do Direito adaptou e adotou o método hermenêutico-fenomenológico para compreender o fenômeno jurídico<sup>19</sup> de forma diferenciada às propostas dos diferentes positivismos consolidados nos séculos, inclusive do positivismo excludente/exclusivo. Leciona no sentido de combater a discricionariedade<sup>20</sup> dos/as juízes/as e propõe como horizonte alternativo a Teoria da Decisão, tendo como principal objetivo superar solipsismos e decisionismos presentes em decisões discricionárias. Neste aspecto:

---

<sup>19</sup> “[...] o método hermenêutico-fenomenológico adaptado e adotado pela CHD parece ter os elementos necessários para se chegar à compreensão de um fenômeno. Revolve-se o chão linguístico em que está (sempre) assentada uma determinada tradição; reconstrói-se-lhe a história institucional, fazendo com que o fenômeno se desvele, como em um palimpsesto. Método fenomenológico-hermenêutico também quer dizer ‘desleitura’. O revolvimento do chão linguístico implica desler as coisas. E, ao desler, a coisa exsurge sob outra vestimenta fenomenológica [...]”. (STRECK, 2017a, p. 140).

<sup>20</sup> Segundo Streck (2010, p. 100), para o positivismo, “[...] a discricionariedade judicial é uma fatalidade. A razão prática - que o positivismo chama de discricionariedade - não poderia ser controlada pelos mecanismos teóricos da ciência do direito. A solução, portanto, era simples: deixemos de lado a razão prática (discricionariedade) e façamos apenas epistemologia (ou, quando esta não dá conta, deixe-se ao alvedrio do juiz - *eis o ovo da serpente gestado desde a modernidade*). E tudo começa de novo!” (Grifo do autor)

Como surge e em que reside a discricionariedade positivista? A resposta é simples. Na medida em que – no “mundo” do *semantic sense* – sempre há déficit de previsões (afinal é *impossível* que um texto abarque todas as possibilidades aplicativas), as posturas positivistas “delegam” ao juiz o preenchimento desse vácuo de sentido. Essa delegação em favor do poder discricionário fragiliza a autonomia do direito e a própria democracia. Daí a necessidade de uma *teoria da decisão*, para controlar o solipsismo na aplicação. (STRECK, 2014, p. 432).

Por solipsismo entende-se a “concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista interior.” (STRECK, 2017a, p. 274). Tal concepção filosófica pode ser identificada sem esforço nas decisões analisadas, pois no REsp. 1.159.242-SP verifica-se a construção da decisão a partir de concepções pessoais e morais, revestidas de juridicidade no ato de citar alguns dispositivos legais, bem como no REsp. 1.087.561-RS, em que não só se coloca entendimentos pessoais como, em dado momento, se expressa entendimento particular acerca da decisão de outros julgadores (a considerar a crítica da quarta turma do STJ com relação à decisão da terceira turma, em face de julgamento anterior). Diante disso, pode-se afirmar que:

[...] se o positivismo pós-exegético está ligado à discricionariedade interpretativa (que conduz, mormente em *terrae brasilis*, inexoravelmente, à arbitrariedade de sentidos), possibilitando, desse modo, múltiplas respostas, e se a dogmática jurídica (predominante no Brasil) continua refratária ao novo constitucionalismo e sua aderência paradigmática que alça a intersubjetividade ao lugar de condições de possibilidade, *parece razoável afirmar que essa arbitrariedade* (e as múltiplas respostas) não será contida ou resolvida através de regras e meta-regras que cada vez mais contenham a “solução-prévia-das-várias-hipóteses-de-aplicação”, pela singela razão de que a arbitrariedade (espécie de mundo de natureza hermenêutico) é exatamente produto daquilo que proporcionou a sua institucionalização: o positivismo jurídico em suas diversas facetas, que, analiticamente, sempre abstraíram a situação concreta no ato de aplicação. (STRECK, 2014, p. 409-410).

Os casos expostos ilustram claramente o que Streck (2014) cita como múltiplas respostas, caracterizadas como arbitrárias, pois não partem do Direito, mas sim da intersubjetividade. Não só isso, pois ao se consolidar a resposta indicada pelo REsp. 1.159.242-SP, os/as julgadores/as alçam a questão no campo do pamprincipiologismo<sup>21</sup>, delineando o “Princípio da Afetividade”, não expresso no texto constitucional, mas forjado a partir de elementos constitucionais numa construção excêntrica, subjetiva, emotivista, descolada da norma fundamental, tendo como suporte razões como mágoas e rejeição. Acerca da questão da imperatividade com relação ao “Princípio da Afetividade” convém destacar que:

Dizer que o princípio da afetividade nos obriga a ter cuidado com o outro me parece tão somente uma opinião sobre o direito. Uma opinião moral. E só. Mas a moral não é direito. Onde estaria o dever do ‘princípio da afetividade’? Dizer que, na medida em que alguns Tribunais o aplicam, lhe dão “normatividade” é admitir, quando muito, uma incorporação típica do positivismo inclusivo. Também não impressiona dizer-se que há literatura doutrinária defendendo o princípio. [...] Estranho é um positivista exclusivo ou normativo admitir que algo como a afetividade possa ser alçado a um princípio normativo. O assim denominado “princípio da afetividade” não passa de um *standard* tautológico ao expressar o dever de cuidado do direito de família presente em nossa legislação. O pior é que não está sendo usado apenas para reforçar este comando legal, mas ampliando direitos e deveres para além dos marcos institucionais, o que reforça a ideia de mais um pamprincípio. Como é possível que um *standard* moral como a afetividade possa derrogar dispositivos do Código Civil? (STRECK, 2017c, p. 140-141).

Considerando a análise do tópico anterior, dentro do âmbito do positivismo excludente/exclusivo, percebe-se o quanto seu alcance não é suficiente para coibir o pamprincipiologismo e nem a produção de decisões solipsistas, ao contrário, as fomenta. O positivismo

---

<sup>21</sup> “Em linhas gerais, o pamprincipiologismo é um subproduto do neoconstitucionalismo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição Federal de 1988. Esse pamprincipiologismo faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.” (STRECK, 2017b, p.82).

excludente/exclusivo será analítico apenas na descrição do direito, mas, “já na aplicação, que já não tem relação de obediência ao direito descrito, ocorre o apelo à subjetividade. E isso é filosofia da consciência.” (STRECK, 2017c, p. 133). A questão que se impõe diante disso é como evitar que o Direito seja derogado por este tipo de conduta. A Teoria da Decisão, proposta a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, aponta para um horizonte possível, pois através da hermenêutica filosófica estabelece critérios para a construção de decisões judiciais conforme o direito e não contra ele. A ideia de uma resposta correta, para os casos citados, perpassa pela necessidade de a decisão respeitar a autonomia do Direito produzido de forma democrática, evitando a discricionariedade e respeitando a integridade e coerência do Direito. (STRECK, 2017a).

Nesse sentido, a busca de uma resposta correta, dentro das proposições da Teoria da Decisão perpassam pelos seguintes pontos: a) Verificar os seis casos em que julgadores/as podem deixar de aplicar a lei; b) Realizar três perguntas fundamentais a fim de identificar se o ato judicial constitui ativismo ou judicialização da política; e c) Identificar a ocorrência dos cinco princípios fundantes da decisão jurídica. Quanto aos seis casos aos quais se referiu anteriormente:

[...] um juiz só pode deixar de aplicar uma lei em seis hipóteses: (i) quando a lei for inconstitucional, ocasião em que deve ser aplicada a jurisdição constitucional difusa ou concentrada; (ii) quando estiver em face dos critérios de antinomias; (iii) quando estiver em face de uma interpretação conforme a Constituição; (iv) quando estiver em face de uma nulidade parcial com redução de texto; (v) quando estiver em face de uma inconstitucionalidade com redução de texto; (vi) quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio, ocasião em que a regra perde a sua normatividade em face de um princípio constitucional, entendido este como um padrão. (STRECK, 2017a, p. 258-259).

Não ocorrendo nenhuma destas hipótese é obrigação de juízes e juízas aplicar a lei, como uma obrigação que decorre da função que ocupam.

Em contribuição a isso, além da verificação destas seis hipóteses, é possível lançar mão das três perguntas fundamentais, quais sejam:

[...] em determinadas situações, o juiz deverá responder a três indagações fundamentais: se está diante de um direito fundamental com exigibilidade, se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado, quer dizer, concedido às demais pessoas e se, para atender aquele Direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que fere a igualdade e isonomia. (STRECK, 2017a, p. 259).

Por fim, ainda na busca da resposta correta, dentro da Teoria da Decisão, há mais uma questão a ser observada, ou seja a da concretização de padrões ou princípios basilares que se fundirão com as seis hipóteses e com as três perguntas já colocadas, como grupos de elementos que são intercambiáveis e que afastam a viabilidade de construção de uma decisão ativista ou voluntarista, qual seja:

[...] (i) Princípio um: a preservação da autonomia do Direito; (ii) Princípio dois: o controle hermenêutico da interpretação constitucional – a superação da discricionariedade; (iii) Princípio três: o respeito à integridade e à coerência do Direito; (iv) Princípio quatro: o dever fundamental de justificar as decisões; (v) Princípio cinco: o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada. (STRECK, 2017a, p. 259).

Nota-se que, uma vez adotada a Teoria da Decisão, provavelmente os julgamentos tanto do REsp. 1.159.242-SP quanto REsp. 1.087.561-RS, inevitavelmente teriam desfechos bem diferenciados dos que se apontou neste estudo, pois basta uma ligeira comparação do conteúdo das mesmas com os critérios indicados na Teoria em questão para verificar sua total discrepância com a coerência e integridade do Direito. Assim, percebe-se a Crítica Hermenêutica do Direito e a Teoria da Decisão como caminhos para encontrar uma resposta correta para casos como os que foram explicitados.

## Considerações finais

O estudo empreendido consistiu na análise de duas decisões do Superior Tribunal de Justiça, pontualmente o REsp. 1.159.242 – SP e o REsp. 1.087.561 – RS, cujo desfecho resultou na manutenção de condenações por abandono afetivo, ou seja, ressarcimento por danos morais na esfera das relações parentais. Ambos recursos versavam exclusivamente no sentido de reverter o dano moral e reduzir o quantum indenizatório. Diferem ligeiramente as decisões entre si tendo em vista que a primeira (proferida pela terceira turma do STJ) foi fundamentada sobre a quebra do dever de cuidado do pai com a filha enquanto que a segunda (proferida pela quarta turma do STJ) foi fundamentada no abandono afetivo estabelecido a partir do abandono material, ou seja, na possibilidade da carência material resultar em danos psicológicos à criança.

No que se refere a realização da análise dos julgados à luz do positivismo excludente/exclusivo discorreu-se acerca dos seus principais conceitos, comparando assim, as decisões dentro de seu suporte teórico. As duas restaram em consonância com seus pressupostos, posto que o positivismo excludente/exclusivo é uma vertente descritiva e não prescritiva, ou seja, admite a discricionariedade dos julgadores, podendo os mesmos julgarem a partir de critérios não jurídicos. Observou-se que nas fundamentações foram presentes convicções pessoais, crenças, opiniões, colocações subjetivas as quais demonstram o emotivismo de julgadores em face dos casos, tornando as decisões solipsistas e ensejando a ocorrência do fenômeno do pamprincipiologismo, conceitos estabelecidos pela Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck.

Em função disso, se explorou a terceira parte da pesquisa, qual seja, analisar as decisões a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, ressaltando o descolamento evidente das mesmas com relação ao ordenamento jurídico e percebendo o prejuízo da ausência de critérios para a construção das decisões judiciais, posto que conforme exposto, colocam em risco

conquistas democráticas do sistema jurídico, em especial com a Constituição Federal de 1988, no tocante ao alargamento do pamprincipiologismo.

Por fim, buscou-se demonstrar as valiosas contribuições da Crítica Hermenêutica do Direito, enfatizando os aspectos da Teoria da Decisão, pois ao colocá-los em voga, nota-se que julgados como os dos Recursos Especiais indicados não se efetivariam, pois comparados com os critérios de julgamento ilustrados perderiam qualquer sustentação. Assim, resta evidente a necessidade da adoção destes critérios a fim de evitar a derrogação de dispositivos legais (como neste caso, ocorreu com Código Civil, no campo do Direito de Família e Sucessões), gerando direito e obrigações não previstos institucionalmente.

Ao combater a subjetividade e o solipsismo das decisões judiciais, a Crítica Hermenêutica do Direito apresenta uma alternativa viável, qual seja a Teoria da Decisão, para o que os positivistas descrevem como algo impossível de ser superado, que seria a discricionariedade. Para ir além do que está posto, é imprescindível envolver-se no método fenomenológico-hermenêutico proposto por esta vertente teórica, no sentido de “desler” o fenômeno efetivamente e superar o esquema sujeito-objeto que permeia o juspositivismo predominante tanto no ensino jurídico quanto nos tribunais, sob pena de implosão do próprio sistema jurídico.

## Referências

COELHO, André. **Raz: razões de primeira ordem, de segunda ordem e autoridade.** [s. l.], 21 nov. 2012. Disponível em <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2012/11/raz-raozes-de-primeira-ordem-de-segunda.html>. Acesso em 26 de julho de 2019.

COELHO, André. **Raz: Direito, autoridade e positivismo exclusivo.** [s. l.], 19 nov. 2012. Disponível em <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2012/11/raz-direito-autoridade-e-positivismo.html>. Acesso em 26 de julho de 2019.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do direito**. Porto Alegre, RS: Elegância Juris, 2015.

HART, Hebert Lionel Adolphus. **O Conceito de direito**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução Crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo - A teoria do direito de Joseph Raz**. Coleção Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação. Coord. Lenio Luiz Streck. Salvador, BA: Editora Juspodivm, 2017.

RAZ, Joseph. **Razón practica y normas**. Trad. de Juan Ruiz Manero. Madrid: Centro Estudios Constitucionales, 1991. 260 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017a.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica e Jurisdição: diálogos com Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017c.

STRECK. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017b.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



**[www.editorafi.org](http://www.editorafi.org)**  
[contato@editorafi.org](mailto:contato@editorafi.org)