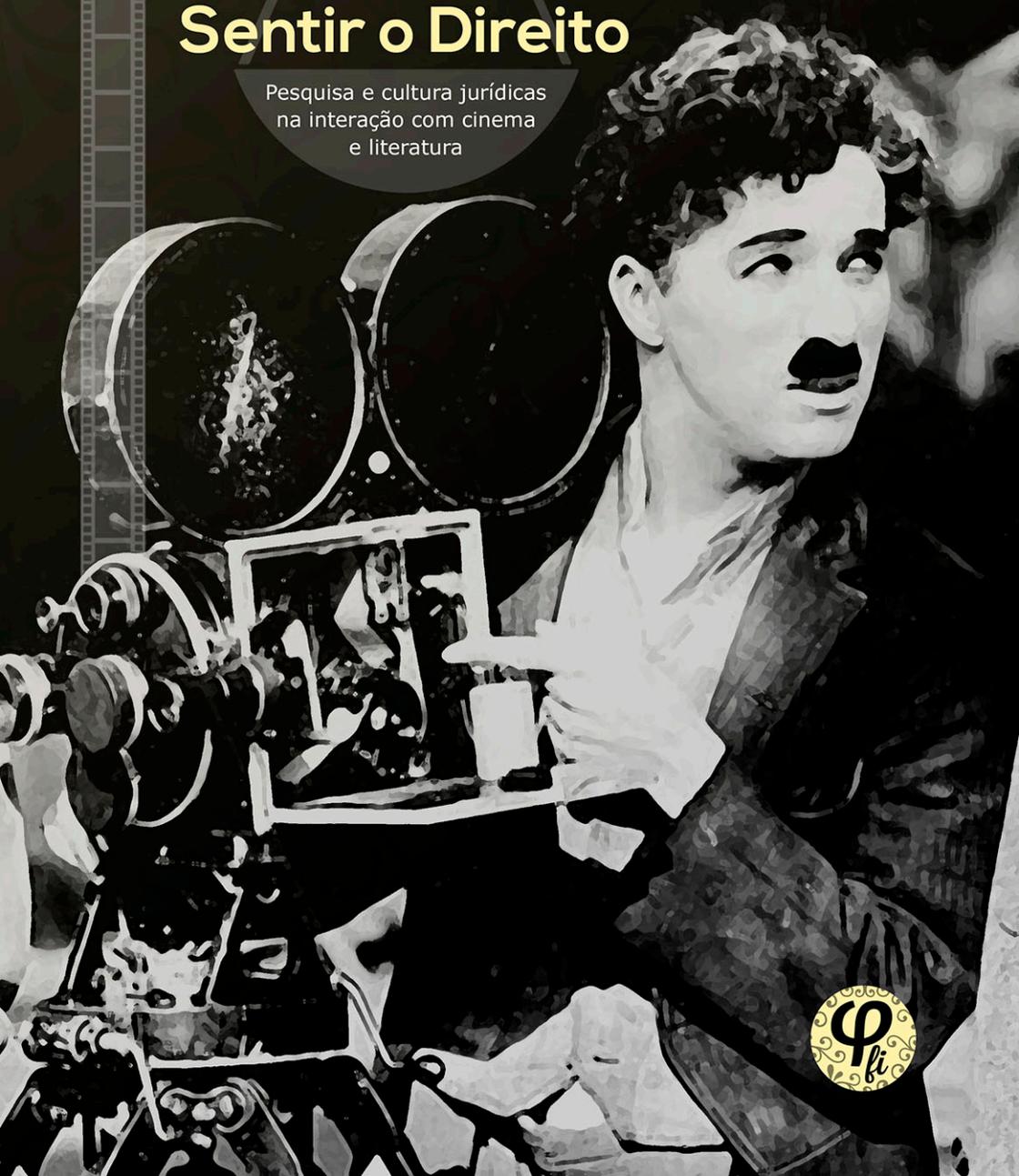


Sara Alacoque Guerra Zaghlout  
Paulo Thiago Fernandes Dias  
Vicente de Paulo Barretto  
(Orgs.)

# Sentir o Direito

Pesquisa e cultura jurídicas  
na interação com cinema  
e literatura





Esta obra coletiva contempla o trabalho intelectual de pesquisadora(e)s e profissionais do Direito, dentre professore(a)s com anos dedicados à docência do ensino jurídico superior, em nível de graduação e de pós-graduação, vindo(a)s dos mais diversos cantos do Brasil. O livro então faz parte do gênero dedicado à interação entre produções científicas e artísticas, no caso, Direito, Cinema e Literatura. Diante da liberdade conferida à(ao)s autore(a)s para definição de seus objetos de estudo e dos referenciais culturais tomados como base para seus trabalhos, o público recebe vinte capítulos muito bem desenvolvidos e que discutem temas caríssimos à compreensão das dinâmicas relacionadas ao Direito. Trata-se, provavelmente, do primeiro de muitos valiosos volumes de uma coleção, já que o formato "Direito, Literatura & Cinema" é um verdadeiro sucesso.



**Sentir o Direito**



# Sentir o Direito

**Pesquisa e cultura jurídicas na interação  
com cinema e literatura**

**Organizadores:**

Sara Alacoque Guerra Zaghlout

Paulo Thiago Fernandes Dias

Vicente de Paulo Barretto



**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>

---

#### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra; DIAS, Paulo Thiago Fernandes; BARRETTO, Vicente de Paulo (Orgs.)

Sentir o Direito: pesquisa e cultura jurídicas na interação com cinema e literatura [recurso eletrônico] / Sara Alacoque Guerra Zaghlout; Paulo Thiago Fernandes Dias; Vicente de Paulo Barretto (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

382 p.

ISBN - 978-65-81512-70-5

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

1. Direito; 2. Cinema; 3. Literatura; 4. Cultura jurídicas; 5. Coletânea; I. Título.

CDD: 340

---

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito                      340

*“Há tantos quadros na parede  
Há tantas formas de se ver o mesmo quadro  
Há tanta gente pelas ruas  
Há tantas ruas e nenhuma é igual a outra  
Ninguém = ninguém”*

(Engenheiros do Hawaii)



# Sumário

<b>Apresentação</b> .....	13
<b>Prefácio</b> .....	15
Álvaro Oxley Rocha	
<b>Prefácio</b> .....	19
Wilker Batista Cavalcanti	
<b>1</b> .....	21
<b>A crônica de uma morte anunciada em Gunther Teubner e o papel dos atratores na articulação do direito regulatório na globalização</b>	
Bernardo Leandro Carvalho Costa	
Leonel Severo Rocha	
<b>2</b> .....	36
<b>“Django Unchained” como instrumento de facilitação para considerações bourdieusianas sobre a sociedade brasileira</b>	
Caroline Liebl	
<b>3</b> .....	53
<b>Uma leitura de “O Velho e o Mar” em torno ao estado democrático de direito</b>	
Celito De Bona	
Ricardo Canan	
<b>4</b> .....	74
<b>Mitologia e direito: aproximações entre direito e literatura em foco</b>	
Clarice Beatriz da Costa Söhngen	
<b>5</b> .....	87
<b>O direito à memória e à verdade e o futuro distópico de Blade Runner, o caçador de andróides</b>	
Dailor dos Santos	

6.....	114
<b>Dungeons and Dragons à brasileira: Mestre dos Magos e o realismo jurídico do ministro Luís Roberto Barroso – debates acerca do indulto presidencial e a ADI 5874</b>	
Isaac Ronaltti Sarah da Costa Saraiva	
7.....	134
<b>“Trust” como exemplo para breve análise das organizações criminosas na exploração sexual de crianças</b>	
Jéssica Painkow Rosa Cavalcante	
Liziane da Silva Rodríguez	
Maiqui Cardoso Ferreira	
8 .....	147
<b>A concha, o fogo e a carcaça: Interlocuções entre o Direito Penal e a literatura de <i>O Senhor das Moscas</i></b>	
Fernanda Miler Lima Pinto	
Jéssica Painkow Rosa Cavalcante	
Liziane da Silva Rodríguez	
9.....	165
<b>Carandiru: comentários acerca da exclusão de classes e do princípio da capacidade contributiva</b>	
Liziane da Silva Rodríguez	
Jéssica Painkow Rosa Cavalcante	
Fabiano Manzini	
10 .....	180
<b>Diálogo entre filosofia, literatura e sociedade: a sinfilosofia como aporte para uma educação ética-estética na cidadania</b>	
Maiqui Cardoso Ferreira	
Raíssa M. A. R. de Melo	
11.....	195
<b>Habermas, Ishiguro e STF: diálogos entre direito, literatura e distopia</b>	
Marcelo Beckhausen	

12 .....	210
<b>Uma breve análise do fenômeno do ativismo judicial: o fator Humpty Dumpty no direito e a (in)aplicabilidade do art. 489 do código de processo civil a partir da crítica hermenêutica do direito</b>	
Guilherme Augusto De Vargas Soares	
Maria Eduarda Vier Klein	
Luis Felipe Leão Saccol	
13 .....	231
<b>A obra “Como as democracias morrem” e o romance em cadeia da democracia brasileira na sociedade em rede</b>	
Patrícia Adriani Hoch	
Bianca Larissa Soares de Jesus Roso	
14 .....	257
<b>Os impactos da quarta revolução industrial para a tutela de direitos da personalidade: o episódio “Toda a sua história” em <i>Black Mirror</i> e suas representações</b>	
Patrícia Adriani Hoch	
Bianca Larissa Soares de Jesus Roso	
15 .....	278
<b>Desdêmona e a tragédia na obra de Shakespeare: feminicídio e violência contra a mulher</b>	
Paula Yurie Abiko	
16 .....	288
<b>Narrativa literária e narrativa jurídica: quem narra é quem define?</b>	
Paulo Silas Taporosky Filho	
17 .....	301
<b>A colidência entre os modelos de Juiz Wargrave e o das garantias: um estudo sobre a imparcialidade judicial</b>	
Paulo Thiago Fernandes Dias	
Sara Alacoque Guerra Zaghout	

**18** ..... **318**

**A teoria do *Labelling Approach* no filme “O experimento de aprisionamento de Stanford”**

Rosália Maria Carvalho Mourão

Juliano De Oliveira Leonel

**19** ..... **336**

**Reflexões jurídico-penais sobre o crime de estupro a partir da obra “*Laranja Mecânica*”**

Paulo Thiago Fernandes Dias

Sara Alacoque Guerra Zaghlout

**20** ..... **358**

**A *Antígona* de Sófocles ou os fundamentos da ordem jurídica**

Vicente de Paulo Barretto

**Sobre as autoras e os autores**

## Apresentação

Talvez tenha se tornado lugar comum, no campo referente à apresentação de uma obra coletiva desta natureza, a necessidade de justificar a importância das produções artísticas para a compreensão de ramos do saber científico, mesmo que já se tenha uma gama considerável de autore(a)s, livros e periódicos voltados à exploração dessa interação.

Entretanto, obras como a ora apresentada evidenciam que a construção de perspectivas jurídicas através da enriquecedora interação do Direito com produções artísticas (cinematográfica, literária, musical, etc.) longe está de demonstrar qualquer tipo de cansaço ou falta de criatividade.

Por conta disso, optou-se pela liberdade de pesquisa. Explica-se. Esta obra não delimitou os objetos de estudo, nem mesmo os caminhos perseguidos pelos autore(a)s, possibilitando, assim, que o livro ganhasse em vastidão, profundidade e multiculturalidade.

Dessa forma, as pessoas que integram este livro, a partir de suas pesquisas, expertises, sentimentos e estilos, entregam ao público relevantes abordagens sobre: Teoria dos Sistemas Sociais; violência simbólica e discriminação (de gênero e étnica); proteção deficiente a direitos fundamentais no contexto do Estado Democrático de Direito; Semiologia e Direitos Humanos; memória, tempo, (r)evolução tecnológica e Direitos Humanos; discricionariedade judicial e Crítica Hermenêutica do Direito; rede mundial de computadores e pornografia infantil; poder, violência e Direito; Princípio da capacidade contributiva à luz da exclusão de classes; Sinfilosofia e a formação ético-estética na cidadania; Lei de Biossegurança e coisificação de espécies humanas; Ativismo judicial; Democracia, novas tecnologias e Constituição; revolução tecnológica, sociedade conectada e morfologia social; sociedade patriarcal e violência contra a mulher; Direito como Literatura; imparcialidade judicial e a figura do juiz das garantias;

Psicologia do Aprisionamento e a teoria do *Labelling Approach*; violência sexual e expansionismo penal.

Espera-se que o público leitor também se veja tocado pelas discussões aqui travadas, principalmente saudável e frutífera aproximação do Direito com as produções artísticas. Assim, é que “o desafio está em ler a atualidade não sem antes ser afetado por ela, algo que a arte como nenhuma outra lógica su-põe”<sup>1</sup>.

Considerando que a obra versa sobre a pesquisa jurídica, ela vem fabulosamente prefaciada por dois educadores, professores, pensadores e pesquisadores no campo das Ciências Sociais Aplicadas. É dignificante ver esse trabalho coletivo referendado pelos professores doutores Alvaro Filipe Oxley da Rocha e Wilker Batista Cavalcanti. Ficam, pois, empenhados os votos de admiração e gratidão.

Registra-se ainda o mais sincero e afetuoso sentimento de gratulação a todas as brilhantes pessoas, autoras desta obra, que dedicaram suas energias e genialidades para a concretização deste projeto acadêmico, o qual, acredita-se, consiste apenas no volume inaugural de uma valiosa e benquista coleção.

Desejamos uma boa leitura!

Janeiro-março de 2020

*Paulo Thiago, Sara Guerra e Vicente Barretto – Organizadores*

---

<sup>1</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. Artefactualidades: cinema, política e poder. In: AMARAL, Augusto Jobim do (Org.). **Violência e Cinema**: diálogos entre ficção e realidade. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018.

## Prefácio

*Álvaro Oxley Rocha*<sup>1</sup>

Com muita alegria recebi o convite da profa. Sara Guerra, para prefaciara presente obra. As relações entre Direito, Literatura e Cinema me são muito instigantes, no sentido da abertura de novos pontos de vista, e maior compreensão sobre os produtos culturais das sociedades complexas ocidentais. Desse modo, gostaria de observar que as modernas relações entre Direito e Literatura podem ser rastreadas até a Idade Média europeia, durante a qual foram estabelecidas as chamadas artes liberais, que compunham o currículo do ensino, em especial ao conjunto chamado “Trivium”, composto por lógica, gramática e retórica. Não por acaso, as discussões jurídicas estavam inseridas na retórica, vista como a arte da persuasão ou argumentação, na qual se utilizavam casos jurídicos, na prática, e muitas vezes retirados da literatura clássica, como a peça trágica de teatro Antígona, de Sófocles. A literatura, portanto, já estabelecia o nível de compreensão e interpretação de textos que deveria fazer parte das habilidades dos candidatos a juristas. O conhecimento da literatura clássica se apresentava como um fator de distinção social, compondo as metáforas e referências argumentativas para o trabalho jurídico, de modo que não chega a ser um exagero afirmar-se que o Direito é filho da Literatura. Grandes juristas sempre foram grandes escritores, que pelo domínio da palavra escrita, apontavam os caminhos da Teoria, ou

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Público – UFPR; Mestre em Ciência Política - UFRGS. Pós-doutorado pela Kent University - UK (Reino Unido); Pesquisador associado do NUPESAL - IFCH - UFRGS; Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Criminologia Cultural ([www.criminologiacultural.com.br](http://www.criminologiacultural.com.br)); Professor do Ensino Superior (em nível de graduação e de pós-graduação "stricto sensu"), nas áreas de Criminologia, Teoria e Sociologia do Direito (introdução, história e antropologia), Ciência Política, Relações Internacionais, Direito Constitucional e Administrativo, Sociologia do Crime e das Instituições de Controle Social.

Doutrina do Direito, que nada mais é do que os comentários às instituições jurídicas, que se produziam já na antiguidade romana, e sobreviveram à queda do Império na tradição do Direito Canônico, que conservou e mais tarde ofereceu aos juristas do Renascimento a antiga referência da tradição literária, para o posterior desenvolvimento da doutrina contemporânea do Direito. Observa-se que o Direito empobrece muito em sua capacidade de produzir soluções justas, e adaptar-se a novas formas de transgressão, ao afastar-se da literatura. O simples tecnicismo no trabalho jurídico resvala na repetição de soluções estereotipadas, que gradativamente se afastam da realidade social, pois não acompanha as muitas sutilezas do seu desenvolvimento, perdendo-se do ideal de justiça que legitima o Direito nas sociedades ocidentais. As mudanças sociais se refletem com muita clareza na literatura, que não por acaso teve outra filha, a Sociologia. Entretanto a apreciação da poesia, dos contos, dos grandes romances segue o destino do humanismo, que se produziu a partir da popularização dos livros, com a invenção da imprensa. A decadência da civilização ocidental humanista é muito bem descrita, por exemplo, na obra “Crítica da Razão Cínica” de Peter Sloterdijk. O crescimento dos retrocessos políticos decorrentes da intolerância “religiosa” e do ódio “conservador” na política de hoje, refletem o fim do humanismo literário, em cuja ausência se permite a retomada do anti-intelectualismo fascista, com a rejeição pública do conhecimento científico em nome de meras opiniões de “gurus” de internet, precedidas pelo resgate de crenças primitivo-grotescas, como o terraplanismo e a fobia de modernas tecnologias médicas, como as vacinas. No mundo do Direito, na esteira do projeto neoliberal global, ressurgem a rejeição da racionalidade democrático-constitucional, em nome do culto a “mitos” políticos, e a busca de soluções imediatistas, que atropelam a tradição da ponderação jurídica, atacam os direitos sociais e conduzem deliberadamente ao caos social, pela difusão pública incontida de mentiras chocantes (apelidadas de “fake news”), de modo a produzir um conveniente ambiente de “selva” moderna.

Entretanto, o Direito não sobrevive sem seu espírito literário, sem sua base na racionalidade constitucional.

A relação do direito com a arte também se desenvolve, mais ou menos nos mesmos termos, com o produto cultural chamado “cinema”. A arte da representação visual da realidade, criada pelos irmãos Lumière, transformou as sociedades modernas, que passaram a ter acesso a imagens de todo o mundo em documentários, mas em seguida passam a ter atendidas as suas demandas por emoção, com a transposição dos grandes romances literários para as telas das grandes salas públicas de exibição, e em histórias realistas ou ficcionais. Nesse sentido, o cinema também reflete a forte influência dos debates ético-jurídicos, as demandas por justiça, em especial a justiça social. Surge uma linha de filmes de denúncia social, policial/criminal, e de filmes “de Tribunal”, enaltecendo o trabalho de advogados, promotores e juízes, ao mesmo tempo em que se expõem muitos dilemas de justiça, crimes, e a eventual corrupção e as limitações do sistema. É claro que hoje a ideia do cinema tradicional está bastante mitigada, pelo surgimento e difusão da televisão, e mais recentemente, a internet, e serviços legais e ilegais de streaming. Entretanto, a noção tradicional da produção de filmes como arte ainda resiste, e com ela a capacidade do cinema de produzir no público profundas impressões e reações emocionais. À parte o desenvolvimento do cinema como “cultura de massa”, assim descrita por Theodor Adorno, em sua “Dialética do Esclarecimento”, não se perde a relação do cinema com o Direito, seja pela representação do trabalho jurídico e seu impacto sobre a vida contemporânea, seja como criador de metáforas e referências culturais capazes de fornecer aos juristas novos pontos de vista, e maior amplitude de interpretação dos ideais do justo, para fins de argumentação e avanço na capacidade do Direito de acompanhar as transformações sociais. É nesse sentido que obras como o presente livro são profundamente meritórias, por buscarem resgatar o espírito original, artístico e idealista do Direito. Literatura e Cinema são artes bastante diferentes, mas profundamente relacionadas. A sua capacidade

de recriar a dimensão emocional da busca por justiça no Direito é de extrema importância. Isso se reflete em cada um dos artigos a seguir apresentados, nos quais se deve buscar exatamente essa interação, e o resgate da “alma” original do direito, como produto cultural e artístico, dotado de sensibilidade social, e que portanto precisa ser capaz de acompanhar e refletir, da melhor maneira possível, as constantes transformações sociais. Boa leitura!

Porto Alegre, 10 de fevereiro de 2020.

## Prefácio

*Wilker Batista Cavalcanti*<sup>1</sup>

Das pré-históricas representações artísticas realizadas em paredes às mais fantásticas obras de efeitos de imersão que hoje vemos; dos mais primários cantos ancestrais à complexidade das obras de Mozart, Brahms ou Bach; das mais simples frases à pujança das obras de Homero, Dante ou Asimov, a humanidade sempre procurou modos de expressar seu fascínio pela sua existência e sua circunstância.

Dos mitos da criação do mundo ao elevado pensamento de autores como Aristóteles, Marx, Descartes, Foucault, Kant, Nietzsche entre tantos, a Arte se põe como síntese de toda a potencialidade humana, revelando a importância do homem em seu mundo, levando-o a refletir e a buscar compreender a realidade na qual está inserido.

Assim também ocorre no Direito.

Das primeiras regras de conduta aos mais complexos sistemas jurídicos dos dias atuais, o Direito se mostra revelação do homem e da sua capacidade de criação. Evolui com o homem e segue a sociedade que a cada dia inova nas suas relações, um constante “vir a ser” decorrente dos conflitos humanos, movido por interesses antagônicos, que acabam por gerar hábitos, usos, costumes, acordos e instituições que criam um direito vivo que se reflete também na arte desse ser humano.

Aqui não se trata de um jogo entre o real e o ideal, mas a certeza de que a “batalha do Direito” ocorre no dia-a-dia e que todos nós estamos nela envolvidos.

---

<sup>1</sup> Doutor em função social do Direito pela FADISP; Mestre em Administração pela FEAD; Pós-graduado *lato sensu* em Direito Processual Civil pela UNINTER e em Metodologia da Educação Superior pela UEMA. Assessor Jurídico da Prefeitura Municipal de Imperatriz. Professor universitário (UNITINS, FEST e FACIMP/WYDEN). Advogado.

De fato, nos reclames e do desejo de vingança de Shylock ante o indimlemento de Antônio, no assassinato no expresso, na violência marcada do Laranja e do Carandiru, na luta travada por Santiago e o seu espadarte, na inquietação tecnológica de *Black Mirror* e nos experimentos de Stanford, a Arte reflete o Direito e este nela se encontra.

Eis a beleza e a importância da presente obra: Ver e decifrar o Direito que se encontra muitas vezes escondido na Arte.

Este livro é para todo indivíduo, jurista ou não, que tenha curiosidade acerca da Arte e do Direito. E muito embora sejam abordados temas importantíssimos para a realidade jurídica não se tem um cansativo e longo tratado acadêmico sobre esses assuntos.

A ideia dos autores não é serem exaustivos, mas ofertarem uma leitura agradável e que estimule a ver e refletir o Direito onde muitos enxergam apenas literatura, cinema, televisão e diversão.

Depois de lê-los prefiro compará-los a tradutores buscando encontrar meios de descrever conceitos e ideias jurídicas vistos através de uma linguagem diferente, no caso a Arte.

Evidentemente nesse processo algo pode se perder, seja da Arte, seja do Direito. Nessas horas valerá nossa imaginação e sensibilidade, afinal não é necessário ser exímio jurista para se encontrar o Direito, um músico para se apreciar uma boa música ou um *expert* em letras para se viajar em um livro, basta que se compartilhe a paixão pelo Direito e pela Arte, que se curta a viagem, pois essa jamais deixará de nos surpreender e maravilhar.

Uma boa leitura

Imperatriz-MA, 10 de fevereiro de 2020

# A crônica de uma morte anunciada em Gunther Teubner e o papel dos atratores na articulação do direito regulatório na globalização <sup>1</sup>

*Bernardo Leandro Carvalho Costa* <sup>2</sup>

*Leonel Severo Rocha* <sup>3</sup>

## 1 Introdução

A partir da obra literária de Gabriel García Márquez “*A crônica de uma morte anunciada*”, Teubner demonstra como um pequeno vilarejo da Colômbia imuniza a observação jurídica um fato a partir de códigos secundários que efetivam um bloqueio na comunicação. Assim, diversos outros modos de observar, por meio de dispositivos como “o direito à honra”, afastam a leitura do ocorrido como um homicídio.

Nesse sentido, em vias de demonstrar a existência de um pluralismo jurídico na sociedade, Teubner (2005, p.24) evidencia como, a partir dessas leituras, o direito estatal tradicional, representado na história pelo Direito Penal “*peleja para permanecer em pé*”. Por meio dessas constatações sociológicas, formam-se questionamentos acerca da capacidade do

---

<sup>1</sup> Trabalho realizado no âmbito do projeto de internacionalização “Sistema do Direito, novas tecnologias, globalização e o constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas” (UNISINOS/FAPERGS).

<sup>2</sup> Doutorando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Bolsista CAPES/PROEX. Membro do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito (CNPq). E-mail: bernardoleandro@me.com.

<sup>3</sup> Doutor pela *EHESP: École des hautes études en sciences sociales*. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Líder do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito (CNPq). E-mail: leonel@unisinos.br.

direito regulatório, oriundo do Estado, em regular os comportamentos sociais, na medida em que se formam esses bloqueios, representados, na literatura selecionada para o texto, pelo código da honra.

Em perspectiva sistêmica, pode-se falar em hierarquia nas comunicações dos diferentes sistemas, opondo-se à simetria, modelo ideal em uma sociedade funcionalmente diferenciada. Na Teoria do Direito, essa observação externa é representada pelas teorias jusnaturalistas, como destaca Neves (2018, p.114): “Para o Direito, simetria significa a exclusão de hierarquias normativas, seja no interior do sistema ou perante determinações externas ao sistema (por exemplo, representações jusnaturalistas).”

Em síntese, na medida em que a Teoria dos Sistemas Sociais (LUHMANN, 2016) demonstra a possibilidade pontos de observação divergentes sobre o mesmo fato, dependendo do sistema a partir do qual o sujeito vincula a sua comunicação, a eficácia social do Direito é representada pela capacidade de dotar de sentido jurídico as diferentes situações sociais. (TEUBNER, 2005, p.31) Trata-se da capacidade de observar determinado fato como homicídio, e não como legítima defesa da honra, citando a literatura de Gabriel García Márquez. (GARCÍA MÁRQUEZ, 2011).

Com base nessa aproximação entre Direito e Literatura efetuada por Teubner, o presente artigo tem como objetivo exemplificar a utilidade dessa observação de segunda ordem realizada por meio da crítica literária na atual articulação transnacional para o combate à lavagem de dinheiro.

Nesse propósito, por meio da metodologia sociológico-sistêmica, far-se-á uma observação do que Teubner concebe por bloqueios comunicativos, utilizando-se da literatura de Gabriel García Márquez, bem como se apresentará a concepção de atratores, como pontes de comunicação entre diferentes sistemas sociais.

Seguindo essa proposta, a articulação transnacional para o combate à lavagem de dinheiro, com ênfase no Brasil, será apresentada como um exemplo de conexão de interesses comuns na observação entre diferentes sistemas, formando o que Teuber denomina de atratores.

Em aportes finais, buscar-se-á evidenciar a importância da literatura como possibilidade de observação de segunda ordem na Teoria dos Sistemas Sociais, inclusive na defesa da atual Sociologia Sistemática da Crítica.

## **2 O direito regulatório: da crônica de uma morte anunciada à articulação transnacional para o combate à lavagem de dinheiro**

Trazendo essa discussão para questões atuais, Teubner (2016) desenvolve sua tese para observação dos fragmentos constitucionais, espaços autônomos de regulação formados para além dos tradicionais sistemas do Direito e da Política, como descritos no item anterior, partindo de observações sistêmicas independentes. Um dos grandes exemplos – talvez o maior deles – é verificado no Sistema da Economia. De fato, como descreve Teubner (2016), a Organização Mundial do Comércio, alçada ao patamar global, é dotada de certa autonomia que perpassa os tradicionais limites dos Estados:

A emancipação constitucional da Organização Mundial do Comércio (OMC) tornou-se conhecida. Sua constitucionalização ocorreu em quatro direções distintas: a juridificação da resolução de conflitos, a adoção do princípio da nação mais favorecida, a prevalência das normas comerciais sobre o processo político e a opção da eficácia direta.

Para além da Organização Mundial do Comércio, há diversos fatores que demonstram essa vertente de fragmentação constitucional, cuja concepção de autonomia é muito próxima da ideia de autopoiese sustentada por Luhmann (ROCHA; COSTA, 2019) com base nos estudos de Maturana e Varela. (MATURANA; VARELA, 1996). Nesse sentido, podem ser citadas as discussões sobre direitos fundamentais na internet, cujo poder de decisão é relegado a um órgão não estatal, a ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) ou a própria *lex sportiva*, impondo sua normatividade independente da legislação de cada Estado.

Em síntese, é possível se discutir muito sobre a onda de fragmentação constitucional, evidenciando a existência ou não de problemas a ela conectados e propondo modelos para a solução de colisões entre essas

estruturas, como faz Teubner (2016, p.302), defendendo um diálogo sistêmico mediado pela sustentabilidade:

Sustentabilidade não pode mais se limitar à relação da economia com a natureza, ou seja, à relação apenas de um sistema social com um de seus ambientes. O princípio da sustentabilidade deve ser repensado para além da economia, levando-se em conta todos os regimes funcionais. Ao mesmo tempo, deve incorporar, para além de apenas o ambiente natural, todos os ambientes relevantes dos regimes.

Todavia, neste momento, interessa verificar as hipóteses e que há um bloqueio da observação jurídica causado pelo código de outro sistema social, ou seja, há certa dificuldade na observação jurídica de certas questões. Tal perspectiva guiou por muito tempo a apuração do delito de lavagem de dinheiro.

Em termos de Direito Penal, sabendo-se da Transnacionalidade de certos delitos, autores como Schünemann (2008, p. 4) colocam a construção de um sistema de Direito Criminal válido para o mundo todo como a “necessidade do momento”. Carlos Gomez-Jara (2010), por sua vez, sustenta a necessidade de uma observação sistêmica sobre a criminalidade transnacional, na medida em que, em sua concepção, as organizações empresariais são operadores jurídicos, econômicos, políticos e sociais de primeira ordem a nível global.

Nessas observações, é possível verificar como o delito de lavagem de dinheiro evolui de um simples procedimento realizado no âmbito dos territórios nacionais, para um processo que envolve necessariamente a remessa de valores ao exterior. Em tal ação, passa-se a verificar a dificuldade inicial dos países no mapeamento do dinheiro e na capacidade do Direito Penal nacional para lidar com esses crimes que transcendem os territórios dos países.

Tal dificuldade verificou-se inicialmente na observação estritamente econômica que determinados países possuíam acerca do dinheiro que chegava de outra nação, independente de sua origem. Em tese, tais valores seriam agregados à economia local. Nessa percepção, havia um bloqueio

das observações jurídicas sobre esse dinheiro enviado, como dinheiro de origem ilícito ou com vistas à lavagem no país de destino.

Como destaca Teubner (2005, p.34), há uma substituição da regulação de comportamentos de atores sociais na perspectiva jurídica (norma-consciência da sanção- desvio normativo), pela interface de discursos autônomos que dominam a comunicação. Nesse sentido, quando as normas jurídicas são observadas a partir do Sistema da Economia, não são destacadas como válidas ou inválidas, mas como encargos econômicos a serem superados.

A partir de casos como esse, é possível verificar algum ponto fraco na observação estritamente econômica? Por meio dessa constatação, se houver, há possibilidades de articulações entre os sistemas da Economia, do Direito e da Política para resolver um problema que simultaneamente interessa a todos esses âmbitos.

Para essa articulação na comunicação, Teubner (2005, p.38) utiliza a expressão *atratores*. É interessante, nesse sentido, para que se faça uma observação jurídica sobre o problema, demonstrar o ponto fraco da comunicação econômica em questão, provocando, em linguagem sistêmica, uma irritação jurídica no Sistema da Economia:

Quando sistemas recursivos e auto-organizados podem realizar valores próprios, em razão de perturbações externas, então o direito pode tentar, por produção normativa geral, ou por atos jurídicos especiais, produzir perturbações de forma orientada e, apesar de todo o caos individual, irritar os sistemas recursivos de uma maneira que eles consigam mudar de um estado atrator a outro, com o qual o objetivo legal seja, pelo menos, compatível.

No delito de lavagem de dinheiro em específico, vale lembrar que o Sistema da Economia, mais do que todos os outros, está alçado a um patamar global. Nesse sentido, a remessa constante de valores com origem ilícita de um país a outro constantemente, dinheiro não captável em termos de previsibilidade econômica, é capaz de criar uma instabilidade na economia global. Por outro lado, os valores oriundos de lavagem são ativos

que não permanecem por muito tempo no país para o qual foram enviados. Esse dinheiro é lavado no exterior e retorna ao país de origem para ser utilizado nele. Portanto, também neste ponto, há um prejuízo no âmbito de estabilidade da economia de cada Estado.

Ademais, outro fator que impulsionou a ênfase da dimensão econômica do crime de lavagem de dinheiro ocorreu na década de 80, no contexto da “guerra às drogas”, com o trânsito descontrolado de dinheiro entre países a partir de atividades ilícitas, com destaque para os dólares que se deslocavam dos Estados Unidos para outros países em decorrência do tráfico internacional de drogas. Nessa perspectiva, foi editado o primeiro documento internacional sobre o tema, a Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988). Nessa convenção, houve a primeira menção ao delito de lavagem de dinheiro a nível internacional. (MACHADO, 2020, p. 142).

Em suma, algumas constatações evidenciaram pontos fracos de observação estritamente econômica de cada país sobre o delito de lavagem de dinheiro. A partir dessa verificação, sabendo-se que, com essas demonstrações, que as observações jurídicas sobre o dinheiro remetido ao exterior para ser lavado passam a ser economicamente interessantes, questiona-se sobre a possibilidade de articulação sistêmica para a solução desse problema.

Para um panorama sobre essa articulação, destaca-se igualmente a atuação do Sistema da Política, com a presença de cada Estado, enquanto organização sistêmica, podendo tomar decisões que sejam coletivamente vinculantes a seus cidadãos. Nesse ponto, sabendo-se de sua dificuldade, assim como o Sistema do Direito, no âmbito da globalização, surge a configuração transnacional para a apuração de crimes como a lavagem de dinheiro.

Sabendo-se das dificuldades iniciais, já destacadas nos itens anteriores, acerca das limitações do Direito tradicional, vinculado ao Estado, para apuração de casos de natureza global, formou-se uma articulação, especificamente no âmbito da lavagem de dinheiro, que elegeu o direito nacional como instância de aplicação jurídica e o direito internacional como

sua esfera de produção. Assim, a proposta foi restaurar a autoridade dos Estados e de seus tribunais nas decisões sobre crimes que ocorrem ou geram efeitos em mais de uma jurisdição, e de formar uma comunicação legislativa comum entre diferentes países sobre a questão. (MACHADO, 2010, p.131).

Em síntese, uma dificuldade inicial verificada foi a diferença de tratamento dos mesmos delitos em diferentes países. A partir dessa constatação, deu-se prioridade para a definição de crimes transnacionais por meio da negociação internacional. Definidas como recomendações, essas negociações passaram a integrar a legislação dos diferentes países envolvidos.

Um primeiro passo, caracterizando a ideia de *atratores* (TEUBNER, 2005) acima exposta, foi demonstrar a dimensão econômico-financeira de diversas atividades ilícitas no âmbito global. A partir dessa ênfase, alguns mecanismos no Direito Internacional passaram a abarcar a definição de Transnacionalidade de alguns delitos, a exemplo das convenções da ONU sobre o tráfico ilícito de entorpecentes, o financiamento do terrorismo (1999) e o crime organizado transnacional. Ademais, destaca-se a Convenção Internacional da ONU sobre o crime organizado transnacional (2003). (MACHADO, 2010, p.132).

Como afirmado, a partir de um atrator para o Sistema da Economia, houve uma reconfiguração de pressupostos limitadores dos sistemas do Direito e da Política, com o intuito de possibilitar observações sobre a ilicitude de determinados fatos que interessavam em termos de lucro aos agentes econômicos.

Por meio de articulação entre Estados (Sistema da Política), passou-se a definir juridicamente a criminalidade transnacional, alterando sobremaneira a estrutura interna do Sistema do Direito. Em síntese, para o tratamento de questões que cruzam fronteiras, ocorrendo em mais de um Estado, é necessária a construção de canais de diálogo para a reconstrução dos fatos, envolvendo a troca de informação entre agentes, além da criação de normas comuns ou compatíveis, privilegiando sua aplicação nos tribunais nacionais. (MACHADO, 2010, p.140).

Importante passo para a superação das dificuldades iniciais foi a articulação realizada por meio do *Financial Ask Task Force* (FATF). O Grupo de Ação Financeira Internacional surgiu como uma entidade intergovernamental no ano de 1989. A partir de encontros com representantes de diferentes Estados, são articuladas soluções comuns para problemas de natureza global, entre os quais se enquadra a lavagem de dinheiro. Com o intuito de aproximar a legislação dos países no que tange à apuração dos crimes destacados pelo Grupo, há a edição de documentos em que constam recomendações para que os países adotem nas suas legislações sobre a matéria.

Atualmente, os documentos oficiais do Grupo apontam 40 recomendações (FATF), que surgiram em 1990 e foram revistas nos anos de 1998, 2001, 2003 e 2012. Participante ativo do Grupo de Ação Financeira Internacional, o Brasil seguiu integralmente as recomendações acerca do delito de lavagem de dinheiro, tendo editado sua primeira lei sobre o tema para se adequar aos propósitos do Grupo. Com essa intenção, surgiu a Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998 (BRASIL, 1998), que coincidiu com a criação do COAF para atender à exigência da manutenção de um conselho apto a controlar as atividades financeiras no interior de cada país, recebendo e selecionando informações oriundas de outros Estados. Posteriormente, após a revisão das recomendações do Grupo em 2012, foi promulgada a Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012 (BRASIL, 2012), adequando-se às transformações propostas pelo Grupo de Ação Financeira Internacional. Outra questão destacada em termos de legislação a ser utilizada em panorama global é a referência a decisões ou panoramas de um tribunal internacional permanente, a exemplo das decisões do Tribunal Penal Internacional, tendo o Estatuto de Roma como uma referência na manutenção das garantias processuais penais. (MACHADO, 2010, p.139).

Em síntese, as recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional possuem forte aplicação na legislação dos países participantes, contribuindo na construção de uma comunicação comum em termos de legislação dos países, permitindo a apuração dos delitos pelos tribunais

nacionais. Nesse ponto, percebe-se claramente uma alteração no âmbito interno do Sistema do Direito, evidenciando a Transnacionalidade produzida na produção internacional e na aplicação nacional das disposições jurídicas.

Importante questão trazida pelas recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional é o destaque à concepção de governança, imprescindível para a apuração de problemas de natureza global. Diferenciando-se da perspectiva tradicional de governo, de monopólio do Estado para o tratamento de questões de interesse público, faz-se imprescindível, na governança, que atores públicos e privados atuam para a solução da problemática. (HOLMES, 2014) A partir dessa lógica, utilizam-se sistemas de comunicação digital para o cruzamento de dados dos diferentes atores participantes na apuração. Quando há participação de unidades de inteligência financeira estrangeiras, utiliza-se o uma Rede de Segurança (*Egmont Secure Web*), alimentada por diferentes países simultaneamente.

Como destaca Maira Rocha Machado (2010, p.144) em análise empírica:

O sistema atribui a um conjunto de pessoas físicas e jurídicas que atuam direta ou indiretamente no sistema financeiro- bancos, corretoras, agências de seguros, casas de câmbio, cartões de crédito, bingos, etc- o dever legal de identificar clientes, manter arquivos e comunicar transações acima de determinado valor ou consideradas suspeitas de lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, seguindo as recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional, a legislação brasileira prevê a participação de agentes econômicos que a todo o momento alimentam o sistema de informações do COAF. Assim, o Conselho recebe, processa, filtra e cruza as informações oriundas de agentes nacionais e estrangeiros, realizando atos que antecedem a atuação da polícia e do Ministério Público Federal.

Interessante observar, no âmbito da Transnacionalidade do Direito, que as trocas de informações realizadas entre os agentes acima citados, nacionais e internacionais, públicos e privados, dispensam tratado ou

acordo, diferenciando-se das tradicionais tratativas do Direito Internacional. Há, nesse sentido, verdadeiras negociações bilaterais do COAF envolvendo documentos internacionais. Muitas das negociações envolvem os denominados “memorandos de entendimento” (MOUs), considerados documentos de natureza política, que não estão sujeitos à aprovação ou sequer conhecimento por parte do Congresso Nacional. (MACHADO, 2010, p. 149).

Ademais, estratégias econômicas para a recuperação dos valores envolvidos na lavagem de dinheiro, muitos dos quais oriundos de verbas públicas, passaram a ser articuladas entre os diferentes atores envolvidos. Entre essas propostas enquadram-se o acesso do poder público ao capital localizado nessa articulação por meio dos instrumentos de bloqueio de contas bancárias, a possibilidade de indisponibilidade provisória, a alienação antecipada de bens, o confisco e demais medidas. (MACHADO, 2010, p. 141). Nesse sentido, para além das punições de indivíduos envolvidos, há previsão de privação de bens materiais cuja aquisição adveio de atividade ilícita, com o visível intuito de tornar a atividade economicamente desinteressante. (MACHADO, 2010, p. 143).

No Brasil, uma articulação efetiva desses mecanismos pode ser demonstrada no âmbito da Operação Lava Jato, cuja reconstrução dos fatos em uma série de decisões foi baseada no sistema de troca de informações entre atores envolvidos na apuração de lavagem de dinheiro. Em análise quantitativa das decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª região, responsável pelo julgamento dos recursos oriundos da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, então comandada pelo juiz Sérgio Fernando Moro, é possível verificar empiricamente a aplicação dos mecanismos acima citados.

Delimitando-se em matéria criminal, âmbito em que se enquadra a lavagem de dinheiro, a responsabilidade para o julgamento das apelações criminais oriundas da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR é da Oitava Turma do TRF4. Em análise quantitativa de dados, verificando-se o período compreendido entre 01/01/2014 e 01/06/2018, constatou-se que havia 27

(vinte e sete) casos envolvendo decisões de mérito em matéria criminal sobre a Operação Lava Jato. Desses casos, 11 (onze) mencionavam a utilização de Cooperação Jurídica Internacional e 25 (vinte e cinco) faziam referência aos dispositivos do Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional em matéria de garantias processuais penais, conforme a tabela que segue:

Tabela 1- *Corpus* da pesquisa empírica de análise de conteúdo (COSTA, 2018)

Período	Decisões Analisadas	Cooperação Jurídica Internacional	Estatuto de Roma Para o Tribunal Penal Internacional
01/01/2014 01/06/2018	27	11	25

Fonte: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Portanto, em análise quantitativa de decisões da operação Lava Jato, é possível verificar que os mecanismos de articulação da Transnacionalidade para a apuração do delito de lavagem de dinheiro foram efetivamente utilizados ao longo da Operação. Além da menção à última lei sobre lavagem de dinheiro do Brasil (BRASIL, 2012), promulgada para se adaptar às novas recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional, pode-se constatar a frequência com que a cooperação jurídica internacional, obtida por meio de comunicação digital com diversos atores, de diferentes países, para a informação de transações suspeitas ao redor do mundo.

Ademais, como panorama comum em termos de garantias processuais penais, uma vez que não há alteração nos códigos de processo penal dos diferentes países nessa articulação, menciona-se com frequência o respeito ao estabelecido no Estatuto de Roma para o Tribunal Internacional (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL), consistindo, esse documento, em verdadeiro parâmetro global permanente para as decisões. Interessante observar, nesse ponto, a provocação argumentativa de advogados de defesa no tocante ao respeito ao referido estatuto. A partir dessas irritações, ocorre o enfrentamento, pelos tribunais, dos dispositivos invocados pela defesa.

### 3 Considerações finais:

Como se viu ao longo do presente artigo, é possível observar, em análise sistêmica, como essa articulação transnacional para apurar o delito de lavagem de dinheiro apresenta novos mecanismos de cooperação entre atores envolvidos em uma governança global. No Brasil, a operação Lava Jato utiliza-se com frequência desses instrumentos colocados à disposição dos países. Como destaca Teubner (2005, p. 43), a partir dos desafios enfrentados no âmbito de uma sociedade plural, a ideia de *atratores* é fundamental para uma reconfiguração no Sistema do Direito. Nesse sentido:

O sistema jurídico deveria “aprender” transformar novos fatos sociais em fatos juridicamente relevantes, nos quais absorveria a variedade desestruturada de sistemas. Isso tudo é bem pensado do ponto de vista da autopoiesis. Necesita somente ser complementado com as ideias detalhadas a respeito da policontexturalidade.

Interessante notar que, assim como outros casos que servem para exemplificar essa questão, a lavagem de dinheiro é um dos problemas globais que o Direito Constitucional precisa enfrentar atualmente. Como se demonstrou acima, é impossível tratar essas questões no interior de cada país, a partir de uma concepção tradicional de constituição. Trata-se de um exemplo típico de Transnacionalidade do Direito. Portanto, nessa questão, ocorreu uma verdadeira modificação no Sistema do Direito, de modo que, a partir da demonstração de pontos fracos das análises estritamente econômicas anteriores, os próprios atores do Sistema da Economia passaram a fazer observações jurídicas sobre esses problemas, sem desconsiderarem, simultaneamente, a obtenção de lucro que essas atividades podem gerar.

Para impulsionar essa articulação, como demonstrado anteriormente, em momentos de bloqueio da comunicação jurídica, um dos primeiros passos é identificar o ponto fraco de observações estritas de um sistema social específico. No caso em análise, fez-se tal análise a partir da

observação econômica, evidenciando-se que os rumos da lavagem de dinheiro poderiam colocar em risco o Sistema da Economia global. A partir dessa questão, formou-se a articulação entre os sistemas da Política, do Direito e da Economia, resultando em comunicações que apresentam eficácia social de observações recíprocas sobre a problemática da lavagem de dinheiro.

Como modo de demonstrar esses momentos de bloqueio e de construção de alternativas, o que Luhmann chama de observação de segunda ordem, Teubner utiliza a obra literária “Crônica de uma morte anunciada”, de Gabriel García Márquez, reverenciando o papel imprescindível da literatura para a reflexão sobre os problemas e a busca por alternativas aos limites das teorias jurídicas tradicionais.

## Referências:

BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm)>. Acesso em 02 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9613.htm)>. Acesso em 02 fev. 2020.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho Costa. **A evolução do constitucionalismo transnacional nos tribunais**: uma análise sociológico-sistêmica da operação Lava Jato. 2018. 114f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2018.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). **40 Recommendations**. Disponível em: < [http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF\\_Recommendations.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf)>. Acesso em 02 fev. 2020.

GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. **Crónica de una muerte anunciada**. Buenos Aires: Debolsillo, 2011.

GOMEZ -JARA, Carlos. Responsabilidade penal de todas as pessoas jurídicas? Uma antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Weezel. **Política Criminal**, v. 5, n.º 10 (dezembro de 2010). p. 455-475. Disponível em: <[www.politicacriminal.cl/Vol\\_05/n\\_10-Vol5N1-D1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10-Vol5N1-D1.pdf)> Acesso em 02 fev. 2020.

HOLMES, Pablo. O constitucionalismo entre a Fragmentação e a Privatização: Problemas Evolutivos do Direito e da Política na Era da Governança Global. **Dados**, Rio de Janeiro, RJ, 2014, vol.57, n.4, p. 1137-1168. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582014000401137&script=sci\\_abstract&tling=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582014000401137&script=sci_abstract&tling=pt)> . Acesso em 02 fev. 2020.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACHADO, Máira Rocha. As estratégias de intervenção sobre crimes transnacionais e o sistema de justiça criminal brasileiro. In. NEVES, Marcelo (org.). **Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MATURANA, Humberto R; VARELA, Francisco J. **El arbol del conocimiento: las bases biológicas del conocimiento humano**. Madrid: Debate, 1996.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/estatuto\\_roma\\_tribunal\\_penal\\_internacional.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/estatuto_roma_tribunal_penal_internacional.pdf)>. Acesso em 02 fev. 2020.

NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho Costa. Fragmentos de Constituição e Transconstitucionalismo: novos cenários da Teoria Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 34, n. 1: 1-26, jan./jun. 2018. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/c109774ef29a45f68e1d89769c68b574.pdf>>. Acesso em 02 fev. 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. El próprio sistema de la teoría del delito. **Revista para análisis del derecho (InDret)**, nº 1, 2008. Disponível em: < [www.indret.com/pdf/505.pdf](http://www.indret.com/pdf/505.pdf) >.

TEUBNER, Gunther. Direito Regulatório: crônica de uma morta anunciada. In. \_\_\_\_\_. **Di-reito, Sistema e Policontextualidade**. São Paulo: Unicamp, 2005.

\_\_\_\_\_. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

## **“Django Unchained” como instrumento de facilitação para considerações bourdieusianas sobre a sociedade brasileira**

*Caroline Liebl*<sup>1</sup>

### **Introdução**

Partindo-se do pressuposto de que o diálogo entre Cinema e Direito pode facilitar o processo de conhecimento e a compreensão com aplicação prática de conceitos de sociologia jurídica, elege-se como objeto de estudo o filme “*Django Unchained*” (“Django Livre” em tradução brasileira). À luz da temática das categorias sociológicas de Pierre Bourdieu, o estudo impulsiona-se a partir da seguinte questão: como “Django Livre” pode auxiliar na compreensão de categorias sociológicas bourdieusianas em aplicação no contexto brasileiro?

Para atingir uma resposta, adota-se a metodologia reflexiva de Bourdieu, que, a seu turno, apresenta-se como o principal referencial teórico desta pesquisa. Assim, selecionando-se categorias consideradas essenciais, pretende-se, a partir de trechos do filme, demonstrar como tais cenas podem auxiliar na compreensão sociológica brasileira.

Para tanto, expõe-se uma visão geral da obra cinematográfica, passando-se a relacionar partes especificamente selecionadas com categorias

---

<sup>1</sup> Mestra em Políticas Públicas pelo Programa de Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), com bolsa financiada pela CAPES/PROEX. Integrante do Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Biodiversidade - NEDH-Bio/UFMA. Especialista em Docência do Ensino Superior pelo Instituto de Ciências Sociais e Humanas. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Bolsista PIBIC. Professora e Servidora Pública do Ministério Público do Estado do Maranhão.

como *habitus*, violência simbólica, campo e outros, demonstrando-se, por fim, como a compreensão facilitada de tais noções pode abrir o debate e o entendimento da aplicação de tais conceitos em uma análise social nacional.

### **Django Livre: aspectos gerais da narrativa**

O filme de Quentin Tarantino (2012), diretor conhecido por diálogos ricos, críticas sociais, cenas violentas e narrativas que geralmente relacionam-se a vingança, mostra-se rica fonte à pesquisa.

O filme é ambientado no sul dos Estados Unidos dois anos antes da Guerra Civil eclodir. Django, protagonista que dá nome à obra, é um escravo que pertenceu aos irmãos Brittle, os quais são procurados pelo caçador de recompensas King Schultz, alemão que compra Django (pois este conhece o rosto dos "prêmios") prometendo-lhe libertá-lo após a captura dos Brittle.

Após obterem sucesso na missão, Schultz propõe a Django, agora um homem livre, que continuem a parceria, oferecendo-lhe uma porcentagem das recompensas que conquistarem caçando os homens mais procurados dos Estados Unidos. O intuito é que, ao cabo, juntos resgatem a esposa de Django, Broomhilda –ou Hildi-, que foi intencionalmente dele separada pelos seus antigos senhores e comercializada no mercado de escravos.

Ambos descobrem que Broomhilda está em Candyland, famosa fazenda de algodão de Calvin Candie, aficionado por um 'esporte' em que escravos homens lutam até a morte, os chamados Mandingos. Sob o pretexto de que Schultz pretende adquirir um de tais escravos lutadores “por uma quantia absurda”, Django se passa por seu consultor na aquisição, demonstrando-se abertamente racista e favorável à escravidão.

Ao chegarem na propriedade, já com a confiança de Candie, e sendo recepcionados por sua irmã, Lara Lee, deparam-se com Broomhilda presa em uma pequena caixa, nua, sob sol escaldante, como forma de punição por ter tentado fugir. À noite, durante um jantar, Stephen, um escravo

doméstico já idoso, bajulador de seu senhor Candie e o único que parece ser por ele ouvido, percebe a existência de vínculo prévio entre Django e Broomhilda. Assim, adverte seu dono que a intenção real da dupla é comprar Hildi imediatamente e não retornar para fechar a compra do escravo lutador.

A partir de então desenrolam-se as consequências.

### **1. Pensar relacional: uma análise do posicionamento de agentes nos campos a partir da cena em que Django cogita comprar pessoalmente Broomhilda**

Em determinada cena, Django dialoga com Doutor Schultz e explicita seu anseio em pessoalmente comprar sua esposa no mercado negro. Dr Schultz, no entanto, tenta demonstrar a Django que tal pretensão não se concretizará tão facilmente. Isso se deve ao fato de que, por mais que Django, sendo eventualmente um homem liberto, consiga juntar, a duras penas, o valor necessário para a aquisição, ele ainda será um homem negro, um ex-escravo, tentando se igualar a homens brancos com poder aquisitivo, e isso tudo dentro do contexto em que tais homens brancos dominam, e que até pouco tempo ele próprio era dominado.

Tal situação é de grande potencial para ilustrar algumas categorias de Pierre Bourdieu e a forma como o sociólogo francês desenvolve sua metodologia de análise. Pode-se, por exemplo, a partir dela, trabalhar a noção de campo, elegendo-se o econômico, e de agente, para, então, demonstrar a dificuldade de acúmulo de capitais (simbólicos ou não) por determinados atores, e a forma como eles estão situados relacionalmente a outros.

Veja-se: no contexto do filme, os agentes com maior acúmulo de capital econômico – os senhores de escravos, homens brancos – ficam melhor posicionados relacionalmente àqueles que não acumulam tanto capitais. Isso significa não apenas que homens brancos tendem a ocupar posições de dominância relacionalmente a mulheres brancas, mas significa, também, em aprofundamento da análise, que homens brancos estão

melhor posicionados que homens negros – usualmente escravos-, e que mulheres brancas tendem a melhor situarem-se relacionamente a mulheres negras.

Por fim, na análise específica da narrativa da cena, homens negros estão relacionalmente melhor situados que mulheres negras dentro do campo econômico, posto que ao homem negro protagonista houve a possibilidade de quebra do status quo, adquirindo-se a liberdade e, a partir de então, a possibilidade de acúmulo de capital econômico pelo trabalho de caçador de recompensas – ainda que em consequência de um golpe de sorte do destino e com o auxílio do Doutor Schultz. À protagonista negra, no entanto, inexistiu tal possibilidade: embora possuía diversos conhecimentos que poderiam ser monetizados visando-se o acúmulo de capital, como o conhecimento de língua estrangeira –posto que era fluente em alemão-, essa própria característica acaba por prender ainda mais os nós da escravidão, fazendo com que seu senhor se beneficie: ao invés da liberdade, acaba-se aumentando o valor de mercado dela, dificultando-se ainda mais a chance de ser comprada, já que seu preço sobe. O levantamento de tal questão é relevante para se demonstrar que o posicionamento de qualquer agente, em qualquer campo, só ocorrerá relacionalmente a outro e a partir dos eixos – também chamados de variáveis – elegidos: gênero, faixa etária, escolaridade, raça etc.

Assim, quando se corta cartesianamente o campo econômico com o eixo gênero, em crua análise, Django, por ser homem, poderia vir a alocar-se em posição favorável comparativamente a Broomhilda. Contudo, quando se aproxima a análise entre os próprios homens, realizando-se novo posicionamento a partir de outro eixo-variável, qual seja a raça, percebe-se, então, com clareza, a imensa dificuldade de Django efetivamente adentrar com potência no campo econômico, uma vez que homens brancos tendem a posicionarem-se predominantemente justamente porque, relacionalmente, os homens negros, escravos, estão posicionados na base, precariamente, como dominados. Assim, mesmo que Django eventualmente consiga superar as adversidades das tendências de manutenção das

estruturas estruturantes e estruturadas do campo em que pretende adentrar, o esforço para acúmulo de tais capitais, por meio das recompensas, será muito maior, e ainda assim não haverá o reconhecimento dos demais agentes brancos do mercado para aceitação de sua inserção no meio, já que a ele não é conferido poder simbólico para estruturar o campo pretendido e nele interferir, fazendo livre uso de seu dinheiro para comprar a esposa.

Bourdieu emprega o termo campo de poder “entendendo por tal as relações de forças entre as posições sociais que garantem aos seus ocupantes um quantum suficiente de força social – ou de capital” para que, a partir do acúmulo de capital, inclusive simbólico, “tenham a possibilidade de entrar nas lutas pelo monopólio do poder” (BOURDIEU, 2010, p. 28-29).

Ao expor as diversas categorias que considera simbólicas (como as lutas, por exemplo), o autor trabalha os reflexos do poder simbólico, o que resulta em uma noção de dominação repousando não apenas no campo econômico, mas também no capital simbólico, instrumentalizando as estruturas estruturantes para construção do mundo objetivo. Nesse sentido,

Os “sistemas simbólicos”, como instrumentos de conhecimento e de comunicação, só podem exercer o poder estruturante porque são estruturados. O poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica: o sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social) supõe aquilo a que Durkheim chama o conformismo lógico, quer dizer, “uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências.” (BOURDIEU, 1989, p. 09).

Assim, a questão da impossibilidade de Django, sendo livre, comprar sua esposa, não é tão simples, circunscrita ao mero acúmulo de capital econômico suficiente à aquisição; em verdade, o campo econômico, no contexto escravocrata, possui barreiras próprias para a entrada e posicionamento de agentes. Sendo a base da economia fundada na exploração da

mão de obra negra, e, portanto, refletindo-se socialmente a opressiva tendência a *locus* atingidos pela marginalização e dominação, o mundo social em tempos de escravidão é impregnado em suas estruturas estruturadas pela lógica de diferenciação de agentes a partir estereótipos raciais, conduzindo a situação tamanha que, mesmo um agente, homem livre, detendo capital econômico, não poderá dele dispor no respectivo campo, posto que não terá reconhecida sua legitimidade.

Os campos sociais estão em luta simbólica para imposição de seus valores e interesses. Logo, não sendo atrativo aos agentes dominantes que aqueles por eles explorados passem a acumular capitais e melhor se posicionarem, a ponto dos próprios conseguirem influenciar as estruturas estruturantes, o posicionamento com menor distanciamento relacional é prejudicado. Tal raciocínio explica tanto uma das razões pelas quais Hildi não pode ser comprada por Django, quanto também é um bom pontapé para a discussão acerca da situação dos agentes negros no Brasil, último país a abolir a escravidão na América e, tendo o Estado-nação, a partir de então, passado a estruturar e ser estruturado por essa herança racista de exclusão, mesmo que de forma não abertamente declarada.

Em síntese, portanto, Todo campo é um espaço estruturado de posições (postos), as quais, a seu turno, são tanto determinantes quanto determinadas pelos agentes e não se definem por si mesmas, mas sim em relação às outras. A definição do local ocupado por um agente é, portanto, definida relacionalmente, ou seja, em relação à posição ocupada por outro agente: a posição do homem define-se reflexivamente à da mulher; do rico, ao pobre; do negro, ao branco etc. A vida social bourdieusiana estrutura-se a partir da polaridade de posições, que só possuem significado dentro desse movimento relacional. Por tal razão, para se compreender efetivamente os motivos que fazem determinado grupo ser focalizado nos processos de hiperencarceramento e mortes violentas, é preciso compreender as oposições: para se falar sobre os negros, é preciso explorar seus dados relacionando-os aos dados dos brancos; para se compreender o aprisionamento e aniquilamento dos jovens é necessário comparar as suas

estatísticas em face aos não jovens, pois só assim há um sentido real, e o mesmo vale para homens em relação a mulheres e pessoas com baixo grau de escolaridade em face àqueles que detêm alto grau.

## **2. Estruturas estruturantes e estruturas estruturadas: reflexos da escravidão no acúmulo de capitais de agentes**

A sobredita reflexividade dá-se a partir de eixos, ou seja, os eixos estruturantes do campo permitem posicionar os agentes de forma reflexiva. Os eixos existem para facilitar o posicionamento dos atores no campo, e essa estruturação ajuda a explicar as manifestações dos agentes dentro desses espaços estruturados de posição que são os campos (cf. BARROS FILHO, 2015). Ilustrativamente, já que não é possível situar o local de um agente em relação a ele mesmo, é preciso que haja um referencial, e é aí que entram os eixos estruturantes, tal como em um quadro cartesiano. Os campos são chamados estruturados porque as posições sociais dos agentes são variáveis conforme o eixo que é eleito para realizar a situação, enfocando-se, neste tópico, a raça.

Por certo, então, que tanto as estruturas estruturantes quanto as estruturas estruturadas no contexto brasileiro refletirão os processos pelos quais a formação social passou, refletindo sobremaneira a herança histórica especialmente do longo período escravagista e a ausência de efetiva quebra e reparação devida. Pode-se, assim, estender a breve análise feita da cena de Django a uma tentativa de compreensão de determinados pontos no contexto nacional, expandindo-se as categorias de Bourdieu.

Como Oliveira (1999, p. 59) bem lembra, a formação da sociedade brasileira “[...] é um processo complexo de violência, proibição da fala, mais modernamente privatização do público e incompatibilidade radical entre dominação burguesa e democracia”. Nesse contexto, Florestan Fernandes (2006) destaca que não houve um rompimento com as bases do poder latifundiário. Igualmente, é possível depreender que não houve

composição adequada de agendas e políticas públicas voltada à reparação pelo dano histórico causado aos negros desde o Brasil-Colônia<sup>2</sup>.

Dessa forma, não é difícil compreender que a violência perpassa até mesmo as políticas públicas, desde a composição das agendas de modo seletivo à luta pela visibilidade de grupos marginalizados. É importante, então, pontuar que as estruturas estruturantes apresentam-se como ferramentas para a interiorização de processos de vulnerabilização, ao passo em que as estruturas estruturadas estão postas com bases de naturalização das violências, sejam físicas ou simbólicas, especialmente se dirigidas a grupos de agentes historicamente localizados em posições precárias.

Utilizando-se a noção de Zaffaroni (2015) de posição/estado de vulnerabilidade<sup>3</sup>, entende-se que ela, como um nível de risco, requer maior probabilidade de seleção, o que permite o estabelecimento de níveis de vulnerabilidade. Isso explica porque alguns grupos são ainda mais vulneráveis do que outros, ao mesmo tempo em que se recorda o etnocídio direcionado às culturas originárias brasileiras<sup>4</sup> e as diversas violências simbólicas históricas, inclusive de práticas culturais de raiz africana.

---

<sup>2</sup> O desenvolvimento nacional se estabeleceu com a subjugação de grupos específicos, especialmente conforme raça ou etnia. O controle desses corpos, direcionado à exploração do trabalho de uns em benefício de outros, caminha ao lado da dominação que resulta em mortes. E embora esteja-se aqui fazendo referência a períodos que se iniciaram séculos atrás, é imperativo que se exponha a atualidade de tal violência, expressa na vulnerabilidade dos negros, no domínio de sua liberdade pelo cárcere e na extinção de suas vidas por mortes violentas, reflexo da estruturação social baseada na escravidão e na reatualização de suas manifestações (LIEBL, 2018).

<sup>3</sup> Zaffaroni (2015) explica que a vulnerabilidade (também chamada por ele de “risco de seleção”) é uma situação provocada pelos fatores de vulnerabilidade, que podem ser divididos em dois grupos: de um lado, a posição ou estado de vulnerabilidade e, de outro, o esforço pessoal para a vulnerabilidade. O primeiro, a posição/estado de vulnerabilidade, é preponderantemente social (condicionada socialmente) “e consiste no grau de risco ou perigo que a pessoa corre só por pertencer a uma classe, grupo, estrato social”, ou também “por se encaixar em um estereótipo, devido às características que a pessoa recebeu”. Já o segundo, o esforço pessoal para a vulnerabilidade, tem caráter individual e consiste “no grau de perigo ou risco em que a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular”, o que, no contexto do sistema penal, constitui “[...] a essência da contribuição dada pela pessoa para sustentar o exercício de poder que a seleciona e criminaliza” (ZAFFARONI, 2015, p. 270-271). Aqui, tratar-se-á sobre a posição/estado de vulnerabilidade.

<sup>4</sup> Zaffaroni, indo ao encontro de Darcy Ribeiro, assim descreve: “A **destruição das culturas originárias, a morte de seus habitantes**, em tal magnitude que chegou a alarmar os próprios colonizadores, e a **escravidão através do transporte de africanos** constituem as características evidentes do colonialismo. O neocolonialismo, por seu lado, praticado uma vez consumada a independência política, destacou-se por lutas cruentas que acabaram por impor o **poder de minorias locais proconsulares dos interesses das potências industriais**, que continuaram ou consumaram a empresa genocida e etnocida do colonialismo, [...] transportaram a população marginal europeia para substituir a população desprezada como inferior e impulsionaram uma limitada secundarização da economia, à medida que era requerida uma maior complementaridade com o centro” (ZAFFARONI, 2015, p. 118-119, grifos nossos).

Tal como é histórico o acúmulo de violência simbólicas sobre pessoas negras – a exemplo da prática de capoeira, que era criminalizada pelo Código Penal de 1890 em seu art. 402<sup>5</sup>-, também é relevante o fato de ramos do direito, aqui expressos no sistema penal, compreendido desde o processo legislativo, poderem utilizar a parcela de violência legitimada ao Estado conforme intenções particulares. Em consonância:

O estudo do sistema penal, sob o enfoque da seletividade, do efeito meramente simbólico das tipificações e sanções penais e, principalmente, da **estigmatização dos que são selecionados para representar o papel de criminosos**, dá a tônica do que realmente se passa nas entranhas do monopólio do direito de punir pertencente ao Estado. (GUIMARÃES, 2010, p. 191, grifo nosso).

O ser negro no Brasil atual, portanto, é questão que não se descola das análises acerca de sua inserção em campos sociais que historicamente foram estruturaram excluindo sua participação. A questão é abordada por Moore (2007, p. 283, grifo nosso) no que denomina de “sociedade racializada”:

Em si, o ódio é parte dos sentimentos catalogados como propriamente humanos, tanto quanto o amor, a inveja, a generosidade. No entanto, na medida em que esse ódio específico se vê concentrado em uma parte igualmente específica da comunidade humana, identificada principalmente pelo seu fenótipo, o ódio racista deixa de ser uma mera questão de sentimento ou de interação puramente afetiva entre os indivíduos para se converter em um sistema normativo da realidade social. De tal sorte, essa forma de ódio grupal, que denominamos racismo, torna-se uma estruturação sistêmica que rege o destino da sociedade racializada. Assim, é impossível virar as costas para uma das mais marcantes realidades da vida nas sociedades chamadas modernas, especialmente no século XXI, a saber, a **gestão racializada e monopolista dos recursos da sociedade**, tanto em nível nacional quanto em nível planetário.

---

<sup>5</sup> Assim era a redação: “Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou inculcando temor de algum mal: Pena - de prisão cellullar por dous a seis mezes.

Paragrapho unico. E' considerado circunstancia aggravante pertencer o capoeira a alguma banda ou malta. Aos chefes, ou cabeças, se imporá a pena em dobro” (BRASIL, [1890?]).

Essa discriminação racial é expressa na oposição entre benefícios e proteção em razão do fenótipo branco, de um lado, e precarizações e custos em função do ser negro, de outro, e serve para limitar o acesso do negro a direitos básicos, enquanto franqueia a promoção para o branco. Nesse sentido:

O racismo surgiu e se desenvolveu em torno da luta pela posse e a preservação monopolista dos recursos vitais da sociedade. Na Antiguidade, esses recursos eram território (terra, água, rios e montanhas) e bens (rebanhos, cidades...). Seguidamente, esses recursos foram a própria força de trabalho alheio (escravos), a produção alheia (produtos agrícolas ou manufaturados) e as riquezas do meio ambiente e subsolo alheios (minerais, sal, especiarias, madeiras, marfim...).

**Nas sociedades atuais, os recursos vitais se definem em grande medida em termos de acesso: à educação, aos serviços públicos, aos serviços sociais, ao poder político, ao capital de financiamento, às oportunidades de emprego, às estruturas de lazer, e até ao direito de ser tratado equitativamente pelos tribunais de justiça e as forças incumbidas da manutenção da paz. O racismo veda o acesso a tudo isso, limitando para alguns, segundo seu fenótipo, as vantagens, benefícios e liberdades que a sociedade outorga livremente a outros, também em função de seu fenótipo.**

**A função básica do racismo é de blindar os privilégios do segmento hegemônico da sociedade, cuja dominância se expressa por meio de um *continuum* de características fenotípicas, ao tempo que fragiliza, fraciona e torna impotente o segmento subalternizado.** (MOORE, 2007, p. 282-283, grifo nosso).

É nesse contexto que Florestan Fernandes (2008) fala sobre o “mito da democracia racial”. A partir de seus estudos, o autor demonstra como a não integração social dos negros relaciona-se à exclusão desses agentes do mercado de trabalho, levando-os à pauperização. Nesse sentido também se pode falar sobre os reflexos atuais de uma herança escravocrata, sobre suas formas de contínua reatualização nos diferentes campos, dificultando o posicionamento de agentes negros em locais de poder, inclusive

pela imposição de maiores obstáculos ao acúmulo de capitais simbólicos, expressa até mesmo na dificuldade de qualificação profissional.

Portanto, ante tais considerações, é possível perceber que a partir da compreensão de categorias de Pierre Bourdieu, com o auxílio ilustrativo de *Django Unchained*, obtém-se pontapé para tecer considerações voltadas à formação sociológicas brasileiras.

### **3. “*Habitus*”, determinismo biológico e socializações performativas: pontuações sobre o mito da inferioridade negra e sobre ideais de masculinidade/feminilidade**

Em cena que compõe parte do clímax da obra, o senhor Candie pede ao escravo “domado” Stephen que traga o crânio do escravo que o precedeu na família, e, em frente a Django, tomando o crânio nas mãos, quebra-o e explica as razões pelas quais negros biologicamente seriam condicionados à servidão, tem-se a oportunidade de ilustrar a diferenciação da categoria bourdieusiana denominada “*habitus*”, realizando-se contraposição à teoria do determinismo biológico de Cesare Lombroso.

Para Lombroso (2013), médico italiano do século XIX, alterações estruturais no cérebro seriam a razão para determinados indivíduos serem mais violentos que outros. A difusão de seu pensamento deu base a políticas higienistas, “justificando” teorias eugenistas e de disseminação da existência de uma raça inferior. Entre as várias críticas à sua teoria, pode-se destacar sua visão reducionista, a desconsideração dos processos de socialização e ignorância da influência histórica das formações sociais. Contudo, tal discurso ainda pode ser largamente visto em difusão atualmente, especialmente entre as falas do chamado “senso comum erudito”, que Bourdieu traz como colocações sem qualquer base científica, mas que dada a forma como se colocam, e o interlocutor que as profere, pretendem-se possuir legitimidade - muito embora, despidas de suas vestes, não deixam jamais de serem tão somente senso comum. A reprodutibilidade de discursos racistas, machistas e xenófobos, por exemplo, tal como ocorre

atualmente em um contexto nacional, com a eventual busca de validação em determinismos biológicos, mostram-se como exemplo de falácias que ainda hoje são reproduzidas, e embora cientificamente comprovadas falsas, constituem parte significativa dos pressupostos de socialização.

Ocorre que um dos graves problemas em não questionar tal ordem posta é a dificuldade de se modificar o quadro. Assim, é preciso que haja uma virada no olhar, afastando-se análises com bases a-históricas lombrosianas – como feito por *Monsieur Candie* – para, em seu lugar, aplicar-se uma compreensão à luz da Sociologia, entrando, em tal contexto, a relevância da categoria “habitus”.

*Habitus* pode ser compreendido como capital cultural incorporado. O *habitus* expressa-se no modo de ser no mundo, na forma como o agente se manifesta, naquilo que se faz sem sequer questionar-se por qual razão é assim que é feito, em seu estilo de vida. O *habitus*, portanto, repousa na internalização das estruturas sociais, na incorporação dentro do e pelo próprio indivíduo daquilo que é fruto da expectativa social, mas que ao mesmo tempo mostra-se um resultado das estruturas estruturantes. É o moldar social na relação do agente com seu meio, de modo relacional, a partir do que se pode também construir a identidade entre agentes a partir da forma como se colocam - e, conseqüentemente, da forma como se distinguem dos demais.

Conforme Bourdieu (1996, p. 22) expõe:

O *habitus* são princípios geradores de práticas distintas e distintivas — o que o operário come, e sobretudo sua maneira de comer, o esporte que pratica e sua maneira de praticá-lo, suas opiniões políticas e sua maneira de expressá-las diferente sistematicamente do consumo ou das atividades correspondentes do empresário industrial; mas são também esquemas classificatórios, princípios de classificação, princípios de visão e de divisão e gostos diferentes. Eles estabelecem as diferenças entre o que é bom e mau, entre o bem e o mal, entre o que é distinto e o que é vulgar etc., mas elas não são as mesmas. Assim, por exemplo, o mesmo comportamento ou o mesmo bem pode parecer distinto para um, pretensioso ou ostentatório para outro e vulgar para um terceiro.

Assim, não é o caso de se dizer que, naturalmente, determinados grupos de indivíduos, com fenótipos comuns, possuam tendência intrínseca à submissão, à dominação; em verdade, trata-se de um forte processo histórico de socialização, com reiteração de condutas expectadas pelo corpo social, sendo a própria interação entre os agentes condicionada à reprodução dos comportamentos ditados e esperados conforme suas características, seja de raça, gênero ou outro. O que se vê como tendência natural à submissão, portanto, é o resultado de uma dominação de fato, em si própria um construto social, fruto de diversas violências, e que, dada a força da naturalização da vulnerabilidade e da dominação, busca legitimidade em falsas premissas, como a que Lombroso expunha.

O que ocorre, assim, é que pela reiteração da dinâmica social estruturada na dominação de agentes bem situados nos campos, e com o suporte das estruturas de tais campos, ocorre a naturalização dos processos de subserviência e dominação, partindo-se à equivocada acepção do senso comum de que há, no construto social, alguma base justificadora biológica, como se a manipulação da leitura que se faz da natureza do corpo, do crânio, pudesse conferir legitimidade ao uso da violência contra agentes com poucos capitais acumulados.

Igualmente, confere-se legitimidade a esse exercício de poder repouando em seu reconhecimento, inclusive por parte daqueles a quem ele se submete. Essa dinâmica pode ser reconhecida nas palavras de Barros Filho (2015) sobre a dominação em geral:

Os processos de dominação serão tanto mais eficazes quanto mais naturalmente eles fizerem ignorar a perspectiva arbitrária que os fundamenta, quanto mais naturalmente houver aceitação do exercício do poder. [...] Os processos de eficiência máxima de legitimação pressupõem a conversão do reconhecimento da dominação em forma de *habitus*. Toda vez que você tiver que questionar por que esse cara está mandando, e toda vez que quem manda tiver que demonstrar a justeza da sua dominação, é sinal que essa dominação é frágil, está por um fio, porque os processos de dominação eficazes são aqueles em que o dominado reconhece a posição social ocupada pelo dominante e a sua autoridade para tomar a palavra e falar.

À luz da sociologia de Bourdieu, a própria concepção – equivocada – de Candir é em si mesma uma construção social estruturada há muitos anos, e estruturante da vida social. A socialização performativa do próprio Candie ilustra a noção de *habitus*, agora em análise voltada para um agente dominante: é esperado que ele, no campo cultural, tenha capital acumulado, posto que um homem em sua posição inspira ares de conhecimento – assim, exige ser chamado por *Monsieur*, em que pese sequer ter habilidades na língua francesa, não sustentando ao menos uma conversa em outro idioma.

Passa-se, então, a considerações sobre as socializações performativas, conforme abordado por Bourdieu, com enfoque no eixo gênero<sup>6</sup>.

Em que pese Quentin Tarantino ser conhecido por conferir a personagens femininas papéis que quebram com os ideais performativos de fragilidade, no filme *Django Livre* as personagens femininas de destaque acabam reproduzindo em certa medida as idealizações coletivas: Hildi, embora resistente, já que atravessa dura jornada, é incapaz de libertar-se a si própria, e aparece como um mocinha dependente do resgate de seu amado Django para enfim poder existir o final feliz; a irmã de Candie, Lara Lee Candie-Fitzwilly, embora mais velha e também dona da fazenda, não possui qualquer poder de decisão, existindo no contexto quase exclusivamente como espécie de serviçal das vontades de seu irmão, o verdadeiro dono de seu destino, especialmente após tornar-se viúva. Apesar do contexto maior, a ausência de independência das personagens femininas pode fazer paralelo em grande medida com a patriarcal sociedade brasileira, historicamente construída com os ideais performativos masculinos de força, virilidade, homem-provedor, e femininos de inferioridade, fragilidade.

O *habitus* masculino, portanto, tende a apresentar-se com maior tendência à assimilação e reprodução de diversas formas de violência, em um ciclo que se retroalimenta, e com ideais de masculinidades intangíveis,

---

<sup>6</sup> Tendo em vista a sintetização exigida por um trabalho do tipo artigo, consideram-se apenas “homem” e “mulher”, “masculino” e “feminino”, por questão metodológica, sem, contudo, deixar de se registrar a relevância das amplas discussões acerca de gênero, que poderiam vir a abarcar transexualidade, gênero fluido, agênero entre outros pontos.

que, ao cabo, prejudicam ainda mais as possibilidades das mulheres acumularem capitais e estruturarem os campos em sentido diverso.

Dos homens, deve-se aguardar a força: a habilidade “natural” de Django atirar, a fúria de Candie na defesa de seus interesses econômicos, a relação de ambos com práticas violentas. Das mulheres, a candura: o saber de outras línguas, os gestos suaves e leves mesmo que em situações que tenham medo (como na cena do jantar, tanto por parte de Hildi quanto por parte de Lara Lee), a sexualização objetificada de seus corpos. Tais expectativas sociais não são dadas, postas na realidade descoladas de qualquer razão: são construtos sociais, produtos das estruturas estruturantes, mas que também estão presentes nas estruturas estruturadas, e são socialmente reproduzidos e esperados, a ponto de poderem vir a constituir o *habitus*.

Há ainda a possibilidade de diálogo com o Brasil quando se observa a relação de Django com o Doutor Schultz: embora este seja posto como o grande facilitador da libertação de Django, não se pode perder de vista que ele oferece apenas trinta por cento das recompensas – e não a metade do valor arrecadado em conjunto. Tal cena é simbólica para demonstrar, em debate, como historicamente o negro tem mais dificuldade em acumular capital econômico comparativamente ao branco, questão relacionada intimamente à herança escravagista. Demonstra, também, como as relações sociais entre diferentes agentes podem ser influenciadas dentro de um sistema capitalista, que visa o lucro. Pelo menos motivo, mostra-se extremamente simbólica a cena em que há a explosão da casa grande, findando-se nela, em meio ao fogo, as estruturas de dominação expostas visceralmente ao longo do filme.

### **Considerações finais**

Em que pese a complexa formação sociológica brasileira, e os diversos processos envoltos, as categorias de análise desenvolvidas por Pierre

Bourdieu apresentam clareza e densidade necessárias a uma compreensão. Todavia, em que pese apresentarem-se em grande medida como adequadas para aplicação em estudos jurídicos e sociológicos, há que se reconhecer que a própria metodologia bourdieusiana pode se demonstrar de difícil compreensão. Nesse contexto o filme *Django Livre* surge como uma alternativa à ilustração das principais categorias com aplicação em contexto prático, conversando com diversos eixos essenciais.

A partir do filme é possível compreender o que são e como podem ser aplicadas em aberto diálogo com o contexto nacional as noções de campo de poder, poder simbólico e violência simbólica, estruturas estruturantes e estruturas estruturadas, *habitus*, socialização performativa, posicionamento relacional de agentes, e, ainda, a compreensão dos inevitáveis reflexos naturalizados no corpo social.

Tem-se, enfim, em apertada síntese, demonstrada a possibilidade de utilização da referida obra cinematográfica para compreensão, em um contexto nacional, e à luz das categorias de Pierre Bourdieu, da vulnerabilidade de determinados grupos a partir dos eixos raça e gênero, bem como das raízes da dificuldade em melhor situarem-se nos campos,

## Referências

BARROS FILHO, Clóvis de. **O pensamento de Bourdieu**. São Paulo: Espaço Ética, 2015. (Comunicação oral).

BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. Tradução: Mariza Corrêa. Campinas: Papyrus, 1996.

\_\_\_\_\_. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

\_\_\_\_\_. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2010.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**: o legado da "raça branca". São Paulo: Globo, 2008.

\_\_\_\_\_. **A revolução burguesa no Brasil**: ensaio de interpretação sociológica. São Paulo: Globo, 2006.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Constituição, Ministério Público e Direito Penal**: a defesa do estado democrático no âmbito punitivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

LIEBL, Caroline. **Violência no Brasil**: os perfis ocultos de encarcerados e vítimas de mortes violentas. 2018. 181 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2018.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013.

MOORE, Carlos. **Racismo e sociedade**: novas bases epistemológicas para entender o racismo. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2007.

OLIVEIRA, Francisco de. Privatização do público, destituição da fala e anulação da política: o totalitarismo neoliberal. In: OLIVEIRA, Francisco; PAOLI, Maria Celia (Org.). **Os sentidos da democracia** - Políticas do dissenso e hegemonia global. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 55-81.

TARANTINO, Q.; HUDLIN, R.; SHER, S.; SAVONE, P. **Django Unchained** [Filme-vídeo]. Los Angeles: Columbia Pictures, 2012. DVD/ NTSC, 165 min.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

## Uma leitura de “O Velho e o Mar” em torno ao estado democrático de direito

*Celito De Bona* \*

*Ricardo Canan* \*\*

### Introdução

Ernest Hemingway, um dos pilares da literatura contemporânea mundial, escreveu o romance “*The Old Man and the Sea*” (O velho e o mar), em 1952, enquanto morava em Cuba, na sua fase mais madura, e muitos creditam ser esta sua obra de maior relevância. No ano de 1954, foi agraciado com o Prêmio Nobel de Literatura e faleceu em 1961.

Com certeza, o escritor norte-americano não escreveu sua obra buscando um contexto jurídico, mas nada impede que se permita uma interpretação de tal forma, razão pela qual aqui se intenta sua efetivação e, como se verá, isso se faz perfeitamente – a interpretação da obra segundo um contexto jurídico – ante o atual momento em que o Direito em si e o Estado Democrático de Direito se encontram, no limiar do início da segunda quinta parte do século XXI.

O encontro da Literatura com o Direito se faz plenamente harmonioso, usufruindo os juristas da liberdade, da sensibilidade e da visão

---

\* Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos; Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL; Pós-graduado *lato sensu* em Filosofia do Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Unioeste; e, em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Paranaense – Unipar; Professor efetivo da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Unioeste. E-mail para contato: celitodebona@hotmail.com.

\*\* Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR; Professor adjunto da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Unioeste; Advogado no Paraná.

privilegiada que os escritores e poetas possuem, contribuindo em muito para a interpretação textual de forma mais prazerosa e instigante. Ademais, como Peter Häberle salienta na obra *Um diálogo entre Poesia e Direito Constitucional* (2017):

A literatura contém uma reserva de críticas e, muitas vezes, um potencial de tendências reformadoras às quais o constitucionalista deve estar atento: das utopias mais distantes às esperanças mais próximas e concretas. A sensibilidade da arte de todo gênero pode ser, na constituição do pluralismo, um catalisador, um elixir e um sismógrafo preciso que capte as correntes espirituais do momento. A literatura permite se aventurar nos sucessivos caminhos pelos quais o Estado Constitucional evoluirá, ela também participa da tarefa de desentranhar e preservar tradições e fundamentar identidades. (HÄBERLE; LÓPEZ BOFILL, 2017, p. 43).

Assim, via utilização do método comparativo-analítico, equiparando o enredo de *O velho e o Mar* (2019) com o Estado Democrático de Direito, num exercício de interpretação, busca-se analisar os principais entraves à efetivação de suas promessas, das quais se pode citar: os direitos e garantias individuais e sociais, e a sua proteção deficiente pelo Poder Judiciário ao adotar práticas condenadas por boa parte de juristas de escol, como Hans Kelsen e Lênio Luiz Streck.

### **1. Breve resumo de *O Velho e o Mar***

Sem a pretensão de resumir fidedignamente a obra para não (des)influenciar os seus ainda não leitores, busca-se neste tópico orientar –os leitores – acerca da narrativa daquilo que é mais importante para a discussão e a analogia com o viés jurídico. Àqueles que ainda não tiveram o prazer de sua leitura, recomenda-se tal deleite antes de prosseguir às linhas seguintes, eis que se trata de um romance curto, mas impecável ao aprisionar o leitor do início ao fim da narrativa.

A história principia com o velho pescador Santiago, há 84 dias com azar, sem pescar um único peixe, recebendo apenas a visita de seu ex-assistente

Manolin, um garoto cujos pais o obrigaram a deixar de trabalhar com o ancião do mar e a ingressar noutro barco pesqueiro, devido aos seus vários dias de improdutividade. É Manolin quem nutre pelo velho pescador um sentimento de respeito e amizade, levando a ele comida e café em tempos de precariedade no litoral cubano, da década de 50, do século passado. Nessa fase da narrativa, o autor expõe a vida simples e humilde de Santiago, que vive de pés descalços, mora numa cabana que tinha apenas uma cama de palha, se cobre com jornal e faz de sua única calça o travesseiro em que repousa o fatigado corpo. Também é Manolin quem consegue iscas para que o velho se embrenhe sozinho ao mar, confiante que o 85º dia seja o seu dia de sorte.

Após se afastar da costa, observando os sinais que o mar lhe dava, graças à sua experiência, o homem, isolado em meio aos seus pensamentos e apaixonado por *baseball*, consegue fisgar um grande peixe, o maior marlim que já vira. Lutando para içá-lo, durante dois dias e três noites, finalmente consegue abatê-lo e tem dificuldade de transportá-lo de volta ao litoral. Como está muito afastado de casa e o peixe é maior do que o próprio barco, o velho pescador o amarra na borda e inicia seu retorno.

Importa mencionar que o esforço para pescar aquele peixe foi enorme, levando Santiago ao esgotamento de suas forças físicas e ao máximo de sua atenção e controle mental para efetivação de tal atividade. Além do retorno financeiro, ficava claro o pensamento do velho pescador de que aquele peixe poderia alimentar muitas pessoas.

Mas, durante o percurso de volta, o peixe morto atraiu tubarões, os predadores do mar. Com poucos recursos para defender o pescado, aos poucos este vai se esvaindo, a cada ataque dos tubarões. Ao final, chega a seu destino exausto da pescaria, e amarrado ao barco apenas o que sobrou do pescado: a cabeça, a cauda e o espinhal, sendo esta a prova de sua conquista, mas que não alimenta ninguém e nem lhe rende qualquer remuneração para apaziguar o seu estado de miséria material.

Naquele interregno de tempo, entre a fisgada do peixe e a volta ao lar, Santiago percebeu como lhe custou a falta de um companheiro, assim

como percebeu também a importância de dispor de certos instrumentos/artigos que poderia ter levado, como mais água potável e outros apetrechos/objetos que poderiam ter sido usados para a defesa do Marlim contra os ataques dos predadores. Por mais experiência que tivesse e por mais expectativas que criara de que sairia de sua maré de azar, os improvisos por ele utilizados não foram suficientes para a defesa do pescado.

Digno de transcrição é um trecho da parte final. Após a chegada de Santiago a casa, enquanto dormia, no dia seguinte, tem-se o seguinte contexto e diálogo:

Nessa tarde havia um grupo de turistas americanos na esplanada. Quando olharam para a praia e para a água, entre as latas de cerveja vazias e barracudas mortas, uma mulher viu uma espinha branca muito comprida com uma cauda enorme numa das pontas, flutuando na maré, enquanto o vento do nascente soprava fortemente e agitava o mar à entrada da pequena baía.

- O que é aquilo? - perguntou ela ao garçom, apontando para o longo esqueleto do grande peixe, que agora não passava de lixo à espera de ser levado pela maré.
- *Tiburón* - respondeu-lhe o garçom, tentando explicar em espanhol, o que sucedera. - Tubarões.
- Não sabia que os tubarões tinham caudas tão belas e tão bem-formadas - comentou a mulher.
- Eu também não - replicou o companheiro. (HEMINGWAY, 2019, p. 123). (grifo do autor).

Provavelmente, a riqueza de *O velho e o mar* está na possibilidade de múltiplas interpretações pelos mais variados contextos das relações humanas, indo desde questões da interação do homem com a natureza a questões existenciais e sociais, tais como a inexistência de políticas públicas de amparo à velhice ou voltadas a questões previdenciárias. Sem dúvidas, em relação à Teoria do Direito em si também é possível uma interpretação e uma comparação, função esta que a Arte, no caso a Literatura, permite.

A seguir, passa-se à comparação entre o pescado com o Estado Democrático de Direito e os tubarões aos seus predadores com as

advertências que juristas de escol como Hans Kelsen e Lênio Luiz Streck fazem já há muito tempo.

## 2. Os predadores do direito

Ao se comparar o pescado, do velho Santiago, ao Estado Democrático de Direito, como algo em constante construção e carente de tutela, deve-se ter preliminarmente evidenciada a sua exata noção para melhor compreensão.

É sempre conveniente diferenciar o Estado Democrático de Direito dos modelos que o antecederam – Estado Liberal e Estado Social, sem mencionar o Estado Absolutista, anterior a estes – os quais foram por esta forma de Estado superados política, econômica, social e ideologicamente, congregando dois princípios de longa trajetória histórica: o “princípio democrático” e o do “Estado de Direito” (GOMES, 2001, p. 72). Todavia, Streck alega que a democracia e os direitos fundamentais “[...] passam a ser os dois sustentáculos desse novo modelo, donde não pode haver retrocesso”. (STRECK, 2004, p. 112-113).<sup>1</sup> O professor Guerra Filho (2005) lembra que:

A fórmula do Estado Democrático se firma a partir de uma revalorização dos clássicos direitos individuais de liberdade, que se entende não poderem jamais ser demasiadamente sacrificados, em nome da realização de direitos sociais. O Estado Democrático de Direito, então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado. Em sendo assim, tem-se o compromisso básico do Estado Democrático de Direito na harmonização de interesses que se situam em três esferas fundamentais: a esfera pública, ocupada pelo Estado, e a esfera privada, em que se situa o indivíduo, e um segmento intermediário, a esfera coletiva, em que se tem os

---

<sup>1</sup> Mister se faz mencionar também algumas características básicas e essenciais dos modelos Liberal e Social. O primeiro proclamava pela igualdade de todos perante a lei, a qual buscava proteger a esfera individual de qualquer interferência arbitrária do Estado, transformado em um Estado mínimo. Os direitos fundamentais reconhecidos eram os individuais. Porém, o abuso da liberdade exercida sem limites gerou uma enorme disparidade econômica, com uma enorme massa de miseráveis, o que propiciou a ascensão do Estado Social, de caráter intervencionista, provedor do bem-estar social. Tal modelo tendia ao Socialismo, ao autoritarismo e ao totalitarismo. Predominava o interesse em atender os interesses grupais, da classe trabalhadora, fonte de toda a produção, mas não os interesses individuais, de cada pessoa humana. Os direitos fundamentais eram somente os sociais. (GOMES, 2005).

interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais ou outros. (GUERRA FILHO, 2005, p. 24).

Já Streck e Morais (2000, *apud* GOMES, 2005) apresentam um papel transformador do Estado Democrático de Direito, apontando os seus seguintes princípios:

- a. Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica;
- b. Organização Democrática da Sociedade;
- c. Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade;
- d. Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades;
- e. Igualmente não apenas como uma possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa;
- f. Divisão de Poderes ou de Funções;
- g. Legalidade que aparece como medida de direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência;
- h. Seguranças e Certezas Jurídicas. (STRECK E MORAIS, 2000 *apud* GOMES, 2005, p. 76-77)

O que se percebe é que o Estado Democrático de Direito se torna objeto de proteção e também fundamento da Constituição. Além do elemento democrático na produção do Direito, ou seja, pela participação popular, seja por intermédio direto ou indireto do povo, deve essa forma de Estado preservar os direitos humanos ou fundamentais de minorias. Para isso, prevalece a vontade da maioria enquanto se tutelam direitos das minorias. Nesse sentido, um Estado Democrático de Direito deve manter instituições fortes e atuantes com função contramajoritária.

É o Poder Judiciário, na estrutura deste Estado, que possui tal função, garantindo a seus membros as prerrogativas constitucionais previstas nos incisos do art. 95 da Constituição Federal/1988, bem como a delimitação

de competência da atuação dos magistrados e tribunais superiores nos artigos subsequentes.

Entretanto, quando essa atuação entra em crise, se percebe, tal como um castelo de cartas, que o Estado Democrático de Direito e a própria Constituição Federal também entram. Quando as instituições guardiãs não cumprem seu papel, conta-se com a sorte para a preservação do Estado e de sua Carta. Mas como se chega a isso? Tal como os tubarões que avançam no pescado, conforme se apresenta na obra de Hemingway (2019), também existem os predadores que atacam, enfraquecem e devoram o Estado Democrático de Direito e a Constituição.

Tais predadores surgem quando não há a devida proteção do Estado e da Constituição por parte do Poder Judiciário, permitindo que forças externas e internas atuem no *momentum* decisório. Dá-se essa ocorrência pela inobservância do Direito e pela preponderância de elementos como a moral, a economia, a pressão popular e, também, surgindo como um círculo vicioso, o ensino jurídico deficitário. Tais predadores serão analisados na sequência.

## **2.1 A moral**

A questão da incorporação da moral no Direito não é um fenômeno novo. Ao se buscar as raízes históricas da Escola da Exegese francesa, se constatará a necessidade de padronização, de segurança e de certeza jurídica, algo deficitário à época, considerando as várias regiões francesas, cada uma com suas especificações culturais e influências religiosas, filosóficas e, portanto, morais, o que influenciava na formação dos próprios magistrados. Tal diversidade e heterogeneidade jurídica (tanto da formação dos magistrados como da legislação regional aplicada) deveria ser superada diante do advento do Estado bonapartista, que apregoava uma unidade da legislação e de interpretação, daí o advento do instrumento

codificador do Direito, dando um caráter mais objetivo, único, completo e coeso, ou seja, condizente com a nova era que se implantava.<sup>2</sup>

Do mesmo modo, afastando a incorporação da moral no Direito, Hans Kelsen buscou lapidar a Ciência Jurídica em sua célebre obra *Teoria Pura do Direito*. Para ele, o Direito é “[...] uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”. (KELSEN, 2009, p. 5). Por lapidar a Ciência Jurídica deve-se entender um corte epistemológico, isto é, definir seu objeto de estudo. Nas palavras de Hans Kelsen (2009), pretende-se “[...] libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental” (KELSEN, 2009, p. 1).

A reflexão do jurista austríaco era exatamente na proposta de afastar aquilo que, em nossa terminologia, pode ser considerado como os “predadores do Direito”, já naquela época, visto que a primeira edição da obra ocorreu em 1934, fato que assume, já na primeira página, a seguinte advertência: “De um modo totalmente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política”. (KELSEN, 2009, p. 1).<sup>3</sup>

Já no Capítulo 2, em que aborda a relação entre Direito e Moral, Hans Kelsen reflete sobre o relativismo do valor moral, dando o exemplo da guerra, eis que, na época de Heráclito, ela era considerada o pai e o rei de tudo, pois possibilita(va) a comprovação das virtudes do homem e a organização da sociedade. Atualmente esse valor é motivo de contestação, considerando as transformações das sociedades, a decorrência do tempo e o advento de novas ideologias e tecnologias. Da mesma forma, indaga mais contemporaneamente:

---

<sup>2</sup> Quanto a este tema, para um maior aprofundamento histórico, recomenda-se a leitura de BOBBIO (2006) e CASTANHEIRA NEVES (1995).

<sup>3</sup> Na sequência do texto encontra-se o seu complemento: “Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um síncretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto”. (KELSEN, 2009, p. 1-2).

Corresponde a filosofia da vida do liberalismo segundo a qual a competição, a luta da concorrência, garantem a melhor situação possível da sociedade, ao ideal de paz? Este não representa de forma alguma para todos os sistemas de Moral o valor mais elevado, e para muitos nem sequer representa qualquer valor. (KELSEN, 2009, p. 73).

Complementando (se é que se torna possível) aquilo que Kelsen diria: não há sequer uma unidade acerca da moralidade, podendo-se encontrar variados sistemas ou escolas éticas. Apenas para citar algumas, exemplificativamente, como a aristotélica (em que se prezam as virtudes humanas), a teológico-judaico-cristã (na busca pela garantia do paraíso), a spinoziana (na qual a conduta ideal é aquela que tem o amor como bússola), a kantiana (só é moral aquilo que se faz pelo motivo certo, de acordo com o imperativo categórico, não hipotético), a utilitarista (em que moral é aquilo que é feito visando ao benefício da maioria), a economicista (o que importa são as consequências econômicas positivas para a sociedade), e muitas outras poderiam ser descritas. Tais correntes éticas, entretanto, não poderão figurar como impositivas ou normativas por si só, pois qual dessas éticas deveria prevalecer no Direito, aplicando-se uma sanção pelo seu descumprimento? E deverá o magistrado adotar alguma ou algumas delas na aplicação da sentença? Por se tornarem difíceis (ou mesmo impossíveis) tais respostas, Kelsen tenta encontrar a essência da Moral no Direito, afirmando que:

O que é necessariamente comum a todos os sistemas morais possíveis é a sua forma, o dever-ser, o caráter da norma. É moralmente bom o que corresponde a uma norma social que estatui uma determinada conduta humana; é moralmente mau o que contraria uma tal norma. O valor moral relativo é constituído por uma norma social que estabelece um determinado comportamento humano como devido (devendo-ser). Norma e valor são conceitos correlativos. (KELSEN, 2009, p. 74).

Assim, para Kelsen, o Direito é essencialmente moral, não significando que ele tenha determinado conteúdo, mas que é norma que estabelece um caráter de imputação a determinada conduta humana. Nesse sentido, todo o Direito tem caráter moral, todo o Direito constitui

um valor moral relativo que foi o resultado de uma convenção, de uma escolha por parte da sociedade, por meio de um processo democrático (no caso do Brasil ou outro regime político em outro Estado). Esse valor moral é relativo pelo fato de poder ser alterado conforme as circunstâncias e conveniências, pela alteração do próprio ordenamento, optando pelos preceitos dos vários sistemas morais possíveis, descabendo, para Kelsen, uma ideia de Moral única ou absoluta<sup>4</sup>. E isso significa, também, que não há uma Justiça absoluta, mas relativa, pois, segundo esse autor, a relação entre Moral e Justiça se encontra entre generalidade, na primeira, e particularidade, na segunda. Ademais, para a validade do Direito, entende-se que este independe de sua concordância ou discordância com qualquer sistema moral.<sup>5</sup>

A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral e não a relação entre aquela e “a” Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral. (KELSEN, 2009, p. 75-76). (grifo do autor).

O que torna o “Direito justo”, portanto, é a adoção de determinada medida, ou critério moral, ou de justiça, que não pode ser encontrado por meio de um conhecimento científico. E essa medida ou critério sempre será relativo na perspectiva kelseniana. Tal parâmetro, entretanto, serve como argumento para a mudança legislativa, como motivação para o legislador ou elaborador da norma alterar, via processo legislativo previamente estabelecido, a ordem jurídica. Não cabe ao magistrado tal

---

<sup>4</sup> “Se pressupusermos somente valores morais relativos, então, a exigência de que o Direito *deve* ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a *um determinado* sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis. Mas com isso não fica excluída a possibilidade da pretensão que exija que o Direito positivo deve harmonizar-se com um outro sistema moral e com ele venha eventualmente a concordar de fato, contradizendo um sistema moral diferente”. (KELSEN, 2009, p. 73-75). (grifo do autor).

<sup>5</sup> No mesmo sentido, vide LIMBERGER e DE BONA (2019).

alteração, eis que tem a função tão somente de aplicar o direito vigente no momento decisório (e também o do momento do fato, dependendo das circunstâncias), salvo quando estiver diante de um controle de constitucionalidade.

É de per si (*sic*) evidente que uma Moral simplesmente relativa não pode desempenhar a função que consciente ou inconscientemente lhe é exigida, de fornecer uma medida ou padrão absoluto para a valoração de uma ordem jurídica positiva. Uma tal medida também não pode ser encontrada pela via do conhecimento científico. Isto não significa, porém, que não haja qualquer medida. Todo e qualquer sistema moral pode servir de medida ou critério para tal efeito. Devemos ter presente, porém, quando apreciamos “moralmente” uma ordem jurídica positiva, quando a valoramos como boa ou má, justa ou injusta, que o critério é um critério relativo, que não fica excluída uma diferente valoração com base num outro sistema de moral, que, quando uma ordem jurídica é considerada injusta se apreciada com base no critério fornecido por um sistema moral, ela pode ser havida como justa se julgada pela medida ou critério fornecido por um outro sistema moral. (KELSEN, 2009, p. 75). (grifo do autor).

O que também deve ser esclarecido é que o próprio Hans Kelsen, a justificar pelo título de sua obra – *Teoria Pura do Direito* –, compreende uma distinção entre a Moral e a Ciência do Direito, razão pela qual o objeto epistemológico jurídico é tão somente a norma. A Moral, em si, deve ser objeto de estudo da Filosofia em suas mais diversas subdivisões. Outros elementos que possam vir a complementar e aprimorar as normas jurídicas também são/serão objeto de estudo de suas respectivas ciências, como a Política, a Psicologia, a Economia, a Sociologia, e tantas outras.

Desta forma, quando o magistrado de primeiro grau ou algum órgão colegiado profere alguma decisão com base em sua “consciência” ou com aquilo que entende como sendo “sua moral”, deve-se ficar bem entendido que adota uma posição subjetivista e, de acordo com sua posição, impõe aquela filosofia ou ideologia aos jurisdicionados. Noutras palavras, estão eles obrigados a cumprir não apenas o que a lei determina mas também a consciência e a moral adotada pelo julgador. Está-se diante, portanto, de

um predador perigoso do Estado Democrático de Direito. Mas ele não está só. Ainda existem outros tão perigosos predadores que devem ser combatidos, sob pena de se chegar à praia apenas com a espinhal do Estado Democrático de Direito, ou seja, esvaziado de significado.

## 2.2 A economia

Um dos predadores do Direito é a aplicação de forma equivocada da Teoria da Análise Econômica do Direito no momento da decisão judicial. Embora se admita que haja uma escola principal (representada pela Escola de Chicago), existem outras variações, como as institucionalistas e as neo-institucionalistas, a Escola Austríaca, assim como a Escola ligada às normas sociais (associada especialmente a Robert C. Ellickson e Eric Posner), e as filiadas à *Behavioral Law and Economics* (Direito e Economia Comportamental).<sup>6</sup>

Apesar de tais variações, pode-se afirmar que a Análise Econômica do Direito:

[...] parte da premissa de que os instrumentos de análise que podem ser utilizados para compreender o “direito econômico” são, igualmente, aplicáveis a outros ramos do direito. Propõe, então, a partir da concepção do ser humano e de suas relações com os outros, a releitura do direito. Procura atualizar “a economia do direito”. (MACKAAY e ROUSSEAU, 2020, p. 7). (grifo do autor).

Não pode se confundir, outrossim, a aplicação à lei com a aplicação de alguma teoria econômica, que sempre será a favor de algum interesse. Não é a isso que serve a teoria em comento. Porém, é o que se depreende na seguinte passagem coletada de um acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, interpretando o art. 644 do Código Civil Brasileiro (CCB)<sup>7</sup>, com vistas às suas consequências:

<sup>6</sup> Sobre estas escolas, com maior profundidade, vide Mackaay e Rousseau (2020).

<sup>7</sup> Art. 644, CCB, *caput*: “O depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas”. (BRASIL, 2002).

Porém, a despeito dessa prerrogativa legal conferida ao depositário, mister é considerar que o comando judicial não pode ser pautado apenas em legalismo. Pelo contrário. É necessário se observar os impactos dele derivados, fazendo-se sempre a devida análise econômica dos efeitos da decisão. (PARANÁ, 2019, p. 3).

Nesse caso, a decisão não mencionou outras fontes do Direito que devem ser adotadas além da lei, pois o acórdão critica o “legalismo”. O consequencialismo econômico deve entrar em pauta no momento da decisão, segundo o Relator. Fica-se, então, a imaginar qual deve ser a postura em qualquer comportamento social se a regra, a partir de agora, for nesse sentido. Não basta mais seguir a lei, mas também as consequências econômicas dos atos. O depositário, e.g., não podendo reter o objeto de depósito, deverá arcar com eventual inadimplemento do depositante (que poderia, por exemplo, efetuar empréstimo bancário para quitar sua obrigação, mas não o faz). Isso aumenta o custo do depósito, pois o risco de inadimplemento deve também incidir no cálculo, gerando um aumento para todos os depositantes. É a própria Análise Econômica do Direito (mal aplicada) sendo predadora tanto do Direito como da própria Economia.

Não se quer aqui atacar a Análise Econômica do Direito como não sendo importante ou inaplicável. Ao contrário, e que fique bem claro: trata-se de uma Escola que tem muito a oferecer ao aprimoramento de vários institutos jurídicos; mas não de todos. É preciso saber aplicá-la corretamente e também compreender qual é o seu momento. Parece-nos que sua relevância é mais patente no momento da decisão política do que no momento da decisão judicial, sendo aplicável da mesma forma o que foi mencionado com relação à Moral e ao Direito, guardadas as devidas proporções.

### **2.3 A pressão da sociedade**

No dia 2 de outubro de 2018, o então vice-presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Luiz Fux, em cerimônia na sede nacional da OAB, cujo evento era relacionado aos 30 anos da Constituição Federal de 1988, disse:

À luz de princípios constitucionais, nós conseguimos plasmar as decisões que são aquelas que o povo espera do Judiciário, porque a Constituição afirma que todo poder emana do povo e para o povo deve ser exercido. [...] Isso significa dizer não que tenhamos que fazer pesquisa de opinião pública para decidirmos, mas quando estão em jogo razões morais, razões públicas, devemos proferir decisão que represente anseio da sociedade em relação à Justiça. (TUROLLO JÚNIOR; CASADO, 2018<sup>8</sup>).

À época, tais declarações foram feitas em meio a uma suposta crise da Suprema Corte decorrentes de liminar concedida pelo ministro Ricardo Lewandowski para que o Jornal Folha de São Paulo pudesse publicar entrevista realizada com o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, então preso em Curitiba. Na sequência, o ministro Luiz Fux cassou a liminar, que foi rebatida pelo ministro Lewandowski, apontando alguns vícios na decisão e, finalmente, a cassação da liminar foi mantida pelo presidente do STF, ministro Dias Toffoli.

Destaca-se essa passagem para demonstrar que, não raras vezes, os tribunais superiores decidem com base na opinião pública (e também, por óbvio, os magistrados de primeira instância). Chama atenção os termos “razões morais” e “razões públicas” utilizados pelo ministro Luiz Fux, o que corrobora a advertência de Hans Kelsen comentada anteriormente. Agora, com a agravante de que um magistrado, que hodiernamente se vincula socialmente com a alta classe da sociedade, não se locomove de transporte público e nem frequenta os mesmos lugares que a grande massa da população, salvo raras exceções, possa ter uma visão particularizada daquilo que se denomina “anseio da sociedade”.

Contudo, o que representa tal anseio? As redes sociais (e quais delas)? Estas representam a opinião de parte da população com acesso à internet e que se manifestam em algumas comunidades virtuais. E aquela parcela que não tem acesso a redes sociais ou acesso à internet, não será

---

<sup>8</sup> Material proveniente da web, sem indicação de paginação

computada? Ou o anseio da sociedade se dá com a demonstração de manifestações e passeatas nas ruas? Mesmo isso é o suficiente para a detecção de sua vontade? E se a vontade popular for manipulada por órgãos de imprensa ou por fake news? Qual o papel do Poder Judiciário, afinal? Certamente é o de exercer uma função contramajoritária.<sup>9</sup>

Curiosamente, o mesmo ministro Luiz Fux, desta vez em evento ocorrido em janeiro de 2019, se retratando, asseverou:

O Supremo Tribunal Federal tem compromisso com a guarda da Constituição. E nenhum receio de desagradar a opinião pública, ou de cair em impopularidade, pode fazer com que um ministro do Supremo Tribunal Federal abdique da sua independência. (PONTES, 2019<sup>10</sup>).

Desta feita, a partir dessas declarações, questiona-se se o Tribunal Maior adota comportamentos diferentes no momento decisório, conforme a circunstância ou o caso. A doutrina brasileira é pródiga na pesquisa de decisões que atestam essa assertiva<sup>11</sup> e, pelo menos duas decisões são paradigmáticas, no sentido de escancararem a atuação do STF de acordo com o anseio popular. São as decisões do Recurso Extraordinário 633.703, ao decidir pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, e a Ação Penal 470/DF, sobre o Mensalão.

Observe-se que, ao agir em conformidade com os anseios (de parcela) da sociedade, o Poder Judiciário muitas vezes busca uma finalidade política, intentando alcançar determinado resultado. Ao assim atuar,

---

<sup>9</sup> Na primeira parte da obra *Uma questão de princípio*, Ronald Dworkin (2000), filósofo, jurista e estudioso do Direito Constitucional dos Estados Unidos, debate sobre a atuação política e a pressão da sociedade sofrida pelos juizes e qual deve ser sua reação, defendendo a função contramajoritária. (DWORKIN, 2000).

<sup>10</sup> Material proveniente da web, sem indicação de paginação.

<sup>11</sup> Para aprofundamento do tema, sugere-se a leitura dos seguintes textos: *Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira*, de Patrícia Perrone Campos Mello (2017); *O STF e a Opinião Pública*, de Marcelo Novelino (2014); *A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF. Jurisdição constitucional e política*, também de autoria de Marcelo Novelino (2015); *O Supremo Tribunal Federal brasileiro e a opinião pública*, de Marcelo Novelino (2016); *Influência da opinião pública na atuação do Supremo Tribunal Federal*, de Glauzienne Mendes Santos e Loiane Prado Verbicaro (2018); *Protagonismo do STF, a mídia e o cotidiano da população brasileira*, de André Karam Trindade e Alexandre Moraes da Rosa (2016).

assombrosamente toma um caminho perigoso, muito próximo de um Sistema de Direito Responsivo,<sup>12</sup> que também pode ser caracterizado como outro predador do Estado Democrático de Direito e, portanto, da mesma forma dever ser repellido.

## 2.4 O ensino jurídico deficitário

Mas como surgem estes predadores do Estado Democrático de Direito, operadores de atos aplicados por quem deveria defendê-lo e à própria Constituição Federal, ou seja, praticados pelo próprio Poder Judiciário – e também, em alguns casos, pelo Ministério Público? Não é de hoje que o professor Lenio Streck aponta para um deficiente ensino jurídico. Cursos de graduação mais parecidos com cursinhos de concursos públicos, que não levam o ensino a sério, mas que são obcecados por ministrar conteúdos que garantirão tão somente bons resultados de seus alunos às exigências mercadológicas são, infelizmente, a regra.

A apresentação de conteúdos jurisprudenciais sem qualquer reflexão, apenas considerando o peso da autoridade e não a qualidade da argumentação ou do raciocínio jurídico, sem levar em consideração a melhor forma de interpretar a lei ou a Constituição é o cerne desta deficiência que mais deforma do que forma os futuros bacharéis em Direito.

Em várias obras e em inúmeros artigos, o professor gaúcho faz essa advertência, alertando para o solipsismo judicial, para questões como o pan-principiologismo e para a criação de uma verdadeira escola, a Crítica Hermenêutica do Direito, utilizando como base os ensinamentos de Hans Kelsen, Ronald Dworkin e Hans-Georg Gadamer, indo além deles, identificando suas limitações e adequando-os ao sistema brasileiro. Nas Referências deste artigo apresenta-se uma série de obras do professor Dr.

---

<sup>12</sup> Para aprofundamento do tema sobre o Direito Responsivo, recomenda-se a leitura complementar de: *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*, de Philippe Nonet e Philip Selznick (2010); *Acordos de leniência: resultado do diálogo entre o direito responsivo e o impositivo ético*, de Celito de Bona (2018); *Espetros de Nonet e Selznick no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça: os Sistemas Jurídicos Repressivo, Autônomo e Responsivo*, de José Ricardo Cunha e Evandro Monteiro de Barros Júnior (2019).

Lenio Streck, que podem ser consultadas sobre o que se defende neste tópico. (STRECK, 2004; 2013a; 2013b; 2011; 2017a; 2017b; 2017c).

## Considerações finais

À guisa de conclusão, deve-se fazer uma advertência: tal como no final da obra de Ernest Hemingway (2019), não se pode confundir o pescador (o grande e belo peixe Marlim) com seus predadores, atribuindo a estes as características daquele. Não se deve confundir a Moral, a Análise Econômica ou o anseio popular com o Direito. Cabe ao Poder Judiciário – E aqui se impõe a defesa do óbvio! – defender a Constituição e o Estado Democrático de Direito, adotando uma função contramajoritária, e aplicar o Direito.

A Moral, a Análise Econômica e o clamor social são, tal como a Psicologia, a Sociologia, a Política e outras ciências muito importantes para toda a sociedade e para o desenvolvimento da humanidade como tal. Aos operadores do Direito é-lhes conveniente e recomendável o seu (re)conhecimento. Contudo, é necessário discernir o momento de sua aplicação, sopesando o grau de exigibilidade de seu conhecimento pelo cidadão comum que está envolvido num processo judicial, que envolve a exigibilidade de uma conduta com prévia consciência, para além daquilo disposto em lei, se isso for possível. Em não o sendo, a exigência de um comportamento social não especificado em lei ultrapassa qualquer disposição, mesmo de Direitos Humanos e Fundamentais, tornando-se arbitrário e opressor. É exatamente a isso que o Estado Democrático de Direito se opõe e exatamente isso que uma aplicação deficiente ou equivocada do Direito se torna.

## Referências

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 jan. 2020.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 26 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 633.703 Minas Gerais**. Plenário. Coordenadoria de análise de Jurisprudência. LEI COMPLEMENTAR 135/2010, DENOMINADA LEI DA FICHA LIMPA. INAPLICABILIDADE ÀS ELEIÇÕES GERAIS 2010. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL (ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). [...] IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. p. 65-370, Brasília. Recte: Leonídio Henrique Correa Bouças. Advogado: Arnaldo Silva Júnior. Advogado: Rodrigo Ribeiro Pereira e outro(s). Recdo: Ministério Público Federal. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 23 de março de 2011. DJe n. 219, Divulgação 17 de novembro de 2011, Publicação 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>. Acesso em: 26 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 470 Minas Gerais**. Plenário. Número único: 0007214-12.2007.1.00.0000. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PRELIMINARES REJEITADAS [...] ACUSAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. [...]. STF-fl. 51616-60020, p. 1-8405, Brasília. Autor: Ministério Público Federal. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República. Réu(s): José Dirceu de Oliveira e Silva [...]. Advogado(s): José Luís Mendes de Oliveira Lima [...] Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Revisor: Ministro Ricardo Lewandowski, 17 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>. Acesso em: 26 jan. 2020.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2.

CUNHA, José Ricardo; BARROS JÚNIOR, Evandro Monteiro de. Espectros de Nonet e Selznick no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça: os Sistemas Jurídicos Repressivo, Autônomo e Responsivo. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 64, n. 2, maio-ago., p.37-60, 2019.

- DE BONA, Celito. Acordos de leniência: resultado do diálogo entre o direito responsivo e o impositivo ético. *In*: WEDY, Miguel Tedesco (org). **Meios de obtenção de prova no Processo Penal**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica e Constituição no Estado de Direito Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GOMES, Sérgio Alves. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação. *In*: **Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDICI**, São Paulo, n.51, v. 13, p. 53-101, abr. -jun.2005.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.
- HÄBERLE, Peter; LÓPEZ BOFILL, Hèctor. **Um diálogo entre Poesia e Direito Constitucional**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2017.
- HEMINGWAY, Ernest. **O velho e o mar**. Tradução de Fernando de Castro Ferro. 98. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- LIMBERGER, Temis; DE BONA, Celito. Servirá o positivismo jurídico para “descascar abacaxis”? **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre/MG, Edição Especial, v. 35, p. 271-307, 2019.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Quando julgar se torna um espetáculo: a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a opinião pública, a partir de reflexões da literatura estrangeira. **Revista de Direito Internacional**, UniCEUB, Centro Universitário de Brasília, Brasília, v. 14, n. 1, p. 403-423, 2017.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

NOVELINO, Marcelo. O STF e a Opinião Pública. **Revista do Ministério Público [do] Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n.54, p. 155-180, out./ dez. 2014.

NOVELINO, Marcelo. **A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF**. Jurisdição constitucional e política. Daniel Sarmento (coord.). São Paulo: Forense, 2015.

NOVELINO, Marcelo. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e a opinião pública. **Revista do Ministério Público**, Portugal, n. 146, p. 77-107, abr.-jun. 2016.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná/TJPR. **Agravo de Instrumento n. 0038113-75.2018.8.16.0000**. 16ª Câmara Cível/PROJUDI. 3ª Vara Cível de Paranaguá. AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. LIBERAÇÃO DE MERCADORIA RETIDA POR TERMINAL DE CONTEINERES (*sic*) NO PORTO DE PARANAGUÁ. PRODUTOS ELETRÔNICOS. POSSIBILIDADE DE PERECIMENTO. RISCO DE DANO. ART. 300, DO CPC. NECESSIDADE DE SE EVITAR ENCADEAMENTO DE PREJUÍZOS. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO [...] RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. p. 1-6, Curitiba/PR. Agravante(s): TCP - Terminal de Containeres (*sic*) de Paranaguá S/A. Agravado(s): Sendix Comercial Exportadora e Importadora Eireli. Relator: Desembargador Luiz Fernando Tomasi Keppen, 13 de fevereiro de 2019. Publicado no DJ de 13 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/410000007403651/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0038113-75.2018.8.16.0000#>. Acesso em: 26 jan. 2020.

PONTES, Felipe. Fux diz que ministro do STF não deve reectar desagradar opinião pública. **Agência Brasil EBC** [on-line], Brasília, 22 de janeiro de 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-01/fux-diz-que-ministro-do-stf-nao-deve-recear-desagradar-opinio-publica>. Acesso em: 26 jan. 2020.

SANTOS, Glauzienne Mendes; VERBICARO, Loiane Prado. Influência da opinião pública na atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca/SP, v. 22, n. 36, p. 123-167, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013b.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017a.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012; 6. ed. 2017c.

TRINDADE, André Karam; ROSA, Alexandre Morais da. Protagonismo do STF, a mídia e o cotidiano da população brasileira. 2016. **Revista Consultor Jurídico** [on-line], [Brasil], 21 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-21/diario-classe-protagonismo-stf-midia-cotidiano-populacao-brasileira>. Acesso em: 26 jan. 2020.

TUROLLO JÚNIOR, Reynaldo; CASADO, Letícia. 'Devemos preferir decisão que represente anseio da sociedade', diz Fux. **Folha de São Paulo**, Brasília, 02 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/devemos-preferir-decisao-que-represente-anseio-da-sociedade-diz-fux.shtml>. Acesso em 26 jan. 2020. Não paginado.

## **Mitologia e direito: aproximações entre direito e literatura em foco**

*Clarice Beatriz da Costa Söhngen*<sup>1</sup>

### **Considerações iniciais**

No desenvolvimento deste texto é assumido um desafio dotado de complexidade através da proposta transdisciplinar entre Direito e Literatura. Este desafio apresenta a abordagem de textos literários como ponto de partida e visa qualificar o enfrentamento de temáticas jurídicas por meio de rupturas entre zonas limítrofes desenhadas nas fronteiras e muros do conhecimento e que ainda permanecem sendo erguidos como guardiões de uma pseudoautonomia entre os saberes da ciência.

Diante dessa proposta, somos convocados a desenvolver estratégias disruptivas na análise dos textos literários sob o olhar jurídico que se comprometem com o enfrentamento crítico das interfaces jusliterárias, mediadas pelo exercício da alteridade, o que possibilita novos caminhos para o conhecimento em um corajoso desafio entre a arte e a ciência.

O desafio implica enfrentar a realidade jurídica através da porosidade do próprio ordenamento, muitas vezes, lacunoso, ambíguo e vago. Esta perspectiva também promover novas estratégias de leitura ao intérprete e

---

<sup>1</sup> Doutora em Letras pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Letras e Ciências Criminais pela PUCRS. Docente Titular da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pesquisadora-líder do Grupo de Pesquisa em Gestão Integrada da Segurança Pública (GESEG). Porto Alegre (RS), Brasil. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6065-272X>. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9266060091300509>. E-mail: [clarice.sohngen@puccrs.br](mailto:clarice.sohngen@puccrs.br).

favorecer uma análise crítica das concepções puramente dogmáticas do direito comprometidas com o princípio ilusório dos territórios excludentes.

Como início de uma importante consideração acerca desta história, é realizado o convite à reflexão do impacto pela recepção leitora da multiplicidade de vozes em discursos permeados pela intertextualidade, que sugerem um deslocamento ainda maior das diversidades, as quais cada vez mais marcam um tempo extemporâneo.

## **I O tempo e os mitos**

Preliminarmente é possível assumir que o mundo ocidental é herdeiro da tradição helênica, assim como da tradição romano-germânica. Os gregos foram inventores da ideia de razão, do conhecimento científico fundado em princípios e regras de valor universal, das ciências, como a história, a astronomia, a física, a biologia, a filosofia e a geografia.

Inobstante isso, é importante também assumir a influência da arte helênica na constituição do conhecimento universal.

Na Atenas do século V a.C., principalmente, houve o incentivo para o surgimento de filósofos, historiadores, autores teatrais, que até hoje influenciam as ideias de justiça, inclusive, por meio dos estudos acerca dos direitos da humanidade.

Os povos gregos antigos, por exemplo, utilizavam os mitos para explicar fatos da realidade e fenômenos da natureza, as origens do mundo e do homem, que não eram compreendidos por eles. Os mitos se utilizavam, assim, de arquétipos através de personagens sobrenaturais, deuses e heróis. Todos estes componentes eram misturados a fatos reais, características humanas e pessoas de modo atemporal e universal.

De acordo com o mito grego, Zeus descende de Cronos e Urano e é visto como o organizador do mundo exterior e interior. Dele depende a regularidade das leis físicas sociais e morais. Segundo Asis (2008), ele é o arquétipo do chefe de família patriarcal: Deus da luz. É o soberano pai dos

deuses e dos homens (Homero); a partir da terceira geração mitológica, segundo Hesíodo, é ele quem preside a todas as manifestações do Céu. Zeus é o éter, Zeus é a terra, Zeus é o céu. Zeus é tudo o que há acima de tudo:

Depués del reinado de Urano, y de Cronos, del que descende; Zeus simboliza el reinado del espíritu. Él es el organizados del mundo, exterior e interior, de él depende la regularidade de las leyes físicas, sociales y Morales. El; según Mircea Eliade “el arquetipo del jefe de la familia patriarcal”. Dios de la luz, ar es soberano, padre de los dioses y de los hombres (...) en cuanto lanza el relámpago, simboliza el espíritu y el esclarecimiento de la inteligencia humana, el pensamiento que ilumina y la intuición enviada por la divinidad; el la fuente de la verdade. Em cuanto desencadena el rayo, simboliza la cólera de dios, la punición, el castigo, la autoridade ultrajada: el es justiceiro (...) la idea de Zeus como divinidad suprema y como potencia universal esta presente em los poema homéricos. Em los filósofos helenísticos se lo concibe como providencia única.<sup>2</sup>

Lançando o relâmpago, Zeus simboliza o espírito e o esclarecimento da inteligência humana, o pensamento iluminador e a intuição enviada pela divindade; é a fonte da verdade. Desencadeando o raio, simboliza a cólera de Deus, a punição, o castigo, a autoridade ultrajada; portanto, é o justiceiro.

Cuando Zeus hubo arrojado del cielo a los Titanes, la Tierra parió a su hijo menor, Tifoeo, después de haberse unido amorosamente com el Tártaro, gracias a la intervención de l adorada Afrodita. Los brazos de este robusto dios eran aptos para los mayores esfuerzos, siempre dispuestos a la acción, y sus pies infatigables; sobre sus hombros erguianse cien cabezas de serpientes, parecidas al más espantoso dragón, com negruzcas lenguas que vibraban fuera de las bocas; em los ojos de las monstruosas cabezas relucía el fuego debajo de los párpados; y de todas las terribles cabezas salian vocês y sonidos de indecible horror (...) hubiera tenido lugar aquel dia uma incontrastable revolución, llegando Tifoeo a reinar sobre mortales e inmortales, si no hubiese advertido comn su perspcacia el padre de los hombres y de los dioses (...) Zeus, haciendo acopio de su fuerzas, tomó sus armas, que son el trueno, el relámpago y ardiente rayo; luego salto desde lo alto del Olimpo y atacó a Tifoeo, al que hirió (...) los golpes y las heridas fueron repetidas, y Tifoeo cayó mutilado, mientras gemia la vasta tierra (...) y cuando los

<sup>2</sup> ASIS, Rosana Elisabeth. **Arquetipos mitológicos**. Córdoba: Brujas, 2008.

felices dioses hubieron dado por terminada su empresa, resolviendo por la fuerza de las armas el conflicto com los titanes em lo referente a los honores y el poder, incitaron al longividente Zeus Olímpico, siguiendo los consejos de la Tierra, a que subiera al trono y reinara sobre los inmortales. Y Zeus, accediendo, les repartió las divinales prerrogativas.<sup>3</sup>

Apesar de sua grande presença em toda mitologia grega, os principais conflitos de Zeus sempre se manifestam através de sua luta por poder. Ao longo de uma miríade de histórias, Zeus sempre usou da violência como ferramenta para atingir seus objetivos. Os gregos mostram um deus temperamental, que constantemente exige extrema reverência e tratamento magnífico.

Em uma concepção atualizada, é possível assumir o entendimento de que o mito dependa de um tempo e espaço para existir e para ser compreendido. Depende, assim, de uma história. E, há muitas histórias, em tempos diferentes e em um mesmo tempo. Há um paradoxo do tempo que se constitui e se reconstitui simultaneamente nas diferentes perspectivas apresentadas pelos relatos diferentes dos diferentes autores.

Na obra "O mito do eterno retorno" (1991), Eliade compara a percepção do tempo homogêneo, linear e irrepitível com o tempo heterogêneo, pois a tentativa de restringir o tempo real ao tempo histórico linear como um caminho com base no relativismo, existencialismo e historicismo modernos não são capazes de criar mecanismos para fazer com que a humanidade suporte os sofrimentos causados pela consciência da "história", consciência dos "acontecimentos" sem um sentido trans-histórico escatológico, cíclico ou arquetípico.

De acordo com o autor (1991):

Os mitos preservam e transmitem os paradigmas, os modelos exemplares, para todas as atividades responsáveis a que o homem se dedica. Em razão desses modelos paradigmáticos, revelados ao homem em tempos míticos, o Cosmo e a sociedade são regenerados de maneira periódica.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> HESÍODO. **Los trabajos e los días**. Barcelona: Iberia, 1972, p. 99.

<sup>4</sup> ELIADE, Mircea. **O Mito do Eterno Retorno**. São Paulo: Editora Mercuryo, 1991, p. 09.

Com base nesse entendimento, a questão a ser enfrentada na sequência é a da interpretação dos mitos considerando o contexto e o uso dos mitos enquanto arquétipos, quando de seus relatos, a partir da dimensão pragmática de análise da linguagem.

## II Jogos de linguagem na interpretação do mito da Caixa de Pandora

Conta a narrativa de Ésquilo sobre o mito de Prometeu,<sup>5</sup> herói da mitologia grega e dotado do saber da predição, que ele ajudou Zeus a enfrentar a fúria de seu pai, Cronos, quando destronado pelo próprio filho. Entretanto, mais tarde, como Prometeu concedeu ao ser humano o poder de pensar e raciocinar (o conhecimento), além das mais variadas habilidades, o grande deus queda-se contrariado.

Após a tentativa frustrada de se conciliar com Zeus, este movido pelos ciúmes e, assim inconformado pela deferência de Prometeu aos seres humanos, sentindo-se traído enfurece ainda mais e subtrai dos humanos o domínio do fogo. Contudo, na sequência desta história mitológica, mais uma vez Prometeu favorece a humanidade e rouba o fogo do Olimpo.

Diante dessa nova “traição”, Zeus decide punir Prometeu e determina que fique acorrentado no monte Cáucaso por milhares de anos sendo bicado por uma águia para destruir seu fígado. No entanto, sendo Prometeu imortal seu órgão se regenerava e o ciclo se reiniciava todos os dias até ser libertado pelo herói Hércules, que o substituiu no cativeiro pelo imortal centauro Quíron. Deste modo, Zeus tornou-o mortal.

De acordo com a versão clássica do mito da Caixa de Pandora,<sup>6</sup> quando Prometeu foi acorrentado, seu irmão, o titã Epimeteu, não atendeu ao pedido do irmão que o havia prevenido para recusar qualquer presente de Zeus e, assim recebeu de Zeus a primeira mulher que surgiu na terra

---

<sup>5</sup> Ésquilo. **Prometeu acorrentado**. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

<sup>6</sup> SOHNGEN, Clarice Beatriz da Costa & PANDOLFO, Alexandre. **Semiologia do Discurso Jurídico e da interpretação: a reabertura da caixa de Pandora**. In. *Encontros entre Direito e Literatura: pensar a ética, a estética e a política*, 2010.

como presente. Há relatos de versões do mito nos quais na “caixa”, que pertencia a Pandora, eram guardadas as desgraças que poderiam destruir a humanidade e, por curiosidade, foi aberta por Epimeteu. Há também outros relatos que indicam a propriedade da caixa a Epimeteu e, assim foi aberta por Pandora, sendo criado um novo mito que assaltou a terra de malefícios, restando apenas um único benefício: a esperança.<sup>7</sup>

Considerando um campo aberto para interpretações, na obra “Investigações Filosóficas”, Wittgenstein (1945) apresenta a metáfora dos “jogos de linguagem”, que no presente texto, é utilizada na interpretação do mito de Prometeu e da Caixa de Pandora:<sup>8</sup>

Imaginemos em que casos dizemos que um jogo será jogado segundo uma determinada regra!

A regra pode ser um recurso do ensino no jogo. Ela informaria o aprendiz e ensaiaria a sua aplicação. – Ou ela seria um instrumento do próprio jogo. – Ou: uma regra não tem emprego no ensino nem no próprio jogo; ou sequer é relegada a uma lista de regras. Aprende-se o jogo quando se assiste como os outros jogam. Mas nós dizemos que isso é jogado segundo tal e qual regra, porque um observador pode ler essas regras na prática do jogo, – como uma lei natural que as ações do jogo seguem – Como, entretanto, o observador a diferencia, nesse caso, entre uma falha dos jogadores e uma ação do jogo correta? – Há, para isso, indícios na conduta do jogador. Imagine uma característica daquele que corrige um ato falho. Seria possível reconhecer que alguém faz isso, mesmo quando não compreendemos sua língua. (54).

A regra como instrumento do próprio jogo apresenta os significados e busca fervorosamente apreender os significantes. Busca pelos jogos que envolvem a linguagem e o que têm em comum: uma rede de semelhanças que não assegura um único significado, pois parece ser semelhante.

O que significa saber o que é um jogo? O que significa sabe-lo e não poder dizê-lo? Esse saber é um equivalente qualquer de uma definição não proferida? De modo que, quando for proferida, posso reconhecê-la como a

---

<sup>7</sup> LOBÃO, Alexandre. **A caixa de Pandora e outras histórias**. Brasília: Editora Thesaurus, 2000.

<sup>8</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Cambridge, 1945.

expressão do meu saber? Não é o meu saber, o meu conceito de jogo, totalmente expresso pela explicação que posso dar? A saber, em que descrevo exemplos de diferentes tipos de jogos, mostro como se pode construir, por analogia desses, todos os tipos possíveis de outros jogos; digo que quase não mais chamaria isto e isto de jogo; e outras coisas similares. (75).<sup>9</sup>

Desse modo, a semelhança no nível do parentesco é tão inegável quanto a diferença. A analogia do jogo com a linguagem possibilita assumir que um jogo pode não ser delimitado por regras, pois “Não podemos imaginar uma regra que regule a aplicação da regra? E uma dúvida que remova *aquela* regra – e assim por diante? (84).<sup>10</sup>

É possível admitir que uma regra está posta em um dado lugar como sinalização, mas resta argumentar quanto à abertura da dúvida sobre o caminho que deve ser tomado. Ou seja, a regra mostra a direção a ser seguida? “ – E se em vez de uma placa de sinalização, estivesse ali uma cadeia fechada de placas de sinalização, ou corressem giz sobre o chão, só há para eles *uma* interpretação? (85).<sup>11</sup>

É possível também admitir que mesmo a placa de sinalização às vezes deixa aberta uma dúvida e, às vezes, não. Trata-se, portanto, de uma proposição empírica:

E se em vez de uma placa de sinalização, estivesse ali uma cadeia fechada de placas de sinalização, ou corressem riscos de giz sobre o chão, -- só há para eles uma interpretação? Posso dizer, portanto, que a placa de sinalização deixa então aberta uma dúvida. Ou antes: ela às vezes deixa aberta uma dúvida, às vezes não. E isso não é mais uma proposição filosófica, mas uma proposição empírica.

Quando Prometeu supostamente comete o primeiro delito em favor da humanidade, no contexto do entendimento de Zeus o jogo de linguagem está comprometido com as condições das regras estabelecidas “a

<sup>9</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas. Cambridge, 1945, n. 75.

<sup>10</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas. Cambridge, 1945, n. 84.

<sup>11</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas. Cambridge, 1945, n. 85.

priori” pelo deus maior. É impossível argumentar; resta punir, pois não há interpretação.

Quando Prometeu supostamente comete o segundo delito, novamente em prol da humanidade, na mesma concepção de Zeus, a pena é implacável e também não é possível argumentar, pois o deus maior tem o privilégio de silenciar qualquer voz que não seja a sua própria voz. Então, cumpra-se a pena.

Para além dos fenômenos, portanto, as investigações filosóficas de Wittgenstein os ultrapassam e são alocadas nas possibilidades de fenômenos:

Quer dizer, nós refletimos sobre o *tipo de enunciados* que fazemos sobre os fenômenos (...) Nossa consideração traz luz para o nosso problema de resolver os mal-entendidos. Mal-entendidos concernentes ao uso de palavras; evocados, entre outras coisas, por certas analogias entre as formas de expressão em diferentes regiões da nossa linguagem. – Algumas delas deixam-se afastar pela substituição de uma forma de expressão por outra; isso pode ser chamado de “analisar” nossas formas de expressão, porque o processo tem às vezes semelhança com uma decomposição” (90).<sup>12</sup>

A interpretação dos mitos parece indagar como alcançar o nível proposicional diante do enunciado; ou ainda, se qualquer enunciado pode ser elevado ao nível proposicional. Os mitos em sua condição propositiva em uma construção de sentidos assumem uma possibilidade de abertura para a tragédia, que é ordinária, para além de ficcional.

### III Mito trágico, Direito e Literatura

O Direito apresenta uma complexidade histórica em relação ao tempo, que impacta fortemente na interpretação dos textos jurídicos, especialmente no que tange à aplicação das normas, pois os argumentos jurídicos dependem muito das condições dos intérpretes diante dos relatos.

---

<sup>12</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas. Cambridge, 1945.

Nesse sentido, quando Lyotard (1979) denuncia o conflito entre a ciência e os relatos ao questionar a condição pós-moderna do tempo histórico, esclarece que “do ponto de vista de seus próprios critérios, a maior parte dos relatos revelam-se como fábulas” e, assim, se distanciam da verdade com um sentido único, pois favorecem a multiplicidade semântica. Portanto, parece que somente por meio de um metadiscurso com metanarrativas, legitimado pelas “regras do jogo”, é possível garantir a univocidade do enunciado a fim de legitimar a ciência moderna.

Desse modo, um princípio inafastável no processo de interpretação é a regra do consenso entre interlocutores: o valor de cada signo corresponderá a regra que assim o determinou. Esta é uma possibilidade moderna de interpretação.

Por outro lado, a crítica aos metarrelatos apontam para novas possibilidades de interpretação. No caso dos mitos acima descritos, como um exercício de interpretação, cabe assumir a perda do “status” das regras “a priori”, pois não consideram o uso da linguagem no contexto em um nível pragmático de interpretação.

No processo de interpretação do texto trágico, Nietzsche (1992) apresenta um posicionamento intermediário com base nos conceitos de apolíneo e dionisíaco criados a partir das categorias metafísicas de essência e aparência.

De acordo com o autor:

A tragédia absorve em seu íntimo o mais alto organismo musical, de modo que é ela que, tanto entre os gregos quanto entre nós, leva diretamente a música à perfeição; mas, logo a seguir, coloca a seu lado o mito trágico e o herói trágico, o qual então, como um poderoso Titã, toma sobre o dorso o mundo dionisíaco inteiro e nos alivia dele: enquanto, de outra parte, graças a esse mesmo mito trágico, sabe libertar-nos, na pessoa do herói trágico, da àvida impulsão para que a existência e, com a mão admoestadora, nos lembra de um outro ser e de um outro prazer superior, para o qual o herói combatente, cheio de premonições, se prepara com sua derrota e não com suas vitórias.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> MACHADO, Roberto. **Nietzsche e a polêmica sobre o nascimento da tragédia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005, p. 8.

O nascimento da tragédia para Nietzsche não está no antagonismo entre o apolíneo (princípio da individuação) e o dionisíaco (princípio da não individuação; *hybris*), mas a reconciliação entre os dois princípios uma vez que um dos pontos mais importantes da interpretação é a ligação que ele estabelece entre o culto dionisíaco e a arte trágica. O autor defende a hipótese de que “a tragédia imita, simboliza o fenômeno da embriaguez dionisíaca responsável pelo desaparecimento dos princípios apolíneos criadores da individuação: a medida de si e a consciência de si”.<sup>14</sup>

Diante do desafio das interpretações possíveis de proposições míticas a partir dos mitos de Prometeu e Pandora, podem ser elencados alguns temas proposicionais imbricados nas interfaces da temática entre Direito e Literatura como arte trágica: vingança, punição e esperança, por exemplo, são denunciados por Ésquilo através da proteção de Prometeu aos direitos humanos.

Considerando esses sentimentos provocados pela leitura dos mitos, é possível interpretá-los em uma sequência que reconcilia Apolo e Dionísio por meio, inicialmente, de um estado movido pela vingança, que após a condenação e punição se liberta finalmente com a esperança. A esperança de um princípio que agrega os direitos do homem e se irradia pelas regras do jogo aberto de linguagem.

A interpretação unívoca tradicionalmente utilizada nos textos jurídicos parece fixada em um estado trágico que já nasce morto; onde a tragédia se torna mito pela satisfação exclusiva da punição. Entretanto, se trazidas as relações intersubjetivas ao trágico, este pode libertar-se e reconciliar-se com a humanidade na abertura da rede para variadas interpretações.

Nesse sentido, ainda cabe interpretar que no mito trágico de Prometeu seus padecimentos e erros têm origem nele mesmo, na sua natureza e

---

<sup>14</sup> MACHADO, Roberto. **Nietzche e a polêmica sobre o nascimento da tragédia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005, p. 8.

ação.<sup>15</sup> Ele mesmo assume sua livre escolha, pois o personagem afirma que pecou voluntariamente e sem negar que o seu tormento foi criado para ajudar os outros.

De acordo com Jaeger (1995), “Prometeu é o espírito criador da cultura, que penetra e conhece o mundo, que o põe a serviço da sua vontade por meio da organização das forças dele de acordo com os seus fins pessoais, que lhe descobre os tesouros e assenta as bases seguras à vida débil e oscilante do homem”.<sup>16</sup>

Portanto, Ésquilo revela Prometeu como o germe de um símbolo humano imortal e o fogo, como força divina, espírito sensível da cultura.

### Considerações finais

Para além do enfrentamento transdisciplinar entre Direito e Literatura, o desafio deste texto compreende a ruptura com a interpretação literal e exaustiva dos textos jurídicos com base nos mitos de Prometeu e da Caixa de Pandora.

O Titã Prometeu é o arquétipo de defensor dos direitos da raça humana, pois criou os homens do barro, feito de terra e de suas próprias lágrimas sendo o criador e benfeitor da humanidade. Dotado do saber da predição antevê o fim trágico de sua criação e contrariando Zeus, Prometeu rouba o fogo divino (conhecimento) e entrega às suas criaturas, assim garantindo a superioridade dos homens sobre os demais animais.

No entanto, Zeus envia Pandora como castigo: furioso, encomendou ao mestre da *techné*, Hefestos uma mulher belíssima, fascinante, perfeita, com todos os dons, juntamente com um grande e misteriosa caixa; eis a tentação. Era para que os homens fossem castigados em razão de Prometeu ter roubado e lhes entregue o fogo divino, pois o soberano do Olimpo era contrário a esta dádiva, sabia que os homens se julgariam melhores que os deuses e esqueceriam seus deveres para com os semelhantes.

---

<sup>15</sup> JAEGER, Werner. *Paidéia – a formação do homem grego*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p.309.

<sup>16</sup> JAEGER, Werner. *Paidéia – a formação do homem grego*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p.309.

Entretanto, Prometeu com seu dom de previsão alertou seu irmão Epimeteu, mas este não resistiu a Pandora e dentre os dons contava ela também com a persuasão, a imprudência e a curiosidade. Concretizou-se assim o trágico do mito. Pandora não resiste e abre a caixa e saem dela os males que assolam a humanidade: pragas, doenças, guerras, violência, fome, miséria, inveja, vingança.... Desolada, Pandora fecha imediatamente a caixa, mas ainda restou o porvir: a “esperança” para a humanidade.

Em uma perspectiva a partir dos direitos humanos, sem adentrar na discussão terminológica acerca desta expressão, o mito de Prometeu revela uma tragédia que não é individual. Trata de criação e perpetuidade da humanidade, para além de prevaricador, castigado pelo crime de ter roubado o fogo de Zeus, o herói trágico traz luz à humanidade.

Em Prometeu, a personalidade individual, característica das figuras míticas da tragédia e que parece realmente ter vivido não aparece claramente. Assim, o tempo neste mito trágico é atravessado pela imagem da humanidade.

Resta, portanto, a esperança de que as interpretações jurídicas possam ser aprimoradas pelos encontros possíveis com a literatura, sem esquecer os heróis de diferentes tempos e de quaisquer tempos eternamente humanos.

## Referências

ASIS, Rosana Elisabeth. **Arquetipos mitológicos**. Córdoba: Brujas, 2008.

ELIADE, Mircea. **O Mito do Eterno Retorno**. São Paulo: Editora Mercuryo, 1991.

HESIODO. **Los trabajos e los días**. Barcelona: Iberia, 1972, p. 99.

JAEGER, Werner. **Paidéia – a formação do homem grego**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 1979.

NIETZSCHE, Friedrich. **O nascimento da tragédia**. São Paulo: Editor Paulista, 1992.

MACHADO, Roberto. **Nietzche e a polêmica sobre o nascimento da tragédia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

SOHNGEN, Clarice Beatriz da Costa & PANDOLFO, Alexandre. **Semiologia do Discurso Jurídico e da interpretação**: a reabertura da caixa de Pandora. In. Encontros entre Direito e Literatura: pensar a ética, a estética e a política, 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

## **O direito à memória e à verdade e o futuro distópico de Blade Runner, o caçador de andróides**

*Dailor dos Santos*<sup>1</sup>

### **Introdução: a arte, o cinema e *Blade Runner***

A arte tem a capacidade de romper com a linearidade do tempo: para ela não há tempo presente, pois os seus alertas continuamente oscilam entre a retomada do passado e a idealização do futuro. Uma vez concebida, a obra de arte é lançada ao mundo com a surpreendente inclinação, mesmo que jamais tenha sido desejada pelo artista, de tornar-se eterna e, com isso, para sempre restará condenada a um paradoxo: refundar, a cada novo instante em que é retomada, o tempo presente, justamente aquele que não lhe pertence.

A arte, que conjuga o anseio do artista e a percepção de quem a vivencia (o olhar do sujeito-observador), permite reinstaurar narrativas sobre o passado ao mesmo tempo em que fragmenta as perspectivas depositadas no futuro. Essa ruptura é o que continuamente anuncia a arte como inovação e questionamento do instante presente. É próprio da arte alternar sentidos variados sobre o ser humano e abrir compartimentos esquecidos – ou propositalmente apagados – da cultura para resgatar sentimentos, emoções e sensações e conferir-lhes significados até então improváveis.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Público (UNISINOS). Mestre em Direito Público (UNISINOS). Especialista em Direito do Estado (UFRGS). Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo (FEEVALE).

As diversas representações da arte conduzem a novas formas de compreensão do mundo, impactando no modo de condução do tempo presente (para sempre redefinido), de interpretação do tempo passado (em perene questionamento) e de projeção do futuro (continuamente imaginado e desejado). Suas diversas formas de expressão conferem significados díspares, heterogêneos e perenemente cambiáveis sobre a sociedade que nos define – e diante da qual nos definimos – como seres humanos. É pela arte que o homem pode confrontar a realidade e questionar o que a verdade alega ser permanente.

Em outras palavras: “a arte é a atividade propriamente metafísica do homem [...] possibilita uma experiência da vida como sendo no fundo das coisas indestrutivelmente poderosa e alegre, apesar da mudança dos fenômenos” (MACHADO, 2017, p. 43).

Não se pretende aqui conceber uma teoria sobre a arte. A aproximação proposta é diversa e convém desde logo desnudá-la: desde Ricciotto Canudo, com a publicação em 1923 de seu “Manifesto das Artes” o cinema está incluído entre as formas de expressão artística (ARISTARCO, 1961), juntamente com a música, as artes cênicas, a pintura, a escultura, a arquitetura e a literatura. Sabe-se que essa lista – nova manifestação do anseio moderno de catalogação da realidade – não é exaustiva, bastando recordar, atualmente, das fotografias, das histórias em quadrinhos, da arte digital e até mesmo dos videogames, que igualmente são, hoje, admitidos como representações artísticas.

As narrativas cinematográficas – que para Ricciotto Canudo elevariam o cinema à condição de arte total e o definiriam como a “arte plástica em movimento” (FIGURELLI, 2013) – permitem uma aproximação específica e própria da realidade abordada. O apelo estético do cinema possibilita percorrer o tempo – passado, presente e futuro – sem a necessidade de uma ordem sequencial lógica, e também admite que novos questionamentos e reflexões surjam, no sujeito-observador, não apenas a partir dos diálogos mantidos pelo elenco do filme. A força da imagem – ou

da fotografia, se assim se preferir –, conjugada à dramaticidade das interpretações, à trilha sonora e à intensidade do enredo conferem ao cinema um local próprio na forma de manifestação artística.

O cinema, todavia, não se resume ao seu próprio anúncio. Existem divisões de gêneros, à semelhança do que ocorre com a literatura, que conduzem a novas significações, tanto dos limites estéticos como das potencialidades discursivas da sétima arte. Essas distinções são facilmente percebidas quando um filme é anunciado como um documentário, um drama, um romance ou até mesmo uma comédia, por exemplo. Sabe-se, a partir disso, até mesmo o que se pode ou não esperar da obra artística.

Embora a arte possa romper com o tempo, também ela é (novo paradoxo!) refém de seu tempo e de suas vicissitudes: o questionamento nunca será absoluto e muito menos poderá ser neutro. Não seria diferente com o cinema. Existem, apesar disso, perspectivas (não seriam portais?) que permitem novas abordagens (não seriam fugas?), a fim de possibilitar ao sujeito (e também ao artista, por que não?) um novo olhar para uma realidade possível, ou seja, uma realidade aparentemente improvável capaz de apontar as verdades e fragmentá-las em um fantástico e aparentemente irreal futuro. Aqui situam-se as utopias e as distopias, terreno fértil para a disseminação de obras de arte de ficção científica, tema que ocupa sobremaneira a literatura e o cinema.

A ficção científica é o aguçamento das potencialidades da arte, por uma simples e ao mesmo tempo complexa razão: ela não conhece limites de tempo e espaço. Em verdade, ela – e aqui interessa a ficção científica cinematográfica – busca justamente questionar, deturpar ou alterar os limites e as possibilidades do ser humano em uma realidade cujos tempo e espaço são, em alguma medida, diferentes daqueles que a humanidade vivencia. É justamente a concepção de uma realidade paralela, em que se deseja averiguar de que modo poderá nela sobreviver e progredir a humanidade, o desejo incontido da ficção científica.

A arte, o cinema e a ficção científica permitem ao sujeito desconstruir a realidade, questionando verdades e conjecturando novas formas de situar-

se no (e perante o) mundo. A arte permite a reinvenção e, com isso, a refundação da própria identidade. Talvez seja justamente esse o ponto central a ser desvendado (e que jamais será inteiramente compreendido): qual o sentido possível da identidade humana? Esse desafio, imenso e talvez até mesmo irrealizável, que Charles Taylor percebeu logo nos primeiros parágrafos de *As fontes do Self* ao dispor que “os sentidos de interioridade, liberdade, individualidade e de estar mergulhado na natureza” definem a identidade moderna (2013, p. 9), deverá ser encarado também a partir do que lhe diz o cinema e, em particular, as obras de ficção científica. Não estaria a resposta pretendida justamente no exagero dos mundos paralelos, onde o ser humano, diante do extremo e dos limites de sua natureza, deve encontrar modos de assegurar a sua autenticidade e descobrir possíveis caminhos para a alteridade? Segundo Dick, cuja obra literária inspirou o filme *Blade Runner*, citado por Fresán (2017, p. 33), a ficção científica “é o campo ideal para a discussão das ideias puras [...] a má ficção científica acontece predizendo, a boa ficção científica parece que prediz”.

As narrativas de ficção científica – e aqui surge a primeira remissão às abordagens sugeridas pelo cultuado filme *Blade Runner* – possibilitam um novo olhar sobre a definição do indivíduo e de sua identidade quando, em uma mesma sociedade, coexistem seres biologicamente humanos e seres moldados à imagem de seres humanos biológicos (o que define o ser humano enquanto tal?), permitem questionar o papel do Estado diante das inovações tecnológicas, como por exemplo a produção industrial de andróides, em tudo semelhante aos seres humanos, fabricados para trabalhos perigosos (as novas tecnologias podem ser livremente exploradas pelo mercado ou compete ao Estado regular a sua produção?) e conduzem a novas avaliações sobre as possibilidades do Direito quando o estatuto de humanidade é colocado em questionamento e quando a atividade policial é exercida de modo ilimitado (qual a função do Direito em face das insuficiências do Estado, diante de períodos de exceção e a partir da ineficácia de políticas de Direitos Humanos?).

Esses questionamentos serão abordados, aqui, a partir do filme *Blade Runner*, o caçador de andróides, em suas duas versões, a primeira, lançada em 1982, e sua continuação, *Blade Runner 2049*, de 2017, produções cinematográficas com 35 anos de diferença. Alguém ainda perguntaria, cético talvez da abordagem que pretende dialogar sobre o Direito a partir de um filme de ficção científica, eventualmente até mesmo sobre a escolha da obra (por que *Blade Runner* e não, por exemplo, o clássico literário *1984* de George Orwell ou, então, talvez, algum documentário cinematográfico de cunho social, certamente mais verossímil e potencialmente aberto a maiores aproximações com o Direito?).

A dúvida, embora legítima, se fosse formulada nesses termos ignoraria a abertura extrema de tempo e espaço que uma obra de ficção científica admite e que a trama ficcional de *Blade Runner*, em particular, concebe. Sua distopia, em um Estado policial, entregue às grandes corporações industriais, em que o Direito ocupa um papel secundário e no qual os Direitos Humanos fragmentam-se diante da busca da humanidade por sua própria sobrevivência, revela-se (novo paradoxo!) extremamente atual e desafiadora.

Afinal, “no decorrer da era moderna, a ciência e a tecnologia foram consideradas os principais veículos do progresso, os maiores promotores do bem-estar humano e os melhores bens sociais. A perda de fé nelas leva, em parte, aos perigos à espécie humana resultantes do descontrolado e excessivo desenvolvimento industrial-tecnológico” (BEST; KELLNER, 2017, p. 310). Seria essa citação ficção científica ou realidade? Na verdade, é ela que conduz o enredo e a própria distopia imaginada em *Blade Runner*.

## **1. O futuro virou passado: a memória como pertencimento**

*No início do século XXI, a Tyrell Corporation levou a evolução robótica até a fase NEXUS – um ser virtualmente idêntico ao homem – conhecido como Replicante. Os replicantes NEXUS 6 eram superiores em*

*força e agilidade e no mínimo tão inteligentes quanto os engenheiros genéticos que os criaram. Replicantes eram usados fora da terra como escravos na arriscada exploração e colonização de outros planetas. Após um motim sangrento de uma equipe de combate NEXUS 6 em uma colônia, os Replcantes foram declarados ilegais no planeta Terra – sob pena de morte. Esquadrões especiais da polícia – UNIDADES CAÇADORAS DE ANDROIDES – tinham ordens de atirar para matar quando detectassem qualquer Replcante transgressor. Isso não era chamado execução. E sim retirada.*

Exatamente assim, com esse aviso textual, inicia o filme *Blade Runner – o caçador de andróides*. Na verdade, assim principia o filme de ficção científica lançado em 1982 e dirigido por Ridley Scott. Seu início já é uma espécie de presságio, desafiando em poucas palavras as possibilidades do Direito, do Estado e as insuspeitas conexões com as novas tecnologias.

Os *Replcantes* foram criados de modo idêntico aos seres humanos. Eram seres humanos? O que diferenciava humanos e replicantes? Se eram virtualmente idênticos aos seres humanos, por que foram escravizados para trabalhos arriscados em outros planetas? Ao participarem de um motim, tinham eles consciência de sua própria liberdade e individualidade? Que espécie de Estado admite que a polícia atue sumariamente, objetivando a execução imediata da pena de morte?

A história, no primeiro *Blade Runner* (há inúmeras versões distintas, todas oficiais, do mesmo filme, sendo que somente a última, de 2007, apresenta a editoração completa do diretor, Ridley Scott), ocorre em novembro de 2019 em Los Angeles. Rick Deckard, um ex-policia, interpretado por Harrison Ford, é levado pelo policia Gaff ao escritório do inspetor Bryant, que lhe incumbe de encontrar e exterminar (no filme é utilizada a expressão “aposentar”) quatro replicantes (Roy, Leon, Pris e Zhora) que estão em Los Angeles ilegalmente, após o motim havido em uma colônia interplanetária. Todos os replicantes, modelos nexus 6, são idênticos a um ser humano e foram produzidos pela Tyrell Corporation. Coagido a executar essa tarefa, Deckard conhece, durante suas investigações, Rachael, uma

replicante ainda mais evoluída, também produzida pela Tyrell Corporation, que lhe é apresentada pelo dono da empresa, Eldon Tyrell e pela qual, durante a trama, se apaixona. Os replicantes são sucessivamente “aposentados”, em perseguições que percorrem o cenário distópico, futurista e *noir* de *Blade Runner*, em um ambiente que mescla uma chuva constante, decorrente das alterações ambientais de um mundo poluído, a cores vibrantes de letreiros e anúncios publicitários em neon, com carros voadores e edifícios imensos em uma cidade gigantesca, extremamente povoada e, ao mesmo tempo, aparentemente abandonada em sua arquitetura e em sua organização espacial.

A “aposentação” dos replicantes perdura até que reste o último deles, Roy, o mais inteligente entre os quatro. Deckard e Roy envolvem-se em um violento confronto, até que o policial, na tentativa de salvar-se, escorrega e fica preso no alto de um edifício. Nesse exato instante, Roy percebe que está prestes a morrer e inesperadamente salva Deckard da queda iminente. Ao retornar para seu apartamento, Deckard reencontra Rachael e ambos fogem. Assim termina o filme, com o perdão do *spoiler*.

Uma pausa aqui: como Roy, um replicante, percebeu que estava prestes a morrer? Foi justamente essa a razão do motim na colônia interplanetária e da sua chegada, com três outros replicantes, a Los Angeles. Fabricados pela Tyrell Corporation, os replicantes tinham inteligência e força extremas, maiores do que qualquer ser humano biologicamente concebido. Todavia, e também por essa razão, lhes era introduzido na programação um prazo de “vida”, de quatro anos, ao fim do qual eles, os replicantes, simplesmente deixariam de funcionar. Os replicantes não sabiam desse prazo, apenas tinham ciência de que lhes fora fixado um período de “funcionamento” e desejavam aumentar, indefinidamente, esse prazo, por se considerarem humanos.

Assim que salva Deckard da queda do edifício, Roy narra sua própria existência e reclama para si o estatuto de humanidade: “Vi coisas nas quais vocês nunca acreditariam. Naves de ataque em chamas perto da borda de Orion. Vi a luz do farol cintilar no escuro no Portal de Tannhäuser. Todos

esses momentos se perderão no tempo como lágrimas na chuva. Hora de morrer”. Ao dizer isso, extingue-se o tempo de Roy e ele “morre”.

O futuro distópico de *Blade Runner* não se contenta, portanto, com o anúncio objetivo de uma sociedade sobrevivente a alguma catástrofe, nuclear, natural ou social. O mundo de 2019 imaginado no *Blade Runner* de 1982, em que a cidade de Los Angeles se perde entre chaminés gigantes que lançam chamas continuamente em um céu escuro, onde edifícios, também em formas piramidais, se erguem colossais e onde a tecnologia anuncia-se como definitiva e extrema (armas com elevado poder de fogo, andróides convivendo com humanos, um secador de corpo inteiro, carros híbridos – voadores e terrestres, radares digitais em cada veículo, *outdoors* eletrônicos em cores gritantes e neons fantásticos, anúncios de comercialização imobiliária em outros planetas, animais – idênticos aos naturais – fabricados industrialmente, entre outros artefatos surpreendentes), paradoxalmente admite o convívio, em um só espaço, entre o tempo passado e o tempo futuro.

Junto às inovações do futuro coexistem resquícios do passado, igualmente ativos e úteis: quando Deckard encontra-se com o inspetor Bryant, seu escritório, extremamente mal iluminado, revela no alto do teto um ventilador em linhas antigas, em movimento quase inerte, o que é improvável em um mundo futurista em que replicantes, idênticos aos seres humanos, habitam o planeta Terra. Outro exemplo da conjugação passado-futuro: ao perseguir a androide Zhora, Deckard encontra-se em um bar cujos frequentadores vestem roupas que ao estilo da década de 1940-50, e fumam desesperadamente algo que remete a ópio, ao mesmo tempo em que ele faz uma videochamada para Rachael em um telefone público futurista e vê que a cobra utilizada por Zhora em seu show no bar não é real, mas uma criação industrial idêntica ao animal biológico. Uma definitiva ilustração do estreito vínculo temporal em *Blade runner*: enquanto algumas pessoas utilizam, em dias chuvosos (e praticamente todos os dias na distopia futurista são chuvosos), guarda-chuvas com cabos luminosos

em neon, outras alimentam-se amontoadas na rua de modo quase rudimentar, e, na mesma cena, Deckard aparece sentado lendo um jornal impresso em papel tendo ao fundo uma vitrine repleta de neons disformes e monitores em contínuo funcionamento e, à sua frente, no céu escuro, um dirigível eletrônico gigantesco, com um tela imensa, à semelhança dos televisores de tecnologia LED atualmente comercializados, emoldurado por neons em um matiz alaranjado vibrante, propondo a vida em outro planeta.

Percebe-se, assim, que a distopia de *Blade Runner* conjuga, em uma mesma narrativa, o passado e o futuro no imaginado tempo presente. O tempo presente no filme é construído a partir dessas intromissões insuspeitas do passado no futuro. Esse jogo temporal é decisivo na compreensão do filme, não apenas na delimitação do cenário ou da fotografia, mas na própria fundamentação do enredo, ou seja, na demonstração das razões pelas quais Deckard e os replicantes, no fundo, questionam os limites da identidade humana, o que se torna claro quando o caçador de androides investiga o quarto de Leon:

Deckard encontra escondida no fundo de uma gaveta uma série de fotos que os replicantes tiravam de si mesmo com frequência. Isto o deixa intrigado, por não conseguir entender as razões pelas quais eles tiravam e guardavam essas fotos. Mas, pensando as fotos como paralisações do tempo, no sentido de um recorte do fluxo temporal, se por um lado elas poderiam ser percebidas como petrificações deste tempo, por outro, nada mais fariam do que ressaltar, pela pseudo-presença deste mesmo tempo, os indícios de sua ausência. Como se fosse uma prova negativa, a existência das fotos dá a eles o que eles não possuem: um passado, uma história, uma vida inteira, com começo, meio e fim. São, portanto, a prova definitiva de que eles possuem um passado, que seu tempo transcorre como qualquer outro, como o de qualquer outro (MENEZES, 1999, p. 143).

O que buscam os replicantes, motivando a fuga para Los Angeles na tentativa de ampliar o ciclo de vida fixado pela Tyrell Corporation, é o anseio de que a sua memória não apenas exista, mas também persista. Há,

nos replicantes, um súbito desejo de imortalidade que imediatamente realça a finitude humana. Também aqui há um encontro do passado e do futuro. As fotos encontradas por Deckard, anunciam a tentativa de construção do passado e igualmente indicam a busca da perpetuidade, anseio último da memória. As fotos serviriam como um sinal de que eles, os replicantes, como qualquer outro ser humano, existiram e percorreram o seu caminho de vida no curso da história, sem que qualquer outro ser humano, corporação ou órgão governamental pudesse fixar o momento do fim de sua existência ou reduzir as suas impressões próprias do mundo a um esquecimento imposto.

Há em *Blade Runner*, portanto, uma construção ética da memória a partir da noção de pertencimento. Os replicantes querem ser lembrados, não aceitam ser esquecidos; e reclamam esse reconhecimento porque, ao fim, não admitem que lhes seja atribuído outro estatuto que não seja o humano. E isso se faz decisivo para a compreensão do Direito à Memória e à Verdade. Em síntese, o que os replicantes desejam é que suas memórias sejam aceitas, tanto quanto qualquer lembrança que outros seres humanos constituem e preservam. Há, nisso, uma clara vinculação entre memória e pertencimento: afinal, por que certas memórias (as *minhas* memórias, diriam os replicantes), não mereceriam proteção do Direito e reconhecimento do Estado?

A situação dos replicantes, contudo, complica-se ainda mais diante da natureza policial do Estado em 2019 (seria ficção ou realidade?). O Estado, a quem o filme sequer faz referência, é representado a partir da atuação policial: à margem de qualquer Direito, compete aos caçadores de andróides (daí o nome *blade runners*) unicamente exterminar os replicantes insurgentes. A morte dos replicantes é chamada confortavelmente de “aposentadoria”, o que bem explicita a inaptidão pós-moderna em abordar os efeitos de suas escolhas: “os mal-estares da pós-modernidade provêm de uma espécie de liberdade de procura do prazer que tolera uma segurança individual pequena demais” (BAUMAN, 1998).

Paradoxalmente, embora não sejam escassas as obras que tratam do tema, o conceito de pós-modernidade é dado de modo expressivo em um dos textos que integram a edição comemorativa dos 50 anos do livro que inspirou *Blade runner – Androides sonham com ovelhas elétricas?* – de Philip K. Dick: o conceito de pós-modernidade caracteriza “as dificuldades do tempo presente, o que envolve impressionantes metamorfoses e controvérsias polêmicas. Envolve abandonar suposições e métodos da teoria moderna e abraçar novos modos de economia, sociedade e forma de governo que ajudam a criar novas teorias, ciências, tecnologias, formas culturais, meios de comunicação, experiências políticas e identidades” (BEST; KELLNER, 2017, p. 310, nota 2).

Reclamar o estatuto humano é algo que não compete a seres industrialmente fabricados, ainda que à semelhança total de outros seres humanos. É isso que preconiza a atuação policial; é isso que admite a Tyrell Corporation. Os replicantes, no filme, não são, todavia, meros clones de outros seres, também não são simples robôs. Eles possuem uma inteligência própria e também uma interioridade (TAYLOR, 2013) que lhes permite compreender e questionar o mundo e buscar o seu lugar na – e perante a – sociedade. Eles buscam o pertencimento; pertencimento e memória – seja na ficção distópica de *Blade runner* seja na realidade plasmada de Estados pós-modernos em um mundo globalizado – são interdependentes e sua correlação é inadiável.

Como, então, seria possível distinguir replicantes de seres humanos biológicos? Em *Blade Runner* a distopia imaginada concebe um aparelho, chamado “Voight-Kampff”, capaz de medir as manifestações corporais e, principalmente, os movimentos oculares a partir de respostas dadas, durante uma entrevista, a questões previamente formuladas e dispostas ao entrevistador, que despertam o sentido de empatia humana. Segundo Deckard, após vinte ou trinta perguntas com o uso do aparelho, é possível afirmar se o entrevistado é humano ou um replicante. Rachael submeteu-se a esse teste, levando mais tempo para Deckard descobrir que se tratava de uma replicante, em razão das memórias que lhe foram implantadas por

Tyrell. Resumo: a empatia necessita de um passado para que possa ser detectada, o que evidencia os três eixos que definem o Direito à Memória e à Verdade: tempo – pertencimento – memória.

Os replicantes, na trama distópica de *Blade runner*, anunciam aos humanos a importância do pertencimento no espaço comum ao grupo social (*habitus*). É nesse espaço que a empatia pode ser concebida. Empatia ou alteridade parecem fundir-se em um só rumo em *Blade runner*; não porque assim o seja, mas porque a interioridade reclamada pelos replicantes corresponde à mesma angústia humana: “Porque a presença em face de um rosto, a minha orientação para Outrem só pode perder a avidez do olhar transmutando-se em generosidade, incapaz de abordar o outro de mãos vazias” (LEVINAS, 1980, p. 37). Era o mesmo rosto do Outro que se submeteu ao teste do aparelho “Voight-Kampff”; era o mesmo rosto do Outro que reclamava um passado e também a superação de um fim previamente definido por uma empresa; era essa mesma alteridade que, no filme, se mostrou irrelevante ao Estado e ao Direito.

Embora Ricoeur (2007) e Todorov (2000), concordem que a prática da memória esteja ligada à ideia de pertencimento a um determinado grupo social, o que define de imediato a construção política da memória, também a afirmação do Direito à Memória e à Verdade depara-se com contrassensos aparentemente ficcionais: nem todas as memórias trafegam pelo mesmo espaço político, o que abre espaços para memórias subterrâneas (POLLACK, 1989). Além disso, pode-se avançar no paradoxo: é a rememoração quem traz consigo o pressuposto do pertencimento ou, ao contrário, é o pertencimento que, para se caracterizar, continuamente recorre à rememoração?

Não há um posto de primazia na relação entre pertencimento e memória, o que de pronto esvazia o questionamento proposto. O passado reclamado por todos, não como certeza, mas como identidade, implica um resgate da situação de mundo que define as cadeias de memória e as aloca como verdadeiro processo político. Por outro lado, sem o recurso à memória – em casos, por exemplo, em que o acesso ao passado é vedado

– precária resta a ideia de pertencimento: sem a permissão de vasculhar a memória, não há passado comum e não há tempo presente compartilhado, o que torna o futuro incerto e improvável.

A memória, portanto, não existe por si só. Não há, nela, uma possível autolegitimação. Ganha importância, a partir disso, o caráter político da própria memória, que emerge onde a confluência temporal assim o permite, ainda que memórias subterrâneas jamais possam ser apagadas, seja das luzes cintilantes do farol no Portal de Tannhäuser vistas pelo replicante Roy seja das lembranças das violências sofridas por perseguidos pela ditadura militar brasileira, dos campos de extermínio nazistas, do holodomor stalinista, da conquista da América pela Espanha e Portugal, do extermínio indígena na América do Norte, da escravidão imposta aos povos africanos ou de qualquer vítima de qualquer violência de qualquer tempo.

Como, então, compreender a efetiva relação entre pertencimento e memória? Os processos mnemônicos – e as políticas de memória – originam-se da inter-relação entre indivíduos e sociedade: “[...] la representación del pasado es constitutiva no sólo de la identidad individual – la persona está hecha de sus propias imágenes acerca de si misma – sino también de la identidad colectiva” (TODOROV, 2000, p. 51). O pertencimento a um grupo social, assim, é pressuposto para evitar o esquecimento. Paradoxalmente, somente se torna possível assumir o pertencimento a partir da integração em cadeias de memória, sejam elas oficiais ou, ainda, subterrâneas.

A memória, portanto, traz consigo o apelo ético da identidade, individual e coletiva. Por meio da memória exercita-se o pertencimento. Pelo pertencimento nutrem-se novas memórias e resgatam-se relatos aparentemente superados ou que pareciam esquecidos. Esse ciclo situa o Direito à Memória e à Verdade. Em sua dimensão individual, a memória – que dá contornos ao Direito à Memória e à Verdade – permite a afirmação identitária: é a memória, com a permissão de acesso ao passado, que possibilitará a perpetuidade do passado (o que difere, de modo absoluto,

de imortalidade). A memória não nega a finitude; porém, desafia os seus efeitos quando insiste em assegurar que mesmo depois do fim haverá a possibilidade de resgate do passado, individual e comum. Em sua dimensão política (muitos preferirão a expressão “memória coletiva”, o que não pode ser tomado como sinônimo por se referir a outro aspecto da rememoração), a memória permite confrontar políticas de Estado, esquecimentos impostos, relatos ignorados, retornos autoritários e vítimas superadas pelo tempo e pelo progresso. A memória situa o indivíduo no grupo social e, para o grupo social, impede que cenários de violência que o aplacaram, sejam simplesmente apagados do rastro histórico.

A pretensão da memória, desse modo, não pode ser previamente delimitada, sob pena de fazer-se da memória um instrumento violento, já que os esquecimentos impostos obstarão o acesso à rememoração: o passado, todo ele, em todas as suas derivações, importa às políticas de memória, oficiais ou subterrâneas.

Assim, as fotos tiradas pelos replicantes indicam um alerta por vezes esquecido no ainda latente ano de 2019: a construção do passado não se dá apenas segundo narrativas circunscritas por planos concebidos no futuro. O passado existe em sua totalidade e não há a possibilidade de simplesmente subverter o curso dos acontecimentos já ocorridos para, então, repetir a mesma história do progresso em que os vencedores (ou os atores preferidos) podem ter voz. O ônus dessa opção, que não raras vezes é adotada, principalmente em tentativas de retomada de práticas totalitárias ou, ainda, na busca de apropriações ideológicas da memória (o conhecido e inconsequente jogo “esquerda *versus* direita”), não pode ser aceito pelo Direito quando transmuta a exigência ética da memória na conjugação jurídica de que há um Direito Humano à Memória e à Verdade.

A razão para essa recusa não é ficcional: a seletividade da memória, quando levada ao extremo da negação de episódios do passado, gera a mesma violência que a memória, em sua gênese, buscou combater. Com a eleição das memórias que importam e daquelas que não interessam há apenas a repetição da violência e a geração de novas vítimas, a quem o

passado foi proibido. Negar a memória é negar o passado, o pertencimento e a interioridade.

Por força dessas implicações, não pode a memória ser aceita em uma concepção meramente utilitária. O anseio da memória é o passado e ainda que, em dado momento, não possa ele ser totalmente revisitado, não há como negar o apelo ético de que a memória é, em si, uma afirmação da própria justiça (TIMM, 2009).

Isso impõe a necessidade de uma depuração da própria seletividade da memória, a fim de que todos os relatos que compõem o passado, inclusive como forma de aplacar a violência e evitar a repetição de tendências totalitárias, sejam aceitos.

Não se trata – convém deixar sublinhado – de aceitar a reescrita do passado, a negação de verdades históricas ou a revisão da própria história: para esses extremos, continuamente desejados no contínuo jogo de afirmação do poder, mormente em tempos pós-modernos de *fake news*, paradoxalmente será a própria memória o antídoto capaz de evitar que o passado se despedace em narrativas excludentes ou ideologicamente aceitas.

Se a memória caminha ao lado do pertencimento, como *Blade runner* projetou, então também está em suas imediações a ideia de (re)conciliação. O passado comum exige uma memória política construída conjuntamente, já que ele não pertence a um único titular. É inerente à memória, assim, a possibilidade de superação de episódios violentos ou traumáticos. Não fosse assim, por que rememorar? Seria o Direito à Memória e à Verdade um delírio narrativo, destinado unicamente a permitir a punição desenfreada de um Estado policial ou, na verdade, busca a memória justamente preservar a noção de humanidade e pertencimento inerentes à identidade humana?

A memória, portanto, é uma construção política e por isso mesmo seletiva, intrinsecamente inclusiva e aberta à conciliação. Afirmar o Direito Humano à Memória e à Verdade corresponde a admitir que o tempo, passado, presente e futuro, não é monopólio ideológico e que as verdades

históricas não podem ser negadas por apropriações exclusivas do curso temporal e por eventuais detentores do poder.

O passado para sempre nos solicita e nos obriga, em todas as suas derivações de apego ao progresso: “o passado traz consigo um índice misterioso, que o impele à redenção. Pois não somos tocados por um sopro do ar que foi respirado antes? Não existem, nas vozes que escutamos, ecos de vozes que emudeceram?” (BENJAMIN, 2008, p. 223). A quem pertence esse passado? Talvez a pergunta mereça reformulação: a quem *não* pertence o passado? E talvez isso deixe claro que limitar o acesso ao passado a qualquer pessoa, por exageros seletivos da própria memória, corresponde à vedação do pertencimento e da interioridade.

Insere-se a memória, assim, na *sociedade dos indivíduos* (ELIAS, 1994), ou seja, amolda-se ela à coesa junção entre indivíduos e sociedade que não possibilita sequer compreender a sociedade sem indivíduos e a individualidade fora da construção social. A correlação é contínua e integrada: nenhum indivíduo pode constituir a sua interioridade e a sua liberdade fora da sociedade. Não há prevalência entre ambos; há apenas coexistência. Assim, a pergunta deixa de se pautar pela utopia de um possível convívio para buscar a compreensão de *como* é possível, na sociedade, a confluência de milhares de existências individuais, ligadas por projetos comuns e distanciamentos que, na verdade, revelam elos de proximidade silenciosa e consentida. A analogia de Elias (1994, p. 20) segue atual: “a ideia de, ‘na realidade’, não existir sociedade, apenas uma porção de indivíduos, diz aproximadamente tanto quanto a afirmação de que, na ‘realidade’, não existem casas, apenas uma porção de tijolos isolados, um monte de pedras”.

Isso afasta a oposição binária *Eu – Outros* como possibilidade de compreensão do agente humano. Importa, na verdade, como cada indivíduo vivencia o *Eu* e o *Outro*, o que implicará a assunção pela sociedade de critérios morais, políticos e jurídicos para limitar e regular esse modo de compreensão e aceitação (ELIAS, 1994). A memória será a mediadora

dessa regulação, pois fará a filtragem entre o passado e o futuro. O resultado dessa operação chama-se tempo presente. É onde se situam os limites do Direito à Memória e à Verdade. Disso emergem os riscos em impor limites à memória, com o aguçamento de sua seletividade.

Como é política, a memória atua junto ao corpo social, em cadeias comunicacionais intergeracionais, oficiais ou subterrâneas. Assim, a subjetividade evidencia-se a partir do pertencimento e da assunção da memória como discurso possível e permitido, não porque foi consentindo por outrem, mas porque é inerente à própria interioridade: “Vi coisas nas quais vocês nunca acreditariam”, diz o replicante Roy em seu angustiante apelo ao próprio passado e às suas reminiscências.

Porém, de que servirá a ele recuperar o seu passado quando não há alguém disposto a conjugá-lo em narrativas futuras sobre o mesmo tempo vivido? O pertencimento a um grupo, portanto, é pressuposto da própria rememoração, pois do contrário, ainda que rememorar seja importante, não haverá alguém para levar adiante o processo mnemônico (TODOROV, 2000). Foi justamente o pertencimento que restou negado aos replicantes, pois não eram eles humanos; eles não tinham um passado e, junto a isso, foi-lhes negada a construção das memórias do que efetivamente viveram.

O pertencimento se desenvolve como identidade comum, manifestada no *habitus*, comum ao grupo social como espaço de afirmação (ELIAS, 1994). Conseqüentemente, a identidade do grupo e a identidade individual ligam-se indissolúvelmente, justamente a partir da memória. Esse jogo identitário recíproco “[...]dá a cada indivíduo um passado que se estende muito além de seu passado pessoal e permite que alguma coisa das pessoas de outrora continue a viver no presente” (ELIAS, 1994, p. 182). A memória, desse modo, deixa de ser individual ou própria e passa a corresponder à imagem-do-nós (ELIAS, 1994), a quem o passado tem a função de permitir a sobrevivência do próprio grupo. Compreensível, assim, a busca dos replicantes, em *Blade runner*, da explicação sobre o seu tempo de vida e sobre a memória que lhes foi negada.

O futuro virou passado: 2019, o futuro imaginado em *Blade Runner*, já ocorreu; nem todas as visões distópicas do filme se concretizaram e o mundo, apesar de tudo, ainda é um lugar agradável e ensolarado, e não há a possibilidade de mudar-se para outros planetas. Entretanto, mesmo nesse futuro – agora presente palpável – a memória persiste ocupando um lugar de destaque na definição da individualidade e na afirmação do *habitus* do pertencimento; a duros esforços consagra-se o Direito à Memória e à Verdade como um Direito Humano e persistem as lutas, aparentemente ficcionais, contra os assombros caóticos das *fake news* e dos discursos de negação de verdades históricas.

## 2. O futuro do futuro: a memória segue decisiva

O filme *Blade runner* foi inspirado na obra literária, também de ficção científica, de Philip Kindred Dick intitulada *Androides sonham com ovelhas elétricas?* de 1968. O filme, seguido da leitura do livro – ou vice-versa –, indica que a inspiração deu-se apenas em parte: *Blade runner*, nome escolhido para o filme em razão do seu apelo comercial, vale-se de alguns – não todos – elementos literários da obra de Dick, mas deixa em aberto questões abordadas de modo mais profundo no livro: a temática ambiental e a influência religiosa e midiática na sociedade, por exemplo (DICK, 2017).

Isso não impediu, contudo, a continuidade da saga *Blade runner*, que em 2017 foi contemplada com a obra cinematográfica *Blade runner 2049*, clara alusão aos 30 anos decorridos entre 2019 (o ano do primeiro *Blade runner*) e 2049 (ano em que se passa o novo *Blade runner*). Será 2049 o ano em que a humanidade experimentará carros voadores, aparelhos de radiografia portáteis, a convivência com replicantes e o declínio da civilização?

Nesse novo filme, dirigido por Denis Villeneuve, um replicante, chamado K, trabalha na polícia de Los Angeles como caçador de andróides, tendo como missão “aposentar” antigos modelos de replicantes. Após “aposentar” o replicante Sapper Morton, em uma fazenda de proteínas, K

encontra uma caixa enterrada que continha restos mortais de uma replicante, descobrindo, posteriormente, que o óbito decorreu de complicações no parto. Todavia, como a gravidez em replicantes era, até então, impossível, e a fim de evitar uma guerra civil diante da possibilidade de procriação dos replicantes, K recebe ordens de sua superior, a Tenente Joshi, de encontrar e “aposentar” a criança. A fim de encontrá-la, K procura nos arquivos da Wallace Corporation (sucessora de Tyrell Corporation) dados a respeito da replicante encontrada, descobrindo tratar-se de Rachael, a replicante do primeiro *Blade runner*.

Niander Wallace, proprietário da Wallace Corporation, na tentativa de instituir a reprodução entre replicantes e com isso aumentar os lucros de sua empresa, ordena a Luv, replicante altamente desenvolvida, que obtenha os restos mortais de Rachael e acompanhe as investigações de K sobre o paradeiro da criança.

Enquanto as investigações seguem, K depara-se com um tronco de árvore existente na fazenda de proteínas em que consta, esculpida, a mesma data das memórias artificiais que lhe foram dadas, e que também coincidem com a mesma data registrada em um brinquedo de infância que lhe pertenceu: um cavalo de madeira. Acredita K que suas memórias, então, não foram simplesmente implantadas, mas são reais, o que o leva a acreditar que era o filho de Rachael. Para comprovar essa hipótese, K busca auxílio de Ana Stelline, designer de memórias que informa a K que é ilegal implantar memórias reais em replicantes. Isso reforça a crença de K de que ele é o filho concebido por Rachael.

A investigação de pontos de radiação no cavalo de madeira conduz K a Las Vegas, cidade totalmente em ruínas, em outra visão arquitetônica apocalíptica e ainda mais distópica, onde encontra Deckard, até então considerado desaparecido. Atacado por Luv, que o segue, K é salvo por um grupo de replicantes que luta por liberdade, liderado por Freysa, que revela a K a história de Rachael e diz que ela deu à luz uma menina. Ao mesmo tempo em que agride violentamente K, Luv captura Deckard e o leva a Niander Wallace.

Como Deckard recusa-se a colaborar com as pretensões da empresa de Wallace em gerar replicantes com capacidade reprodutiva, Luv o transporta para outro local, a fim de torturá-lo; todavia, K intercepta o veículo e, conseguindo matar Luv, conduz Deckard até Ana Stelline, sua filha real, o que foi descoberto, na verdade, pela própria designer de memórias ao verificar que eram suas as memórias implantadas em K.

Em *Blade runner 2049* a inovação está justamente em anunciar a possibilidade de geração de vida a partir de um replicante. Se antes o anúncio distópico alicerçava-se na distinção entre humanos e replicantes, agora o questionamento se pauta em uma terceira categoria, que rompe em definitivo com a dicotomia humano-replicante: que estatuto será concedido a um filho concebido naturalmente por replicantes, ou entre um humano e um replicante?

Embora essa questão permaneça em aberto, já que *Blade runner 2049* não lhe oferece uma resposta, há um ponto de inflexão comum a *Blade runner* e a *Blade runner 2049*: a problemática atinente à memória, que não apenas persiste, mas se aguça.

O drama do replicante K liga-se intimamente à busca de suas próprias memórias. Acreditou que era filho de Rachael em razão das memórias que lhe foram implantadas, por julgá-las reais e suas; descobre-se alheio ao tempo, todavia, quando percebe que as memórias foram, na verdade, implantadas, justamente na tentativa de proteger a filha real de Deckard e Rachael, Ana Stelline.

A ausência de um passado persiste como o problema central enfrentado pelos replicantes. Sem o acesso à memória – perspectiva aguçada em *Blade runner 2049* – que interioridade (TAYLOR, 2013) pode ser concebida? Novamente emergem os questionamentos sobre o que é a realidade e quais os limites de definição do humano. O replicante apenas “deseja ser reconhecido por seu criador” (FRESÁN, 2017, p. 22). Em que isso difere das aspirações e fantasias humanas? Há, na trama de *Blade runner 2049*, um contínuo retorno à afirmação da condição humana.

Volta-se, assim, à estruturação identitária a partir do pertencimento. Basta lembrar, quanto a isso, o relato de Bauman (2005) sobre a dificuldade que teve em escolher o hino da Grã-Bretanha ou da Polônia quando recebeu o título de doutor *honoris causa* pela Universidade Charles, de Praga. Sentia-se como um *estranho* em ambos os casos, porque foi privado de sua cidadania polonesa e porque não se sentia *pertencente* à Grã-Bretanha. Sua opção foi pelo hino da Europa, o que embora pareça sensato não obscurece os dilemas que a noção de pertencimento e identidade ainda desperta:

Tornamo-nos conscientes de que o “pertencimento” e a “identidade” não têm a solidez de uma rocha, não são garantidos para toda a vida, são bastante negociáveis e revogáveis, e de que as decisões que o próprio indivíduo toma, os caminhos que percorre, a maneira como age – e a determinação de se manter firme a tudo isso – são fatores cruciais tanto para o “pertencimento” quanto para a “identidade”. Em outras palavras, a ideia de “ter uma identidade” não vai ocorrer às pessoas enquanto o “pertencimento” continuar sendo o seu destino, uma condição sem alternativa. Só começarão a ter essa ideia na forma de uma tarefa a ser realizada, e realizada vezes e vezes sem conta, e não de uma só tacada. (BAUMAN, 2005, p. 17-18).

As reflexões de Bauman, todavia, parecem ocultar, ao menos em parte, um questionamento que ainda é importante: de que identidade é possível falar fora do pertencimento? Não teria sido justamente esse reconhecimento que levou Bauman, logo a seguir, a escolher o hino da Europa, por se aceitar – eis aí sua identidade – como um pertencente à Europa? Diz ele: “nascido na Europa, vivendo na Europa, trabalhando na Europa, pensando e sentindo como um europeu” (BAUMAN, 2005, p. 16). O pertencimento, assim, não se limita a um reconhecimento entre fronteiras, ou meramente geográfico, mas à assimilação do *habitus* como situação de vida.

A alienação do mundo, por força de um pertencimento inexistente e impossível, é o que conduz K à angústia quanto à sua identidade. E por que, para ele, seria inconcebível *pertencer*? Pois o passado lhe foi vedado:

suas memórias correspondiam, na verdade, a memórias de outra pessoa, Ana Stelline, filha de Deckard e Rachael. Assim foi feito por Deckard por se tratar da única forma de preservar a identidade de sua filha e, conseqüentemente, evitar a sua perseguição pelas corporações fabricantes de andróides, já que ela era a primeira e única pessoa gerada por uma replicante.

As problemáticas em torno do pertencimento, e de sua impossibilidade a partir da vedação da memória, principalmente após episódios violentos aceitos pelo Estado, repercutem na conformação de valores democráticos e na assimilação de limites constitucionais ao próprio poder. Porque o espaço comum deve ser um *locus* de convívio, a retomada da memória não se dá fora do espaço de pertencimento e, na mesma medida, o pertencimento não se manifesta alheio à rememoração dos traumas comuns.

Porém, não é possível viver no espaço comum para sempre encolerizado (RICOEUR, 2007), o que implica aceitar que o pertencimento e a memória também possuem a função de fazer com que o passado torne-se...passado. Assim, a fim de evitar que animosidades perpetuem-se, o resgate da memória também deve tomar em consideração a possibilidade de uma conciliação como pressuposto para o convívio democrático e para a superação de episódios violentos que marcaram o *habitus* de todos que conjugam a mesma noção de pertencimento. Esse também é um limite geralmente ignorado pelas afirmações que alocam o Direito à Memória e à Verdade como um valor jurídico autorrecorrente e autojustificável.

A negação do passado – e, portanto, também do pertencimento – igualmente gera repercussões quando há a vedação da memória a vítimas de quaisquer espécies de violências. A elas pertence, como apelo ético e como justiça, a prerrogativa de visitar o passado para que ele possa ser ressignificado.

Também aqui, porém, quem busca acessar o passado o faz a partir de sua imagem-do-nós, o que remete a novos problemas acerca dos limites

da individualidade e da subjetividade, imprescindíveis à fixação de um entendimento sobre as possibilidades do Direito à Memória e à Verdade, e circundantes de todo o enredo de *Blade runner* e de *Blade runner 2049*.

A concepção moderna da individualidade a situa como a conjugação da vida e do pensamento, da experiência e da consciência, ao passo que a subjetividade é entendida em um sentido pessoal, “para que o indivíduo se transforme em ator que se insere nas relações sociais transformando-as, mas sem jamais identificar-se completamente com nenhum grupo, com nenhuma coletividade” (TOURAINÉ, 2012, p. 220). Essa divisão, todavia, revela-se insatisfatória para a compreensão das diferenças que caracterizam os seres humanos, o que é aguçado a partir da situação de mundo experienciada pelos replicantes na saga de *Blade runner*.

Afinal, pode-se dividir em compartimentos estanques a experiência, a consciência e a atuação social? Há, entre esses valores, um infinito espectro de interferências que conduzem o ser humano a novos horizontes de sentido sobre si e sobre o mundo. Entre essas intromissões situa-se a compreensão do tempo, que não é exclusivamente subjetiva e que também não é reduto individual. O tempo é (re)definido a partir da memória que, por sua vez, conjuga-se em uma arena política, invariavelmente submetida aos influxos de sua própria seletividade.

O Direito à Memória e à Verdade, portanto, não se limita a uma afirmação individual ou subjetiva, mas se anuncia como um Direito Humano alicerçado em fatos historicamente consolidados, que exigem esclarecimento e responsabilização a fim de que se possa avançar na conciliação desejada pelo espaço democrático comum.

Todas as violências, não importando a sua natureza ou quem as causou, submetem-se à rememoração reclamada pelo Direito à Memória e à Verdade. Embora a memória seja seletiva, isso não significa que fatos historicamente assentados possam ser menosprezados ou alterados. Desse modo, o Direito à Memória e à Verdade também tem a potencialidade de evitar narrativas que buscam subverter verdades históricas. Além disso, embora toda a luta do Direito e da Política seja continuamente um embate

ideológico, o Direito à Memória e à Verdade ocupa-se da totalidade do passado, de todas as suas vítimas e de todas as suas violências. O Direito à Memória e à Verdade funda-se no apelo ético da memória, a quem o passado segue em perene reconstrução.

O futuro do futuro é aquele situado, agora, em 2049. É o futuro imaginado a partir de 2019, quando o primeiro *Blade runner* expôs a angústia dos replicantes, no mais autêntico estilo pictórico de Edvard Munch. Tanto em 2019 como em 2049 o desejo insatisfeito repousava na aceitação da natureza humana reclamada pelos replicantes.

Para isso, todavia, era preciso reconhecer que também eles, tanto quanto os seres humanos, possuíam um passado e poderiam acessá-lo independentemente de prévios implantes de memória. A saga *Blade runner*, assim, nada mais faz do que anunciar, aos humanos, habitantes do planeta terra, a importância da memória, do pertencimento e do acesso ao tempo, presente, passado e futuro, como características de sua própria identidade.

Como é possível definir o que é humano? Para essa interrogação, uma resposta objetiva, repleta de empatia (para que seja aceita pelo aparelho “Voight-Kampff”), torna-se possível: pela memória que o define e pela memória que o pertencimento lhe permite experienciar.

### **Uma conclusão para um novo *Blade Runner***

O futuro imaginado pela saga *Blade Runner* parece não ter se concretizado com a mesma fotografia e a mesma trilha sonora; porém, tudo leva a crer que os mesmos receios de Estados e ideologias totalizantes, em que fatos históricos são simplesmente negados sem qualquer constrangimento, e para os quais os seres humanos são meramente descartáveis ou catalogáveis, não são ficção científica. A distopia futurística toma novas formas e se revela em sutis, e aparentemente ingênuos, ataques a Direitos Humanos e a valores constitucionais. Não há ingênuos nesse jogo do poder e limitar tudo a uma dicotomia ideológica apenas contribui para o aguçamento da violência, da indiferença e da intolerância.

Os medos e incertezas que definem a própria pós-modernidade encontram como limite a promessa utópica dos Direitos Humanos, que desejam, a um só tempo, a preservação da história e a defesa da humanidade (DOUZINAS, 2009). Todavia, os ataques não cessam e não parecem ser conduzidos por replicantes subversivos. Resta saber se o Direito terá a capacidade de dar uma resposta convincente e objetiva a essas novas exigências ou, ao contrário, se dele seguiremos esperando uma redenção que escapa de seu próprio controle.

Os filmes *Blade runner* e *Blade runner 2049* recolocam a temática do tempo como perspectiva indispensável na compreensão do papel do Direito; mais do que isso, permitem novas aproximações sobre os limites do Direito à Memória e à Verdade, além da ressignificação do papel desempenhado pela memória na afirmação da identidade e do pertencimento. Isso, porém, não aplaca a ameaça – continuamente depositada em insuspeitos anúncios de novos progressos – de um futuro vazio.

No primeiro *Blade runner*, Deckard, o policial que se apaixona por Rachael e com a qual tem uma filha, em certo momento do filme mantém um diálogo com o proprietário da Tyrell Corporation, Eldon Tyrell, que fabricava os replicantes modelo nexus 6. Após aplicar em Rachael o método “Voight-Kampff”, descobrindo que ela, na verdade, era uma replicante, Deckard ouve de Tyrell:

- A meta da Tyrell é o comércio. Nosso lema: “Mais humano que um humano”. Rachael não passa de um experimento. Começamos a identificar neles uma estranha obsessão. Afinal, não tem experiência emocional e só alguns anos para armazenar essas experiências que eu e você temos como certas. Se lhe dermos o passado, temos um ambiente aconchegante para suas emoções e, conseqüentemente, podemos controlá-las melhor.

Deckard então responde:

- Memórias. Está falando de memórias.

## Referências

- ARISTARCO, Guido. **História das Teorias do Cinema**. v. I-II. Lisboa: Arcádia, 1961.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
- \_\_\_\_\_, **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- BENJAMIN, Walter. **Obras escolhidas**: Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.
- BEST, Steven; KELLNER, Douglas. A visão apocalíptica de Philip K. Dick. *In*: DICK, Philip K. **Androides sonham com ovelhas elétricas?** São Paulo: Aleph, 2017, p. 308-329.
- DICK, Philip K. **Androides sonham com ovelhas elétricas?** São Paulo: Aleph, 2017.
- DOUZINAS, Costas. **O fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.
- ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.
- FIGURELLI, Roberto Capparelli. Cinema, a sétima arte. **Extensio**. Florianópolis, v. 10, n. 15, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/extensio/issue/view/1989/showToc>>. Acesso em: 03 fev. 2020.
- FRESÁN, Rodrigo. Tragam-me a cabeça de Philip K. Dick. *In*: DICK, Philip K. **Androides sonham com ovelhas elétricas?** São Paulo: Aleph, 2017, p. 20-39.
- LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**. Lisboa: edições 70, 1980.
- MACHADO, Roberto. **Nietzsche e a verdade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.
- MENEZES, Paulo. Blade Runner – entre o passado e o futuro. **Tempo Social** - Rev. Sociol. USP. São Paulo, p. 137-156 maio/99. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v11n1/v11n1a07.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2020.
- POLLACK, Michael. Memória, Esquecimento, Silêncio. **Estudos Históricos**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 3-15, 1989.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Campinas: Unicamp, 2007.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. São Paulo: Loyola, 2013.

TIMM DE SOUZA, Ricardo. “Ecos das vozes que emudeceram”: memória ética como memória primeira. *In*: RUIZ, Castor M. M. Bartolomé (Org.). **Justiça e Memória: para uma crítica ética da violência**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 113-119.

TODOROV, Tzevetan. **Los abusos de la memoria**. Barcelona: Paidós, 2000.

**Dungeons and Dragons à brasileira:  
Mestre dos Magos e o realismo jurídico do ministro  
Luís Roberto Barroso – debates acerca  
do indulto presidencial e a ADI 5874**

*Isaac Ronaltti Sarah da Costa Saraiva <sup>1</sup>*

## **Introdução**

Optou-se por fazer o introito deste texto fazendo uso de um recurso metafórico desenvolvido a respeito da figura do personagem do Mestre dos Magos, do desenho animado “Dungeons and Dragons” – o desenho, exibido no Brasil na década de 1980 com o nome de “A Caverna do Dragão”, abordava a história de um grupo de meninos que, após entrarem em um túnel de um dos brinquedos de um parque de diversões, acabam por inexplicavelmente serem tragados e levados a um mundo paralelo.

E o que teria o personagem do Mestre dos Magos e a abordagem metafórica a ver com a postura do Ministro Luís Roberto Barroso (assim como de parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal)? Em que medida isso serviria para adentrarmos a questão da discricionariedade das decisões do Poder Judiciário? Em que medida isso teria link a uma discussão que permeia a Teoria e a Filosofia do Direito? Como haveríamos de relacionar esta

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica CAPES/PROEX; Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio de Jesus; Especialista em Direito Notarial e Registral pela Faculdade Damásio de Jesus; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UNINORTE; Especialista em Didática e Docência no Ensino Superior pela UNINORTE.

metáfora à questão do Realismo Jurídico, do Ativismo Judicial e do debate a respeito do Indulto Presidencial – matéria prima da discussão fática deste artigo? Estas perguntas poderão normalmente ser sanadas.

No primeiro episódio da série Dungeons And Dragons, intitulado: “The night of no tomorrow” – em uma tradução livre: “A noite sem amanhã”, os meninos aparecem no topo de uma montanha, e de longe observam um imenso vale que se perde no horizonte. A dúvida dos meninos é justamente a recuperação de uma “estabilidade” perdida, que seria efetivamente o “retornar para casa”. De repente, um terrível monstro, com várias cabeças, sai de dentro de uma caverna e assusta os garotos. Os garotos curiosamente fitam o monstro e esbravejam: Olhem! É Tiamat! Cuidado Bob! Ele é indestrutível! - responde um dos garotos.

Ocorre uma luta e ela é estranhamente interrompida com o aparecimento do Mestre dos Magos. A pergunta básica que qualquer pessoa faria, e que, com certeza, muitas pessoas fizeram nestas últimas três décadas seria a respeito de como signos e significados já habitavam a mente daqueles meninos, ao ponto de, mesmo tendo sido arrebatados a um mundo paralelo, ainda sim, identificavam e sabiam de características das coisas, das representações das coisas e dos seres, na boa perspectiva Heideggeriana eles por algum motivo já tinham a concepção do ser e dos entes.

Mas como tais signos e significados já habitavam o conhecimento daqueles garotos? Explico! Retornando um pouco a abertura oficial do desenho, especialmente a versão americana completa, poderá ser percebido que existia uma explicação para tal “pré-conhecimento” das coisas por parte daqueles garotos. Mas discutamos como isso se originou. Na abertura do desenho, logo depois de ser tragado e levado a um mundo paralelo, aqueles meninos tiveram o azar de serem lançados literalmente no meio de uma terrível batalha entre dois personagens assustadores: o Vingador e o Dragão, Tiamat. Na tentativa de se proteger dos ataques de ambos os lados naquela apocalíptica batalha, a figura de Mestre dos Magos surge, e ele, ao seu critério – ou sem um critério definido – nomeia cada um dos meninos como sendo um personagem naquele novo mundo: Eric

será o cavaleiro, Preston será o Mago e assim por diante. Mestre dos Magos também oferta a cada um dos meninos uma ferramenta/arma que atribui a cada um superpoderes, e em mesma oportunidade, tenta construir uma ponte entre coisas e seus significados, por conta própria, ao seu próprio alvitre, indicando que Vingador e Tiamat seriam figuras que representariam naquela terra o mal, e que ele seria a figura de um “Oráculo” que revelaria caminhos possíveis a serem traçados que tivessem como único fim, o retorno dos meninos ao lar – longe da perspectiva de um Hermes que revela o pensamento dos Deuses aos homens.

Suponha-se que cada um dos três personagens fossem, na tradicional divisão dos poderes, um dos poderes: digamos que o Vingador representasse o Executivo. Tiamat, o Dragão de muitas cabeças – que para Hobbes poderia normalmente significar a figura do monstro mitológico Leviatã – representasse o Legislativo (suas muitas cabeças e seu processo de legitimidade construída a duras penas a partir de membros eleitos do povo); Por fim, o Mestre dos Magos representasse o Poder Judiciário – que muito embora, não seja composto apenas pelo Ministro Luís Roberto Barroso, sofre forte influência de suas decisões – para o bem ou para o mal. E quem seriam os meninos perdidos? Obviamente, eles seriam a representação do “povo”.

Suponha-se também que, o escritor oficial da série tenha definido um roteiro (a Constituição), os personagens e o seu papel dentro da trama (poderes e competências) e as falas, que trabalhariam obedecendo ao roteiro definido, tendo estas últimas um ambiente delimitado para “improvisos”<sup>2</sup> (VIANA, 1999) – em uma grosseira comparação, digamos que esses improvisos venham representar a questão da “discricionariedade”.

Passo seguinte, por algum motivo os três personagens principais da trama: o Vingador, o Tiamat e o Mestre dos Magos, ganham “vida própria” e passam a desobedecer ao roteiro (Constituição) definido – sem necessariamente indicar que esse roteiro signifique a obrigação de um determinismo – alteram as falas, desobedecem ao papel dos personagens

---

<sup>2</sup> Aqui poderíamos entender como o espaço de discricionariedade na decisão de que Kelsen fala que caberia o preenchimento dos limites da “moldura” ao juiz.

definido no roteiro e iniciam um processo de aviltamentos sequenciais e invasão dos papéis dos outros.

Após essas alterações por estes personagens observa-se que Tiamat, que seria o Poder Legislativo sofre com a hipertrofia (TRINDADE; GUBERT; COPPETI NETO, 2008) de seu papel em razão da opulência e poder do Vingador. Essa luta perdura algum tempo havendo desequilíbrios alternados de um para outro lado. Notadamente, perguntaríamos, e o Mestre dos Magos, onde estava? O Mestre dos Magos neste tempo tentava cumprir o seu papel, convivendo com as influências de escolas diferentes, pensamentos e teorias de decisão distintas. Junto disso, apoiado a imensos holofotes de um poder contra majoritário que, a princípio, por roteiro deveria ser essencialmente técnico e interpretativo na medida daquilo que a comunidade jurídica vivencia<sup>3</sup> – o local em que direito e política receberiam tratamentos diferentes e que a contra majoritariedade seria qualidade que traria distinções e prerrogativas que impossibilitariam com que a opinião pública decidisse ou interferisse a partir de sua moral nos julgados – pois bem se sabe que nem sempre vox Populi foi a representação mais acurada do vox dei, por mais duro e impopular que isso aparente ser – basta lembrar que a sentença de Jesus Cristo a morte foi decidida pelos próprios Judeus.

Ao final do texto, ao deslinde da conclusão, a metáfora será novamente utilizada para falar um pouco do episódio final nunca produzido de a Caverna do Dragão, mas depois da metáfora e de falar da relação intrincada entre os poderes e a divisão proposta por Montesquieu<sup>4</sup>, pretende-se analisar neste trabalho o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, na relatoria do caso recente da questão do indulto presidencial, previsto no art. 84, da Constituição Federal de 1988. Apoiado na Teoria Crítica Hermenêutica do Professor Lênio Streck, através de artifício metodológico embasado

---

<sup>3</sup> Ronald Dworkin trabalha com o conceito de “comunidade de princípios” - muito bem desenvolvido na obra de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira: “Ronald Dworkin: de que maneira o Direito se assemelha a Literatura? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). Direito e Literatura: Ensaios críticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>4</sup> Tratando da Tradicional apresentação da estrutura dos 3 poderes idealizada por Montesquieu.

na fenomenologia é que passamos a analisar o voto do Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 5874 MC / DF – o caso trata da discussão quanto os limites da discricionariedade e alcance do Indulto Presidencial.

A discussão aqui apresentada visa estabelecer uma análise quanto do papel Ativista das decisões do STF, em especial, do caso em comento, a partir da análise do voto do Ministro Barroso, na ADI 5874. Trazendo isso para uma ótica mais apurada, saber em que níveis e conexões as influências do raciocínio de Barroso e no pano de fundo das teorias que são sustentadas no seu voto cooperam com um processo de aprofundamento do Ativismo Judicial, a interferência da política e da moral nas decisões judiciais.

A princípio utilizar-se-á uma análise a respeito das tendências que revelam as decisões e qual as características que denunciam um ativismo que fere a estabilidade assentada nas competências da separação dos poderes na democracia, e o quanto a busca por decisões integras dependem do controle da discricionariedade e da importância da Teoria da Decisão Judicial.

### **1- ADI 5874 e o voto do relator ministro Luís Roberto Barroso – o mago, o realismo jurídico e o ativismo judicial**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedida de medida cautelar, nº. 5874/DF originalmente proposta pela Procuradoria-Geral da República, em face do inciso I do art. 1º; o §1º, I, do art. 2º; e os arts. 8º, 10 e 11, todos do Decreto nº 9.246, de 21 de dezembro de 2017, por violação dos arts. 2º, 5º, *caput* e incisos XLIII, XLVI, LIV, e do art. 62, § 1º, *b*, da Constituição - O caso em comento da presente ação direta de inconstitucionalidade envolve a discussão sobre as limitações constitucionais à concessão de indulto em caráter geral pelo Presidente da República, respectivo ao ano de 2017.

A procuradoria Geral da República contestou inicialmente os limites da discricionariedade do Presidente contida na previsão constitucional

exarada no art. 84, da Constituição Federal de 1988, discutindo os limites do mesmo, os conceitos de indulto, graça e anistia na Constituição Federal, se tal ferramenta poderia ser feita de forma coletiva, se isso não afetaria a indivisibilidade da pena, se o aprofundamento de tal mecanismo de benevolência não feriria o caráter preventivo que estaria contido na punição penal estatal, e contestando a possibilidade de tais benefícios serem ofertados aos presos condenados por crimes do “colarinho branco” (especialmente aqueles que foram alvos da operação Lava Jato) – este seria o resumo dos principais pontos atacados pela Procuradoria Geral da República.

Passamos então para o voto do Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso, que entre muitos pontos apresenta um delineado trajeto apontando questões históricas, a discussão quanto à discricionariedade da questão do indulto no Direito Comparado, o “sentimento” da sociedade na questão do aprofundamento de penas no Brasil, e a defesa do interesse público em relação à Cruzada de combate à corrupção no Brasil, em especial a protagonizada pela Operação Lava Jato. Barroso fala entre outras coisas da questão da política criminal, das penas no Brasil, da população carcerária, dos requisitos de moral nas decisões e uma série de outras pequenas questões. Selecionamos alguns trechos do voto de Barroso para que, a partir da fenomenologia da Crítica Hermenêutica possamos identificar as bases do raciocínio que guia a decisão de Barroso e suas principais influências, além do Ativismo Judicial presente em suas decisões.

A respeito das nossas constituições, um fato interessante é que a preocupação de Barroso quanto à questão da corrupção é legítima, mas foge do campo onde isso deveria ser tratado – que seria essencialmente o legislativo propondo no que coubesse emenda a Constituição ao artigo 84, ou mesmo, acrescentando de forma simples os crimes de corrupção ao rol de crimes hediondos – de plano eles estariam vedados e afastados da discricionariedade do Presidente, mas o fato é que, *prima facie*, não estão! A discussão de fato não percorre o mérito de ser ou não ser contra a corrupção - evidentemente que toda a sociedade é. O busílis definitivamente não

é este! A questão em primeiro plano é que, o texto constitucional, em seu mais amplo aspecto, não pode simplesmente ser desconsiderado em razão de um querer político de um estado das coisas que deveriam ser de determinada forma. O STF como guardião da Constituição não pode de forma inequívoca “desdizer” a Constituição – e aqui estamos falando no sentido mais literal do estado da arte: chegamos ao ponto de que para ter o mínimo de segurança jurídica, a própria literalidade do texto constitucional vem sendo cobrada.

A Constituição de Republicana de 1891 curiosamente excluiu da discricionariedade do Presidente a competência para indulto quanto a crimes de funcionários federais – ponto que precisamos de melhor estudo histórico, mas que decididamente tinha vinculação à ideia republicana que tentava – ainda que de forma inócua – apartar o público do privado e os vícios estamentais<sup>5</sup> (FAORO, 1954) advindos dos funcionários públicos recebidos do Império – uma medida aparentemente de cunho de combate a corrupção.

### **1.1 - Realismo Jurídico nas decisões de Luís Roberto Barroso**

O Realismo Jurídico é um movimento jurídico com dois expoentes de maior destaque – no caso, o Realismo americano e o escandinavo, mas vamos nos ater especialmente ao primeiro. A figura de Oliver Wendel Holmes é conhecida como um dos maiores pensadores do Realismo americano. Lenio Luiz Streck (2017) no Dicionário de Hermenêutica apresenta algumas das características básicas adotadas pelos adeptos do Realismo Jurídico americano:

---

<sup>5</sup> Raymundo Faoro em “Os donos do Poder” apresenta uma análise a partir do desenvolvimento histórico brasileiro elencando problemas advindos do modelo administrativo da Coroa Portuguesa, principalmente a relação de fidalguia e o patrimonialismo estamental da nobreza portuguesa que conflitavam com o processo de instalação de uma estrutura capitalista no Brasil e também explicando uma série de comportamentos patrimoniais que até hoje continuam a serem repetidos no seio da sociedade brasileira – coisas, por exemplo, com a extrema dificuldade do brasileiro em lidar com a diferenciação entre o público e o privado.

- a) *Mantêm sua atenção nas mudanças e não sobre o caráter estático da realidade jurídica;*
- b) *Afirmam que os juízes exercem uma atividade criativa sobre o direito;*
- c) *O Direito é concebido não como um fim, mas como meio para alcançar objetivos sociais;*
- d) *Assumem uma atitude científica direcionada a observação dos fatos sociais;*
- e) *Em sua concepção o conjunto de regras jurídicas não se coloca como o principal objeto de análise pela ciência do Direito;*
- f) *Criticam conceitos jurídicos tradicionais e normas entendidas em sentido tradicional, e advogam que essas últimas nada mais seriam que “profecias” a indicar o que os tribunais provavelmente irão fazer...<sup>6</sup>*

O realismo jurídico é tido como uma postura não cognitivista – o direito é tido como uma técnica operacional advinda daquilo que o intérprete diz que ele é<sup>7</sup>. O Realismo jurídico surgiu como uma forma de contraposição ao formalismo exegético, abrindo caminho para discricionariedades e decisionismo. Segundo Streck (2017) há no Realismo Jurídico uma opção em nome do protagonismo judicial através da crença em um “protagonismo dos juízes” – estes estariam, autorizados, a partir de uma série de possibilidade de “opções corretas” originadas no ordenamento jurídico, a escolher qualquer uma das opções segundo seu arbítrio.

Essas características acabam por afetar toda uma ordem pensada em uma lógica do direito voltada do plano do conhecimento para o plano da vontade exclusiva dos magistrados, gerando incompatibilidades no sistema de separação dos poderes, vez que o judiciário passa a ser o centro geral dos poderes; o Estado de Direito é afetado pela falta de previsibilidade das decisões, insegurança jurídica, e mesmo os direitos individuais passam a ficar a mercê exclusivamente da “vontade dos magistrados”.

Os realistas são considerados “positivistas fáticos”<sup>8</sup>, pois concentram no fato empírico a guia mestre das decisões. A escola do realismo americano é literalmente “o Direito de Juízes” e o Direito será, efetivamente,

---

<sup>6</sup> STRECK, Lênio Luiz; *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 246

<sup>8</sup> *Ibid.* 247

aquilo que os “Juízes decidirem” – no Supremo Tribunal Federal, além das decisões de Barroso que acompanharemos no presente estudo de caso, o próprio Ministro Fux já prolatou afirmativas em decisões dizendo que o Direito seria aquilo que o Juiz diz que é. Em tese, para o Realismo americano, o Direito está apartado da norma. Mais do que na norma, o Direito está na sociedade. O Realismo jurídico está embutido de uma essência profunda de “altas exigências morais”, e estas não se subjugam a uma hierarquia de normas, assim como pensou e estruturou Hans Kelsen – os realistas recusam a lógica originada do normativismo Kelseniano. Notadamente, para o Realismo Jurídico a autonomia do Direito é recusada, na medida em que o texto legal passa a condição de mera perfumaria utilizada para convalidar retoricamente as decisões dos Juízes – o direito é em poucas palavras aquilo que os juízes dizem que é<sup>9</sup>.

Apresentadas as características básicas do Realismo Jurídico, vamos apresentar alguns pontos presentes no Voto do Ministro Barroso que indicam forte influência da vertente do Realismo Jurídico Americano.

A ausência de preocupação com a autonomia do Direito faz com que a busca pela integridade e o horizonte de uma decisão justa, sejam substituídos por concepções sociológicas, elementos da moral que visam encapsular o comando da lei a serviço de visões sociais que aparentam serem justas, mas que afetam diretamente a divisão de poderes e os limites das competências de cada um dos poderes – nesta visão, passa-se a trazer elementos do cotidiano da sociedade para justificar o contorcionismo discrepante que é feito ao arrepio do texto constitucional.

O voto de Barroso na relatoria da ADI nº. 5874 possui uma série de peculiaridades que transitam em cima de pontos e teorias aqui já apresentadas. Para que isso se torne mais claro, optou-se por apresentar alguns pontos da decisão, seus nós e como eles podem ser normalmente desatados, no objetivo de uma melhor compreensão do que neste trabalho objetivamos esclarecer. Um dos primeiros pontos apresentados no debate do voto de Barroso, gira em torno de que o indulto presidencial estaria

---

<sup>9</sup>Ibid. p. 249

imbuído de discricionariedade tal que, acabaria por lesionar a separação dos poderes – embora essa discricionariedade desproporcional apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso aparente algo sem limites, despótico, ou mesmo, similar a um poder monárquico absolutista – visão que Barroso aparentemente parece esforça-se para defender – o Presidente da República, nos termos do art. 84, inciso XIII, possui limitadores a aplicação do indulto, a exemplo, a limitação presente no art. 5º, inciso XLIII que define as hipóteses claras vedadas para a aplicação do indulto presidencial.

A crítica de Barroso quanto à questão de uma possível intromissão e desrespeito a separação de poderes passa a ser colocado em segundo plano, quando, em seu voto, ele passa a fazer, teoricamente, aquilo que justamente critica – com a diferença profunda de que o indulto está assentado de forma expressa no texto Constitucional. O que se observa é que a crítica estabelecida na vontade de Barroso, que, em mesmo sentido critica a previsão do indulto geral ao Presidente, alegando entre outras coisas que em democracias modernas tal responsabilidade estaria vinculada ao Legislativo, não se limita tão simplesmente ao processo de Controle de Constitucionalidade de competência do Supremo Tribunal Federal, mas a uma relutância quanto a competência conferida na Constituição ao Presidente, e, por esta competência, assim como a Constituição não prevê a vedação do indulto para crimes de corrupção. Ora, mas quando realmente Barroso acordou para isso? Pois em anos anteriores, a respeito da própria escaramuça pública protagonizada pelo Ministro Barroso com o Ministro Gilmar Mendes, sua contraposição a Gilmar Mendes quando acusado de ter indultado José Dirceu foi justamente a respeito à discricionariedade atribuída ao Presidente de forma expressa no art. 84, da Constituição Federal a respeito do Indulto – que, antes do indulto de 2017, até então era respeitado por Barroso e pela corte.

Como proceder ao julgamento de uma discricionariedade do Presidente expressa em no texto formal da Constituição, fazendo ressalvas não previstas na própria Constituição?

Definitivamente, o que se trata aqui, não é ser contra ou a favor o combate a condutas criminosas como as de corrupção – definitivamente este não é o mérito da questão. A discussão principal que se trava é de até onde poderia ir a discricionariedade de um Ministro em uma decisão, para contrapor dispositivo expresso na Constituição Federal, seja por motivos de moral, de combate ao crime, apoiado no “*sentimento da sociedade*”, ou de qualquer outro argumento, menos o do respeito a uma ordem democrática estabelecida no Estado de Direito que se assenta sobre o respeito à Constituição.

A Constituição Federal, “goste-se ou não dela”, não é um “contrato” sujeito aos interesses espasmódicos da sociedade – e até é, desde que obedecida às formalidades de sua alteração no poder que o compete fazer isso, no caso, o Legislativo. A Constituição não está submetida aos interesses da Lava Jato! Se isso representaria conexão e respeito à moralidade pública, ou não! O fato é que decididamente não se pode forçar a Constituição a ser o que queremos que ela seja – seja por qualquer motivo externo a legalidade conferida a ela quando produzida.

Que discricionariedade seria essa que Barroso estaria autorizado a limitar um dispositivo Constitucional – além dos próprios limites já identificados pela Constituição, como se a Decisão Judicial, pudesse “*permitir que ela fosse complementada, por qualquer aplicador, à revelia do processo legislativo regulamentar*”<sup>10</sup> – portanto ao arrepio do próprio processo democrático.

Lenio Streck afirma que isso abriria autorização para ativismos, que teriam por consequência uma tendência ao decisionismo – um complexo cenário onde Tribunais e a própria doutrina teriam o condão de produzir princípios através de decisões que viriam a derrogar até mesmo dispositivos constitucionais<sup>11</sup> – vide o bom exemplo similar ao tratado nesta ADI 5874, o caso da questão da autorização da prisão executória da pena a partir da decisão em segundo grau: uma flagrante afronta e agressão à presunção de

---

<sup>10</sup> Ibid. p. 55.

<sup>11</sup> Ibid. p. 55.

inocência, devidamente expressa em nossa Constituição em seu art. 5º, inciso LVII. A partir da coleta de alguns pontos do voto do Ministro Barroso, enquanto relator da ADI 5874, buscar-se-á estabelecer o debate construído efetivamente na não aceitação da norma legal prevista no art. 84 da Constituição Federal, por diversos motivos externos ao direito e a autonomia do direito, que, genuinamente deveria ser parametrizado pela busca de decisões judiciais que objetivassem coerência e a integridade, tão bem trabalhadas na obra de Ronald Dworkin – em que pese que a própria obra de Dworkin, tem sido utilizada para fundamentar decisões no Brasil que em nada obedecem à autonomia do direito, fazendo na verdade uma mixagem de teorias: como aqui mesmo já mencionadas, chegando ao ponto de Dworkin ser utilizado de forma errônea, entremeado a ponderação de Robert Alexy, o que, teoricamente, seria profundamente contraditório, vez que a busca pela decisão justa não é procedida a partir da “escolha” de opções feitas em um processo de “sopesamento”, mas sim através da aplicação devida de rigores e princípios estabelecidos e reconhecidos por toda uma comunidade jurídica de princípios<sup>12</sup>.

A princípio, Ministro Barroso fala de um cenário de penas, em tese, rigorosas, mas de execução com benefícios que as tornam brandas (e aqui não estamos discutindo o mérito se elas assim ou não são). Fala da questão da necessidade apenas do cumprimento de 1/6 da pena para que um condenado possa “retornar a sua residência” o que segundo o Ministro Barroso transmitiria a sociedade um “*sentimento de impunidade e até mesmo certa descrença nas instituições públicas*”<sup>13</sup>. Inicia uma construção teleológica que entre outras coisas contesta de forma aberta a legislação penal brasileira, apoiado em uma preocupação de descrença nas instituições públicas que, notadamente, é uma preocupação muito mais política que de direito. Pois se a lei não tem ao momento condão de efetividade para cumprir seu papel perante a sociedade, deve esta última pressionar o poder legislativo para adentrar o debate de sua alteração, jamais permitir

---

<sup>12</sup> Ronald Dworkin trabalha o conceito de comunidade jurídica de princípios.

<sup>13</sup> Parágrafo 22, pág. 13 do voto da relatoria da ADI 5874.

que isso tenha que servir de “escora”, “bengala” para permitir que juízes passem a legislar em suas decisões, embasados nos interesses de uma maioria da população (que ainda assim não foi consultada sobre isso e não encontra nenhum tipo de aporte legal para tal). Ministro Barroso continua afirmando que tal cenário acaba por provocar na sociedade uma “*sensação difusa de que as instituições não funcionam e que o crime, ao menos em algumas de suas manifestações, termina por compensar*”<sup>14</sup>.

Superado este ponto, o Ministro Barroso volta o seu arsenal de argumentos para parte da questão nodal que fez com que se discutisse o indulto de 2017, a questão dos crimes de colarinho branco (corrupção ativa e passiva, peculato, lavagem de dinheiro e evasão de divisas)<sup>15</sup>. Embora reconhecida à nocividade destes crimes para toda a sociedade – não é este o vetor tratado nesta discussão – a Constituição é clara quanto o rol de crimes que estão vedadas de serem comutados ou sofrer qualquer tipo de benevolência oriunda do indulto – no caso os crimes de tortura, terrorismo e todos os demais do rol de crimes hediondos da Lei 8072/90.

Ministro Barroso segue discorrendo falando da densa massa carcerária que possui o Brasil – mais de 720 mil presos, sendo que destes mais da metade seriam presos por crimes não violentos, e destes apenas 0,25% condenados por crimes em face da administração pública<sup>16</sup>. Cita as incoerências mais do que conhecidas do nosso sistema penal. Segue um intenso roteiro de críticas aos papéis dos benefícios existentes na execução penal, citando em especial a Ação Penal n.º. 470 (Mensalão), e argumenta que, ao não abarcar os crimes de colarinho branco, o indulto presidencial serviria de abrandamento injusto para criminosos que causaram grande prejuízo ao país – mas como fazer este contorcionismo legal, quando entre as oportunidades de vedação da Constituição Federal não estão os crimes de colarinho branco? Estaria a discricionariedade do indulto presidencial limitada pelo “*sentimento da sociedade*”?

---

<sup>14</sup> Parágrafo 22, pág. 13 do voto da relatoria da ADI 5874.

<sup>15</sup> Parágrafo 24, pág. 13 do voto da relatoria da ADI 5874.

<sup>16</sup> Parágrafo 26, pág. 13 do voto da relatoria da ADI 5874.

O legislador constituinte fez questão de prever no art. 84 as competências do chefe do Poder Executivo, faz questão de falar quando a autorização do Congresso será condição *sine qua non* para determinado ato do Presidente. Fez questão também de limitar a discricionariedade do indulto, de forma expressa no art. 5º inciso LVII, mas onde está expresso que o sentimento da sociedade, ou mesmo, que o sistema e a política criminal brasileira estariam, a rigor, acima da própria Constituição? E aqui nos remonta duas das características mais ferrenhas do Realismo Jurídico que influenciam as decisões de Barroso: (i) as decisões são feitas a partir da realidade do contexto social e, (ii) não se respeita uma hierarquia de leis, tal qual, a sugerida por Hans Kelsen (KELSEN, 2009) Este sentimento da sociedade teria o condão de suspender normas claras, regras expressas da própria Constituição? Trazendo as palavras do Professor Lenio Streck: “qual foi o sentido de tanta luta pela democracia e pela inserção expressas de direitos no texto constitucional para simplesmente deixarmos nas mãos de juízes uma discricionariedade que a eles não cabe?”.

O indulto presidencial passa a ser questionado na medida de sua discricionariedade pelo Ministro Barroso: que este benefício encontraria origem nos monarcas absolutistas<sup>17</sup>, na inspiração divina, e, reconhecendo que este instituto encontra guarida em diversas democracias do mundo<sup>18</sup>, porém, segundo o Ministro Barroso, “não de forma ilimitada”, vez que as democracias já ofereceriam mecanismos para abrandar as penas e garantir que essas não se tornassem castigos desumanos (ainda que importe perguntar, o que teria de humano em torturas e penas capitais praticadas por países de democracias sólidas e invejadas, a exemplo do próprio Estados Unidos da América?).

O passo seguinte mostra, ao fio e ao cabo que, a Constituição no raciocínio de um Realista torna-se apenas um elemento que gravita em torno do interesse e da vontade do juiz que decide. Senão vejamos: o fato de

---

<sup>17</sup> Parágrafo 36, pág. 17 do voto da relatoria da ADI 5874.

<sup>18</sup> De acordo com o art. 60 da Constituição alemã (*Grundgesetz*), o Presidente Federal exerce o direito de indulto individual em nome da Federação e pode delegar esses poderes a outras autoridades. Nos Estados Unidos, o indulto para crimes federais é concedido ao Presidente de acordo com o Artigo II, Seção 2 da Constituição dos Estados Unidos.

entender que a Constituição tenha dado poderes elevados em determinado dispositivo ao Presidente deveria ser encarado apenas se essa discricionariedade permitida ao Presidente é Constitucional ou não é, mas o que se observa é que o Ministro Barroso, não despedido do advogado que foi – sim! Pois, o mister do Juiz em essência requer algumas posturas que cabem aos advogados e, naturalmente, que sejam afastadas do ofício do magistrado – passa a advogar a ideia de que democracias conhecidas e sólidas no mundo passaram por um processo de reforma para, justamente, repassar a competência do legislativo indultos de caráter coletivo. Dos casos citados por Barroso, gostaríamos de apresentar o dos Estados Unidos da América<sup>19</sup>, vez celeuma quanto ao mesmo ponto já ter sido alvo de escaramuças na história política americana, especialmente de um episódio protagonizado por Abraham Lincoln em que o que o Congresso Americano contestou os limites da discricionariedade do indulto do Presidente da República – o congresso americano entendia que tal poder era demasiado para ser entregue na mão de apenas um homem, no caso, do Chefe do Executivo.

O Congresso Americano, em período da vida republicana contemporâneo a Guerra Civil, em 1862, tentando limitar os Poderes do Presidente – mesmo ao arripio da Constituição – autoriza ao Presidente a concessão de indulto limitado a “*upon certain conditions*”<sup>20</sup>. Lincoln, normalmente não concordando com a decisão, acabou vetando a resolução, afirmando que teria a Constituição Americana assegurado ao Chefe do Poder Executivo poder para perdoar com absoluta discricção, e indo mais longe em seu veto, asseverando que a este poder não comportariam restrições nem de ordem judicial ou legislativa. Benjamin Harrison em “This country of Ours” (1898) menciona este ocorrido e narra da seguinte forma

---

<sup>19</sup> Nos Estados Unidos, o indulto para crimes federais é concedido ao Presidente de acordo com o Artigo II, Seção 2 da Constituição dos Estados Unidos.

<sup>20</sup> Quando da oportunidade em que o Congresso americano tentou limitar a competência do indulto a Lincoln “sob certas condições”.

“...this suggestion of pardon by congresso, for such it was”, was discussed in Lincoln’s anual message in these words: “ The Constitution authorizes the executive to grant or with hold the pardon at his own absolute discretion, and this includes the power to grant on terms, as is fully established by judicial and other authorities” <sup>21</sup>

Lincoln faz uma defesa explícita da discricionariedade “absoluta” do indulto ao Presidente. No caso do Brasil, não teríamos como falar de forma alguma que tal discricionariedade delegada ao Presidente pela Constituição seja “absoluta”- basta observar as próprias hipóteses constitucionais que vedam a possibilidade do indulto.

O que chama mais atenção no argumento do Ministro Barroso é que o próprio Ministro alerta para o caminho legal que deveria seguir uma alteração maior nos limites do indulto presidencial, especialmente o caso da Itália (1992) e da França (2007)<sup>22</sup> em que o legislativo de cada um desses países promoveu a competente alteração repassando inclusive ao parlamento determinada competência. Isso poderia normalmente servir de boa argumentação no processo político que deveria haver no legislativo para que ocorresse tal alteração, mas em hipótese nenhuma a discricionariedade de uma norma constitucional poderia estar à mercê da “complementação” discricionária de um juiz, quando a este não cabe tal competência. Mas aqui traríamos a pergunta: Como poderia Barroso em uma decisão suplementar, ou, mesmo, derrogar o texto constitucional?<sup>23</sup>

Reproduzimos as palavras do Ministro Barroso, nos seguintes termos: *“Deixo em aberto, para discussão em outra oportunidade, a própria constitucionalidade desse formato de indulto coletivo, sem intervenção do Congresso, que me parece extremamente problemática”<sup>24</sup>*. Vai mais longe,

---

<sup>21</sup> ... esta sugestão de perdão por congresso, por tal coisa foi”, foi discutida na mensagem anual de Lincoln com estas palavras: “A Constituição autoriza o executivo a conceder ou manter o perdão a seu próprio e absoluto critério, e isso inclui o poder de conceder em termos, como é totalmente estabelecido por autoridades judiciais e outras autoridades ”

<sup>22</sup> Parágrafo 37 do voto da relatoria da ADI 5874.

<sup>23</sup> Importa salientar que mesmo expediente o Supremo Tribunal Federal utilizou na interpretação inovadora dos limites da presunção de inocência, no caso discutido quanto a possibilidade de prisão em segundo grau. Mesmo ao arripio do texto constitucional e contra o dispositivo do art. 283 do Código Penal.

<sup>24</sup> Parágrafo 38 do voto da relatoria da ADI 5874.

quanto a não aceitar os poderes do indulto na mão do presidente, e aqui, aparentemente já não se está discutindo apenas a questão dos limites da discricionariedade do instituto do indulto de ordem privativa do Presidente, nos termos da Constituição, mas verdadeiramente discordando diretamente daquilo que está assentado no texto constitucional. Prova disso é que Barroso continua a indicar a engenharia, já, em momento anterior indicada, onde “as democracias mais sólidas” do mundo aboliram a competência do chefe do Poder Executivo para expedir decretos de indulto coletivo, reservando essa competência ao Poder Legislativo<sup>25</sup> – já não é nem de longe o objeto discutido na ADI 5874, mas uma discussão daquilo que o Ministro Barroso não concorda que esteja vinculado ao Chefe do Poder executivo, tal como está apresentado na Constituição Federal. Ora, no mesmo art. 84 da Constituição Federal, nos incisos que tratam da Declaração de Guerra, do Estado de Sítio, do Estado de Emergência, da Celebração da Paz, todas as competências privativas do Presidente, a Constituição é clara quando da necessidade de consulta ou votação a outro órgão, e em que caráter se daria a consulta ou votação (se facultativamente ou obrigatoriamente), se as decisões do presidente estariam condicionadas a algo, mas curiosamente no inciso XII, que trata do indulto, existe uma previsão de consulta aos órgãos legais que nem ao menos chega a ser obrigatória e não vincula a decisão do próprio Presidente.

Normalmente que se pode não concordar com a Constituição – no máximo esse seria o limite: não concordar, mas daí subjugá-la, a partir de uma decisão daquilo que impera exclusivamente na consciência daquele que decide, ou, mesmo, daquilo que almeja a sociedade é de um profundo ceticismo e é a amostra mais evidente do Poder Judiciário legislando, em franca postura ativista.

## **Considerações finais**

---

<sup>25</sup> Parágrafo 39 do voto da relatoria da ADI 5874.

A discussão a respeito dos limites da Discricionariedade do indulto presidencial tratado na ADI 5874 revela uma série de tônicas que foram apresentadas a partir da análise do voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso. A partir de argumentações que se baseiam no “sentimento da sociedade” ou na moral. E não só isso, Barroso discute suas não concordâncias com as competências constitucionais em vigor, a partir de argumentações que extrapolam o próprio contexto do objeto em análise: Ora, se não concordo com tal dispositivo constitucional que atribui determinada demanda ao Presidente e este dispositivo está sujeito à alteração, observado o rigor que a ele está previsto constitucionalmente, que então se faça o debate no poder que tem competência para tal.

Não se pode, por argumento de preservação da Lava-Jato, ou, o “sentimento da sociedade” romper com os próprios limites que a Constituição definiu para aqueles os quais estão responsáveis pelo julgar. - o Ativismo Judicial desnuda a vontade daquilo que “um” acha que é certo, sobre a estrutura democrática construída pelo “todos” para evitar que um dia, “um” se impusesse sobre os demais, pelo simples motivo de acreditar que estava demasiadamente certo. Pode-se observar de como o contexto do Realismo Jurídico se amolda tão bem as argumentações do Ministro Barroso, desde o enfoque a realidade social e a um não respeito da hierarquização normativa das leis – algo tão característico na escola do Realismo Jurídico.

Quanto à metáfora do Mestre dos Magos e o paralelo com Luís Roberto Barroso, quando na introdução deste trabalho falávamos do primeiro episódio do desenho Dungeons and Dragons, o último capítulo do desenho, por motivos desconhecidos da maioria, não fora produzido, mas seu script revelava que Mestre dos Magos era a figura simbólica camuflada de um demônio que manipulava os garotos ao seu bel prazer – embora sempre estivesse dando dicas de como restabelecer o “status quo” e os meninos retornarem a casa, sempre a história descambava para uma impossibilidade de isso ocorrer. Não se pode, em uma democracia deixar a decisão ao que aquele que julga quer que ela seja. A busca de Ronald Dworkin por escolhas certas e decisões justas nos faz pensar que a defesa da Constituição, roteiro básico de

nossa história, seja o caminho mais seguro e justo para a concretização da justiça. Durante trecho de “Animal Farms”, no Brasil, A Revolução dos Bichos, os porcos, após terem tomado conta da Fazenda e condenar diversos comportamentos humanos, passam, gradativamente a copiar alguns dos comportamentos. Certa vez, descobriu-se que os porcos estavam dormindo em camas – e isso era costume dos humanos em tempo pretérito proibido. Na madrugada, um porco foi até o local em que as leis eram apresentadas aos bichos da fazenda, e fez um pequeno acréscimo ao texto das regras da fazenda: basicamente dando a entender que era proibido que animais dormissem em camas, desde que, estivessem cobertos – acrescentando ponto específico para garantir a conveniência do grupo de porcos que já tinham se entregues aos costumes e comodidades humanas. A constituição e as leis não podem estar submetidas à conveniência, ou, o que “eu” acho correto, e se assim não concordar, que a altere nos limites e junto ao poder competente para isso, mas até lá, ela deve ser obedecida. Goste-se ou não dela!

## Referências

- HARRISON, Benjamin. **This Country of Ours**. New York: Scribner’s Sons, 1898. (Messages of the President. Vol. VI.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8 ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Formação do Patronato Político Brasileiro. Rio de Janeiro: Globo, 1958.
- STRECK, Lênio Luiz; **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017
- TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). **Direito e Literatura**: Ensaios críticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- WENECK VIANNA, Luiz. Et al. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.



## **“Trust” como exemplo para breve análise das organizações criminosas na exploração sexual de crianças**

*Jéssica Painkow Rosa Cavalcante*<sup>1</sup>

*Liziane da Silva Rodríguez*<sup>2</sup>

*Maiqui Cardoso Ferreira*<sup>3</sup>

### **Introdução**

O crescente aumento dos índices de criminalidade<sup>4</sup>, através do *ciberespaço*, provoca na sociedade, e também nos juristas, a reiteração do discurso de que a solução seria o endurecimento das penas e, principalmente, a ampliação do direito penal. Tal discurso, se faz extremamente válido quando se trata do tema pornografia infantil na *Internet*, pois diante da moderna tecnologia, há uma facilidade para a divulgação de materiais pornográficos, gerando uma rede de criminosos que estão propagando estes conteúdos de forma ilimitada, sobre tal temática ha diversos filmes, nesse artigo, a título de exemplificação da

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Público na Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestra em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Pós-graduada (lato sensu) em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduada (lato sensu) em Direito Agrário e Agronegócio pela Faculdade Casa Branca (Facab). Advogada inscrita na OAB/TO. E-mail: jessicapainkow@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4024280261959707>.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito Público na Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestra em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Especialista em Direito Penal e Política Criminal pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogada inscrita OAB/RS. E-mail: lizianeoo@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5373453337860546>.

<sup>3</sup> Doutorando em Direito Público na Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). E-mail: mikiferreira@outlook.com.

<sup>4</sup> O Brasil apresenta um índice elevado de crimes virtuais, conforme relatório disponível pela *Norton Security* (2016).

realidade na qual se encontram as vítimas, será abordado algumas passagens do filme “*Trust*”, um drama norte-americano, de 2010, dirigido por David Schwimmer.

Redes criminosas transformam as crianças em mercadorias, onde são compradas, vendidas e trocadas, gerando um lucro multimilionário, como no caso do sudeste asiático e Europa. (BANGKOKPOST, 2019 e DEUTSCHE WELLE, 2017). No entanto, legislação presente no Brasil ainda divide opiniões, como é possível observar pela leitura do Projeto de Lei n. 2.514/15<sup>5</sup>.

Partindo da preocupação geral sobre os crimes sexuais virtuais contra menores, o presente artigo visa tecer comentários sobre o fenômeno, partindo da abordagem médica, passando pela abordagem técnica, e, por último, chegando aos efeitos na legislação penal.

Será utilizado o método dedutivo, visto que consiste em uma análise geral sobre o fenômeno da pornografia infantil, partindo para casos mais específicos, tendo como objetivo compreender a construção da problemática e oferecer uma abordagem partindo do projeto de lei, usando como elemento lúdico para compreender o fenômeno o filme *Trust*. A metodologia utilizada será a pesquisa exploratória, usando fontes bibliográficas, noticiários, relatórios e a legislação, nacional e internacional, sobre o tema.

## **1. Redes de aliciamento infantil cibernéticas: organizações ou associações criminosas?**

O conceito de organização criminosa foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, e do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, que ratificaram a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, realizada em Palermo, na Itália, em 15 de dezembro de 2000. Antes disso,

---

<sup>5</sup> Conforme notícia veiculada pela Câmara de Deputados (2019), apesar de institucionalmente defendida pela polícia, peritos da Safernet, instituição civil de monitoramento de crimes virtuais, duvidam da eficácia do projeto.

tinha a Lei nº 10.217/2001, que alterou a Lei nº 9.034/95, e seu enunciado trazia a disposição sobre a “utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, porém, não definia organização criminosa.

Entretanto, apesar de a Convenção definir organização criminosa, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 96.007-SP, em 12 de junho de 2012, entendeu que a ordem jurídica no Brasil ainda não dispunha de previsão normativa suficiente, a concluir-se pela existência do crime de organização criminosa, permanecendo, portanto, atípica a conduta.

A legislação brasileira somente passou a tipificar o delito de organização criminosa com a edição da Lei nº. 12.694/12, que, entre outras disposições, trata do processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, que se encontra no artigo 2º<sup>6</sup>.

Vale observar que a lei brasileira define de modo semelhante, porém, apresenta algumas distinções se comparada ao conceito de organização criminosa da Convenção de Palermo. Enquanto a Convenção de Palermo fala em “grupo estruturado”, a Lei nº. 12.694/12 refere “associação”; para a convenção, o grupo precisa ser “existente há algum tempo”; para a lei brasileira, precisa ser “estruturalmente ordenado e caracterizado pela divisão de tarefas, ainda que informalmente”; quanto à prática de crimes, a Convenção define que o grupo deve ter o “propósito de cometer uma ou mais infrações graves”, em contrapartida, a lei nacional diz que a organização deve estar relacionada à “prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional”. (CUNHA; PINTO, 2014, p. 13).

Porém, atualmente, com a Lei nº. 12.850/13, o legislador revê o conceito e passa a definir organização criminosa no artigo 1º, §1º da Lei:

---

<sup>6</sup> Redação: “Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional”.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

O que diferencia a associação criminosa da organização criminosa não é o número de agentes, conforme pontua Baltazar Junior (2014, p. 1267-1269), a circunstância de a organização ser estruturalmente ordenada e apresentar divisão de tarefas, sendo perfeitamente possível que um grupo de três ou mais agentes, que tenha por finalidade a prática de crimes com pena superior a quatro anos, é o fator que configura uma associação criminosa, isso, mesmo se lhe faltarem a estrutura ordenada e a divisão de tarefas.

As mudanças que ocorreram, comparando a Lei nº. 12.694/12 com a Lei nº. 12.850/13, foram o número mínimo de pessoas que devem ter para compor o crime, ou seja, antes deveria ocorrer a associação de três ou mais pessoas e, agora, a associação deve ser de quatro pessoas ou mais; e, antes, deveria ser mediante a prática de crimes cujas penas máximas sejam igual ou superior a quatro anos, agora deve ser mediante prática de infrações penais, pois assim abrange as contravenções. No mais, as duas Leis convivem, tendo sido revogada apenas a Lei nº. 9.034/95. (CUNHA; PINTO, 2014, p. 14).

Ainda, conforme dispõe Mendroni (2012, p. 22), atualmente existem quatro formas básicas de organizações criminosas: a tradicional, rede, a empresarial e endógena. Importa mencionar as características da organização criminosa denominada “rede”, pois uma de suas principais características é a globalização. Ela é formada por um grupo de *experts* sem base, vínculos, ritos, e sem critérios mais rígidos de formação hierárquica. Possuem uma natureza provisória em que se aproveitam das oportunidades que surgem em cada setor e local, agindo por “indicações” e “contatos”, do mesmo modo que, agem no espaço territorial mais

favorável para o delito proposto durante um tempo (relativamente curto) e logo após se dilui, sendo que os integrantes, cada um deles, irão novamente se unir a outros grupos por certo tempo.

Assim, as redes de pedofilia podem ser identificadas como organizações criminosas, pois se encaixam na descrição típica do crime por: 1) possuir agentes pedófilos que aparecem nas imagens, como abusadores; 2) existir produtores e realizadores, ou seja, pessoas que contribuem economicamente para a “busca” por crianças; 3) existir agentes técnicos que são responsáveis por realizar a edição do material pornográfico produzido e 4) possuírem agentes que distribuem o material no mercado. (TRINDADE; BREIER, 2013, p. 130).

Acrescentando mais características no disposto por Trindade e Breier (2013, p. 130), um quinto ponto poderia ser considerado, tendo em vista a classificação realizada por Mendroni (2012, p. 20), denominada de “rede”. Sendo assim, a questão da globalização com base em grupos que se deslocam para o local mais favorável dependendo do tipo de crime que pretende cometer, a pornografia infantil se encaixaria nesse perfil, eis que é sem dúvida, devido ao uso da *Internet* um crime globalizado e, tendo em vista deslocamentos de agentes para países com legislação fraca para realização dos crimes.

## **2. As redes de exploração pornográficas virtuais de menores como um problema ético**

A pornografia infantil tem como base uma ideia de mercado, que despreza valores e não possui restrições morais e éticas. Nessa mercantilização da pornografia infantil, a vítima é privada do seu valor intrínseco. A produção pornográfica utilizando crianças constitui exploração sexual, sendo considerados exploradores, conforme cita Hélia Barbosa (1999, p. 12) “os produtores (fotógrafos, *videomakers*), os intermediários (aliciadores e pessoas de apoio), os difusores (anunciantes,

comerciantes, publicitários) e os colecionadores ou consumidores do produto final”.

Em 2001, segundo Breier e Trindade (2013, p. 123), os relatórios realizados referentes ao 2º Congresso Mundial contra Exploração Sexual e Comercial de Crianças de Yokohama (Japão), noticiaram a questão da pedofilia através dos meios virtuais relacionada com as organizações criminosas.

Os mesmo autores (2013, p. 123-131) trazem casos internacionais que ratificam a “teoria” de que a pedofilia está intimamente relacionada com as organizações criminosas, objetivando altos lucros. Porém, importante destacar que nem todos possuem características de pedófilos, alguns são “empresários” que usam deste transtorno para ganhar dinheiro.

O primeiro caso é o denominado “*Cathedral*”, ocorrido na Califórnia (EUA), em que a polícia americana, através de uma investigação isolada de abuso sexual descobriu uma rede de pedofilia. O caso acontece quando uma criança recebe em sua casa uma colega de escola, sendo as duas de aproximadamente 10 anos. Ocorre que, durante a visita, o pai da amiga fica sozinho com essa colega em um quarto, e, através da *Webcam* (filmagens em tempo real), as cenas de abuso foram registradas. Tais cenas estavam sendo transmitidas para pessoas que assinavam o site “Orchild Club” e, ainda, passavam instruções do que deveria ser realizado com a criança para satisfazer os impulsos dos que estavam assistindo. Os administradores que produziam e vendiam as imagens geraram um considerável lucro.

O segundo caso é denominado “*Wonderworld*”, e foi descoberto a partir da solução do primeiro. Então, diante do anteriormente ocorrido, através do computador do abusador foram encontrados outros sites de clubes de pedofilia. Entre os descobertos, o “*Wonderland Club*” foi o que mais chamou a atenção, pois tratava-se de uma rede organizada hierarquicamente, tendo desde um diretor-geral até secretários, com regras bem discriminadas para ingresso de novos sócios.

Nesse caso, verificou-se todo um aparato organizacional para fornecer materiais de pornografia infantil, sendo que, o acesso era extremamente restrito e com vários códigos de para conseguir ingressar na rede. O acervo da rede contava com mais de 1.267 crianças que geraram 758 imagens e 1.860 horas de filmagem. Os materiais eram distribuídos por computadores através da *Internet* e tinham lucros extremamente altos.

Um exemplo do montante dos lucros obtidos é um caso ocorrido no Japão no final de 2008, em que foram faturados 1,2 milhões de dólares na venda de mais de trezentos mil DVDs de pornografia infantil. Nesse trabalho da Polícia de Tóquio, sete pessoas foram presas, inclusive o chefe da rede.

Ainda existem fatos ocorridos na América do Sul, mais especificamente na Argentina e no Brasil. O caso ocorrido na Argentina foi denominado de “Inferno Infantil”, pois a Polícia Federal desmanchou uma rede de pedofilia que consistiu em 25 ações simultâneas em 8 cidades, sendo apreendidas 10 mil imagens entre fotos e vídeos que mostravam menores de idade (incluindo bebês) sendo abusados sexualmente por adultos. Nessa operação ocorrida em 2007, quinze pessoas foram presas suspeitas de integrá-la.

No Brasil a operação realizada em 2007 foi chamada de “Azahar”. Foi descoberta uma rede mundial que veiculava e distribuía material com pornografia infantil e, com isso, foram cumpridos trinta mandatos de busca e apreensão em 11 Estados, sendo eles, São Paulo, Rio de Janeiro, Pará, Sergipe, Paraíba, Bahia, Espírito Santo, Paraná, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Minas Gerais. Diversos computadores, *drives*, *HDS*, fitas VHS e disquetes com imagens de crianças ou adolescentes em cenas de sexo explícito foram apreendidos. A operação ocorreu simultaneamente em 20 países e a Polícia Federal brasileira realizou trinta e quatro, das cento e oito prisões efetuadas em todo o mundo.

Desde a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito da pedofilia, em 2008, a Comissão de Investigação recebeu mais de vinte e cinco mil

denúncias referentes à pornografia infantil virtual e 40% dos materiais disponíveis já foram removidos. Quanto ao montante faturado no Brasil, conforme o Presidente da Comissão, gira em torno de três milhões de dólares por ano.

Os dados antes mencionados da Interpol corroboram a situação de que a pedofilia está contribuindo para a disseminação da pornografia infantil e formando uma rede do crime organizado, pois diante dessa rede que não possui limites territoriais, é possível facilitar o turismo sexual, o tráfico de pessoas, e, da mesma maneira, a troca e divulgação das imagens/vídeos. Países com leis fracas e pouco controle são as principais rotas dos criminosos, acarretando em sequestros e vendas de crianças para produção de material pornográfico.

No filme “*Trust*”, tem-se o caso de uma garota de 14 anos chamada Annie que conhece um “garoto” chamado Charlie através da internet e mantém contatos frequentes. Inicialmente o garoto revela ter 16 anos, aos poucos, vai revelando mais informações sobre ele, até que um dia relata ter 21 anos e marca um encontro com a garota. No encontro Annie percebe que Charlie é bem mais velho do que relatado, mas mesmo assim se sente constrangida ante aos dizeres de Charlie de que eles são adultos e estão apenas se conhecendo e ela deveria agir como uma pessoa adulta que era. Eles vão tomar sorvete, ele presenteia ela com uma lingerie e, apesar de aparentemente se mostrar constrangida, eles vão para um motel. No motel ele abusa dela e grava o ato. Ocorre que, ao final do filme, é relatado que Annie faz parte de uma rede de meninas que já haviam sido abusadas por Charlie.

Apesar de o filme deixar em aberto a reflexão sobre a destinação do material de cunho pornográfico infantil colhido por Charlie, percebe-se que houve a exploração sexual, porém, sem revelar se caracterizava uma organização ou associação criminosa, pois, a questão reflexiva seria se o material seria vendido ou se ele iria utilizar para satisfação da própria lascívia.

Contudo, independente da abordagem do filme não revelar a destinação do material pornográfico colhido, ao final, fica em evidência que Charlie seria uma pessoa considerada “comum” e dentro dos padrões que uma sociedade aceita (branco, hétero, casado e com filhos), e isso, chama para uma reflexão de que o abusador pode ser qualquer pessoa presente no convívio social de uma pessoa, que o fato de Charlie ter praticado um crime tão repugnante o abusador nunca parece ser o que realmente é, e que, apesar de possuir uma vida totalmente normal, casado e com filhos, ainda assim oferece perigo pelo fato de não aparentar e não levantar qualquer tipo de suspeitas. E o pior, ao final do filme, a vítima se encontra gravemente lesada e sem qualquer resposta sobre a investigação da identidade do seu abusador, sabendo que o mesmo continua livre.

### **3. O projeto de Lei 2154/15 pode ajudar a inibir a pornografia virtual infantil?**

Ainda que a matéria não seja nova no legislativo, já que o Projeto de Lei do Senado n. 121/2008 tentou acabar com os aspectos econômicos da pornografia infantil na rede, e foi arquivado pelo fim da legislatura, o Projeto de Lei n. 2.154/2015 versa sobre um tema que, sistematicamente, tenta auxiliar o processo investigatório dos crimes virtuais contra crianças e adolescentes. As principais críticas, como já apontado, se referem a defasagem da lei, já que o Marco Legal da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados já resolvem esse problema, garantido que informações relevantes para a persecução penal sejam salvaguardadas para futura apreciação.

Assim, resta a pergunta inicial do primeiro capítulo: a legislação brasileira consegue acompanhar os avanços tecnológicos nos crimes virtuais? Novas tecnologias nascem a cada dia e é de conhecimento geral que material ilegal circula na internet usando caminhos alternativos, que são vulgarmente conhecidos como “*deep web*”, ou seja, locais no ciberespaço que não são captados pelos mecanismos formais de procura.

Muito mais do que isso, os usuários dessa modalidade camuflam os seus rastros, pelos mais diversos motivos, lícitos ou não, visando, justamente, fugirem dos olhos estatais.

Assim, uma legislação que tenha por objetivo apenas atacar a internet facilmente rastreável não conseguirá impedir que as organizações criminosas possam conduzir operações fora dos locais de fácil acesso no ciberespaço. A inteligência investigativa, capaz de gerar respostas tecnológicas para esse tipo de problema, além de empregar usuários avançados, pode gerar ganhos muitos maiores do que tentar atacar, pelo formalismo da lei, critérios que, raramente, correspondem ao que é praticado no cotidiano. Como bem observado por Finklea (2017, p. 10):

In February 2017, hackers purportedly affiliated with Anonymous took down Freedom Hosting II—a website hosting provider on the dark web that was stood up after the original Freedom Hosting was shut down in 2013. Hackers claimed that over 50% of the content on Freedom Hosting was related to child pornography. Website data were dumped, some of which may now identify users of these sites.<sup>49</sup> Of note, security researchers estimated that Freedom Hosting II housed 1,500–2,000 hidden services (about 15–20% of their estimated number of active sites). (FINKLEA, 2017, p. 10).

Assim, a presença de verdadeiros redutos virtuais longe dos mecanismos padrões de navegação e busca, voltados para a pornografia infantil, com milhares de usuários pelo mundo, apenas atesta que a legislação sozinha não consegue garantir a segurança na rede e os usuários e fornecedores de atividades ilícitas cada vez mais escondem os seus rastros, ignorando os mecanismos comuns de interação virtual, exigindo do poder público abordagens diferenciadas, além da participação da sociedade civil organizada para a difícil vigilância na rede.

### **Considerações finais**

A organização de grupos para a prática de crimes não é um fenômeno da atualidade. Ao longo da história, há registro de famosas associações

criminosas: os piratas franceses e ingleses, dos séculos XVII e XVIII, respectivamente; a Máfia Italiana; a Yakuza Japonesa e as Tríades Chinesas do século XIX. Nesse mesmo período, no cenário brasileiro, houve o cangaço, sobre a temática, são diversos filmes os brasileiros que a exploram, sendo alguns: Nascidos em Bordéus, Anjos do Sol, Sonhos Roubados, Iracema: Uma Transa Amazônica, Baixio das Bestas, O Céu de Suely e etc.

A complexidade e sensibilidade do tema não permitem um desfecho conclusivo, porém, é possível especificar constatações parciais acerca da verificação do problema posto.

Primeiro, a problemática independe do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) dos países: não é a pobreza (ou ausência de riqueza) o fator determinante. É possível encontrar redes de aliciamento sexual virtual e pornografia infantil nos países desenvolvidos tanto quanto nos países em desenvolvimento.

Segundo, a legislação, tanto internacional quanto nacional, não consegue capturar a complexidade dos avanços tecnológicos, sendo necessário uma constante atualização para o desenvolvimento de novas tecnologias sociais para a proteção e devida punição dos responsáveis, mantendo os princípios do Estado Democrático de Direito.

Frente a isso, através da rede mundial de computadores é possível que mídias como fotos e vídeos sejam compartilhados, o que proporciona a formação de redes de pornografia infantil praticamente idênticas ao *modus operandi* das organizações criminosas, em que há compra e venda de materiais com crianças (todos de cunho sexual) transformando, assim, as vítimas em mercadorias, como também percebido na narrativa de “Trust”, onde Charlie, no início, se mostra como um jovem, que no decorrer da trama vai revelando sua real idade, na medida em que vai ganhando a confiança de Annie, e, ao final do filme, é mostrada uma filmagem caseira na qual Charlie se encontra em sua verdadeira identidade e com sua família, passando a informação de que ele poderia ser qualquer pessoa no meio social.

Outro ponto analisado, que também é encontrado no filme, é quanto a legislação penal no que se refere à pornografia infantil ser mínima, o que proporciona um maior incentivo para aqueles envolvidos nos crimes das redes de pornografia infantil do *ciberespaço*. As vítimas da pornografia infantil estão, em diversas formas, lesionadas. Como a simples exposição, ou seja, é uma situação em que as crianças são levadas ao risco de não sensibilizar-se e, com isso, serem corrompidas e acreditarem que essa atitude é normal, essa característica também é fortemente notada na narrativa do filme “*Trust*”. Outro dano está relacionado com a construção do material pornográfico, eis que pode prejudicar a conduta das crianças e reger a aprendizagem de que o sexo está relacionado com a força, à violência e a exploração. Grande parte dos pedófilos guardam objetos que relacionam as vítimas, podendo ser uma gravação de filme até um objeto que pertencia a vítima<sup>7</sup>.

## Referências

- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BANGKOKPOST. **Southeast Asian kids targeted by online paedophiles**. 2019. Disponível em <https://www.bangkokpost.com/thailand/general/1679580/southeast-asian-kids-targeted-by-online-paedophiles>. Acesso em 26/01/2020.
- BARBOSA, Hélia. **Abuso e exploração sexual de crianças: origens, causas, prevenção e atendimento no Brasil**. In. *Inocência em perigo*. Rio: Editorial Garamond, 1999.
- CÂMARA DE DEPUTADOS. Projeto para coibir crimes cibernéticos contra crianças e adolescentes divide opiniões, 2019. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/592722-projeto-para-coibir-crimes-ciberneticos-contra-criancas-e-adolescentes-divide-opinioes/>. Acesso em 26/01/2020.

---

<sup>7</sup> Essa característica se faz presente no filme “*Trust*”, no qual mostra Charlie fazendo uma *sex tape* de Annie, sem seu consentimento. Outro exemplo desse comportamento pode ser percebido através da análise da série “*Unbelievable*”, que é baseada em fatos reais, relata uma série de estupros ocorridos em Washington e Colorado. Deste seriado percebe-se a ficção do estuprador em colecionar itens das vítimas.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado comentários à nova lei sobre o crime organizado lei nº 12.850/2013**. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DEUTSCHE WELLE. Europol. **FBI arrest nearly 900 in crackdown on global pedophile ring**. 2017. Disponível em <https://www.dw.com/en/europol-fbi-arrest-nearly-900-in-crackdown-on-global-pedophile-ring/a-38729883>. Acesso em 26/01/2020.

FINKLEA, Kristin. **Dark Web**. Congressional Research Service, 2017. Disponível em <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44101.pdf>. Acesso em 31/01/2020.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos e mecanismos legais**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NORTON SECURITY. **Norton Cyber Security Insights Report 2016**, disponível em <https://now.symassets.com/content/dam/content/pt-br/collaterals/datasheets/norton-cyber-security-insights-report2016.pdf>. Acesso em 26/01/2020.

TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia: aspectos psicológicos e penais**. 3. Ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

**TRUST**. Direção de David Schwimmer. Produção de Coop. Roteiro: Andy Bellin; Robert Festinger; David Schwimmer. Canadá: Nu Image, 2010.

**A concha, o fogo e a carcaça:  
Interloquções entre o Direito Penal e  
a literatura de *O Senhor das Moscas***

*Fernanda Miler Lima Pinto*<sup>1</sup>

*Jéssica Painkow Rosa Cavalcante*<sup>2</sup>

*Liziane da Silva Rodríguez*<sup>3</sup>

## **Introdução**

A presente pesquisa se desenvolve por uma análise exploratória, de cunho singularmente bibliográfico, a partir da relação entre Direito e Literatura e a obra de William Golding, “O Senhor das Moscas”. Primeiramente, o foco é direcionado à exposição e análise literária da obra em evidência, juntamente com seu contexto histórico no mundo real. Em seguida, ambas realidades, a ficção e a prática são relacionadas, mostrando que os eventos da ilha onde Ralph, Jack e os demais garotos ficaram isolados se conectam diretamente com alguns aspectos da realidade, que

---

<sup>1</sup> Mestranda pelo Programa de Pós-graduação em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Penal. Advogada. E-mail: fernandamlp1206@gmail.com

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito Público na Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestra em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Pós-graduada (lato sensu) em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduada (lato sensu) em Direito Agrário e Agronegócio pela Faculdade Casa Branca (Facab). Advogada inscrita na OAB/TO. E-mail: jessicapainkow@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4024280261959707>.

<sup>3</sup> Doutoranda em Direito Público na Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestra em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Especialista em Direito Penal e Política Criminal pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogada inscrita OAB/RS. E-mail: [lizianeoo@hotmail.com](mailto:lizianeoo@hotmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5373453337860546>.

alimentam uma resposta cada vez mais violenta para estabelecer o controle social.

A obra do britânico William Golding é ponto chave desse trabalho. O livro em comento, que foi publicado em 1954, quando o mundo era aquecido pelos acontecimentos da Guerra Fria, é um dos grandes nomes da literatura mundial, traduzido para 35 idiomas e, só em língua inglesa, comercializado em mais de 25 milhões de exemplares. Tal narrativa também já teve duas adaptações para o cinema. A primeira versão, ainda em preto e branco, é de 1963 e a segunda, de 1990, sendo aquela, supervisionada pelo próprio Golding, considerada a mais fiel ao livro.

Este clássico da literatura pós-guerra, assim como “Revolução dos Bichos” e “O Apanhador no Campo de Centeio”, traz uma reflexão sobre a natureza do mal, fazendo uso de um ideário dualista e metafórico para passar sua mensagem, que pode ser objeto importante para aprofundar a discussão sobre poder, violência e Direito. E é justamente essa intertextualidade entre a Literatura e o Direito, cujo estudo ainda é relativamente recente no Brasil, o tema central desse trabalho.

O diálogo travado entre Direito e Literatura, apresenta-se extremamente benéfico para o debate científico jurídico, trazendo elementares não antes analisadas e enriquecendo consideravelmente as produções bibliográficas nessa seara. Esse e outros capítulos que formam essa obra coletiva têm o objetivo de tornar cada vez mais robusto o conjunto de estudos nessa área. No que tange a esse trabalho, propõe-se primeiramente fazer algumas análises acerca do período histórico e alguns aspectos importantes da narrativa de William Golding, para propor uma breve discussão sobre a seara criminal, principalmente levando em conta o histórico penal brasileiro.

## **1 Fora da Ilha Perdida: Outra Guerra**

O confronto estabelecido entre as duas superpotências sobreviventes à Segunda Guerra Mundial, que dura desde o lançamento das bombas

atômicas até o fim da União Soviética, é responsável pela bipolarização mundial, precipuamente em duas ideologias divergentes, Capitalismo (EUA) e Socialismo (URSS). O período conhecido como Guerra Fria recebe esse nome pela falta de confrontos diretos entre as duas potências, apesar da ameaça diária de uma nova guerra mundial, em níveis apocalípticos.

A produção massiva de armamentos dos mais diversos, inclusive armas nucleares, avanços das ciências naturais, disputa tecnológica, corrida espacial, táticas de espionagem, guerras periféricas, regime de prudência e equilíbrio pelo terror eram características e consequências importantes desse período, marcado pela sensação de instabilidade, que somente seria evitada pela dissuasão mútua entre os dois polos de poder principais.

No entanto, apesar de tão difundida a ideia de uma disputa equiparada entre os americanos e os soviéticos, questiona-se se essa competitividade realmente existia de modo a colocar ambos os protagonistas desse cenário como igualmente perigosos, sendo que a única maneira de evitar a pior das catástrofes seria buscar o equilíbrio a partir de uma “paz armada”.

Partindo dessa indagação, o caminho para respondê-la nas próximas linhas traz consigo uma evolução dos acontecimentos marcados principalmente no início da Guerra Fria, no período aproximado de 1947 a 1953.

Primeiramente, cabe aqui situar o contexto em que estava o mundo, preponderantemente na Europa, cenário das duas grandes guerras mundiais recém fundadas nesse momento.

Se Washington previa “os grandes problemas do pós-guerra” que minavam “a estabilidade – social e econômica – no mundo” (Dean Acheson, citado *in* Kolko, 1969, p.485), era porque no fim da guerra os países beligerantes, com exceção dos EUA, haviam se tornado um campo de ruínas habitado pelo que pareciam aos americanos povos famintos, desesperados e provavelmente propensos à radicalização, mais que dispostos a ouvir o apelo da revolução social e de políticas econômicas incompatíveis com o sistema internacional de

livre empresa, livre comércio e investimento pelo qual os EUA e o mundo iriam ser salvos. (HOBSBAWN, 1995, p. 182).

Em outras palavras, diante à miséria em que se encontravam os principais países capitalistas, aliados dos Estados Unidos, floresceu a crença ocidental que o capitalismo e a sociedade liberal estavam em sérios riscos de sucumbir à “ameaça comunista”. A ideia ainda era reforçada, porque o sistema internacional foi absolutamente abalado pelas guerras antecedentes, deixando os Estados Unidos diante de uma União Soviética fortalecida e dominando partes da Europa e outras áreas no mundo oriental.

No entanto, como afirma Eric Hobsbawn (1995, p. 182), isso não basta para explicar a política estadunidense de perigo constante, como se estivesse diante de uma “conspiração comunista mundial’ sempre disposta a derrubar os reinos de liberdade”.

Pois hoje é evidente, e era razoavelmente provável mesmo em 1945-7, que a URSS não era expansionista — e menos ainda agressiva — nem contava com qualquer extensão maior do avanço comunista além do que se supõe houvesse sido combinado nas conferências de cúpula de 1943-5. Na verdade, nas áreas em que Moscou controlava seus regimes clientes e movimentos comunistas, estes se achavam especificamente comprometidos a *não* erguer Estados segundo o modelo da URSS, mas economias mistas sob democracias parlamentares multipartidárias, distintas da “ditadura do proletariado” e, “mais ainda”, de partido único. [...] a União Soviética desmobilizou suas tropas — sua maior vantagem militar — quase tão rapidamente quanto os EUA, reduzindo a força do Exército Vermelho de um pico de quase 12 milhões, em 1945, Para 3 milhões em fins de 1948(*New York Times*, 24/10/1946; 24/10/1948)”. (HOBSBAWN, 1995, p. 182-183).

Em uma análise racional acerca disso, fica claro que a URSS não tinha a intenção de atacar nenhum país que estivesse fora do seu alcance. Além disso, como tinha participado da recente segunda grande guerra, estava também prejudicada, com dificuldades para se manter. A Rússia czarista não era uma grande potência, e isso é sabido, detinha suas forças preponderantemente na base agrícola, latifundiária e de baixa e lenta

industrialização, o que não lhe faz restar uma boa herança do passado. E para completar, ainda enfrentava problemas com o regime socialista recém implantado, um governo desconfiado, comandado por um ditador mão de ferro avesso a riscos externos, Y. V. Stálin, e uma população com dissidentes, grande parte fora da URSS. Essas informações eram manifestas na época, tanto que a União Soviética chegou a ser conhecida como “gigante dos pés de barro”<sup>4</sup>, em relação à sua base socioeconômica ser extremamente fraca, ainda mais para competir como uma potência mundial naquele período.

A partir disso, outro questionamento se faz necessário: o porquê dos EUA não terem atacado de modo a eliminar a esfera de poder da URSS. Assim, Eric Hobsbawn (1995, p. 185) apresenta uma reposta fundamental para esclarecer essa dúvida. Apesar de ambos antagonistas demonizarem seus modelos políticos, havia um detalhe que tornava os EUA mais fervoroso nesse controle ideológico, o fato desse país ser uma democracia, que necessita se preocupar com votos no Congresso e eleger seus representantes políticos. Por esse motivo, o anticomunismo se tornou uma bandeira americana, pois tendo um inimigo externo de quem devia se defender, a nação se unia em um consenso para derrotá-lo. A partir disso, os inimigos internos da “terra do tio Sam” cederam seu lugar para o grande perigo soviético, o que rendeu uma população insegura e militarizada, mas unida em prol a eliminar o adversário.

Em face ao individualismo, ao liberalismo econômico e ao modelo cultural e ideológico (“americanismo”) característicos dos EUA, o anticomunismo caía como uma luva, pois fazia contraposição direta com os moldes do opositor, URSS. E assim deu-se início a medidas para fortalecer o capitalismo no mundo, com o pretexto de ser em defesa ao avanço do perigo comunista. Os Estados Unidos assim criaram o plano

---

<sup>4</sup> De várias citações relacionadas à denominação da URSS como “gigante dos pés de barro”, convém trazer aqui a do jornalista alemão, Guido Knopp, que demonstra ser esse um apelido conhecido, pelo menos, até nos tempos Segunda Guerra Mundial: “A maior parte dos oficiais mais experientes do Exército compartilhavam da opinião de Hitler de que a ‘União Soviética era um gigante de pés de barro’”. (KNOPP, 2009, p. 113).

Marshall<sup>5</sup> (1948-1952) e a OTAN<sup>6</sup> (1949). Como resposta, a União Soviética criou sua própria versão para esses programas, respectivamente, a COMECON (1949-1991) e o Pacto de Varsóvia (1955).

Um adendo é necessário ser feito quanto ao plano Marshall, para destacar o considerável investimento feito para o Reino Unido, a nação que mais recebeu auxílio dos EUA dentre todas da Europa<sup>7</sup>. O que reforça a notável e histórica aliança entre britânicos e americanos, principalmente nesse período, que coincide ao tempo em que se passa a narrativa de “O Senhor das Moscas”.

Além disso, nos Estados Unidos surgiu o “macarthismo”, outro plano que contribuiu para a “caça aos vermelhos” na década de 1950. Segundo Karnal et. al (2007, p. 216), esse movimento consistiu em uma série de investigações e retaliações (demissões, sentenças de prisão e algumas execuções) a intelectuais, artistas e funcionários do governo que apresentassem algum comportamento relacionado ao comunismo ou ao uma mínima inclinação ao posicionamento político de esquerda. O medo do comunismo acabou reforçando vários preconceitos que não estavam nem relacionados à guerra ideológica, como o machismo<sup>8</sup> e a homofobia<sup>9</sup>. Karnal et al (idem, ibidem) concluem que “esse período sombrio da

---

<sup>5</sup> Esse foi um projeto criado pelo secretário de Estado dos Estados Unidos, George Marshall, que consistia em uma série de empréstimos a baixos juros para fazer submergir a economia de países europeus capitalistas afundados pelas grandes guerras mundiais antecessoras a esse período. O intuito era fortalecer o sistema do capital e repelir a ameaça socialista que avançava pela Europa.

<sup>6</sup> A sigla OTAN significa Organização do Tratado do Atlântico do Norte. Essa foi uma aliança militar, cujo objetivo era de unir forças e controlar nações interessadas em evitar um suposto ataque dos países do Leste Europeu.

<sup>7</sup> “Britain actually received more than a third more Marshall Aid than West Germany - \$2.7 billion as against \$1.7 billion. She in fact pocketed the largest share of any European nation. The truth is that the post-war Labour Government, advised by its resident economic pundits, freely chose not to make industrial modernisation the central theme in her use of Marshall Aid.” ([http://www.bbc.co.uk/history/british/modern/marshall\\_01.shtml](http://www.bbc.co.uk/history/british/modern/marshall_01.shtml)) e “In all, Great Britain received roughly one-quarter of the total aid provided under the Marshall Plan, while France was given less than one fifth of the funds.” (<https://www.history.com/topics/world-war-ii/marshall-plan-1>).

<sup>8</sup> A produção cinematográfica “O Sorriso de Monalisa” (2003), sob direção de Mike Newell, recria a atmosfera das relações domésticas, das práticas culturais e dos papéis que as mulheres exerciam na sociedade americana dos anos 50. Faz uma crítica ao consenso de que a mulher tinha o papel fundamental de reproduzir no âmbito da família os valores modelo de mãe e esposa perfeita, sem a oportunidade de se reconhecer como possuidoras de identidade cultural própria.

<sup>9</sup> Exemplo claro pode ser visualizado nos infomerciais da época, que retratavam os homossexuais como inimigos e criminosos, atribuindo papéis estereotipados como maneira de demonizá-los. Insere-se aqui um vídeo disponível online que elucida o quão forte era a interferência ideológica na vida privada: [https://www.youtube.com/watch?v=17u01\\_sWjRE](https://www.youtube.com/watch?v=17u01_sWjRE). Acesso em 06/out/2018.

história americana dificultou extremamente a possibilidade de crítica ao governo americano, enfraquecendo, por uma década, todos os impulsos reformistas e consolidando uma cultura oficial de conformidade social”.

Nesse sentido, Visentini e Pereira (2012, p. 183) assentam que a forte opinião resultante das guerras anteriores, do espírito de Yalta, do antifascismo e do pacifismo, ainda eram presentes na Guerra Fria e contribuíram para o fortalecimento dessa política de consenso, a qual era reforçada pelo uso de mitos e imagens e faziam o controle ideológico da população, legitimando a visão maniqueísta de bem (capitalismo) *versus* mal (socialismo).

Apesar de certas formas exaltadas e maniqueístas da Guerra Fria, esta possuía sua racionalidade, pois permitia aos EUA manter o controle político e a primazia econômica tanto sobre seus aliados industriais europeus como sobre a periferia, sobretudo latino-americana. Ao explorar a ideia de uma ameaça externa, Washington obtinha a unidade do mundo capitalista e orientava-a contra a URSS e os movimentos de esquerda e nacionalistas, tanto metropolitanos como coloniais, emergidos da Segunda Guerra Mundial. A manutenção de um clima de tensão militar conferia aos EUA uma posição privilegiada para consolidar sua expansão econômica e administrar convenientemente o processo de emancipação das colônias, que desejava subtrair ao controle de seus próprios aliados europeus. Essa permanente tensão permitiria a hegemonia incontestada da formidável máquina militar americana em pleno tempo de paz. A Guerra Fria constituiu-se, assim, em uma verdadeira Pax Americana. (VISENTINI; PEREIRA, 2012, p. 193).

A partir dessa política de consenso e dominação ideológica, Karnal et al (2007, p. 230-231) destacam que os anos 50 americanos, na memória coletiva, centram-se nas ideias de prosperidade e estabilidade. Esse período é relacionado a um alto índice de crescimento econômico, oportunidade de emprego e mobilidade social, e as mídias sempre destacando a imagem de famílias harmoniosas, padronizadas e estáveis: o pai trabalhador e provedor, a mãe dona-de-casa atenciosa, os filhos estudando e todos morando “em casas com quintais próprios e suas indefectíveis cercas brancas”.

No entanto, os bons ventos não sopram para todos. Grupos de pessoas que estavam fora do padrão americano eram marginalizados, restando-lhe engrossar os altos índices de pobreza que conviviam com os anos dourados. Na década de 60, um quinto das famílias americanas viviam em situação de miséria, de acordo com o estabelecido pelo governo, “e muitas outras sobreviveram apenas com a mínima segurança e conforto. Idosos e trabalhadores rurais de todas as etnias e as populações afro-americana e latino-americana estavam desproporcionalmente entre os indigentes”. (KARNAL; et al, 2007, p. 231). Lembrando também, que os grupos remanescentes indígenas norte-americanos viviam em reservas afastadas e eram considerados os mais pobres do país.

Diante das informações expostas, subsome-se que a Inglaterra como aliada incontestemente dos Estados Unidos compartilhava das mesmas ideias capitalistas, o que se reflete nas personagens de “O Senhor das Moscas”, que eram meninos britânicos de classe alta, criados sob o teto de famílias bem estruturadas nos moldes do sistema e educados pelas melhores escolas que o sistema da época podia oferecer. Os garotos a seu modo reproduziam as práticas dos adultos de sua sociedade no espaço que lhes cabiam, e isso é corroborado pela frase de Jack: “Afim, não somos selvagens. Somos ingleses; e os ingleses são os melhores do mundo em tudo”. (GOLDING, 2014, p. 46).

Agora, tendo esclarecido essa mentalidade pertencente aos sujeitos dessa época, localidade e posição social, é possível contar em breve síntese a evolução de acontecimentos a que estão sujeitas as crianças narradas por Golding e buscar analisar as metáforas por trás do exposto. O que será feito no próximo tópico.

## **2 Debruçando-se Sobre a Narrativa: Uma Síntese e Uma Análise**

No meio de uma guerra nuclear, um grupo de meninos ingleses, oriundos de famílias abastadas, sobrevivem a um acidente de avião, o qual vitima qualquer adulto da tripulação, e os lança abandonados em uma ilha

perdida. Devido ao furor dos tempos de guerra em todo o mundo, a possibilidade de ninguém saber o paradeiro dos garotos é praticamente que certa.

As duas primeiras crianças a se encontrarem são Porquinho e Ralph. Esse um garoto vivaz, com espírito de liderança e à primeira vista encantado com a ilha inabitada como se ela fosse seu novo *playground*, já aquele era acima do peso e asmático, usava óculos e odiava o apelido que o denominava.

Sobre o Porquinho, desenha-se a ideia que o garoto, talvez, por suas limitações (problema de vista, obesidade e falta de ar) não vivesse a infância como os aventureiros meninos de sua idade, o que o fez passar grande parte do tempo convivendo com os mais velhos, motivo pelo qual é o garoto mais adultizado da ilha. Ele é sempre quem aparece com as ideias mais racionais. Ele se mantém calmo e permanece fiel à prática democrática para solucionar conflitos; por outro lado, também é o mais rechaçado e humilhado por suas características.

Não se passa muito tempo, até os dois garotos encontrarem, na praia, um concha. Ralph a sopra, emitindo um alto som, na procura de mais sobreviventes na ilha. Feito isso, aos poucos, vários garotos aparecem ao encontro do chamador e em meio a uma assembleia, discutem sua situação, proclamando Ralph, o líder do grupo.

Dentre os garotos que compareceram ao chamado de Ralph, os quais a quantidade exata permanece desconhecida pois nunca conseguiram contabilizar, destacam-se os gêmeos Sam e Eric (tão parecidos em tudo, em pouco tempo, foram sendo chamados como se fossem uma coisa só, “Samineric”), Simon e o grupo do coral, comandados por Jack Merridew. Dentre os demais, alguns tem os nomes revelados, como Maurice e Robert, mas o resto é bem uniforme, apesar da diferença de idade, logo, não há muita importância na narrativa em especificá-los. Não existiam meninas no grupo.

Percebe-se nesse ponto que Ralph<sup>10</sup>, por ser bonito e carismático, e pelo poder aglutinador da concha<sup>11</sup>, ganha a liderança, mesmo não sendo essa decisão unânime. O desacordo surge por parte de Jack<sup>12</sup>, líder do coral, o qual surge em meio aos demais com uma postura militarizada<sup>13</sup>. Por já exercer uma posição de comando sobre os garotos do coral (vistos de maneira unificada, pois agiam todos em respeito ao comando do seu líder, de forma uniforme), Jack acreditava que ele deveria ser o chefe do grupo na ilha.

Para acalmar os ânimos e controlar o descontentamento, Ralph concorda em oferecer à oposição (meninos do coral) um lugar de poder no seu “governo”, elevando-os à posição de Exército, do qual Jack era o líder.

Após, os meninos mais velhos e fortes saem em expedição para conhecer melhor o novo lugar onde teriam que viver por tempo indeterminado. Descobrem um monte que dá uma visão panorâmica da ilha e se percebem sozinhos. A ilha é apresentada como um lugar favorável à vida humana, sem animais perigosos e inabitada, com frutas e água potável.

Os meninos decidem fazer uma fogueira para criar fumaça e poder ser avistada por algum navio nas proximidades, oportunizando um futuro resgate. Para isso, utilizam os óculos de Porquinho no intuito de convergir a luz do Sol em um ponto e criar fogo. Assim, com uma ação conjunta os

---

<sup>10</sup> “Mas Ralph tinha uma tranquilidade, ali sentado, que chamava a atenção: também era alto, e de aparência atraente; e de alguma forma bastante obscura, mas muito poderosa, havia a concha. E o menino que tinha tocado a concha, que ficou ali sentado na plataforma à espera deles com aquela coisa delicada equilibrada nos joelhos, só podia se destacar.” (GOLDING, 2014, p. 23).

<sup>11</sup> “Os meninos lhe prestavam o mesmo tipo de obediência simples que demonstraram diante dos homens com os megafones.” (GOLDING, 2014, p. 19). A concha era um símbolo do governo democrático que os garotos tinham instituído. O objeto tinha a função de convocar os demais e também quem a tivesse em mãos teria o direito de fala, enquanto os demais deveriam, respeitosa e, ouvir.

<sup>12</sup> “Por baixo da ampla capa, era alto, magro e ossudo; e seus cabelos eram ruivos, sob o gorro preto. Seu rosto era compacto e sardento, e feio sem nada de bobo. Nele se destacavam dois claros olhos azuis, agora frustrados e prestes a se entregar, ou se cogitando se entregar, a um ataque de fúria.” (GOLDING, 2014, p. 21).

<sup>13</sup> “A criatura era um grupo de meninos, caminhando mais ou menos a passo de marcha em duas filas paralelas e envergando trajes excêntricos. [...] O menino que comandava usava uniforme igual, mas o distintivo de seu barrete era dourado. Quando o grupo chegou a mais ou menos dez metros da plataforma, ele gritou uma ordem e todos pararam, ofegantes, suando, oscilando à luz feroz do sol. [...] Porquinho não perguntou o nome de ninguém. Estava intimidado por aquela superioridade uniformizada e pela autoridade espontânea na voz de Merridew.” (GOLDING, 2014, p. 22).

garotos fizeram sua primeira fogueira, firmando um pacto de mantê-la acesa para facilitar o salvamento.

Até esse ponto tudo andava bem, os meninos conseguiam minimamente manter o consenso em prol de uma convivência mútua e uma sobrevivência digna. Porém, com o passar do tempo, eles foram perdendo a imperatividade de obediência aos comandos democraticamente aceitos, o que gerou posturas de indiferença. Combinavam manter o fogo aceso, e iam caçar; combinavam fazer alojamentos e iam brincar<sup>14</sup>.

Jack e o coral estavam fascinados com a caça, só pensavam em matar porcos. Os garotos pequenos queriam se divertir nas poças de água na praia, que formavam pequenas piscinas. Ralph se via às voltas com Porquinho, que muito falava do que tinha que ser feito, mas não tinha legitimidade para agir. E no meio desse desacordo, surge o pior dos problemas dos garotos até então: um monstro.

O monstro na verdade era o cadáver do piloto do avião, que foi sacado da aeronave com um paraquedas e não resistiu ao acidente. Morto, parado e inofensivo, mas suficientemente apto para espalhar o terror pela ilha. Os garotos já não queriam subir no monte para manter a fogueira, com medo do monstro, e a imagem e presença do “bicho” se tornou tão real quanto a sombra de cada um.

Esse foi o estopim para a derrocada, depois que os meninos deixaram a fogueira apagar, a fumaça cessar, e ser nesse momento que, ironicamente, um navio passara pelas proximidades. Ralph fica furioso e percebe que os responsáveis do rodízio para manter o fogo aceso faziam parte do coral, que estavam, em peso, caçando porcos.

---

<sup>14</sup> Acerca disso, o professor doutor Dino Del Pino (DIREITO, 2010, *on-line*) em participação no programa Direito e Literatura, analisa: “[...] As crianças querem agir como adultos, mas, ironicamente, elas acabam provando que os adultos agem como crianças. Porque elas reproduzem no microcosmo da ilha exatamente aquilo que alguns modelos políticos reproduzem... Quer dizer, quando a gente pega um modelo político, por exemplo, onde a oposição vai contra a situação e tudo se resume só nisso, o discurso esvazia a realidade e é o que eles faziam, às vezes... Ou seja, combinavam caçar e iam nadar, combinavam manter a fogueira acesa para que fossem salvos e iam brincar.” (Tempo da fala no vídeo: 07:21-08:08) Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ChJRuYMBgow>> Acesso em 08 de outubro de 2018

A partir disso, apesar de terem supostamente feito as pazes, nada mais foi como antes. A medida que Jack ia se aprimorando na caça, seu poder de controlar a vida e a morte ia aumentando e a admiração dos demais também, afinal era aquele que provinha a carne e a diversão para os demais, enquanto Ralph só falava de obrigações.

As regras foram sendo esvaziadas e preteridas em favor das práticas de violência e força para solucionar os problemas vindouros. Jack e seu grupo, a maioria dos garotos mais velhos e fortes da ilha, viviam separados dos mais fracos comandados agora por Ralph, deixavam cabeças de porcos, num ritual totêmico, para que o Monstro não se rebelasse contra eles.

Onde deixavam as carcaças, enxames de moscas se proliferavam. E foi nesse lugar que Simon, esquizofrenicamente, conversou com o “Senhor das Moscas”, uma cabeça de porco espetada num pau. Completamente apavorado e atordoado, o menino enfia sua cabeça na ossada do crânio do porco. Ao retornar ao grupo, não é reconhecido e é espancado até a morte.

O espanto e incredulidade fazem os garotos negarem o acontecimento, sem perceber que perdiam completamente a noção de civilidade e até mesmo humanidade entre eles.

O grupo de Ralph, agora composto por poucos e pelos mais vulneráveis, estava completamente desfalcado e com dificuldades de manutenção. As crianças menores com muito medo e passando por necessidades básicas que não conseguiam prover. Ralph e Porquinho estavam perdidos diante ao esvaziamento total de sua autoridade. A concha tinha virado um simples objeto sem importância alguma, a fogueira e sua fumaça não representavam mais nada e o Monstro apesar de falso e supostamente assassinado (Simon) permanecia cada vez mais vivo.

Uma certa noite, o grupo de Jack atacou o acampamento de Ralph e usurpou os óculos de Porquinho, principal ferramenta para a criação de fogo. Esse foi o começo do fim, quando os meninos se perceberam extremamente lesados e decidiram ir ao encontro de Jack para reclamar

sobre tudo que estava acontecendo que os incomodava e exigir a devolução dos óculos de Porquinho.

Nesse momento, ocorre uma briga, os dois líderes não entram em consenso, Porquinho é atingido por uma pedra que o lança precipício abaixo, caindo morto entre as pedras. Os poucos meninos mais velhos do grupo de Ralph se juntam a Jack e aquele é execrado por todos os outros, tendo sua cabeça como prêmio e virando um fugitivo na ilha.

Nas páginas finais do livro, Ralph aparece como a próxima vítima certa de Jack, sobrevivendo em fuga pelos poucos instantes antes de ser assassinado pelos outros. Esses, tão obcecados pela destruição do antigo líder democrático, esperando matá-lo queimado, ateam fogo na vegetação da ilha, que logo se alastra criando uma enorme queimada.

Em sua última corrida pela sobrevivência, Ralph em total desespero corre até chegar na extensão de areia da praia, com Jack e seu grupo enorme de meninos em seu encalço, ansiando por eliminá-lo. Quase sem tempo, Ralph cai por terra, em todos os sentidos, e se depara com um homem bem engomado, vestido com trajes brancos da Marinha. O oficial, espantado com aquele grupo de meninos ingleses em total selvageria, deu um tempo para que Ralph se recompusesse de suas lágrimas.

A obra contém inúmeros temas e simbolismos, podendo ser interpretada de diversos modos, mas também como uma alegoria política. De princípio, se demonstra claramente o dualismo (típico de um tempo em que o mundo se dividia em dois – bipolaridade global) entre Jack e Ralph: aquele representando a tirania e a violência e o outro a democracia e o diálogo. Ademais, surge Porquinho, como a razão, que traz consigo a verdade tão necessária e impopular. A concha é um instrumento que representa a civilização, por quanto restar a democracia. O fogo pode ser facilmente visto como o Direito, difícil de manter, mas necessário, um meio para atingir um fim e quando utilizado sem medida acaba sendo um fim em si mesmo. E finalmente, o Monstro que representa um inimigo nunca visto, mas instrumento fortíssimo para apoiar medidas autoritárias e violentas, de modo a supostamente contê-lo.

Esse inimigo se reproduz ao longo da história com diferentes facetas. Para o nazismo, eram os judeus; para a Guerra Fria, era o comunismo; para muitos países na contemporaneidade, são os imigrantes, as minorias, a corrupção e os “bandidos”<sup>15</sup>, por exemplo. Acerca desse assunto, trata-se o capítulo a seguir.

### 3 Medo, violência e direito penal

A história do Direito Penal brasileiro é marcada com muita violência e sofrimento. O uso de instrumentos punitivos concentrados no corpo do condenado eram comuns. Isso, seja nos primórdios da história brasileira no modelo colonial-mercantilista, que havia degredo, galés, açoites, mutilações e morte, ou até pouco tempo atrás, sob a vigência do atual Código Penal de 1940, com os sistemas subterrâneos do DOPS e DOI-CODI, no qual pode-se citar as práticas de tortura, ocultação de cadáveres, execução primária de acusados e suspeitos, etc.

O atual Código Penal brasileiro sobreviveu aos diferentes períodos, na história desse país, inclusive uma ditadura militar, com sistemas paralelos e subterrâneos e um subsistema penal de repressão política, cujo alvo principal era o comunismo. Até chegar em 1984, quando passou por uma reforma em sua parte geral, para eliminar os vícios que a cultura penal da conjuntura em que se inseriu impusera e aperfeiçoar aportes técnicos que até então restavam indisponíveis.

---

<sup>15</sup> É importante trazer a etimologia do termo “bandido”, para compreender a real acepção da palavra que está sendo atribuída aqui nesse trabalho, por isso o uso das aspas em todas as suas aparições. Segundo Aldenor da Silva Pimentel (2016, p. 44), “as palavras ‘bandido’ e ‘banido’ têm a mesma origem etimológica: vêm do italiano *bandito*, derivado de *bandire* (exilar, banir, deportar). E este seria derivado do francês *banujan*. (CUNHA, 2001; MACHADO, 1967). Bandido é quem foi atingido por um bando, uma condenação da justiça, comunicação legal, publicação de uma lei. ‘Falsamente se liga bandido a *bando*, grupo de pessoas. Estas, depois de condenadas pela justiça, é que se agrupavam para mútua defesa’. (BUENO, 1974, p. 481). Diferentemente do que diz o senso comum, que trata como sinônimos ‘bandido’ e ‘criminoso’, é a punição (banimento) que faz de alguém bandido, não a transgressão à norma (crime). Agamben (2002) fala ambiguidade da palavra ‘bando’, que ao mesmo tempo significa a exclusão da comunidade e o comando, a insígnia do soberano. ‘Aquele que foi banido não é, na verdade, simplesmente posto fora da lei e indiferente a esta, mas é *abandonado* por ela, ou seja, exposto e colocado em risco no limiar em que vida e direito, externo e interno, se confundem’ (AGAMBEN, 2002, p. 36)”.

A partir disso, percebe-se modificações fulcrais na modernidade com conseqüências fortes na sociedade brasileira trazidas pelo avanço da globalização e do neoliberalismo. Tais fenômenos provocaram transformações econômicas e culturais, destruição de parques industriais (com conseqüente crise do trabalho – demissões, desemprego, subemprego, flexibilização de garantias), acumulação financeira e desmonte de programas sociais próprios do antigo governo previdenciário, que atingiu gravemente as camadas mais vulneráveis da população.

Além disso, diante de uma política neoliberal, voltada para o capital e seus privilegiados, pode-se perceber a divisão do sistema penal para atender divergentemente dois grupos opostos da sociedade. Nilo Batista (2016, p. 134) explica que as medidas criminalizantes adotadas pelo sistema econômico vigente “conduzem à convivência de dois sub-sistemas penais com regras e procedimentos distintos para duas clientelas de extrações sociais igualmente distintas”. E mais à frente, Batista (2016, p. 134), citando Jackson de Azevêdo, faz a relação necessária desses dois subsistemas penais com a política de encarceramento, mostrando que surgiram medidas alternativas “para abranger uma clientela que nunca foi a da prisão, e mesmo depois de sua implantação manteve a tradição de imunidade: as classes média e alta”.

Diante da dualidade discursiva, que de um lado existiam medidas específicas para delitos cometidos por consumidores ativos e de outro, por consumidores falhos, desigualdades sociais passam a ser ainda mais cristalizadas no senso comum. E há um sujeito protagonista nesse papel: a mídia.

Os novos papéis que a mídia entrou a desempenhar, configurando-se como um conjunto de agências de comunicação social do sistema penal que podem mesmo desempenhar tarefas próprias das agências executivas, resultaram não apenas numa instável legitimação publicitária da hipercriminalização, mas sobretudo num instrumento de compreensão induzida dos conflitos sociais a partir da estreita lógica binária infracional. (BATISTA, 2016, p. 135).

Dessa maneira, a mídia se aproveita de uma sociedade estratificada e maniqueísta, que separa as pessoas, geralmente, em “cidadãos de bem” e “bandidos”, para difundir matérias sensacionalistas, defendendo a hipercriminalização e fazendo o prejulgamento, condenando de antemão suspeitos e acusados. E a insistência e perpetuação dessa ideologia tem efeitos consideráveis do ideário popular, que acredita que só com uma violência estatal fortalecida os problemas de violência entre os civis será resolvido. O que Nilo Batista assinala é que esse novo sistema penal está longe de alimentar as utopias de ressocialização, prevenção e diminuição da criminalidade. Esse novo projeto se apoia na neutralização do condenado, no vigilantismo eletrônico, na cultura da delação, na criminalização do protesto e de movimentos sociais e no crescimento do encarceramento.

Na mesma senda, o mesmo autor (BATISTA, 2016, p. 135) cita oportunamente Vera Malaguti Batista, afirmando que: “[...] no Brasil a difusão do medo do caos e da desordem tem sempre servido para detonar estratégias de exclusão e disciplinamento das massas empobrecidas”. E é justamente nisso que a mídia, amparada no sensacionalismo hipercriminalizante, se apoia. Ela se sustenta a partir do medo do caos e da desordem, o que faz com que a população direcione sua ira e desejo de eliminação no sujeito causador da violência, geralmente identificado como “bandido”, não importando se para isso deva destituí-lo de direitos fundamentais à espécie humana. Grande parte dos noticiários mais contundentes nessa área criminal são dirigidos às massas, aos mais vulneráveis, que não se enxergam como alvos da hipercriminalização e passam a reproduzir o discurso de ódio, sem perceber que ele é o que lhe exclui e disciplina.

### **Considerações finais**

Em suma, as incertezas e a sensação de impotência diante delas, as inovações tecnológicas, a rapidez no processamento de informações, as

relações humanas cada vez mais superficiais e instantâneas e a virtualização da vida trazem consequências que vão além da perda de noção de tempo e espaço<sup>16</sup>, também interferem nos mais amplos setores da sociedade, nas instituições estatais, no Direito e também no Direito Penal.

Na ilha, isolados, os garotos britânicos buscavam sobreviver entre um misto de alegria, por serem finalmente livres das regras dos adultos, mas também com a solidão e a responsabilidade de terem que tomar suas próprias decisões. Nesse momento, em que as agruras do isolamento falaram mais alto e os conflitos dentro do grupo se tornaram insuportáveis, os meninos perceberam que estavam cometendo os mesmos erros dos adultos. Eles passaram a permitir que a violência virasse o lema, e que o poder fosse determinado pela mesma barbaridade com que matavam os porcos, sob máscaras e sem humanidade.

Diferente de outros textos, esse trabalho se desenvolve para formular uma pergunta, cuja reflexão é fundamental: Quem poderá nos salvar da ilha que construímos, onde permitimos que pessoas sejam feitas de alvo e tenham suas vidas esvaziadas? Porque o resgate que apareceu nas últimas páginas da obra de “O Senhor das Moscas” e que salvou Ralph nos seus últimos minutos de vida, pode não existir para nossa sociedade, onde a voz que se escuta é a dos adultos.

## Referências

- A&E TELEVISION NETWORKS. **Marshall Plan**. History.com, [S. l.], 21 ago. 2018.  
Disponível em: <https://www.history.com/topics/world-war-ii/marshall-plan-1>.  
Acesso em: 14 dez. 2019.

---

<sup>16</sup> O momento atual é de travessia, de uma transição para o pós-moderno, momento ímpar que se baseia numa crise de paradigmas, a qual causa o desconforto de ir de encontro a tudo que era estável e aceito como verdade indubitável. Esse período traz mudanças que tiveram “[...] seu início marcado pela invenção do relógio, marco na transição da sociedade tradicional para a moderna. O relógio passou a marcar o tempo social e artificial. A noção de tempo tornou-se linear e não cíclica. Esta noção moderna de tempo criou o sentimento de que o mundo está encolhendo. As distâncias se encurtaram, a partir do momento em que as comunidades começaram a calibrar seu senso de tempo com o de outra comunidade, do outro lado do globo. Espaço e tempo se transformaram, à medida em que o espaço de fluxos passou a dominar o espaço de lugares. O tempo intemporal passou a substituir o tempo cronológico. Historicamente, as mudanças ocorreram primeiro nas noções de tempo e espaço, pasteurizando a realidade, elegendo o figurativo como experiência de fato. O vivencial foi substituído pela aparência, o fato pelo simulacro, o real pelo virtual, as palavras pelas imagens”. (CARVALHO, 2008, p. 03).

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004

BARNETT, Correlli. **The Wasting of Britain's Marshall Aid**. BBC - History, [S. l.], p. online, 3 mar. 2011. Disponível em: [http://www.bbc.co.uk/history/british/modern/marshall\\_01.shtml](http://www.bbc.co.uk/history/british/modern/marshall_01.shtml). Acesso em: 14 dez. 2019.

BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016

CARVALHO, Luzia Alves de. **A condição humana em tempo de globalização**: a busca do sentido da vida. Revista Visões, Bela Vista Macaé, FSMA, Volume 1, Nº4, Jan/Jun, 2008

DIREITO e Literatura - **O senhor das moscas, de William Golding**. [S. l.]: Unisinos, 2010. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ChJRuYMBggw>. Acesso em: 14 dez. 2019.

GOLDING, William. **Senhor das Moscas**. 1ªed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

HOBBSAWN, Eric. **A era dos extremos**: o breve século XX. 1941-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KARNAL, Leandro; et al. **História dos Estados Unidos**: das origens ao século XXI. São Paulo: Contexto, 2007

KNOPP, Guido. **Guerreiros de Hitler**. Tradução: Vivian Mannheimer. Rio de Janeiro: Zahar, 2009

PIMENTEL, Aldenor da Silva. **Morte Bandida e Cidadania Virtual**: Notícias sobre Justiça com as Próprias Mãos. Boa Vista: Editora da UFRR, 2016

VISENTINI, Paulo Fagundes; PEREIRA, Analúcia Danilevicz. **Manual do candidato**: história mundial contemporânea (1776-1991): da independência dos Estados Unidos ao colapso da União Soviética. 3. ed. rev. atual. – Brasília: FUNAG, 2012

**Carandiru:  
comentários acerca da exclusão de classes e  
do princípio da capacidade contributiva**

*Liziane da Silva Rodríguez*<sup>1</sup>

*Jéssica Painkow Rosa Cavalcante*<sup>2</sup>

*Fabiano Manzini*<sup>3</sup>

## **Introdução**

O presente estudo fará uma abordagem das classes sociais brasileiras que se encontram excluídas do sistema como um todo, restando a elas somente a responsabilização criminal na maioria das vezes, mas, podendo se observar que há inúmeras outras formas de se fazer a integração destes cidadãos na sociedade. Dentre elas encontra-se a utilização do princípio constitucional da capacidade contributiva.

O que se tentará vislumbrar são as diferenças existentes entre as várias camadas sociais que integram a sociedade onde aquele indivíduo

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Público na Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestra em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Especialista em Direito Penal e Política Criminal pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogada inscrita OAB/RS. E-mail: lizianeoo@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5373453337860546>.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito Público na Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestra em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Pós-graduada (lato sensu) em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduada (lato sensu) em Direito Agrário e Agronegócio pela Faculdade Casa Branca (Facab). Advogada inscrita na OAB/TO. E-mail: [jessicapainkow@hotmail.com](mailto:jessicapainkow@hotmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4024280261959707>.

<sup>3</sup> Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Escrivão de Polícia da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: [fabianomanzini@gmail.com](mailto:fabianomanzini@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5221638728905732>.

que não possui uma situação financeira capaz de atender suas necessidades vitais básicas e de sua família, como preconiza o artigo 7º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), não pode sofrer a mesma imposição fiscal do Estado em relação a outro indivíduo que possui uma reconhecida solidez financeira.

O princípio da capacidade contributiva pode (e deve) ser utilizado da melhor maneira possível pelo Estado a fim de equilibrar diferenças históricas existentes, não deixando que apenas as políticas criminais se encarreguem do cidadão, após ele ter desviado seu percurso e, assim, sofrendo as sanções estatais.

Nessa pesquisa, o objeto de estudo teve seu foco na discussão sobre o princípio da capacidade contributiva e a relação com a exclusão de classes. O problema aqui enfrentado se faz em uma análise entre as diferenças existentes nas várias camadas que integram a sociedade (que reflete na aplicação do artigo 7º da CRFB/88) e a imposição fiscal do Estado em relação ao indivíduo que possui solidez financeira. E, para tanto, como forma de demonstrar sobre essa exclusão e também um exemplo de sistema em crise no cenário brasileiro, utiliza-se, como pano de fundo o filme “Carandiru”. Observa-se que este artigo não se constitui em uma resenha literária ou cinematográfica, o objetivo aqui é refletir sobre alguns aspectos do filme em conjunto com o tema proposto, o que serve como pano de fundo para o desenvolvimento das discussões aqui propostas.

A hipótese apresentada infere-se que as altas taxas de desigualdade interferem no desenvolvimento de um país e contribuem para a perpetração da pobreza, da criminalidade e conseqüentemente, para o aumento da população carcerária. Sob uma análise bibliográfica, o trabalho se divide em primeiramente, familiarizar o leitor com aspectos marcantes do filme Carandiru, relacionando-o com a realidade brasileira, em segundo lugar, expor a desigualdade social presente no sistema carcerário brasileiro, comentando o seu agravamento dado com problemas sociais subjacentes, demonstrando o caráter classista, sexista e

racista da gênese do sistema punitivo e, ao final, levantar a reflexão acerca do princípio da capacidade contributiva presente na CRFB/88.

## **2 O filme Carandiru e a realidade brasileira**

O filme intitulado Carandiru (2003) foi dirigido por Héctor Babenco e é um drama brasileiro que retrata o cárcere do presídio que já foi o maior de América Latina, contando algumas histórias dos detentos e do massacre que ocorreu na Casa de Detenção São Paulo (conhecida popularmente por Carandiru), em 1992, em que 111 prisioneiros foram mortos (a maioria pela própria polícia).

Neste filme visualiza-se um presídio extremamente precário, em péssimas condições e superlotado, pois o local que tinha condições de abrigar em torno de três mil e quinhentas pessoas, contava, na época do massacre, com quase oito mil detentos (informação passada no filme). É possível observar a falta de higiene, a falta de saneamento básico, o descontrolado uso de drogas, a violência, o racismo estrutural (já que a maioria dos encarcerados são negros), a propagação de doenças e, ainda, apesar de tudo, em certas ocasiões, a solidariedade entre os prisioneiros. Percebendo que as altas taxas de desigualdade interferem no desenvolvimento de um país e contribuem para a perpetuação da pobreza, da criminalidade e conseqüentemente, para o aumento da população carcerária.

É possível afirmar que a falta de escolas públicas associada a precariedade no investimento ao sistema educacional brasileiro, que há em grande parte das escolas que existem, quer pela falta de professores, quer por falta de salas de aula em condições dignas para que se possa obter o conhecimento por parte dos alunos, quer pela falta de materiais de ensino, ou ainda passando pela não realização de obras públicas, como, por exemplo, saneamento básico, e tendo como um dos pontos auges o não investimento em saúde pública, faz com que grande parcela da

população (parte aquela que não possui recursos financeiros para arcar com tudo que acima foi exposto) seja excluída da sociedade.

Nesse cenário o que se pode observar é que uma criança sem nenhum aporte financeiro, negra, que irá crescer com todas as dificuldades acima mencionadas, em zonas periféricas das cidades, não terá as mesmas oportunidades se comparado a uma criança de classe média, branca, que frequentou o ensino fundamental e médio em escolas privadas e teve condições de usufruir de um plano privado de saúde, residindo em uma zona mais “nobre” na mesma cidade.

Inquestionável que o mercado econômico influi quanto o aumento da desigualdade, entretanto cabe ao Estado frear e impor limites ao mercado, na tentativa de reduzir essa desigualdade, visto que “numa economia moderna, o Estado define e faz cumprir as regras do jogo”, conforme aduz Stiglitz (2013, p. 89).

Assim, verifica-se uma exclusão de parte da população, podendo ser definida através das palavras de Rose (1975, p. 34), o qual afirma que a raça, nacionalidade, religião e língua acaba por caracterizar a dita minoria e que esta recebe uma conotação negativa pelo simples fato de ser um grupo diferenciado, sendo submetidas a exclusões, discriminações e tratamento de forma diferente.

Analisando o dado massacre do Carandiru, em 1992, retratado no filme, produzido em 2003, percebe-se que todas essas realidades acima mencionadas contribuem para o aumento da exclusão social e para a falência do sistema penitenciário brasileiro. O fator econômico e as realidades na qual o indivíduo se cria colaboram na sua formação, o que reflete diretamente na realidade social de um dado país.

Contudo, desde o massacre do Carandiru, um cenário que considera quatro mortes por minuto, o sistema prisional brasileiro de nada acrescentou em melhoria de forma significativa, pelo contrário, mais de 24 anos após o massacre, a “Justiça do Estado de São Paulo vem [...] lembrar o quanto é difícil responsabilizar o Estado por seus crimes”. (GUMIERI, 2016).

### 3 Desigualdade social e o sistema carcerário brasileiro

A exclusão pode ocorrer tanto no campo econômico, quanto no campo político, jurídico e social, pois a discriminação sofrida por esta parcela da população, a qual busca maior autonomia, sofre com o não reconhecimento desta por parte da sociedade, com isso, mantêm-se a imunidade dos que já possuem privilégios, tornando a lei cada vez menos imparcial e com isso não direcionando a busca de resultados efetivos para os extremamente pobres, os que necessitam realmente da presença das instituições. (ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA, 1999, p. 39; VIEIRA, 2007, p. 52).

Segundo dados fornecidos pela Organização Internacional OXFAM<sup>4</sup>, no ano de 2016, observa-se que metade da riqueza do planeta se concentra nas mãos de somente oito pessoas, evidenciando a desigualdade econômica existente, e por fim, afirmando que a riqueza detida pelo 1% mais abastado da população mundial, equivale a 99% da riqueza restante. Ainda, a OXFAM, afirma que o Brasil é o país que mais concentra renda no 1% mais rico, possuindo o 3º pior índice de Gini na América Latina e Caribe, além de ocupar a décima posição entre os países mais desiguais do mundo, num total de 140 países<sup>5</sup>.

Afirma Chomsky (2017, p. 72) que “todos nós temos que apertar os cintos – quer dizer, quase todos nós”, ou seja, a riqueza segue concentrada nas mãos de uma parcela minúscula da população, enquanto a maioria se obriga a trabalhar mais e vê sua renda estagnada, mesmo enquanto se passa por períodos de crise. Destaca-se que para pouquíssimos nada importa se o período econômico é confortável ou não, pois sua condição social permanecerá inabalada, não tendo que passar por nenhum esforço para manter o que possuem. (CHOMSKY, 2017, p. 72).

---

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-38635398>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

<sup>5</sup> Disponível em: <[https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/mapa\\_2017\\_completo.pdf](https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/mapa_2017_completo.pdf)> Acesso em: 13 mai. 2019.

Os dados reproduzidos atualmente demonstram o afastamento, cada vez mais injusto, entre as diferentes camadas sociais — já eram observados por Stiglitz (2001, p. 3) — o qual ratificava que “por ironia da sorte, mesmo no período em que a desigualdade continuou a crescer, e cresceu enormemente nos últimos vinte e cinco anos, a capacidade de redistribuir renda mediante a taxação dos capitais foi de igual modo enormemente reduzida”, ocorrendo, de igual forma, no Brasil, conforme explanado por Buffon (2019, p. 121).

A desigualdade social no Brasil possui traços raciais, consequências da escravidão e da mortandade dos povos originários, mas, acima deles, o racismo e a discriminação presente nas relações sociais faz com que hajam aberrantes níveis de desigualdade social, atingindo grupos, no tocante a religião, orientação sexual, gênero, dentre outros. (BUFFON, 2019, p. 106; SARMENTO; BARROSO; MELLO, 2018, p. 269-270). A autora Adamatti (2018, p. 123) realiza um estudo sobre a gênese do racismo<sup>6</sup>, afirmando que teria ocorrido no século XV, com a promulgação do Estatuto de Toledo, o qual seria o primeiro estatuto de pureza de sangue, passando a classificar os humanos, além de lhes retirar a oportunidade em cargos e postos públicos (racismo estrutural), demonstrando que essa cultura de ódio há muito já vem sendo perpetrada. (ADAMATTI, 2018, p. 123).

Como pontua Davis (2018, p. 31) — professora, filósofa e ativista dos direitos das mulheres e contra a discriminação social e racial nos Estados Unidos — em uma de suas obras, o movimento social pelos direitos civis foram bem sucedidos naquilo que objetivavam, ou seja, conseguiram a erradicação do racismo nas leis e o fim do aparato de segregação. Contudo, salienta-se que o problema é que se presume que ocorreu a abolição do racismo somente pelo fato de que o aparato legal foi erradicado, sendo que na realidade ainda permanece em estruturas muito mais amplas do que a estrutura legal, ou seja, a ausência do racismo se encontra formalmente

---

<sup>6</sup> O autor Thomas Sowell (2019, P. 55) traz um exemplo para ilustrar o tema: “Em 1930, havia somente 331 mulheres negras trabalhando como operadoras em todo o país, de um total de 230 mil mulheres nessa ocupação. Em 1950, mulheres negras ainda representavam somente 1% de todas as mulheres trabalhando para companhias telefônicas”.

presente com os textos legais, mas na prática ainda há muito que ser conquistado. Conforme salienta Davis (2018, p. 31-32), “não é fácil erradicar o racismo, tão profundamente arraigado nas estruturas de nossa sociedade, e por isso é importante uma análise que vá além da compreensão dos atos individuais de racismo”.

É importante considerar que as altas taxas de desigualdade interferem no desenvolvimento de um país e contribuem para a perpetração da pobreza, além de não permitir o exercício regular dos direitos e uma realização plena de um governo democrático. (BUFFON, 2019, p. 76).

Conforme observado anteriormente, pode-se afirmar que a exclusão, a inferioridade, e a presença das minorias que não irão compor “majoritariamente”<sup>7</sup> a sociedade — tendo em vista que não estarão incluídas nela por não serem consideradas “consumidoras” e ainda que não terão formação educacional mais conceituada — certamente terão maior facilidade em ingressar na criminalidade, tendo em vista o meio e as condições que são impostas estruturalmente a essas pessoas.

Descreve Sutherland (1949, p. 19) o crime como:

Define-se legalmente o crime como uma violação da lei. Define-se convencionalmente o direito criminal como um corpo de regras específicas, relativas à conduta humana, as quais foram promulgadas pela autoridade política, as quais se aplicam uniformemente a todos os membros das classes a que se referem, e as quais são executadas pelo castigo administrado pelo Estado. As características dessas regras relativas à conduta humana são, por conseguinte a sua feição política, a especificidade, a uniformidade e a sanção penal. Essas regras acham-se nas constituições, nos tratados, no direito consuetudinário, nas leis promulgadas pelas legislaturas do Estado e de suas subdivisões, e nos regulamentos judiciais e administrativos. Assim definido o direito criminal, a sua violação requer um ato manifesto e uma intenção culposa. O crime é considerado mais que uma ofensa ao Estado do que ao cidadão privado, e a este respeito difere de um dano (tort) ou ofensa civil, pelo qual a parte ofendida, pode tentar obter indenização. (SUTHERLAND, 1949, p. 19).

---

<sup>7</sup> O termo majoritário foi empregado se referindo a população que não é considerada minoria, enquanto uma alusão de garantia de direitos de populações consideradas minorias na sociedade (pobre, negro, indígena e etc.), e não de forma quantitativa.

A população carcerária brasileira superou a da Rússia e surge como a terceira maior do mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos da América e China. Segundo estudos realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN<sup>8</sup>, em junho de 2017, o total de presos no Brasil atingiu a quantidade 726.354 indivíduos, sendo que destes, 33,29% são detentos provisórios, 31,88% respondem ou foram condenados pelo crime de roubo, 29,26% por tráfico de drogas, 14,15% por furto e a taxa de encarceramento encontra-se em 349,78 presos por 100 mil habitantes. Tal fato leva, novamente, a refletir sobre o relatado no filme *Carandiru* (2003), pois, os presídios estão superlotados, ainda em péssimas condições e sem humanização, correndo um alto risco de problemas como anteriormente mencionado.

Conforme dados supra mencionados, afirma-se que a população carcerária brasileira é formada, em sua maioria, por jovens, entre 18 e 29 anos (54%), negros (quase 64%)<sup>9</sup> e com ensino fundamental incompleto (51,3%), tendo como os três ilícitos mais praticados (com 75%, entre tentados e consumados) o roubo, tráfico de drogas e furto<sup>10</sup>. (SOUZA, 2019, p. 88; ZAGHLOUT, 2018, p. 54). De acordo com as evidências verificadas, resta claro que a afirmativa do Ministro Luís Roberto Barroso, de que “é mais fácil punir um jovem de 18 anos pela posse de 100 gramas de maconha do que um empresário ou político que tenha cometido uma fraude milionária” resta comprovada no cotidiano brasileiro que são sempre “os mesmos” que compõe a população carcerária brasileira. (BARROSO, 2018, p. 168-169).

---

<sup>8</sup> Disponível em: < <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

<sup>9</sup> Quanto a estes dados, importante ressaltar o pensamento do autor Jessé Souza: “Como a produção da desigualdade de classe desde o berço é reprimida tanto consciente quanto inconscientemente, é o estereótipo do negro, facilmente reconhecível, que identifica de modo fácil o inimigo a ser abatido e explorado”. (SOUZA, 2019, p. 88).

<sup>10</sup> Não podemos retroceder a tal ponto de acharmos que a ideia do criminoso lombrosiano ainda exista, conforme a exposição da autora Sara Alcoque Guerra Zaghlout (2018, p. 54): “A primeira resposta às causas do crime foi suscitada pelo já mencionado médico italiano Césare Lombroso, que ancorava sua tese do criminoso nato (a causa do crime está intrínseca no próprio criminoso), valendo-se, principalmente, do determinismo biológico e psíquico do crime. Nessa época, a antropologia física também já propagava a divisão da espécie humana em raças inferiores e superiores”.

Nesse sentido, segundo Davis (2018, p. 23) – apesar de ter como exemplo as prisões dos Estados Unidos, contudo, – não seria muito diferente no Brasil, “o aprisionamento é cada vez mais usado como uma estratégia para desviar dos problemas sociais subjacentes, como racismo, pobreza, desemprego, ausência de educação e assim por diante”. A gênese do sistema punitivo é classista, sexista e racista, devendo ser abordado com seriedade – o que nunca ocorre, conforme saliente a autora.

A abordagem criminológica da labeling approach theory (ou Teoria do Etiquetamento Social) e da criminologia crítica vão ao encontro das críticas aqui propostas. A labeling approach theory propõe pensar na criminalidade como uma realidade construída, pois aquela pessoa que comete delitos não é por sua natureza criminoso, mas tal conduta se dá pelo fato do status que adquirido diante dos mecanismos de seleção do sistema penal, resultando na produção de etiquetas e identidades sociais. (SHECAIRA, 2014, p. 93).

A labeling approach superou o paradigma etiológico e apresentou uma nova estrutura de análise proporcionando também o desenvolvimento da criminologia crítica, já que esta tem como escopo principal justamente criticar o mito de que o direito penal é aplicado igualmente para todos. O referido “mito da igualdade”, segundo Baratta (2011, p. 160-162), é de que: o direito penal protege a todos os cidadãos igualmente e que a lei penal é para todos, ou seja, todos aqueles violadores de normas serão penalmente sancionados, com iguais chances de consequências e processo de criminalização.

Nesse sentido, Baratta (2011, p. 162) apresenta críticas que são no sentido de que, na verdade, o direito não defende a todos igualmente, as ofensas aos bens são aplicadas com intensidade desigual e a condição de criminoso é ordenada de forma diferenciada entre os indivíduos. Assim, observa-se que a criminologia crítica tem um viés de investigação do próprio poder punitivo, especialmente no que se refere aos mecanismos que definem se uma conduta é criminoso ou não, bem como os critérios –

desiguais – que as agências de controle penal utilizam frente às populações estigmatizadas.

O capitalismo e o cárcere foram determinantes para a reclusão dos indivíduos de classe mais baixa, conforme aponta Zaffaroni e Batista (2003, p. 43). Na atualidade, tais institutos funcionam para atuar seletivamente no sistema de justiça criminal, sendo resultado de um conjunto de agências que penalizam e dão andamento ao sistema penal desigual. Ou seja, este sistema favorece na produção de desigualdade social e é desigual na medida em que tutela apenas os bens que melhor interessam uma parcela da população (aquelas com maior poder aquisitivo, que são, numericamente, consideradas minoria).

Com os elementos aqui trazidos, evidencia-se que o simples encarceramento de indivíduos que praticam crimes não está surtindo um efeito positivo, pois mesmo tendo uma das maiores populações carcerárias mundiais, não houve redução dos índices de violência, não reduzindo a sensação de insegurança, restando evidente que a prisão é preciso ser vista como instrumento de política pública a fim de realmente combater a criminalidade.

Na obra dos autores Callegari e Wermuth (2010, p. 34), demonstra-se, através de citação de outro autor Wacquant, que a superlotação das cadeias com indivíduos de baixo poder aquisitivo exerce uma função importante dentro da sociedade, pois acaba servindo para mascarar os índices de desemprego, aumentar vagas de emprego na área de bens e serviços carcerários e alargar o crescimento de mão de obra submissa, à medida que um ex-condenado não consegue um emprego decente, em virtude de seu histórico.

O assunto abordado, até então, demonstra que a CRFB/88 deve estar mais do que nunca presente para tentar encontrar uma saída, uma possível resposta para as questões sensíveis de seus cidadãos, pois “a Magna Carta protege os direitos fundamentais de duas formas, uma protegendo o cidadão frente ao Estado e outra, através do Estado”. (BRAGA; SANTOS e STRASSER, 2015, p. 223).

## 4 O princípio da capacidade contributiva

O princípio da capacidade contributiva, encontrado na primeira parte do § 1º, do artigo 145, da CRFB/88, é uma possibilidade de resposta para o problema posto, necessário fazer menção, sempre que possível, que os impostos terão caráter pessoal, bem como a sua graduação devido a capacidade econômica do contribuinte.

O autor Buffon (2019, p. 116) aduz que:

[...] pela via da tributação, restará perceptível que o modo de tributar brasileiro colabora, sobremaneira, para o país ocupar uma posição tão desconfortável entre os países mais desiguais em renda. Pelo lado do gasto público, será possível constatar que as opções políticas implicaram uma negação à igualdade de oportunidades – não obstante o Texto Constitucional assim preconizar – consubstanciada principalmente por um acesso deficitário à educação formal (já a partir da primeira infância), ou uma assistência social inadequada.

Nesse sentido, Tipke e Yamashita (2002, p. 27-28) afirmam que a promulgação de leis justas, por parte do legislador, ainda mais se tratando de leis fiscais, em relação a repartição justa da carga tributária entre os cidadãos é um dever ético, sendo pressuposto moral fiscal dos cidadãos.

Sendo assim, o princípio da capacidade contributiva está ligado ao princípio do não confisco, pois o princípio da capacidade contributiva fixa um limite mínimo de riqueza, enquanto o do não confisco impõe um limite máximo para a tributação, fazendo assim que um indivíduo esteja suscetível a tributação, conforme pontua Paulo e Alexandrino (2013, p. 988).

Encontra-se, nesse entendimento, Carraza (2013, p. 96), acerca da igualdade entre os contribuintes, na relação impostos e capacidade contributiva, mencionando que as taxas e contribuições de melhoria também sejam graduadas de acordo com a capacidade econômica. A similitude de tratamento não exaure a igualdade, devendo as condições

sociais e econômicas serem tratadas de forma diferente, a fim de retirar barreiras que impedem a liberdade dos cidadãos, realizando justiça social e distributiva. (PERLINGIERI, 2002, p. 46).

Ainda, Carrazza (2013, p. 96) afirma que a expressão “capacidade contributiva”, dada pelo economista germânico Von Iusti, passa a ter amplo uso e conhecimento após ser utilizada por Adam Smith, em sua obra *A Riqueza das Nações*. O princípio da capacidade contributiva não é um princípio de utilização constitucional somente no Brasil, porém de uso mundial, demonstrando que somente aqueles que podem pagar é que devem assumir tais encargos. (TIPKE e YAMASHITA, 2002, p. 29-30).

Tendo em vista a reconhecida desigualdade brasileira, inclusive refletindo-se no sistema penitenciário do país, “não se pensa em tratar a todos do mesmo modo, mas construir uma igualdade e um espaço que preservem as características naturais e culturais e cada um de nós”, conforme afirma Engelmann (2008, p. 24), constata-se que a utilização do princípio da capacidade contributiva pode ser de efetiva resposta as questões do Brasil, a medida em que tal princípio, ao ser devidamente respeitado, possa fazer com que aqueles, que fazem parte do polo hipossuficiente, vivam de uma maneira mais digna, podendo ter acesso a muito mais oportunidades, sendo respeitadas suas diferenças.

## **Conclusão**

Conforme visto, este artigo, pretendeu demonstrar a relação entre a exclusão de classes e o princípio da capacidade contributiva tendo como pano de fundo o filme *Carandiru* (2003) que retratou um massacre ocorrido no presídio que já foi considerado o maior de América Latina. Buscou-se analisar que as classes excluídas no Brasil seguem o trajeto da exclusão (alienação) desde a sua concepção, que sem a participação do Estado na construção de um cidadão, manteve-se a sua não inclusão no meio social. Reiterando, quando o indivíduo erra nas suas próprias condutas, fica sob “cuidados” do Estado. Tal fato retoma novamente o

filme “Carandiru”, enfatizando a sua irresponsabilidade com o indivíduo, não lhe oferecendo saídas para a reinserção social.

Ante o aporte teórico apresentado, percebe-se que não se pode buscar mudar o Brasil e nem o mundo utilizando-se do direito penal, processos e prisões, tendo que haver, também, educação de qualidade, distribuição adequada das riquezas e debate público democrático, somando-se a estes a justiça, liberdades individuais e igualdade. Ainda, o referencial teórico indica que é de fundamental importância a realização de políticas públicas sérias, as quais garantam padrões mínimos de existência aos mais desfavorecidos, podendo-se, assim, acabar com a pobreza extrema, não necessitando de longos prazos para tal.

Portanto, o que se pode observar é que o princípio da igualdade está intimamente conectado ao princípio da capacidade contributiva, ao passo em que o indivíduo somente deve pagar impostos de acordo com a sua situação financeira, tratando igual os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, não deixando-se de mencionar a, também, ligação com a solidariedade, pois segundo Moschetti (apud BUFFON 2003, p. 70), “sustenta que a solidariedade e a capacidade contributiva são dois aspectos de uma mesma realidade”, não cabendo ao sistema punitivo ser a resposta dos anseios constitucionais de igualdade, pluralismos e tolerância.

## Referências

- ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA (Córdoba). ANALES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA. Córdoba: Información Jurídica, 1999. (Tomo XXXVIII).
- ADAMATTI, Bianka, SILVA, Débora Bós e. **Lições Críticas: direitos fundamentais**. 1ª edição. Porto Alegre: Editora Visão, 2018.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRAGA, Rogério Piccino.; SANTOS, Jurandir José dos; STRASSER, Francislaine de Almeida Coimbra. **Direito fundamental à inimizabilidade penal: o retrocesso da redução da maioria penal no constitucionalismo brasileiro**. 1. ed. Bandeirantes, PR: Redige Produção Editorial, 2015.

BUFFON, Marciano. **Tributação, desigualdade e mudanças climáticas: como o capitalismo evitará seu colapso**. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.

BUFFON, Marciano. **O princípio da progressividade tributária na constituição federal de 1998**. Memória Jurídica Editora. São Paulo, 2003.

CALLEGARI, André Luís e WERMUTH, Maiquel Angêlo Dezordi.: **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARANDIRU. Direção de Héctor Babenco. São Paulo: Hb Filmes; Globo Filmes, 2003. Son., color.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CHOMSKY, Noam. **Quem manda no mundo?**. Noam Chomsky; tradução Renato Marques. 1. ed. – São Paulo: Planeta, 2017.

DAVIS, Angela. **A liberdade é uma luta constante**. Organização Frank Barat; tradução Heci Regina Candiani. 1ª ed. – São Paulo: Boitempo, 2018.

ENGELMANN, Wilson. **O princípio da igualdade**. São Leopoldo: Sinodal, 2008.

GUMIERI, Sinara. **Desde o massacre do Carandiru, sistema prisional brasileiro só piorou**. 2016. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2016/10/04/desde-o-massacre-do-carandiru-sistema-prisional-brasileiro-so-piorou/>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **DIREITO CONSTITUCIONAL DESCOMPLICADO. 10 ED. MÉTODO**, São Paulo 2013.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROSE, Arnold M.. **Enciclopedia internacional de las Ciencias Socieales**. Aguilar, 1975, vol. 7.

SARMENTO, Daniel; BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **A república que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. **Princípio de Criminologia**. São Paulo, Livraria Martins Editora S.A., 1949.

STIGLITZ, Joseph E. **In um mondo imperfetto**. Mercato e democrazia nell'era dela globalizzazione. Roma: Donzelli Editore, 2001.

STIGLITZ, Joseph. **O preço da desigualdade**. Lisboa: Bertrand 2013.

TIPKE, Klaus, YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. Sur. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 6, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**, I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra. **Seletividade racial na política criminal de drogas: perspectiva criminológica do racismo**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

## **Diálogo entre filosofia, literatura e sociedade: a sinfilosofia como aporte para uma educação ética-estética na cidadania**

*Maiqui Cardoso Ferreira*<sup>1</sup>

*Raíssa M. A. R. de Melo*<sup>2</sup>

### **Introdução**

A revolução Francesa foi um dos pontos mais marcantes da história moderna da humanidade. Teóricos como Cassirer, Frederick C. Beiser, Terry Eagleton e a fins partem, para a análise do romantismo e da filosofia moderna, da pós-revolução, já que compreendem que todo o contexto é derivado de uma resposta necessária à mudança abrupta e crucial daquele momento. O Século “Iluminado” como é conhecido o século XVII e que ainda permeia os meados do século XVIII, não só é visto como o momento das grandes transformações estruturais (como transição de categorias de poder, organização social e econômico), mas também a concepção antropológica de homem. O homem moderno é o resultado da reflexão filosófica que se concebe na razão e na liberdade da razão, de acordo com Cassirer em “Filosofia do Iluminismo” (1992, p. 21). Neste sentido, o que vem a seguir para o filósofo, é que o movimento romântico fez uma leitura negativa da revolução

---

<sup>1</sup>Doutorando em Direito Público na Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito e Sociedade pela Unilasalle Canoas, Especialista em Direito Administrativo. E-mail: mikiferreira@outlook.com

<sup>2</sup> Mestranda em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina, linha de ontologia, área de Estética e Filosofia da Arte; bolsista CAPES-PROEX

iluminista, causando até um certo desconforto na percepção racionalista do século das luzes. O que Frederick C. Beiser, teórico da filosofia idealista alemã, vai contrapor é que a cisão entre homem e mundo provoca a distorção e tensionamento entre realidade social, filosófica e antropológica (1987, p. 30), o que compreendem como o surgimento do “Estado Máquina” [Maschinenzustand] que suprime a liberdade entre reflexão, subjetividade e o próprio mundo no entendimento romântico, da qual sua busca filosófica e seu projeto central era uma restauração do sentimento em relação à razão e a saída da “máquina” criada pelos teóricos do iluminismo.

Há, portanto, uma leitura diversificada sobre a revolução francesa e a própria colocação da filosofia moral na perspectiva dos prós e contras a revolução francesa e os teóricos do iluminismo e o que podemos compreender com o painel teórico da filosofia moderna e da antropologia é que existe leituras que simultaneamente se colidem e se aproximam, em especial ao romantismo que, em parte, é leitor de Kant e de Schiller, e aplicam a filosofia do agir de Fichte em suas colocações.

Assim, o seguinte artigo visa compreender a sinfilosofia/simpoesia como pressuposto para pensar o lugar da formação ético-estética na cidadania, partindo de uma visão pluralista, mas não puramente subjetivista, mediando a intersubjetividade na subjetividade dos atores em suas relações sociais significadas pelo meio.

## **1. Iluminismo, romantismo e o projeto filosófico-cultural do homem moderno alemão**

Como um marco essencial da época, está a revolução francesa cujo auge foi a queda da Bastilha em 1789 e que simbolizou a destruição de um modo de poder e de pensamento resistente do período (criando filosofias, surgindo o Estado moderno, encadeando novas perspectivas sobre individualidade na comunidade) e com ele vem a era do terror e a bestialidade

racionalizada<sup>3</sup>. Assim o ocidente permanece efervescente na produção intelectual, tanto para os apoiadores da revolução francesa quanto aos seus críticos. O Iluminismo, portanto, é um momento cujo tensionamento promove os principais pilares da criação intelectual da modernidade, é dali que insurge a necessidade de criar e recriar a forma como se compreende a individualidade, ou seja, a maneira como a filosofia passa a entender a individualidade do homem e seu sentido dentro da vida social e política.

A liberdade individual foi amplamente defendida pelos filósofos do Iluminismo na Inglaterra e França, como também foi teorizada pelos adeptos do Esclarecimento [Aufklärung] alemão. A era do esclarecimento, naquele momento, concedia a iluminação essencial para a humanidade, partindo da autonomia com fundamentação na razão da qual Kant provocou nos idos do século XVIII com a fundação da crítica na filosofia. É com Kant que temos a noção moderna de sistema na filosofia, já que assim poderia se falar de unicidade do pensamento<sup>4</sup>. Na *Crítica da razão pura*, ainda no prefácio, o autor afirma a sua intenção: “O objetivo desta Crítica da razão pura especulativa reside na tentativa de mudar o procedimento tradicional da Metafísica e promover assim uma completa revolução nela” (KANT, 2015, p. 429), ou seja, o seu esforço estaria a objetivar a tentativa de solucionar as questões básicas da história da filosofia, mas também no entrelaçamento delas em um só fundamento: a Razão. No ensaio “O que é o esclarecimento”, Kant sintetiza o espírito da época, pois diz que:

“Esclarecimento é a saída do homem da menoridade pela qual é o próprio culpado. Menoridade é a incapacidade de servir-se do próprio entendimento sem direção alheia. O homem é o próprio culpado por esta incapacidade, quando sua causa reside na falta, não de entendimento, mas de resolução e coragem de fazer uso dele sem a direção de outra pessoa. Ousa fazer uso de teu próprio entendimento! Eis o lema do Esclarecimento.” (1998, p. 07)

---

<sup>3</sup> Cf. Schiller, introdução de *Cartas para uma educação estética*, Iluminuras, 1998.

<sup>4</sup> Cf. Beiser. *Fate of Reason (From Kant to Fichte)*, p. 27.

Pensando na unicidade entre dever, ato e epistemologia e tentando alçar os limites do conhecimento do mundo, Kant então escreve as três críticas: *Crítica da razão Pura*, *Crítica da razão Prática* e *Crítica do Juízo*, refletindo sobre os objetos necessários do conhecimento, da sensibilidade, da moral e do uso da razão especulativa. Assim, o filósofo não só se torna o expoente da revolução copernicana do conhecimento, como também funda a estética transcendental e inspira o pensamento estético que virá a seguir. É com Kant que a especulação sobre a relação entre imaginação, razão e gênio tomam os rumos necessários que, mais tarde, são utilizadas por Fichte e posteriormente Schiller e os românticos de Jena. Quando Kant explica a relação da lógica formal e da razão pura com os objetos sensíveis à priori da sensibilidade, o conceito de imaginação aparece como a força [Kraft] necessária que está diretamente relacionada com a faculdade do entendimento e a sensibilidade. A imaginação, em Kant, opera como “tradutor” dos objetos sensíveis que pertencem ao campo da intuição, assim no primeiro parágrafo da terceira sessão da *Crítica da Razão Pura* (2001), ele afirma que:

A Lógica geral abstrai, como já dissemos, toda a matéria do conhecimento e espera que lhe sejam dadas representações de outra parte, de onde quer que seja, para convertê-las em conceitos mediante a análise. A Lógica transcendental, pelo contrário, tem por objeto uma diversidade de elementos sensíveis “a priori”, que lhes oferece a Estética transcendental para servir de matéria aos conceitos puros do entendimento, e sem o qual careceria a Lógica de objeto, sendo, por conseguinte completamente vazia. (KANT, 2001, P. 135. B102, [§ 10])

Segundo Kant, a função da filosofia transcendental é apreender como os conceitos a priori habilitam condições de conhecimento, já que as faculdades do entendimento e do sensível não confundem (e nem podem confundir) os elementos de apreensão. Os objetos apreendidos pela imaginação não se adequam na possibilidade da analítica, ou da razão pura, pois pertencem ao campo da intuição e a faculdade do entendimento não pode intuir os objetos advindos dos sentidos e da sensibilidade, pois se trata de apreender e produzir conceitos. Kant denota que existe conhecimentos que são indeterminados (pois pertencem à intuição) e tem formas

possíveis para o material da intuição, que são postulados pelas categorias do entendimento. De tal modo, Kant afirma que quando falamos de conhecimento, falamos da relação entre dois modos de apreender a realidade e a imaginação se apresenta como faculdade mediadora do conhecimento (cf. Kant, 2001, p. 134. A 77, [§ 10]). Segundo Kant, o conhecimento da sensibilidade é “grosseiro”, pois o espaço e o tempo possuem diversidade de elementos da intuição pura a priori que pertencem à receptividade da razão (que é a única faculdade que pode receber representações dos objetos) e que afeta o seu conceito. Estes objetos diversos a priori, para Kant, se referem à espontaneidade do nosso pensamento e por tal é necessário transformá-los em conhecimento. Portanto, os objetos sensíveis são recebidos e empreendidos de uma maneira diferente dos objetos capturados pela razão pura, mas ainda assim constitui epistemologia.

Este processo de “lapidação” do conhecimento a priori é denominado de síntese<sup>5</sup> e somente por este processo é possível passar para o julgamento do entendimento. É no conhecimento advindo do *a priori* que repousa o juízo estético, já que este é uma resposta sentida a um objeto e o juízo não pode ser obtido de outra maneira além da relação direta sujeito-e-objeto, pois ocorre sem nenhuma postulação prévia e não é determinada pela experiência ou rigor do entendimento. O fenômeno da diversidade sensível é visto como uma provocação ao pensamento ou um fenômeno que se mostra como ocasião [Veranlassung], como nos confirma Suzuki (1998): “[...] uma circunstância propícia, inexplicável e prestes a se esvaír. A ideia estética não passa de uma deixa, uma insinuação que ‘dá muito o que pensar’” (p.42)<sup>6</sup>. Kant, com a estética transcendental, com a crítica e o fundamento da razão, possibilita então

---

<sup>5</sup> Aqui é compreendido como a união do múltiplo, ou seja, as duas maneiras distintas de obter conhecimento que é unificado na síntese. Para Kant, o conceito de síntese é justamente “ato de juntar, umas às outras, diversas representações e conceber a sua diversidade num conhecimento” podendo ser puro quando a diversidade não é dada empiricamente e a priori quando é dado nos limites do espaço tempo (cf B103, [§ 10])

<sup>6</sup> Nota: Aqui é compreendido como a união do múltiplo, ou seja, as duas maneiras distintas de obter conhecimento que é unificado na síntese. Para Kant, o conceito de síntese é justamente “ato de juntar, umas às outras, diversas representações e conceber a sua diversidade num conhecimento” podendo ser puro quando a diversidade não é dada empiricamente e a priori quando é dado nos limites do espaço tempo (cf B103, [§ 10])

para que, posteriormente, Fichte funde uma filosofia de ação fundada no absoluto. É com Fichte, sob a tutela da filosofia kantiana, que o romantismo passa a ter outra forma de pensar sobre a crítica espontânea das artes, da qual F. Schlegel e Novalis citarão como uma revolução na maneira de filosofar: o Fichtear [*fichtisiren*]<sup>7</sup>. Em 1794, Fichte inicia suas preleções sobre o destino do sábio ou a chamada “Moral para eruditos” [*Moral Für Gelehrte*], como aulas públicas direcionadas não só ao público de estudantes de filosofia de Jena, mas a todos os setores da universidade<sup>8</sup>. Seu discurso e oratória ficaram marcadas como as preleções sobre a intelectualidade pós revolução francesa, enquanto, simultaneamente, ocorria o auge da era do Terror na França. Tais discursos forçavam o embate razão e natureza, endossando a necessidade da superação das maledicências naturais através da moralidade, das quais o erudito saberia guiar-se e notar, à própria intuição, como orientar a comunidade progressivamente. Fichte é um dos primeiros filósofos da modernidade que põe ato entre sujeito e mundo<sup>9</sup>. É o agir que torna o ser e a sua conclusão radical vem a se tornar o necessário para fechar as lacunas do sistema kantiano. Fichte não só é um herdeiro do sistema, como também parece aprimorar os princípios fundamentais da teoria política de Kant. De certo modo, Fichte se rebela ao *status quo* do kantismo (Beiser, 1992, pp. 57-60) mesmo que utilizando o conceito de autonomia de Kant para justificar a sua defesa ao direito de revolução. Beiser (1992) interpreta que Fichte não só invocou um modelo ideal de Kant da unidade entre teoria e prática, como a aplicou para sua filosofia e teoria política, desvinculando o princípio moral de uma providência (*Imperativo Categórico*) e a deslocou para a própria ação política (p. 57)<sup>10</sup> cujo fim seria a superação da distância entre teoria e prática.

---

<sup>7</sup> cf. Nota de Ricardo Barbosa na apresentação de sua tradução de “O destino do Erudito” de Fichte, Hedra, 2014.

<sup>8</sup> Cf. Vaccari in “Os deveres do erudito: filosofia e oratória em Fichte”, artigo publicado na revista Filosofia Alemã (USP), 2015.

<sup>9</sup> Cf. Beiser. Fate of Reason, p. 54, 1987.

<sup>10</sup> Nota: um outro reforço desta tese está no pósfácio da tradução de Ricardo Barbosa de “O destino do Erudito” da editora Herdra, 2014.

No cerne da produção intelectual do século XVII, temos uma variedade de leituras que pensam na formação antropológica. Se por um lado há Kant e a filosofia do “*Sapere aude*” onde a autonomia só é possível pelo uso único da razão, por outro há Schiller cuja proposta está na popularização da filosofia, da arte como precursoras essenciais da educação e como fontes primordiais para uma formação adequada para a sociedade. Schiller, no entanto, não pretende aniquilar a razão e nem tampouco destituir a necessidade desta como fundamento moral do homem, mas pretende adequar uma revolução estética (com um papel especial da literatura e da poesia) em relação à sensibilidade. Há, portanto, dois teóricos de contextos históricos similares que diagnosticam os pontos necessários do desenvolvimento antropológico, cultural e social do homem moderno. De acordo com Beiser em *Fate of Reason* (1987), os intelectuais da época se asseguraram no *Aufklärung* como viabilidade da popularização da filosofia, mantendo a autoridade da razão a todo custo, já que esta seria a única via eficaz para sustentar a centralidade da moralidade fora da religiosidade e até mesmo da superstição e ignorância (p. 167) e que fez com que filósofos panteístas como Jacobi e Hamman fossem sumariamente ignorados ou intelectualmente rejeitados.

### **1.1 Schiller e o diagnóstico da cisão entre sentimento e razão:**

Em *Poesia Ingênua e Sentimental*, Schiller se refere à cisão entre o clássico e o moderno, comparando a maneira de olhar para o mundo entre o homem antigo e o homem moderno. Mas essa distinção são modos de produção poética, não quer dizer que não existam poetas ingênuos na modernidade, mas que há um predomínio nos antigos do modo ingênuo e um predomínio nos modernos do modo sentimental. O homem tem em si elementos que permite a sensibilidade necessária para sentir o amor ou a comoção que acontecem ao se deparar com o que é natural. Isto não ocorre porque provoque algum prazer direto aos sentidos e sim porque é a experiência direta com a natureza, simplesmente porque ela é. Schiller chamará de ingênuo aquilo cuja natureza se contrasta com a arte. A contemplação da

natureza está em reconhecê-la tal como ela é: o ser espontâneo, a subsistência das coisas por si mesmas, a existência segundo lei próprias e imutáveis. Na poesia ingênua, a sensibilidade cria uma imagem da natureza fundada na experiência com ela, diferente da poesia sentimental, da qual a razão cria o conceito a partir da natureza, mas interceptado pela reflexão, este conceito supera as limitações dos sentidos e se amplia na consciência. De acordo com Márcio Suzuki (p. 22-3, 1991), a poesia sentimental é progressiva, pois seu aprimoramento é dado na infinitude da razão, enquanto a poesia ingênua está sempre limitada pela natureza, que é uma limitação material. Para Schiller, a ideia de progresso é essencial já que Não é com revolta contra os feitos do entendimento e contra o estado em que se acha a sociedade, mas é progredindo que se recupera a sensibilidade e a verdadeira natureza (1991, p. 22). Com o distanciamento entre a antiguidade a modernidade, a recuperação dessa cisão se torna praticamente impossível, o que Schiller poderá nos falar sobre a produção poética está em relação nos modos em que o homem se relaciona com a natureza. Se por um lado o ingênuo volta suas afeições às coisas simples da natureza natural e da própria natureza humana, por outro a modernidade restringe sua experiência ao natural em poucos momentos e exige o esforço da reflexão.

Esse processo de Idealização da natureza se deu pela ruptura do povo grego e a poesia, os gregos, assim são para Schiller, o que fomos; são o que devemos vir a ser de novo<sup>11</sup>. A humanidade se separa da natureza e agora apenas observa fora dela, já que a cultura artificializou esta relação. Em *Cartas para uma educação estética da Humanidade*, Schiller empreende uma nova perspectiva para a própria questão da estética e o homem, pois é por meio desta que se pode pensar em uma unicidade ideal entre um e outro. O Estado Estético é um fim, onde só possível pela reconciliação desta cisão ocorrida na modernidade<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Cf. Schiller, F. *Poesia Ingênua e sentimental*. Trad. Marcio Suzuki, 1994, p. 44.

<sup>12</sup>Nota: Enquanto Schiller empreende o Estado Estético como fim possível do entrelaçamento entre vida, arte e moralidade, Hegel precisamente irá estender a noção de arte como um espelho do espírito do qual é possível a observação pela história. A Sinfilosofia fundada pelo romantismo parece, portanto, uma intermediação entre o projeto idealista estético de Schiller e seu diagnóstico e a revolução estética operada por A. Schlegel, F. Schlegel, Novalis e Schelling.

## 1.2 Sinfilosofia: a reconciliação da cisão no romantismo.

O Conceito de sinfilosofia não está, de fato, distante da anunciação da cisão de Schiller. O Estado estético schilleriano é um ponto horizontal do projeto político do classicismo do artista. Em que consta o primeiro momento do romantismo, é a necessidade de se criar e co-criar. Enquanto existe o momento denso contra revolução francesa e a exaltação da razão frente ao sentimentalismo e natureza, a sinfilosofia surge como um projeto abrangente de se fazer arte e de se constituir a compreensão sobre o mundo. O Romantismo é fragmentário no que se diz respeito a ausência de linearidade de pensamento, e que mesmo diferentes, tornam-se uno: Pois todo fragmento pertence a um outro fragmento, que se completa. Assim define Todorov (2014):

Sintetizar os indivíduos com vistas à produção de seres completos é, na realidade, uma das ideias caras ao jovem Friedrich Schlegel. [...] Quando o resultado da atividade é uma obra filosófica, tal atividade se chama: Sinfilosofar; quando é um poema, faz-se simposia. (p.266)

O *sinfilosofar* não se faz como uma maneira de assimilação, mas da complementação. Friedrich Schlegel em seus fragmentos demonstra que os fragmentos pertencem a uma unicidade de mundo, cuja cisão é resgatada através do pensamento. Todorov entende que a sinfilosofia é, por método executável pelo próprio romantismo (consciente ou não) uma constituição cuja base é na comunidade de vida e que se entrelaça na formação estética (cf. 2014, p. 267) é da constituição da sensibilidade e da racionalidade que o romantismo se tornou tanto leitor de Kant, mas não propriamente Kantianos, quanto leitores de Schiller e de Goethe, e não se assimilaram ao classicismo. O primeiro romantismo que se finca na espontaneidade da criação e está presente materialmente na revista O Ateneu, demonstra sua intensa organicidade vide os fragmentos, assim:

Talvez tenha início uma nova época das ciências e das artes quando a sinfilosofia e a simposia se tornarem gerais e internas e não for mais raro ver várias

naturezas completando-se mutuamente para formarem obras comuns. Muitas vezes, não podemos deixar de pensar que dois espíritos deveriam, na realidade, reunir-se, como metades separadas e só neste conjunto são tudo o que poderiam ser. (Schlegel apud Todorov, 2014, p. 266)

Assim, compreende-se que a sinfilosofia se funda na concepção viva de comunidade, o que demonstra importar a um “espírito” ou “pertença” comum e não a uma totalizante perspectiva histórica. Desta maneira, a sinfilosofia tornar-se uma abordagem que trabalha com o relacionamento de ideia para ideia, cujos mesmos participantes conseguem distinguir seu papel individual ao passo que ampliam ideias como complementares. O conjunto é, desta maneira, um grande e plural mural de esforços individuais e que tendem, progressivamente, a buscar o que seria o melhor e inalcançável pela inividualidade do “Estado máquina” (BEISER, 1992).

## **2. A sinfilosofia e a simpoesia como premissa para pensar o papel da educação ética-estética na cidadania**

Com a cisão diagnosticada por Schiller no movimento classicista e com a reconciliação pela unicidade expressa no romantismo idealista, podemos compreender como arte e vida se entrelaçam e enraízam as condições culturais e sociais que determinam noção específica de melhoramento moral. Chama-se de *Bildung* a possibilidade de se educar por imagens, como se apresenta a imagem mental da poesia e as imagens concretas da música, da pintura e a fins. A *Bildung*, como formação cultural, na visão proposta por Gadamer aparece como um encontro entre a subjetividade e a intersubjetividade, um “sentido comunitário e universal”, aberta para a diferença (GADAMER, 1997, pp. 53-4)<sup>13</sup>, que não está encerrado na subjetividade do agente pois ele é aberto pela intersubjetividade.

---

<sup>13</sup> Devemos notar que se conferir a carta IV de “Cartas para uma educação estética da humanidade” de Schiller, ainda no pré-romantismo, o filósofo já concebe a noção de diferença entre os homens. A questão que separa a *bildung* moderna na leitura de Gadamer para Schiller, está no fim uníssonos da identidade, que em Schiller só é possível através da ação reflexiva.

A formação então aparece nessa natureza dupla, como abertura do ser dentro da intersubjetividade da comunidade.

Hegel transmite essa ideia com a dupla natureza da arte, como manifestação do Absoluto e como objeto representando os fenômenos no mundo, a “arte em si” (HEGEL, 2002, p. 463-4) é mediada pelo objeto no mundo, tornando-se uma representação. Taylor coloca a natureza dual da manifestação artística em Hegel: ela é tanto uma forma de ver o mundo como uma mediação desta representação, na forma dos objetos: “a arte é um modo de consciência da Ideia, mas não é uma representação dela” (TAYLOR, 2014, p. 508), sendo que a sua manifestação, a obra de arte, “(...) não diz coisa alguma em sentido direto. A mensagem ou visão é aquela que vemos nela, e qualquer enunciado do seu conteúdo é fruto da interpretação e está sujeito a questionamento e constante reformulação” (p. 509)<sup>14</sup>. Esse resgate da posição da consciência que interage com as outras consciências dentro da intersubjetividade é um componente inerente dos processos democráticos abertos para a pluralidade, já que o componente ideal serve como referência para a diversidade de manifestações. É importante lembrar que, para Hegel, as diversas manifestações são partes do movimento da(s) consciência(s) em direção ao Todo (HEGEL, 2011, p. 207), mediados pela experiência humana partilhada.

Assim, a formação cultural é tanto uma premissa como referência para o desenvolvimento das potencialidades inerentes aos diversos espaços de identidade e intersubjetividade dos grupos sociais. A sinfilosofia como metodologia aparece como um resgate do papel da subjetividade como mediadora destes símbolos no processo criativo primário que é a Arte, mas também como uma ponte de ligação entre a referência do Conceito e os diversos fragmentos que se encontram na unicidade.

Assim, essa metáfora da fragmentação que recompõe um todo, na experiência ético-estética das relações humanas, aparece como um campo

---

<sup>14</sup> Como bem observa Han (2019, pp. 77-8), uma possível leitura sobre a natureza do conceito em Hegel é, justamente, a natureza mediadora dessas manifestações guiadas para o Absoluto, visto aqui como um Horizonte Epistêmico e não um ponto de chegada para a Consciência.

de possibilidades para a formação ético-estética da cidadania, rompendo com a totalização racionalista do iluminismo (LEVINAS, 1980), rumo ao pluralismo necessário dentro da democracia moderna.

Como bem lembra Limberger, a formação cultura é parte integrante da democracia e inerente aos processos democráticos. A sinfilosofia/sinpoesia, neste aspecto, apresenta consonância com esse projeto pluralista da democracia, como abertura para a diferença.

### **Considerações finais**

Este ensaio se propôs a demonstrar, sistemática e historicamente, como é possível a relação entre moral e estética, partindo da concepção da sinfilosofia como conceito primordial no primeiro romantismo de Jena. Destarte a crise do racionalismo, as visões antagônicas sobre o período do Iluminismo e até mesmo das influências de Kant na modernidade (em especial na moralidade e na própria estética), mostramos que a sinfilosofia resgata – a partir do diagnóstico de Schiller – o elo que se perde entre uma revolução tão abrupta como a francesa e o status teórico da revolução copernicana na filosofia. Desta maneira, abordamos o que seria uma revolução estética, através da arte e da abordagem romântica sobre suas apreensões de mundo e da própria vida.

Na vista do romantismo, a arte e a filosofia são entrelaçadas e são pilares necessários para uma construção política ideal. Entre relações intersubjetivas que partem do indivíduo ao todo, Hegel posteriormente aborda a história da arte como o espelho do *Geist*, mesmo que as discussões da arte de Hegel ainda parece se distinguir das discussões estéticas anteriores, o pensamento antropológico da estética da modernidade ainda aborda a concepção ideal de sujeito que só poderia ser um *fim* e não um intermediário da própria arte. Outros pensadores da época como Schelling, Novalis e Hölderlin, também apresentaram concepções distintas da própria relação entre filosofia e vida, em especial a literatura.

Por fim, sob a ótica dos idealistas alemães, apresentamos os vieses possíveis de uma construção política e social diferenciada, cuja abordagem se fundamenta na concepção de co-criação complementar, que pode ser visto em *Conversa sobre Poesia* (1801), idealizado por Friedrich Schlegel. Essa concepção atende as demandas vivas e particulares da realidade ao passo que tende a perspectiva uníssona, como na revolução estética de Schiller e como no absoluto ético do espírito de Hegel.

## Referências

Acosta, E., *Schiller versus Fichte. Schillers Begriff der Person in der Zeit und Fichtes Kategorie der Wechselbestimmung in Widerstreit*. Amsterdam/New York: Rodopi, 2011.

BEISER, Frederick C. **The Romantic Imperative: The Concept of early German Romanticism**. Massachussets, USA: Havard University Press, 2003.

\_\_\_\_\_. **The Fate of Reason: German Philosophy from Kant to Fichte**. Massachussets, USA: Havard University Press, 1987.

\_\_\_\_\_. **Enlightenment, Revolution, and Romanticism: The Genesis of Modern German Political Thought, 1790-1800**. Massachussets, USA: Havard University Press, 1992.

\_\_\_\_\_. **The Early Political Writings of the German Romantics**. Cambridge University Press, 1996.

CASSIRER, E. **A filosofia do Iluminismo**. Tradução de Álvaro Cabral. Campinas: Unicamp, 1992.

FICHTE, J. G. **Sobre o Espírito e a letra na filosofia**. Tradução de Ulisses Vaccari, São Paulo: Humanitas, 2014.

\_\_\_\_\_. **Sobre o conceito da doutrina da ciência**. Tradução e notas de Ricardo Barbosa. São Paulo: UNESP, 2015.

\_\_\_\_\_. **O Destino do Erudito**. Tradução Ricardo Barbosa. São Paulo: Hedra, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Tradução de Flávio P. Meurer. 15ª Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

HAN, Byung-Chul. **A Salvação do Belo**. Tradução de Gabriel S. Philipson. Petrópolis: Ed. Vozes, 2019.

HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do espírito**. Tradução de Paulo Meneses. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2016.

\_\_\_\_\_. **Ciência da lógica: Excertos**. Seleção e tradução de Marco Aurélio Werle. São Paulo: Bacarolla, 2011.

HALSTED, John B (org). **Romanticism**. 1ª Ed. Reino Unido: Palgrave Macmillan, 1969.

KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

\_\_\_\_\_. **Crítica da razão pura**. 5ª Ed. Trad. Manuela P. dos Santos e Alexandre F. Morujão. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

\_\_\_\_\_. **Crítica da razão prática**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2016.

\_\_\_\_\_. **O que é o esclarecimento**. São Paulo, Via Verita, 2016.

MACHADO, Roberto. **O nascimento do trágico**. De Schiller a Nietzsche. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

NIVALA, Asko. **The Romantic Idea of the Golden Age in Friedrich Schlegel's Philosophy of History**. 1ªed. Routledge Studies in Cultural History. NY, 2017.

LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito**. Edições 70. Lisboa, 1980.

LIMBERGER, Têmis. **Cibertransparência: informação pública em rede. A Virtualidade e suas Repercussões na realidade**. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2017.

LIMA, Luiz Costa. **Limites da Voz (Montaigne, Schlegel, Kafka)**. Rio de Janeiro: Topbooks Ed, 2005.

SCHELLING, F. W. J., **Filosofia da Arte**. Tradução: Márcio Suzuki. 1 ed. 1 reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010. (Clássicos; 23).

SCHILLER, F. **Companheiros de Viagem**. Tradução de Claudia Cavalcanti. São Paulo: Nova Alexandria, 1993.

\_\_\_\_\_. **Poesia ingênua e sentimental**. Tradução de Márcio Suzuki. São Paulo: 1991.

\_\_\_\_\_. **Cartas para uma educação estética do Homem**. Tradução Robert Schwarz e Márcio Suzuki. São Paulo: Iluminuras, 1998.

SCHLEGEL, Friedrich. **Conversa sobre a poesia e outros fragmentos**. Trad. Victor Pierre Stirnimann. São Paulo: Iluminuras, 1994.

SUZUKI, Márcio. **O Gênio Romântico: Crítica e história da filosofia em Friedrich Schlegel**. São Paulo: Iluminuras, 1998.

TAYLOR, Charles. **Hegel: Sistema e método**. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: É realizações Editora, 2014.

TODOROV, Tzvetan. **Teorias do Símbolo**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 2014.

VACCARI, Ulisses R. “**Os deveres do erudito: filosofia e oratória em Fichte**”, revista **Filosofia Alemã (USP)**, São Paulo. 2015

WERLE, Marco A. **A aparência sensível da ideia: Estudos sobre a estética de Hegel e a época de Goethe**. São Paulo: L Loyola, 2013.

## Habermas, Ishiguro e STF: diálogos entre direito, literatura e distopia

*Marcelo Beckhausen* \*

### 1 Introdução

Nos últimos anos têm ocorrido uma autêntica overdose sobre distopias em seriados, filmes e livros. Desta forma, pretendo traçar aqui algumas reflexões sobre o livro do nobel de literatura Kazuo Ishiguro, tangenciando o tema, “*Never let me go*”, traduzido no Brasil para “Não me abandone jamais”, no qual o autor trabalha com o tema da realidade distópica. Na obra, pessoas são concebidas para se tornarem doadoras de órgãos e descartadas. Esse artigo, a partir desta temática, tenta conversar com Habermas, especialmente no livro “O futuro da Natureza Humana”, onde o filósofo alemão expõe suas preocupações quanto a possibilidade da sociedade tecnicizar a vida humana para fins de aperfeiçoamento. Finalizo trazendo alguns comentários sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou constitucional a Lei de Biossegurança, no que concerne a pesquisas com células-tronco, na ADIn 3510.

---

\* Marcelo Veiga Beckhausen é Procurador Regional da República. Natural de Porto Alegre/RS, formou-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). É mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, onde leciona Direito Constitucional desde 2000. É membro do Ministério Público Federal desde 1996, já tendo exercido os cargos de procurador regional dos direitos do cidadão e procurador-chefe da Procuradoria da República no Rio Grande do Sul. Promovido a procurador regional da República, atuou nas áreas Cível e Criminal. Foi procurador regional eleitoral nos biênios 2013/2015 e 2015/2017. Atualmente atua na área cível da PRR4, é membro do Núcleo de Apoio Operacional à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (NAOP/4ª Região) e é procurador-chefe da Procuradoria Regional da República da 4ª Região.

## 2 Kazuo Ishiguro<sup>1</sup> e a descartabilidade da vida humana

Ishiguro constrói sua história a partir de um argumento da descartabilidade do ser humano. Jovens são educados em “escolas”<sup>2</sup> de onde não podem fugir, convivendo com seus colegas, monitores e professores, e se preparando para se tornarem doadores de órgãos. Esses jovens lidam com seus problemas banais da adolescência, sexualidade, jogos, descobertas e aguardam de forma resignada a realização de sua função na sociedade: doar órgãos e falecer em decorrência disso. Aparentemente esta tarefa é subentendida e, paradoxalmente, aceita pelos personagens. É como se esses jovens estivessem conformados com seu destino; doar, quando se tornarem adultos, órgãos para sujeitos de onde foram clonados.

A história nos remete a um universo distópico onde a sociedade (e os próprios personagens, embora se angustiem com tal situação) tolera a existência dessa possibilidade, de doadores que vão pouco a pouco perdendo seus órgãos vitais e vida, sem que eventuais manifestações contrárias ocorram.<sup>3</sup> A naturalização de sua situação e destino é

---

<sup>1</sup>Kazuo Ishiguro nasceu em Nagasaki, no Japão, no dia 8 de novembro de 1954, mas aos seis anos emigrou com a família para a Inglaterra, passando a conviver com duas culturas. Ishiguro graduou-se em Inglês e Filosofia e fez pós-graduação em Literatura Criativa. Após sua formatura trabalhou como assistente social nos subúrbios de Londres. (ISHIGURO, 2019). Talvez esse trabalho com pessoas pobres tenha lhe mostrado as dificuldades de viver sem perspectivas, na qual as pessoas pobres são descartadas pelo sistema. Em um dos trechos do livro, ao procurarem seus “possíveis” (como são chamados os modelos para as clonagens) os personagens acreditam que vieram da “escória”, segundo suas próprias palavras: “Todos nós sabemos. Nós somos modelados da escória. Viciados, prostitutas, alcoólatras, vagabundos. Presidiários, quem sabe, desde que não sejam tarados. É daí que a gente vem.” [...] “Se alguém quiser procurar seu possível, e se quiser fazer isso do jeito certo, então o negócio é procurar na sarjeta. Dentro das latas de lixo. Dentro da privada, porque é nesses lugares que estão as pessoas de quem nós viemos”. (ISHIGURO, 2016, p. 203).

<sup>2</sup>O colégio que aparece nas folhas iniciais chama-se *Hailsham*, talvez um jogo de palavras onde *hail* nos remete a uma saudação nazista e *sham* nos remete a “vergonha” (*shame*). A alusão a campos de concentração nazista parece ser evidente. Para Ishiguro: “Hailsham is like a physical manifestation of what we have to do to all children,” he says. “It is a protected world. To some extent at least you have to shield children from what you know and drip-feed information to them. Sometimes that is kindly meant, and sometimes not.” (ADAMS, 2005).

<sup>3</sup>Na realidade distópica narrada por Ishiguro, umas das professoras de *Hailsham*, Madam, explica uma tentativa de construir uma outra imagem para os alunos: “Pena que não conseguimos mais do que isso, mas vocês têm que entender que, antes, as coisas eram muito piores. Quando a Marie-Claire e eu começamos, não havia estabelecimentos como Hailsham. Nós fomos um dos primeiros, junto com Glenmorgan House. Depois de alguns anos surgiu a Fundação Saunders. Juntos, nos tornamos um movimento pequeno mas com voz ativa, que se opôs ao programa de doações na forma como estava sendo gerido. Mais importante ainda, demonstramos para o mundo que, quando criados num ambiente humano e culto, os alunos podiam se tornar tão sensíveis e inteligentes quanto qualquer ser humano normal. Antes disso, todos os clones – ou alunos, como nós preferíamos chamá-los – existiam apenas para

escancarada pelo autor como metáfora do que se produz a partir de experiências científicas sem qualquer preocupação com ética e como se existissem duas espécies de seres humanos<sup>4</sup>, sendo uma delas com o destino já traçado pelo Estado e por uma sociedade doentia. Essa naturalização é sublinhada pela ausência de desejo de fuga por parte dos jovens e também pela sua total compreensão do momento da retirada dos órgãos, acompanhados por “curadores”<sup>5</sup>, igualmente tolerantes, em sua dor emocional e sofrimento físico.

Na verdade, *Never let me go* é uma brilhante metáfora sobre o mundo atual, onde as pessoas são socialmente descartadas, mas também é uma obra que nos interroga a partir do universo da tecnologia e das experiências genéticas. A “remodelagem” do ser humano como clones também é usada no roteiro do filme *Blade Runner*, de Ridley Scott, onde seres criados a partir de laboratório, os replicantes, são usados em guerras extraplanetárias e possuem um prazo de validade<sup>6</sup>.

Mas essa metáfora nos introduz na questão atual e complexa sobre a possibilidade de utilização de células-tronco, por meio de engenharia genética no sentido de produzir seres em laboratório, de prolongar a vida, combater doenças e/ou evitar algum tipo de mal congênito. Essa biotecnologia, em caráter experimental ou já em uso, nos remete a uma série de perguntas<sup>7</sup> sobre ética, moral e direito, articuladas dentro dos

---

abastecer a ciência médica. Nos primeiros tempos, logo depois da guerra, isso era tudo que vocês representavam para a grande maioria. Objetos obscuros em tubos de ensaio.” (ISHIGURO, 2016, p. 312).

<sup>4</sup>Conforme Habermas (2004, p. 86-87): “O programa genético é uma realidade muda e, em certo sentido, irreplicável; pois insatisfeito com as intenções geneticamente fixadas não pode, como as pessoas nascidas naturalmente, se relacionar com suas aptidões (e deficiências) no decorrer de uma história de vida cuja apropriação foi refletida e cuja continuação foi voluntária, de maneira que reveja sua autocompreensão e encontre uma resposta produtiva para sua situação inicial. De resto, essa situação assemelha-se à do clone, que é privado de um verdadeiro futuro próprio pelo olhar modelador voltado à pessoa e à história de vida de um 'irmão gêmeo' tardio.”

<sup>5</sup>Kathy H., a personagem principal, nos guia através dos labirintos de Hailsham e na forma como “ameniza” a dor dos alunos, seus colegas. Assim: “The voice of his new, oppressively brilliant novel, *Never Let Me Go*, is that of Kathy H, who at 31 is looking back on her curious English boarding-school days at a place called Hailsham. Kathy's world seems so logical and mundane, the surface of her language so steady and familiar, that it takes the reader a little time to discover the disturbing facts of the lives she describes. The first clue comes in her use of simple little euphemisms: she is a 'carer', these days, she explains, she looks after 'donors' before they 'complete'; she remains in thrall to the 'guardians' who taught her at school”. (ADAMS, 2005).

<sup>6</sup>O filme é baseado no livro de Philip K. Dick, *Androides Sonham com Ovelhas Elétricas?* (DICK, 2015).

<sup>7</sup>Jonas (2006, p. 58) ao tratar dos progressos na biologia humana, refere “a morte não parece ser uma necessidade pertinente à natureza do vivente, mas uma falha orgânica evitável,” e questiona: “quem deve se beneficiar com a

limites do ordenamento jurídico brasileiro, em especial à decisão da suprema Corte que tratou da legislação sobre biossegurança. Kathy H., portanto, mais do que uma personagem de ficção, alguém encarregada de acompanhar os jovens que vão ser mutilados para salvar outras vidas humanas, é uma provocação adequada ao mundo moderno, onde a tecnologia esbarra no sistema de proteção dos direitos fundamentais, conduzindo a sociedade, numa rapidez impossível de acompanhar, a um novo modelo de vida, onde o elemento humano parece estar disponível para os cientistas e estudiosos. Assim,

The full implications of these charged little power relations emerge from her account very slowly. It is, hopefully, not giving away too much of Ishiguro's meticulous dystopia to say that Kathy and all the rest of the children who were at Hailsham are clones and that their macabre stories expand, in a way Kafka would have recognised, to become a metaphor for all of our lives. (ADAMS, 2005).

## 2 Habermas e o futuro da natureza humana

Em sua obra (HABERMAS, 2004) O futuro da natureza humana, Habermas discorre sobre a evolução da biotecnologia que tornam factíveis novas espécies de intervenção no genoma humano, perguntando se essas técnicas precisam ser reguladas normativamente ou se dependem simplesmente de preferências e desejos, não necessitando de autolimitação. Com efeito, pergunta Habermas, (2004, p. 19):

um dia quando os adultos passarem a considerar a composição genética desejável dos seus descendentes como um produto que pode ser moldado e, para tanto, elaborarem um design que lhes pareça apropriado, eles estarão exercendo sobre os seus produtos geneticamente manipulados uma espécie de disposição que interfere nos fundamentos somáticos da autocompreensão espontânea e da liberdade ética de uma outra pessoa e que, conforme pareceu até agora, só poderia ser exercida sobre objetos, e não sobre pessoas.

---

hipotética bênção: pessoas de valor e mérito especial? De eminência e importância social? Aqueles que podem pagar por isso? Todos? A última opinião pareceria a única justa.”

A preocupação de Habermas (2004), quanto ao que ele chama de “eugenia liberal”, reside no fato do perigo de não existir uma diferenciação entre tratamentos terapêuticos e de aperfeiçoamento das intervenções que permitem a escolha de preferências individuais que alteram características. Habermas (2004) interroga esse modelo que permite dispor livremente da vida humana para fins de seleção e na medida que se normalizam essas práticas, ocorre uma “perda da sensibilidade moral” em detrimento de uma “consideração narcísica pelas próprias preferências.” (HABERMAS, 2004, p. 29). Para Habermas, (2004, p. 32) “O fenômeno inquietante é o desvanecimento dos limites entre a natureza que *somos* e a disposição orgânica que nos *damos*”. Para o filósofo alemão as normas simplesmente vão se ajustando às mudanças ocorridas na sociedade, permitindo que o indivíduo molde sua própria vida de modo autônomo, numa perspectiva liberal. Ainda segundo Habermas, (2004, p. 37) “a manipulação genética poderia alterar nossa autocompreensão enquanto seres da espécie de tal maneira que, com o ataque às representações do direito e da moral, os fundamentos normativos e incontornáveis da integração social poderiam ser atingidos” podendo ser concebida uma garantia fundamental a um patrimônio hereditário não-manipulado.

Ao discorrer sobre a dignidade humana, Habermas (2004) afirma que esta se encontra ligada à simetria entre ordens e vedações intersubjetivamente reconhecidas, que marca a intangibilidade nas relações interpessoais e igualitárias, não reducionista do ser humano e da ordem moral (como a indisponibilidade). Ao ingressar na esfera pública, após nascimento, e ser reconhecida como membro da comunidade, “moralmente insubstituível”, o ser humano goza de todos os direitos e deveres reconhecidos intersubjetivamente. No entanto, disserta, (HABERMAS, 2004, p. 51) “a vida pré-pessoal, anterior a um estágio em que se pode atribuir a ela o papel destinado a uma segunda pessoa, a quem se pode dirigir a palavra, também conserva um valor integral para a

totalidade de uma forma de vida eticamente constituída”<sup>8</sup> distinguindo a dignidade da vida humana da dignidade humana que protege toda pessoa. Entender a dignidade somente no segundo *status* permite o risco da instrumentalização da vida humana, utilizando embriões sem entendê-los como detentores de proteção e dignidade, Para Habermas as diferentes comunidades e nações lidam com as questões morais e normativas de forma diferente, onde a pluralidade e as diferentes visões ideológicas e religiosas coexistem. No entanto Habermas (2004, p. 55-56),

[...] a forma de lidar com a vida humana pré-pessoal suscita questões de um calibre totalmente diferente. Elas aludem não a esta ou àquela diferença na variedade de formas de vida cultural, mas a autodescrições intuitivas, a partir das quais nos identificamos como pessoas e nos distinguimos de outros seres vivos – portanto, nossa auto-compreensão enquanto seres da espécie. Não se trata da cultura, que é diferente de um lugar para outro, mas da imagem que as diversas culturas fazem 'do' homem, que, na sua universalidade antropológica é o mesmo em toda parte.

A grande preocupação do filósofo de Düsseldorf é a possibilidade de geração de uma outra espécie de ser humano, a partir da evolução tecnológica a incidir sobre a natureza humana, nanotecnologia, robótica, (HABERMAS, 2004, p. 58) “o ser orgânico que cresceu naturalmente se funde com o ser produzido de forma técnica; de outro, a produtividade do intelecto humano separa-se da subjetividade vivenciada”, de maneira que não seja mais possível a compreensão intersubjetiva dos seres humanos com liberdade ética e moralmente iguais, sujeitos ao mesmo ordenamento normativo. (HABERMAS, 2004, p. 59).

Para Habermas (2004) há uma grande diferença entre a eugenia de aperfeiçoamento e a eugenia negativa, para fins curativos, que deslocam o problema do avanço da tecnologia, justificados por objetivos biopolíticos, como saúde e nutrição, para os desideratos da tecnicização, onde os pais

---

<sup>8</sup>Para Dworkin (2003, p. 94) tratando do tema aborto “o debate é ainda mais importante para a maioria das pessoas do que a questão de se o feito é ou não uma pessoa, uma vez que seu alcance é bem maior – aprofunda a reflexão sobre as diferentes concepções não apenas do valor e da finalidade da vida humana como também do significado da natureza da morte humana”.

decidem, a partir de suas preferências pessoais, as características genéticas de seus filhos, dispondo desses como se fossem coisas, ou mesmo o mercado influencia tais escolhas a partir de interesses lucrativos. O médico que realiza a intervenção para fins curativos ou terapêuticos, prolongamento da vida, evitar doenças, pressupõe o consentimento do paciente, que um dia participará desse tratamento, não podendo ser chamada tal intervenção de tecnicização da natureza humana. Em direção diversa, a intervenção em função das preferências e desejos de terceiros, é uma ação de forma instrumental, não-consensuada, e que não pode se tornar em ação comunicativa.

Para Habermas (2004), as intervenções eugênicas de aperfeiçoamento fixadas por um programador são irreversíveis, submetendo o sujeito às intenções de um terceiro<sup>9</sup>, diferente das intervenções para evitar males, o que seria razoável no plano da concordância. A sociedade humana se caracteriza por uma mesma submissão ao ordenamento normativo, sem que ninguém dependa do outro de forma irreversível, mas se reconhecem mutuamente de forma simétrica. Pais e filhos estabelecem uma dependência social que se desfaz na vida adulta e no que diz respeito ao programador genético essa dependência não pode ser desfeita nem revista, suprimindo a reciprocidade e a simetria, sem práticas socializantes<sup>10</sup>.

No entanto, uma das preocupações de Habermas (2004) reside no fato de que as experiências com embriões para fins terapêuticos pode estar cimentando a estrada para permitir a eugenia de aperfeiçoamento, “A dessensibilização do nosso olhar em relação à natureza humana, que caminharia de mãos dadas com o fato de nos habituarmos a tal prática, prepararia o caminho para uma eugenia liberal”. (HABERMAS, 2004, p. 98)

---

<sup>9</sup> “sempre que contornamos dessa maneira o caminho humano para enfrentar os problemas humanos, substituindo-o pelo curto-circuito de um mecanismo impessoal, subtraímos algo da dignidade dos indivíduos e damos mais um passo à frente no caminho que nos conduz de sujeitos responsáveis a sistemas programados de conduta.” (JONAS, 2006, p. 60)

<sup>10</sup>Habermas (2004, p. 91-92): “Práticas da eugenia de aperfeiçoamento não podem ser ‘normalizadas’ de modo legítimo no âmbito de uma sociedade pluralista e democraticamente constituída, que concede a todo cidadão igual direito a uma conduta de vida autônoma, porque a seleção das disposições desejadas a *priori* não pode ser desatrelada do prejudgamento de determinados projetos de vida”.

### 3 ADI 3510 e a discussão judicial em torno do sentido da vida

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, foi proposta pelo Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles, discutindo a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, nº 11.105/2005<sup>11</sup>, que trata das condições para o uso terapêutico ou científico de células-tronco advindas de embriões humanos concebidos *in vitro* descartados e não utilizados para fins reprodutivos, tendo em vista eventual afronta ao direito à vida e à dignidade humana. A Corte, em sua maioria, através do voto de Ellen Gracie, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello acompanhou o Relator e julgou improcedente a ADI, tendo votado pela improcedência parcial os ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes. Para a Suprema Corte brasileira, portanto, as pesquisas com células-tronco embrionárias não afrontam o direito constitucional à vida e o princípio da dignidade humana<sup>12</sup>.

A questão a ser discutida aqui, é claro, inicia na metáfora do escritor Ishiguro, onde a vida já concebida pode ser descartada, no intuito de

---

<sup>11</sup>É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. (BRASIL, 2005).

<sup>12</sup>É válido ressaltar que foi realizada a primeira audiência pública da história do STF, prevista no art. 9º, §1º, da Lei nº 9868/99: “Carlos Ayres Britto decidiu pela realização desta, que será a primeira audiência pública do STF, por entender que “a audiência pública, além de subsidiar os ministros deste STF, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário da Corte”. Para isso foram convidados 17 especialistas (além daqueles arrolados pelo PGR, que comparecerão independentemente da expedição de convites) que deverão esclarecer aspectos sobre a matéria questionada nos autos para os Ministros do STF, para o Procurador-Geral da República e para os *amici curiae* [partes interessadas no processo].” (SUPREMO..., 2007).

ajudar outras vidas, compondo duas categorias de seres humanos e se descortina na reflexão filosófica de Jurgen Habermas, ao verificar que as experiências genéticas e de clonagem podem estar criando, também, duas espécies de seres humanos. Por óbvio que o enredo da ADI 3510 começa com outra provocação, qual seja, se os embriões que não forem utilizados na fecundação humana possuem vida ou não. Para a Procuradoria-geral da República, “Ora, se ser humano existe, se o embrião é ser humano, não se pode estabelecer gradação constitucional ao conceito de inviolabilidade da vida e a inviolabilidade da vida concede tutela completa, desde que exista o ser humano.” (ADI 3510, 2006, p. 21) o embrião já possui vida a ser protegida pelo ordenamento jurídico, sendo sua eliminação uma violação da garantia fundamental do artigo 5º.

Em síntese, o Ministério Público da União alegou que o direito à vida e o princípio da dignidade humana, base do Estado de Direito, estavam sendo violados pelo art. 5º e parágrafos da Lei 11.105/05. A Advocacia-Geral da União, na qualidade de curador da presunção da constitucionalidade da lei, defendeu o art. 5º aduzindo que não seria apropriado igualar embriões *in vitro* com embriões não nascidos mas que já estão no interior do ser materno. Além disso, a AGU alegou que pesquisas com células-tronco embrionárias eram mais apropriadas para experiências e terapias curativas do que com células-tronco adultas.

Os argumentos do Relator se consubstanciaram em várias ideias, dentre elas a liberdade de expressão e o direito à saúde. Mas, o centro de suas considerações reside, em relação ao embrião *in vitro*, na ideia de que

Respeitados que sejam os pressupostos de aplicabilidade desta última lei, o embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação. Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído nem em formação. Pessoa humana, por consequência, não existe nem mesmo como potencialidade. Pelo que não se pode sequer cogitar da distinção aristotélica entre ato e potência, porque, se o embrião *in vitro* é algo valioso por si mesmo, se permanecer assim inescapavelmente confinado é algo que jamais será alguém. Não

tem como atrair para sua causa a essencial configuração jurídica da maternidade nem se dotar do substrato neural que, no fundo, é a razão de ser da atribuição de uma personalidade jurídica ao nativo. (BRASIL, 2008).

O voto do Relator também traz considerações sobre o direito que todo casal tem de procriar, podendo passar por sucessivos testes de fecundação *in vitro*, sendo necessária a produção de embriões em número superior ao seu aproveitamento pelo casal, não existindo um dever legal quanto ao aproveitamento genético desse excesso, não restando alternativa para a Lei de Biossegurança a não ser permitir, observando parâmetros adequados, o aproveitamento dos descartados para fins curativos e científicos.

Para os ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes, que julgaram constitucional a lei, era necessário que as pesquisas fossem fiscalizadas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep), mas tal argumentação não foi acolhida pela Suprema Corte. Os ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau afirmaram que as pesquisas podiam ser realizadas desde que não ocorresse a destruição dos embriões viáveis.

Dentre outras conclusões, a Suprema Corte definiu que: 1) Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias; 2) Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida; 3) O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa; 4) O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição; 5) a controvérsia constitucional da ADIn nº 3510 não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto; 6) A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar",

fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável"; 7) A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental; 8) A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança; 9) A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regulação legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. (BRASIL, 2008).

Pois bem. A lei de biossegurança, tão controversa em função de questões religiosas e científicas, não se relaciona diretamente com o macabro enredo da obra de Ishiguro. A não ser por uma visão mais ortodoxa do que seja vida, o que não está definido pelo texto constitucional, como a explanada pelo Procurador-geral da República, poderia se falar que os embriões pré-implanto seriam seres humanos que possuem a mesma proteção constitucional que embriões implantados no ventre materno<sup>13</sup>. Tais escolhas, embriões que podem ou não ser descartados, a partir de premissas que no caso da Lei de Biossegurança revelam-se razoáveis, vão impactar mais nos debates em torno do aborto por opção da gestante em situações de gravidez, o que não é o objeto deste artigo.

Vale a pena aqui reproduzir parte das críticas lançadas por Streck (2018) sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal. Para o jurista (STRECK, 2018, p. 26) "A decisão desta ADI pela improcedência, o que

---

<sup>13</sup>Para Habermas (2004, p. 46) "a substância normativa da necessidade de proteger a vida humana pré-pessoal não encontra uma expressão racionalmente aceitável para todos os cidadãos nem na linguagem objetivante do empirismo, nem na da religião."

significou a liberação das pesquisas com células-tronco embrionárias conforme prescreve o art. 5º da Lei de Biossegurança, foi constitucionalmente adequada enquanto um imperativo de integridade e coerência do Direito” mas alerta que “Entretanto, por ir além do necessário para o deslinde do caso, encontram-se pontas abertas na decisão, que precisam ser discutidas”. Para Streck, (2018, p. 26)

Se o sistema jurídico pátrio permite, ainda que excepcionalmente, que um embrião resultado do crime de estupro possa ter seu ciclo vital interrompido, o que é algo drástico, por que não seria permitido utilizar para pesquisa científica embriões in vitro inviáveis ou com o potencial muito reduzido para continuar o seu desenvolvimento? Ademais, esta continuidade, muito provavelmente, não teria a chance de ao menos ser tentada, já que muitos pais, após conseguirem a gravidez, descartam os embriões in vitro. Este argumento é complementado com a constitucionalidade da reprodução in vitro: se esta técnica é juridicamente permitida e nem todos os embriões são usados durante o processo, isto significa que este possível não uso também é assimilado. Senão, este descarte seria considerado como um ato antijurídico. Logo, a decisão é coerente por ajustar-se com uma interpretação constitucional adequada da nossa prática.<sup>14</sup>

Após concordar com a fundamentação, Streck (2018) começa a questionar as fronteiras da decisão do STF, no sentido de ter ido além do necessário para deslindar a ADIn, “mas se isto ocorre a partir de uma perspectiva discricionária, que dá azo ao ativismo judicial, temos um cenário cada vez mais caótico e de insegurança jurídica.” (STRECK, 2018, p. 26). Para Streck, o Supremo foi longe demais ao definir o início da vida, discussão externa a ADIn e desnecessária para o julgamento de improcedência, construindo uma definição normativa onde o Constituinte, apesar de debater o tema, quedou-se em silêncio, já que (STRECK, 2018, p. 27)

---

<sup>14</sup>Noutro sentido Habermas (2004, p.43): “O uso do diagnóstico genético de pré-implantação, que permite prevenir um eventual aborto por meio da 'rejeição' de células-tronco extracorporais e geneticamente defeituosas, distingue-se da interrupção da gravidez indesejada, o direito da mulher à autodeterminação colide com a necessidade de proteção do embrião. No outro caso, a proteção da vida do feito entra em conflito com as considerações dos pais, que, ponderando a questão como se fosse um bem material, desejam ter um filho mas recusam a implantação se o embrião não corresponder a determinados padrões de saúde. Nesse conflito, os pais não são envolvidos de improviso; eles aceitam desde o princípio o embate ao mandarem fazer um exame genético do embrião.”

O cerne era compreender se os embriões *in vitro* inviáveis e/ ou congelados há mais de três anos teriam o direito à vida. Ao extrapolar, buscando uma conceituação constitucional de 'vida' – isto serviria na mesma medida se o conceito formulado fosse noutra direção –, o STF, entendo que, de modo desnecessário, foi além do seu papel de guardião.<sup>15</sup>

Além disso, a legislação infraconstitucional virou suporte para a decisão, invertendo a hierarquia normativa de forma incoerente.

Talvez uma metáfora possível, dentre tantas que se evidenciam nessa temática, seria a de que tanto o direito, quanto a ciência, não tem instrumentos para definir de forma mais eficaz o que é a vida – o que não significa que não o façam – e talvez nunca tenham. Mas possuem a possibilidade, a partir da racionalidade e da ética, para definir os limites do que é possível fazer em termos de experiências e manipulações genéticas, evitando a grande preocupação exposta por Habermas e outros filósofos do nosso tempo.<sup>16</sup>

## 6 considerações finais

No entrelaçamento possível, decisão do Supremo Tribunal, teoria habermasiana e a arte de Ishiguro, procurei trazer elementos que articulassem a ideia em torno da vida e da biotecnologia, empregada para o prolongamento da vida humana, funções terapêuticas e outros desideratos, incompatíveis com o ordenamento jurídico ou com a ética. Parece intuitivo para Habermas que as técnicas atuais de eugenia podem possibilitar outros usos desses avanços que não sejam úteis para a

---

<sup>15</sup>Para Dworkin (2003, p. 235), ao se referir sobre a decisão judicial *Roe vs Wade*, que permitiu o aborto nos Estados Unidos: “A questão crucial da controvérsia constitucional não consiste em saber se o feto é ou não uma pessoa de acordo com o significado da Constituição; consiste, na verdade, em saber se os estados têm o poder legítimo de ditar o modo como os cidadãos devem respeitar o valor inerente à vida. Tendo em vista que qualquer intervenção competente da Constituição deve reconhecer o princípio de autonomia procriadora, os estados não têm o poder de proibir o aborto”.

<sup>16</sup>“A fim não meramente de conservar a espécie em sua integridade, mas de melhorá-la e modificá-la segundo seu próprio projeto. Saber se temos o direito de fazê-lo, se somos qualificados para esse papel criador, tal é a pergunta mais séria que se pode fazer ao homem que se encontra subitamente de posse de um poder tão grande diante do destino.” (JONAS, 2006, p. 61).

medicina ou biologia, mas simplesmente sejam apropriadas para que os desejos de um terceiro se manifestem num outro sujeito, instrumentalizando a natureza humana de forma extremamente perigosa.

## Referências

AÇÃO direta de inconstitucionalidade n. 3.510-0/600. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Interessado: Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos – CDH. Relator: Excelentíssimo Senhor Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 14 de novembro de 2005, **Boletim Científico, Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, ano 5, n. 18-19, jan./jun. 2006. Disponível em: [http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7784/BC\\_18e19\\_Arto1.pdf?sequence=2&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7784/BC_18e19_Arto1.pdf?sequence=2&isAllowed=y). Acesso em: 09 nov. 2019.

ADAMS, Tim. For me, England is a mythical place. **The Guardian**, Londres, 20 fev. 2005. Disponível em: <https://www.theguardian.com/books/2005/feb/20/fiction.kazuoshiguro>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 09 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Atos2004-2006/2005/Lei/L11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Atos2004-2006/2005/Lei/L11105.htm). Acesso em: 09 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade Distrito Federal ADIn 3510**. Requerentes: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Intimados: Conectas Direitos Humanos [...]. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, Julgado em: 29 maio 2008. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>.  
Acesso em: 10 nov. 2019.

DICK, Philip K. **Androides sonham com ovelhas elétricas?** Tradução Ronaldo Bressane. São Paulo: Aleph, 2015. E-book.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**. Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jurgen. **O futuro da natureza humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ISHIGURO, Kazuo. **Biografia resumida**. [S.l.], 2019. Disponível em: <https://biografiaresumida.com.br/biografia-kazuo-ishiguro/>. Acesso em: 03 nov. 2019.

ISHIGURO, Kazuo. **Não me abandone jamais**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. Puc-Rio, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Ebook.

SUPREMO vai realizar a primeira audiência pública de sua história em ADI que contesta Lei de Biossegurança. **Notícias STF**, Brasília, DF, 23 mar. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=69419>. Acesso em: 09 nov. 2019.

## **Uma breve análise do fenômeno do ativismo judicial: o fator Humpty Dumpty no direito e a (in)aplicabilidade do art. 489 do código de processo civil a partir da crítica hermenêutica do direito**

*Guilherme Augusto De Vargas Soares*<sup>1</sup>

*Maria Eduarda Vier Klein*<sup>2</sup>

*Luis Felipe Leão Saccol*<sup>3</sup>

### **Introdução**

Vivemos em tempos de ativismo judicial. Não é novidade dizer que principalmente com o advento da Constituição de 1988 o protagonismo judicial passou a ser um tema que cada vez vem ganhando mais espaço nos debates acadêmicos dentre juristas dos mais diversos campos de atuação.

Trabalhar a problemática do ativismo judicial acaba por ter uma relação com a noção de discricionariedade judicial que, de acordo com STRECK, aparece nas teorias positivistas e pós-positivistas a partir da descoberta da indeterminação do direito (STRECK, 2017. p. 69).

---

<sup>1</sup> Advogado, Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), bacharel em Direito pela mesma universidade, membro do Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos e Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio Grande do Sul (OAB/RS).

<sup>2</sup> Advogada, Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

<sup>3</sup> Advogado inscrito na OAB/RS 115.178; Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos); Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Estudante de Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

No contexto brasileiro isso se dá – e não exclusivamente por isso – em decorrência do período pós-autoritário em que a sociedade brasileira tentou se reerguer, restaurando a democracia. Todavia, com um Supremo Tribunal Federal que constante tinha a sua autonomia e composição atacada, uma postura autorrestritiva, ou seja, com forte deferência à literalidade da lei, era uma situação que o ambiente político impunha aos juízes da Suprema Corte.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o supremo Tribunal Federal, ao menos nos primeiros anos de atuação, seguiu uma postura autorrestritiva, justamente em decorrência de não saber como o ambiente político iria reagir às suas decisões. Com o passar do tempo, principalmente em decorrência do fato de o Poder Executivo não ter mais “influenciado” as decisões da corte, esta passou, aos poucos, a assumir uma postura ativista.

Desde então, vivenciamos constantemente o anseio por um judiciário que tenha como objetivo a concretização de direitos fundamentais e, não menos importantes, das promessas e objetivos impostos pelo constituinte originário, tudo em decorrência do fato de que, conforme os ávidos defensores do ativismo à *brasileira*, o juiz teria um espaço discricionário no momento da decisão, momento este em que poderia moldar a sua vontade ao caso concreto (STRECK, 2017. p. 70).

A dimensão do problema envolvendo a discricionariedade judicial é exaustivamente abordada na matriz teórica formulada por STRECK. Em um primeiro momento, o referido jurista afirma que o estudo da discricionariedade deve ser refletido a partir da chamada “morte do método”. Ou seja, em que pese o fato de que não se possa mais falar em método não há que se falar em escolhas de sentidos, tendo em vista que o magistrado possui como função a de julgar, não a de escolher.

É a partir desse problema que se inicia a análise do artigo 489 do Código de Processo Civil. Como bem se sabe, a Constituição de 1988 traz em seu texto um dever primordial inerente aos magistrados: o de fundamentar as decisões. Com o advento do novo Código de Processo Civil, foi

incorporado no texto infraconstitucional processual no artigo 489, §1º, os critérios para considerar uma decisão como não fundamentada, sendo esta uma grande conquista para o Estado Democrático de Direito.

Todavia, nos primeiros meses de aplicação do novo Código de Processo Civil, diversos tribunais deixaram de aplicar o referido dispositivo processual. É nesse momento que surge o seguinte questionamento: pode o tribunal deixar de aplicar a lei sem que isso seja considerado ativismo judicial?

Ademais, o que Humpty Dumpty e o ativismo judicial tem em comum? A capacidade de dar as palavras o sentido que bem entender a partir da vontade do intérprete. Quando Lewis Carroll publicou o icônico livro “Alice através do espelho” no ano de 1871, mal sabia ela que em seu texto estaria contida uma das maiores discussões envolvendo filosofia da consciência e os limites de atuação do judiciário.

### **1 Ativismo judicial: entre a origem e o conceito**

A discussão acerca do ativismo judicial – e de atitudes de autorrestricção judicial - remonta ao início da Constituição Federal de 1988, quando o Brasil passou por um processo de redemocratização, tendo em vista o período ditatorial que perdurou por mais de mais de 20 anos em *terrae brasilis*.

Todavia, se compararmos a produção teórica brasileira acerca do presente tema, está recém engatinhando, tendo em vista que a primeira manifestação do termo “ativismo judicial” remonta à década de 40 do século passado nos Estados Unidos da América com o artigo publicado por Arthur Schlesinger Jr na revista *Fortune*, vol. XXXV, n.º 1, em janeiro de 1947, intitulado “The Supreme Court: 1947” (KMIEC, 2004. p. 1445 e 1446).

Dessa forma, através do artigo publicado pelo historiador supra citado, “[...] o termo *judicial activism* entrou no léxico não apenas jurídico, mas sobretudo político e popular.” (TEIXEIRA, 2012. p. 39).

Referindo à capacidade de desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social, Schlesinger chamou de “ativistas judiciais” (*judicial activists*) os juízes Hugo Black, Willian O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge. Já os juízes Felix Frankfurter, Harold Burton e Robert H. Jackson foram rotulados de “campeões do autocomedimento” (*champions of self-restraint*), por entenderem que o Judiciário não deve ir além do seu espaço limitado dentro do sistema estadunidense. Em uma posição intermediária, o presidente da Suprema Corte naquele ano, Frederick M. Vinson, e o juiz Stanley F. Reed não seriam plenamente caracterizáveis como desse ou daquele lado.

Após separar em grupos os juízes que compunham a Suprema Corte em 1947, Schlesinger afirmara que

The Black-Douglas group believes that the Supreme Court can play an affirmative role in promoting the social welfare; the Frankfurter-Jackson group advocates a policy of judicial self-restraint. One group is more concerned with the employment of the judicial power for their own conception of the social good; the other with expanding the range of allowable judgment for legislatures, even if it means upholding conclusions they privately condemn. One group regards the Court as an instrument to achieve desired social results; the second as na instrument to permit the other branches of government to achieve (KMIEC, 2004. p. 1446).

A partir dessa identificação da postura dos juízes que compunham a Suprema Corte, Schlesinger chega a conclusão de que “[...] os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devam atuar ativamente na promoção de liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, mesmo se, para tanto chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador. Ao contrário, os juízes campeões da autorrestrrição judicial têm visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial: a Suprema Corte não deve intervir no campo da política, e sim agir com deferência à vontade do legislador” (AZEVEDO CAMPOS, 2014. p. 44).

Kmiec comentando o artigo de Schlesinger, afirma que este, já em 1947, havia identificado uma relação entre direito e política no ativismo judicial, afirmando que, para os ativistas, a corte não pode escapar da política e, dessa forma, deveria ser permitido usar o poder político para alcançar propósitos sociais sadios.

Assim, como o direito estaria indissociavelmente ligado à política, não haveria uma resposta correta, tendo em vista que escolhas políticas seriam sempre inevitáveis.

No outro espectro da corte tínhamos o grupo de Frankfurter-Jackson que, de maneira contrária ao grupo de Black-Douglas, defendia um ideal de autorrestrrição que, para eles, era como uma abdicação de responsabilidade, pois esse grupo de juizes defendia uma deferência à compreensão legal da norma a partir do seu Status quo (KMIEC, 2004. p. 1447).

Para o grupo da “self-restraint”, que são extremamente céticos quanto o sentido individual de justiça dos juizes, a lei tem um sentido fixo, e o desvio desses sentidos é inapropriado, não importando quais grupos irão se beneficiar desse desvio.

Ademais, Kmiec demonstra que:

At its heart, then, the Frankfurter-Jackson school seeks "to resist judicial supremacy, either of the right or of the left, in the name of deference to the legislative will and rests on faith in the separation of powers and the democratic process. The Champions of Judicial Restraint, according to Schlesinger, understand the judicial role much as Justice Holmes did "If the legislature makes mistakes, it is up to the legislature to remedy them. Any other course will sap the vigor of our democracy by encouraging legislatures in an irresponsibility based on na expectation that the courts will backstop their wild pitches (KMIEC, 2004. p. 1448).

Imperioso destacar que, na interpretação de Vischinkeski, o artigo de Schlesinger peca no sentido de que haveria uma imprecisão terminológica da expressão acerca desta ser positiva ou negativa, e qual seria a melhor postura, seja no ponto de vista político ou jurídico, pois o próprio autor

americano afirma que o ativismo se justificaria caso ameaçadas as liberdades que garantem a própria participação política dos indivíduos (TEIXEIRA, 2012. p. 39).

Todavia, com o passar do tempo, conforme afirma Vischinkeski, a postura ativista passou a ser incorporada pelos demais tribunais americanos:

Durante a década de 1950 a jurisdição ordinária passou a desempenhar papel significativo na defesa dos direitos civis para as minorias sociais, sobretudo minorias raciais. O expressivo crescimento de programas federais, durante o período do New Deal, demandava uma atenção específica para o impacto das suas ações nos contextos concretos das realidades locais, tornando o Judiciário espaço derradeiro no processo de garantia dos direitos das minorias. Surgiram então as ações afirmativas como instrumento político de combate à desigualdade social decorrente de fatores como sexo, raça, etnia, religião ou qualquer outra forma de discriminação (TEIXEIRA, 2012. p.40).

Continua o referido jurista gaúcho afirmando que:

“[...] No governo do presidente Lyndon Johnson, o Civil Rights Act, de 1964, representou o primeiro passo de um programa social que naquele ano e no ano seguinte faria entrar em vigor uma série de leis cujos dois objetivos principais eram: auxiliar pessoas de baixa renda por meio de programas de incentivo à educação e de proteção à saúde, e estimular a economia para que novas vagas fossem abertas a pessoas que historicamente se encontravam excluídas, ou marginalizadas, dentro do sistema educacional e do mercado de trabalho. Foi nesse contexto que o ativismo judicial ganhou fôlego em solo estadunidense e passou a representar a defesa em juízo de ações que politicamente não se mostravam suficientes (TEIXEIRA, 2012. p.40).

Em que pese a primeira manifestação do termo “ativismo judicial” tenha se dado com o artigo publicado por Schlesinger, há um consenso teórico em afirmar que as decisões proferidas em *Marbury v Madison*, *Dred Scot v Sandford* e *Lochner v New York* são as maiores decisões ativistas da história do constitucionalismo americano.

## **2. O que se entende, afinal, por judicialização da política e no que ela se difere do ativismo judicial?**

Com o processo de redemocratização instaurado pela constituição de 1988, é possível afirmar com TASSINARI que a forma de exercer a jurisdição constitucional foi modificada e, em consequência disso, duas expressões, com o passar do tempo, acabaram se tornando comuns, quais sejam, judicialização da política e ativismo judicial (TASSINARI, 2013. p. 27).

Em que pese o fato de que ambas as expressões tenham como ponto em comum o alto grau de judicialização que o Brasil passa a comportar no período pós 1988, inexorável que devemos explicitar as suas especificidades conceituais.

O fenômeno da judicialização da política não necessariamente depende da vontade de agir do órgão judicial, em que pese TASSINARI afirme que tal tipo de judicialização se dê com a relação de ao menos três elementos: Direito, Política e Judiciário (TASSINARI, 2013. p. 27).

Alguns dos fatores que poderiam explicar essa demasiada judicialização poderia ser o dirigismo constitucional, fatores sociais e a inflação legislativa, aumentando, dessa forma, o espaço para discussões e a consequente abertura das portas do judiciário debates antes travados unicamente dentro do legislativo. Vale dizer, com Lenio Streck, há um aumento da dimensão hermenêutica do direito: quanto mais direitos são constitucionalizados ou mais leis são editadas para regulamentar toda uma plêiade de matérias, maior será o espaço – possível – de concreção dessa normatividade, atividade que se realiza no âmbito da jurisdição, no enfrentamento das questões concretas e das demandas apresentadas pela sociedade (OLIVEIRA, 2013. p. 7).

Com a expansão do espaço de discussão sobre questões, em sua grande maioria, morais e políticas, as cortes – principalmente àquela encarregada de interpretar a constituição – assume um papel de notável relevância nos governos e suas decisões acabam por interferir nos processos políticos destes.

Assim, podemos explicar o fenômeno da judicialização da política a partir de dois enfoques: *o constitucionalismo dirigente* e a *inflação legislativa* pós 1988. Como já afirmado neste trabalho, a promulgação da constituição de 1988 se deu num período pós-autoritário, ocorrendo, dessa forma, uma verdadeira redemocratização do estado brasileiro.

No que tange à criação legislativa, esta diz respeito, obviamente, a uma produção demasiada do produto legislativo. Temas que deveriam ser produto de longo debate passaram a ser aprovados rapidamente pelo Congresso Nacional com o escopo de - e não somente - atender ao clamor social. Veja, por exemplo, o aumento de tipos penais com um objetivo pífio de garantir a segurança através da simbologia inerente à tipificação de um crime.

Assim, uma constituição rica em direitos fundamentais, naturalmente, requererá mecanismos que garantam a eficácia destes direitos. Dessa forma, o papel do Poder Judiciário ganha extrema relevância com o novo desenho constitucional que surge (BARCELOS, 2018. p. 245).

Portanto, podemos classificar a constituição brasileira como dirigente pois em diversos trechos da carta maior podemos verificar seu comprometimento com o futuro, estabelecendo metas a serem cumpridas e programas que devem ser implementados pelo Estado e pela Sociedade.

Nesse sentido temos OLIVEIRA, que afirma que:

A Constituição Federal Brasileira de 1988 é tratada como uma constituição dirigente por que traz consigo uma preocupação que vai muito além da manutenção do status quo ou da mera organização estatal. Muito acima disso, a nossa constituição vigente visa ter, em si e por si mesma, uma capacidade de fomentar a transformação social, de modo que se propõe a estabelecer diretrizes, objetivos e fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, além de vincular o legislador ordinário à realização de políticas públicas que (não só, mas além de tudo) contribuam - direta ou indiretamente - para a redução gradativa das mazelas sociais presentes no Brasil contemporâneo (OLIVEIRA, 2013. p. 10).

A professora TASSINARI, ao tratar do tema, parte da premissa que:

A judicialização é muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário; do que uma postura a ser identificada. [...] a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatos originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas (TASSINARI, 2013. p. 32).

Uma das descrições mais usuais acerca do ativismo judicial consiste na invalidação de atos do legislativo, ou seja, no nível mais tênue, o fenômeno acima mencionado seria aquele tipo de ocasião em uma corte judicial intervêm e derruba atos emanados pelo legislativo.

Todavia, a falta de deferência para com os atos do legislativo, por si só, não se traduz numa atitude ativista por parte dos magistrados, tendo em vista que mesmo que uma determinada decisão derrube diversos atos legislativos claramente inconstitucionais, tal fato, isoladamente, não poderia se enquadrar como uma postura ativista. Em resumo, o mero exercício da *judicial review* não pode ser considerado um ato ativista.

Nesse sentido, GRAGLIA defende que:

By judicial activism I mean, quite simply and specifically, the practice by judges of disallowing policy choices by other governmental officials or institutions that the Constitution does not clearly prohibit. In other words, the Court is engaging in judicial activism when it reaches beyond the clear mandates of the Constitution to restrict the handiwork of the other government branches (GAGLIA, 2004. p. 1464).

O Estado Democrático de Direito brasileiro surge a partir de um processo de redemocratização instaurado com a constituição federal de 1988. Tal acontecimento foi possível através do exercício de um Poder Constituinte Originário que, dentre suas principais características, é ilimitado, autônomo e inicial.

Ilimitado, pois não sofre nenhuma limitação do direito que a ele existe. Autônomo, pois somente cabe àquele que o exerce estabelecer os termos em que a nova constituição será estabelecida e qual direito será implantado. E por fim, inicial, pois instaura uma nova ordem jurídica em solo nacional, rompendo com a anterior (CUNHA JR, 2014. p. 198).

Com a instauração da nova ordem jurídica, ocorre uma verdadeira institucionalização do poder, que passa a ser exercido pelos órgãos indicados na Constituição Federal e na forma por ela prescrita (RAMOS, 2018. p. 113).

É justamente com o princípio da separação dos poderes que se dá a divisão do exercício do poder que será exercido por tais órgão. A Separação dos poderes decorre do próprio texto constitucional de 1988, no qual, em seu artigo 2º, aduz que *são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o judiciário*.

Nesse sentido, aduz José Afonso da Silva quando afirma que:

A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como seve de uma forma de organização jurídica das manifestações do poder (SILVA, 2017. p. 111).

Dessa forma, o que se pretende com a separação dos poderes é atribuir determinadas funções a órgãos que são independentes entre si e que, por evidente, tem-se como vedada a participação destes órgãos em funções que não aquelas que tipicamente são atribuídas a eles na constituição (RAMOS, 2018. p. 114).

Todavia, em que pese as atividades dos órgãos estarem delimitadas na constituição, existe a possibilidade de compartilhamento das funções nos limites impostos pela própria carta magna.

Assim, na linha argumentativa de José Afonso da Silva, o princípio da separação dos poderes não possui a mesma rigidez de outrora, tendo em vista que hoje há uma clara necessidade do relacionamento harmônico entre os poderes (SILVA, 2017. p. 111).

Nessa linha de pensamento, é possível afirmar que o Ativismo Judicial se traduz intromissão aquém dos limites estabelecidos pela carta magna dos poderes em detrimento, principalmente, do Poder Legislativo. O que ocorre, em verdade, é a prática do núcleo essencial da função legislativa pelo Poder Judiciário (RAMOS, 2018. p. 119).

Todavia, como bem aduz TASSINARI, o instituto do Ativismo Judicial se diferencia da judicialização da política, expressões estas que ganharam espaço no período pós 1988.

Ademais, na linha argumentativa de BARROSO, a judicialização pode ser compreendida muito mais como uma circunstância que decorre do modelo constitucional adotado no Brasil do que como uma mera vontade política, pois caso determinada norma permite que o cidadão tenha uma pretensão jurídica, cabe ao judiciário apreciar ao direito alegado e julgá-lo (BARROSO, 2012. p. 6).

Consubstanciado no acima afirmado, tem-se que a judicialização da política independe da vontade daquele que irá julgar a demanda. A grande questão acerca de tal expressão que, de uma forma ou de outra, possui uma relação com o Ativismo Judicial, está na incapacidade do Estado em implementar os direitos constitucionalmente previstos, o que acaba por gerar toneladas de ações judiciais pleiteando tais direitos (BARROSO, 2012. p. 32).

O Ativismo Judicial, ao seu turno, se traduz numa atitude positiva no sentido de como o magistrado irá interpretar o texto constitucional, expandindo ou retraindo o alcance da norma (BARROSO, 2012. p. 6).

Na mesma seara, Clarissa Tassinari aduz que a judicialização decorre da maior consagração de direitos e regulamentos constitucionais e que, por consequência, acabam por legitimar os indivíduos a pleitear direitos nas portas do judiciário (TASSINARI, 2013. p. 33).

Ao conceituar o Ativismo Judicial, TASSINARI chega à conclusão que este é caracterizado como uma atuação do Poder Judiciário via competências que não lhe são atribuídas no texto constitucional, invadindo a esfera dos outros poderes (TASSINARI, 2013. p. 36).

Demonstrando algumas das diversas hipóteses em que o Ativismo Judicial se evidencia, BARROSO aduz que:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012. p. 6).

Portanto, verifica-se que o ativismo judicial evidencia um agir do judiciário além dos limites impostos pela constituição, ao passo que a judicialização da política se traduz na ideia de insuficiência dos demais poderes, principalmente do legislativo.

### **3 A (in)aplicabilidade do art. 489 do Código de Processo Civil a partir da Crítica Hermenêutica do Direito: uma postura ativista por parte dos juízes?**

Como olhar o novo com os olhos do novo? É com essa indagação que Lenio Luiz Streck inicia, dentro do capítulo introdutório do livro Verdade e Consenso, a discussão acerca das três equivocadas recepções teóricas no direito brasileiro, quais sejam: a Jurisprudência dos Valores; Ponderação Alexyana; e o Ativismo norte-americano (STRECK, 2018. p. 57).

Todavia, destaca Streck que tais recepções se deram de maneira acrítica, sendo que os três aportes teóricos acima mencionados possuem um traço em comum: o protagonismo judicial.

Com o advento do novo Código de Processo Civil, que passou a ter vigência a partir do ano de 2016, tivemos um avanço democrático no que tange ao processo, tendo em vista que os diplomas processuais civis anteriores a ele foram promulgados em períodos autoritários (DE VARGAS SOARES, 2017. p. 45).

O professor STRECK já alertava que pouco adiantava haver um diploma legal que obrigava aos juízes enfrentar todos os argumentos das partes se ele tivesse a liberdade de invocar a jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal que autorizava o não enfrentamento de todas as questões arguidas pelas partes. O fim do livre convencimento, nesse sentido, foi um grande avanço no campo da teoria do direito no Brasil (STRECK, 2015. p. 2).

Dessa forma, para chegarmos à resposta acerca da (in)aplicabilidade do art. 489 do CPC passa por uma postura ativista do judiciário, devemos passar, necessariamente, pelo enfrentamento da seguinte questão: o que seria uma resposta correta e quando o judiciário estaria autorizado a deixar de aplicar uma lei?

### **3.1 O art. 489 do CPC e a resposta correta ou “a resposta constitucionalmente adequada”**

O CPC de 2016 teve claros avanços em relação ao de 1973. Dentre os principais, podemos citar, com DE VARGAS SOARES, a exigência de coerência e integridade, a existência de elementos essenciais à sentença (o relatório, os fundamentos e o dispositivo), a proibição de decisões surpresa e a expulsão do livre convencimento do texto processual (DE VARGAS SOARES, 2017. p. 50). Para os fins deste texto, me limitarei à expulsão do livre convencimento e a exigência de coerência e integridade.

O CPC/16 vem com um dos seus vários objetivos extremamente claros: expurgar o protagonismo judicial da legislação processual, retirando do texto legal todas as expressões que remetam a uma possibilidade de o

juiz decidir livremente ou a partir de um poder discricionário. Não é de outra forma que STRECK afirma que:

Não é fácil acabar com os fantasmas de Oskar Bülow, Menger, Klein, Carnellutti, Couture, Liebman e outros que continuam a atazanar a alma de alguns processualistas brasileiros. Trata-se de uma coagulação de sentidos. Os instrumentalistas – mormente eles – continuam a acreditar que a solução do processo está no “protagonismo judicial”. Nisso há um *dejà vu*, que nos remete ao século XIX (STRECK, 2015. p. 4).

E continua afirmando que:

Essa aposta solipsista está lastreada no paradigma racionalista-subjetivista, que atravessa dois séculos, podendo facilmente ser percebida, na sequência, em Chiovenda, para quem a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei; em Carnellutti, de cuja obra se depreende que a jurisdição é “prover”, “fazer o que seja necessário”; também em Couture, para o qual, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, o problema da escolha do juiz é, em última análise, o problema da justiça; em Liebman, para quem o juiz, no exercício da jurisdição, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei (STRECK, 2015. p. 5).

Tal fenômeno não se mostrou somente no anteprojeto do Código de Processo Civil, mas sim é algo que está presente em grande quantidade na doutrina e na jurisprudência, no sentido de que no momento da decisão o juiz teria um espaço discricionário no qual poderia moldar a sua vontade (STRECK, 2017. p. 54).

Nesse sentido, STRECK afirma que:

Da escola do Direito Livre, passando pela jurisprudência dos interesses, pelo normativismo kelseniano, pelo positivismo moderado de Hart, pelo positivismo pós-hartiano até chegar aos autores argumentativistas, como Alexy, há um elemento em comum: o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço “não tomado” pela “razão”; um espaço que, necessariamente será preenchido pela vontade discricionária do intérprete/juiz (STRECK, 2017. p. 53).

Dessa forma, o §1º do artigo 489 vem como uma barreira para conter o ativismo judicial, impondo padrões que devem ser observados das decisões judiciais para que não sejam contaminadas por uma nulidade. Todavia, como bem alerta STRECK, uma crítica à discricionariedade judicial não é uma proibição de interpretar. O ponto criticado pelo professor Streck é que as concretizações dos textos não podem depender de uma subjetividade assujeitadora do julgador (STRECK, 2013, p. 95).

Com o exposto acima, parto para uma breve análise da coerência e integridade. Tal tese foi formulado pelo jusfilósofo americano Ronald Dworkin, sendo este um grande crítico do positivismo jurídico e que se opôs a Hart, seu professor.

Dworkin estabelece que o direito seria uma atividade interpretativa e que tal fato não se traduziria num relativismo no momento da decisão judicial, pois:

A percepção de uma dimensão interpretativa do fenômeno jurídico parte da divergência – que, por sua vez, representa a parada reflexiva sobre determinada prática jurídica – para afirmara existência de respostas corretas no Direito, constituídas no esforço de, diante da divergência, encontrar a melhor interpretação possível para determinada controvérsia. [...] sendo o Direito a prática social que garante legitimidade para o uso da força pelo Estado, a melhor interpretação será aquela que articule coerentemente todos os seus elementos (regras, princípios, precedentes, etc...) a fim de que a decisão particular se ajuste ao valor que é a sua razão de ser (STRECK, 2017, p. 33).

Ou seja, como o ato de interpretar faz parte da condição humana, a resposta correta Dworkiniana estaria centrada na ideia de haveria uma abertura interpretativa para o jurista encontrar tal resposta. Dessa forma, a coerência seria a consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si, ao passo que a integridade seria a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância (STRECK, 2017, p. 34).

Dessa forma, exigir coerência e integridade quer dizer que o julgador não pode “seguir a própria consciência”, decidindo de outro modo, tendo em vista que não decidir com coerência e integridade significa se valer de um poder discricionário – ou do livre convencimento –, o que acarreta na recorribilidade da decisão por falta de coerência (STRECK, 2017. p. 35).

De acordo com o STRECK, somente existiriam seis hipóteses em que o Poder Judiciário estaria autorizado a deixar de aplicar uma lei, qual sejam:

- a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; as especificidades podem ser encontradas nos respectivos desdobramentos da presente obra;
- b) quando for o caso de aplicação dos critério de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;
- c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto. O que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à constituição. Trabalha-se, nesse ponto, com a relação “texto-norma”. Como poderá ser visto amiúde mais adiante, a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto e as demais sentenças interpretativas são importantes elementos para confirmar a força normativa da Constituição. São sentenças interpretativas e perfeitamente legítimas, quando proferidas sob o império de uma adequada teoria da decisão;
- d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto, na interpretação conforme, há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma abdução de sentido (conforme item específico no capítulo em que discuto esses mecanismos de aplicação do direito);

- e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo;
- f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como standards retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pamprincipiologismo. É através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é “suspensa” em casos de “insignificância”). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão – mas exigirão mesmo – aplicação similar, graças à integridade e à coerência. Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico. Como uma regra só existe – no sentido da applicatio hermenêutica – a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, a regra só persiste, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e válida; só deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Se a regra é, em definitivo, inconstitucional, então se aplica a hipótese 1. Por outro lado, há que ser claro que um princípio só adquire existência hermenêutica por intermédio de uma regra. Logo, é dessa diferença ontológica (ontologische Differenz) que se extrai o sentido para a resolução do caso concreto (STRECK, 2013. p. 347 e 348).

Em que pese o artigo 489 possua uma redação de fácil compreensão, os Tribunais não vêm respeitando a sua literalidade. Em pesquisa realizada para verificar o grau de aplicabilidade do referido artigo, DE VARGAS SOARES analisou centenas de decisões dos Tribunais do país (DE VARGAS SOARES, 2017. p. 42-105).

A conclusão que chegou foi assustadora. Com base neste levantamento de decisões foi possível afirmar que a aplicação e recepção do art. 489 do CPC/2015 não está se dando de forma correta, ou seja, de acordo com o que prevê seu texto legal. Na *práxis*, se observa que os julgadores não estão “olhando o novo com olhares do novo”, pelo contrário, continuam a olhar o novo com olhares do velho.

Ademais, com esta mesma pesquisa realizada, foi possível observar dois posicionamentos distintos entre os tribunais. O posicionamento dominante que se pode examinar, é que alguns tribunais, ou melhor, julgadores, elevam a decisão judicial como um produto divino (um dogma) que jamais deverá ser reformada. Em outras palavras, é possível verificar em diversas decisões analisadas, sentenças extremamente sucintas, sem qualquer fundamentação - por tanto, sentenças nulas ao olhar do art. 489 do CPC/2015 - que não são cassadas em razão dos julgadores sustentar que não há qualquer vício para ser sanado, pois, segundo eles, a fundamentação não precisa ser exaustiva. Ademais, nesta mesma linha, é possível verificar a existência de sentenças sem dispositivo, o que de imediato acarreta nulidade da decisão em razão de ausência de elemento essencial. Em alguns tribunais do país, julgadores sustentam que o dispositivo é mera formalidade da decisão, ou seja, não a torna nula caso estiver ausente. Seguindo neste caminho, foi possível se constatar na pesquisa o que se denomina na prática de “loteria da distribuição”, ou seja, duas câmaras que compõem o mesmo tribunal possuem posicionamento extremamente distinto para a compreensão de uma mesma matéria.

Porém, é necessário ressaltar que com os mesmos resultados desta pesquisa jurisprudencial, surge, de forma minoritária, um posicionamento antagônico. Este posicionamento pode ser observado nos tribunais que realmente cumprem o que dispõe o art. 489 do CPC/2015 e as garantias do texto constitucional de 1988. Ou seja, aqueles tribunais que respeitam a legalidade e realmente cassam decisões que não estão de acordo com os parâmetros legais.

### **Considerações finais**

Como afirmado na introdução deste artigo, vivemos em tempos de ativismo judicial. Isso é algo inegável. O Brasil de 2019, ao que parece, mergulhou no universo criado por Lewis Carroll, no livro “Alice através do

espelho”, especificamente no momento em que Alice encontra a personagem Humpty Dumpty.

Na oportunidade, Alice pergunta para Humpty Dumpty o que é um presente de aniversário. De prontidão, este responde que é um presente dado quando não é seu aniversário. Ao ser questionado novamente por Alice sobre o sentido de aniversário – e de glória, que o personagem afirma significar “um belo e demolidor argumento” – Humpty Dumpty afirma que “quando eu uso uma palavra, ela significa exatamente o que quero que signifique: nem mais nem menos”. A questão, como bem afirma Humpty Dumpty, não é saber se pode fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes, mas sim saber quem vai mandar.

Esse trecho do livro de Lewis Carrol simboliza de maneira perfeita o problema que gira em torno do ativismo judicial, que é a capacidade de se dar diversos sentidos a um texto legal a partir da própria consciência e da maneira que convém ao juiz.

Todavia, o grande problema acerca do ativismo judicial consiste na falta de um acordo acerca dos elementos ou características que podem elucidar uma decisão ou ato judicial manifestamente ativista, se resumindo a uma mera intervenção indevida do judiciário principalmente na esfera legislativa, o que leva a uma confusão conceitual com a judicialização da política na maioria dos casos (TASSINARI, 2013.p. 147).

E nesse momento que cabe uma diferenciação para que se evitem problemas que há tanto atingem o Brasil. Enquanto a judicialização é contingencial e inexorável, tendo em vista que está se dá, na maioria das vezes, para evitar o alto custo político de determinadas decisões que deveriam ser tomadas no ambiente legislativo, o ativismo se traduz em uma postura dos juízes que, por meio de um ato de vontade, vão além daqueles limites inerentes à sua atuação.

Se a Constituição diz que as decisões deverão ser fundamentadas e com o advento de um novo Código de Processo Civil se estabelecem critérios para definir quando uma decisão não será considerada fundamentada e os Tribunais negam vigência a tais dispositivos, vivemos em tempos

onde a Constituição e a lei infraconstitucional não possuem aplicabilidade em um Estado Democrático de Direito em decorrência de um solipsismo judicial. Mais do que nunca, citando o gato de “Alice no país das maravilhas”, ao que parece, somos todos loucos aqui. Aparentemente, Humpty dumpty estava certo. A questão é saber quem vai mandar. Apenas isso.

## Referências

- AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.
- BARCELOS, Guilherme. **Revisitando as origens da Judicial Review: o nascedouro do controle judicial de constitucionalidade, de Sir Edward Coke a John Marshall**. 1ª ed. Florianópolis: Habitus Editora. 2018.
- BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Synthesis, Rio de Janeiro, v. 5, n.1, 2012. P. 6
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- CUNHA JR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Salvador: JusPodium. 2014.
- DEVARGAS SOARES, Guilherme Augusto. **PRIMEIRO ANO DE OPERACIONALIZAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015: uma análise do artigo 489 do CPC a partir da Crítica Hermenêutica do Direito**.
- EDITORS, Biography.com. **John Marshall Biography**. Disponível em: <https://www.biography.com/political-figure/john-marshall>. Acesso em 29/06/2019.
- KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meaning of “Judicial Activism”**. *California Law Review*, v. 92, n.5, 2004, pgs. 1441-1477.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2018.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direitos Constitucional Positivo**. 41ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2017. P. 111.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário**. 1ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vischinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n.1, p 37-58, jan/jun. 2012.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. **A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação**. In: Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 10. 2012, Curitiba: ABDCnst, 2013.

SMENTKOWSKI, Brian P. **John Marshall: chief justice of United States**. Disponível em: <<https://www.britannica.com/biography/John-Marshall>> Acesso em 29/06/2019.

STRECK, Lenio Luiz. **O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 206, p. 33-51, abr. 2015. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/512448>>. Acesso em 07/07/2019. P. 02.

STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**.1ª.ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?** Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010.

## A obra “Como as democracias morrem” e o romance em cadeia da democracia brasileira na sociedade em rede

*Patrícia Adriani Hoch*<sup>1</sup>

*Bianca Larissa Soares de Jesus Roso*<sup>2</sup>

*“[...] a democracia dá vontade de rir,  
Ou talvez pense que dá vontade de chorar,  
Que lhe parece, de rir ou de chorar, [...]”  
(José Saramago, em Ensaio sobre a lucidez, 2004)<sup>3</sup>.*

*“[...] a democracia é um empreendimento comparti-  
lhado. Seu destino depende de todos nós”  
(Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, em  
Como as democracias morrem, 2018).*

### Introdução

Vive-se em um período de instabilidade, no campo da política no Brasil, permeada pela crise de instituições e do governo federal, e pela

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), na linha de pesquisa intitulada “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”. Mestre e Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pós-graduada em Direito Processual Tributário pela Anhanguera. Professora do Curso de Direito da UFSM e Coordenadora do Núcleo de Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais (NUJUDI). Integrante do Centro de Culturas Jurídicas Comparadas, Internacionalização do Direito e Sistemas de Justiça (CCULTIS), vinculado à UNISINOS. Advogada. E-mail: patricia.adriani@hotmail.com.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria-UFSM- Linha de pesquisa 1: Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade. Bolsista CAPES. Graduada em Direito pela Universidade Franciscana-UFN. Membro do grupo de pesquisa e extensão: PHRONESIS: Jurisdição e Humanidades, cadastrado no CNPQ e vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Email: biancasoaresroso@gmail.com.

<sup>3</sup> Umbach, Garlet e Zamberlan (2015) tratam do tema da democracia no Ensaio sobre a lucidez, de José Saramago, a partir da literatura.

polêmica utilização de *fake news* nas últimas eleições presidenciais. Presencia-se, em paralelo, a era tecnológica, decorrente da revolução causada pelas tecnologias de informação e de comunicação (TIC), com destaque para a Internet, no contexto da sociedade em rede<sup>4</sup>.

Atualmente, pode-se trocar o status *off-line* para o *on-line* a qualquer momento e em qualquer local do globo. Nesse contexto, surgem novos espaços públicos<sup>5</sup>, com a utilização de ferramentas digitais, muitas vezes em substituição ou em complemento às analógicas (como rádio e televisão). O objetivo precípua é o de tornar o país mais democrático, promovendo-se o amplo acesso à informação, tutelado na Constituição Federal e Lei de Acesso à Informação. A democracia, sob esta perspectiva, está atrelada ao controle social e ao direito à informação, não se restringindo apenas ao voto popular.

Todavia, o sentimento de pertencimento coletivo ao Estado Democrático de Direito, com a luta pela democracia encontra-se flagrantemente fragilizado, em face dos acontecimentos políticos recentes no cenário brasileiro. Protestos realizados em de 2013<sup>6</sup>, com um grande conglomerado de cidadãos, já evidenciavam a iminência de um contexto de fragilidade democrática, que também se verificou nas últimas eleições presidenciais, especialmente com a utilização das *fake news*.

Diante disso, trata-se de um momento crucial para incentivo à democracia e, sobretudo, de reflexão diante dessa espécie de “caos” informativo

---

<sup>4</sup> A sociedade em rede foi conceituada por Manuel Castells (2003, p. 8).

<sup>5</sup> Em estudo anterior, abordou-se a criação de espaços públicos virtuais de debate público, verificando-se, empiricamente, através de um mapeamento de 93 (noventa e três) tribunais que integram o Poder Judiciário, conforme pesquisa realizada, durante dois anos, no âmbito do Núcleo de Direito Informacional (NUDI), vinculado à UFSC, com apoio do CNPq. Percebeu-se que a maioria dos Tribunais utiliza o meio digital para se comunicar com a sociedade, embora esse poder seja considerado o mais hermético se comparado ao Executivo e Legislativo. Constatou-se, a partir da teoria de Habermas, que “[...] a Internet não veio para substituir os espaços públicos tradicionais e institucionais [...], mas atua também como uma rede parcial de circulação da informação, que aprimora a comunicação entre Poder Público e cidadãos” (RIGUI; HOCH, 2015, p. 136-137).

<sup>6</sup> Em 2013, ocorreram protestos no Brasil, os quais também são conhecidos como Manifestações dos 20 centavos, Manifestações de Junho ou Jornadas de Junho, em face das manifestações populares realizadas em todo o país. Inicialmente, a partir do MPL (Movimento Passe Livre), tais protestos surgiram para contestar os aumentos nas tarifas de transporte público, principalmente nas principais capitais, o que ficou conhecido com o *slogan* “não é por 20 centavos”, todavia, tais mobilizações tiveram amplo espectro, sendo consideradas as maiores desde as manifestações pelo *impeachment* do ex-presidente Fernando Collor de Mello em 1992.

e democrático. Isso, pois, a promoção da transparência e a divulgação de informações no âmbito digital não implicam necessariamente no aperfeiçoamento da democracia, a qual exige a efetiva participação popular e o controle social, bem como que as informações divulgadas por políticos e pelo governo sejam verdadeiras.

Côncios dessa realidade, na obra intitulada “Como as democracias morrem”, os professores de Ciência Política de Harvard, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018), questionam e abordam a possibilidade de democracias tradicionais entrarem em colapso, sem que hajam golpes de Estado clássicos, com uso de armas e fechamento do Congresso. Isso se evidencia diante da candidatura e da eleição do “outsider”<sup>7</sup> Donald Trump nos Estados Unidos, e de Jair Bolsonaro, no Brasil, com ameaça aos ideais democráticos. Não há dúvidas de que a democracia, em diversos países, mas especialmente nos EUA e no Brasil, está em perigo, como retrata a obra.

Neste ponto, destaca-se o fenômeno observado no Brasil, de uso massivo de *fake news*, para manipular o voto por meio de redes privadas talvez não tenha precedentes, conforme constatado pela Organização dos Estados Americanos (OEA)<sup>8</sup>. Ainda, Informes produzidos pela ONG Corporção Latinobarómetro<sup>9</sup>, no período de 2016 a 2018, registram a fragilidade democrática brasileira no período histórico em que vivemos.

O mal-estar da sociedade brasileira, apesar dos inequívocos avanços desde a Constituição de 1988, com 30 anos há pouco tempos completos, aponta notadamente para o sistema político. Nesta seara, a obra “Como as democracias morrem” evidencia o pânico, a hostilidade, a força das mídias

---

<sup>7</sup> Consultar: LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 10.

<sup>8</sup> Conforme estudo realizado da organização Avaaz, realizado pela IDEA Big Data, de 26 a 29 de outubro de 2018, o qual - a partir da análise do Facebook e Twitter -, alertou que 98,21% dos eleitores do presidente eleito no Brasil, Jair Bolsonaro, foram expostos a uma ou mais notícias falsas durante a eleição, e 89,77% acreditaram que os fatos eram verdadeiros (VALOR ECONÔMICO, 2018).

<sup>9</sup> A Corporação Latinobarómetro consiste em uma Organização não Governamental, sem finalidade lucrativa, sediada em Santiago do Chile, que, anualmente, realiza uma pesquisa consistente em, aproximadamente, 20.000 entrevistas em 18 países da América Latina que, ao todo, representam mais de 600 milhões de habitantes (LATINOBARÓMETRO, 2020).

sociais e de demagogos/outsidere, que se utilizam do potencial das ferramentas digitais, de críticas ásperas aos inimigos ou oponentes e de estímulos à tolerância de práticas autoritárias para atingirem o poder.

As instituições e a Constituição Federal vivenciam um momento de ruptura e de desconfiança, sendo necessário, deste modo, o combate à desinformação e proteção do texto constitucional. As democracias, nesta perspectiva, estão morrendo porque há medo, oportunismo, erros de cálculo, uso e divulgação de informações falsas através das redes sociais, com extremistas em correntes dominantes. O perigo está no fato de que o autoritarismo hoje é velado, em face da legitimidade do voto popular, e de outsiders que utilizam as próprias instituições democráticas para matar a democracia, de forma gradual, sutil e mesmo que legalmente<sup>10</sup>.

Assim sendo, o presente estudo possui o seguinte problema de pesquisa: quais são os limites e possibilidades para o futuro da democracia em uma era tecnológica, em que crises e incertezas são constantes, em face da eleição legítima de políticos autoritários e da descrença popular no regime democrático? Evidentemente, trata-se de um processo complexo e de longo prazo, principalmente considerando os direitos sociais e fundamentais já conquistados pelo Brasil, bem como o histórico de ditadura vivenciada no país, culminando na democracia tardia.

Revela-se importante olhar para trás e também para o futuro, (re) significando e (re) lendo institutos jurídicos, limites e possibilidades democráticas, vislumbrando o tempo, como em um novo começo, ou um novo romance em cadeia, ideia desenvolvida por Ronald Dworkin. Isso, pois, a Rede facilita e dissemina informações, envolvendo, por consequência, relações de amor, lágrimas, sorrisos, mãos e mentes através de novas experiências e oportunidades. As mídias digitais fornecem ferramentas peculiares, se comparadas às tradicionais sendo, são importantes na medida em que, em regra, proporcionam o acesso à informação, o controle social e exercício da cidadania e da democracia.

---

<sup>10</sup> Nesse sentido, alertam Levitsky e Ziblatt (2018, p. 18-19).

Apesar dessas novas potencialidades, a partir de um passado ditatorial e de ampla violação de direitos humanos, revela-se importante a reflexão a respeito do presente e do futuro da democracia, em tempos de (des)informação nas redes sociais, já que a confiabilidade, origem, credibilidade da informação são facilmente abaladas na sociedade em rede, com as *fake news*.

A partir disso, o presente artigo visa fornecer elementos de compreensão acerca do contexto democrático atual, a partir da historicidade e tendo como fios condutores a ideia de romance em cadeia, de Dworkin, utilizando-se, ainda, as contribuições trazidas por Levitsky e Ziblatt na obra “Como as democracias morrem” (2018), a partir do Direito e Literatura. Sem a pretensão de esgotar o tema, busca-se, assim, uma interlocução entre o romance em cadeia, à luz da perspectiva de Dworkin, e a fragilidade democrática hoje vivenciada no mundo e descrita na obra em comento.

Para tanto, tendo em vista que o enfoque da pesquisa está centrado em lançar um olhar crítico-reflexivo sobre o tema proposto, de extrema complexidade, entende-se imprescindível a adoção da “metodologia” de abordagem fenomenológico-hermenêutica, a qual se mostra adequada para a compreensão do romance em cadeia democrático brasileiro e suas perspectivas, no contexto da sociedade em rede, sobretudo envolvendo temas relevantes como a crise da democracia, a sociedade em rede e o Direito e Literatura<sup>11</sup>. Ainda, serão utilizados os métodos de procedimento histórico e estatístico para abordar a historicidade da democracia e dados atuais, bem como as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

Tais temáticas são objeto de estudo no projeto de pesquisa intitulado “Jurisdição constitucional e direitos fundamentais: os 30 anos da Constituição Federal”, desenvolvido no Curso de Direito da Universidade Federal

---

<sup>11</sup> Existem diversas perspectivas sob as quais é possível o estudo do Direito e Literatura. Martha Nussbaum (2015) acredita que a Literatura pode humanizar os juristas, ideia que essa exposta em sua obra “Justiça Poética, sendo a aproximação entre Direito e Literatura elementar para a compreensão do estado da arte da democracia. Na mesma senda, para Shecaira (2018, p. 358), “[...] talvez a literatura não faça dos leitores pessoas melhores, mas ela ainda pode fazer dos leitores pessoas mais atentas à complexidade de questões morais que tendem a ser subestimadas”.

de Santa Maria (UFSM), pelo Núcleo Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais<sup>12</sup>, desde 2018, bem como dos estudos desenvolvidos na Linha de Pesquisa intitulada “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). As pesquisas possuem o escopo de propor contribuições relevantes para o aprofundamento de estudos científicos que realizem a interface entre Direito, novas tecnologias e Constituição, no século XXI, no qual prepondera o Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Para a fluidez da compreensão, o presente artigo foi dividido em duas partes. Na primeira, aborda-se o romance em cadeia democrático, à luz da teoria de Dworkin, e a consolidação do Estado Democrático de Direito, discutindo-se a (des)informação na sociedade em rede e a fragilidade democrática. No segundo tópico, realiza-se uma reflexão crítica acerca das perspectivas para o futuro da democracia no Brasil, a partir da contextualização de sua historicidade e da obra “Como as democracias morrem” (2018).

## **1. O romance em cadeia da democracia brasileira e a consolidação do estado democrático de direito.**

A democracia teve origem na Grécia (foi, inicialmente, desenvolvida em Atenas) e deriva dos termos “demo” (povo) e “kracia” (poder/autoridade). O povo, portanto possui o poder na perspectiva democrática, apesar de não ser responsável por governar. Nesta perspectiva, os gregos antigos conceberam um regime de governo exercido diretamente pelos cidadãos

---

<sup>12</sup> O Núcleo Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais estuda, sob a coordenação da Professora do Curso de Direito da UFSM, Patrícia Adriani Hoch, temáticas envolvendo a jurisdição constitucional e o papel do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais, no âmbito do Estado Democrático de Direito. O projeto, cujo título é “Jurisdição constitucional e direitos fundamentais: os 30 anos da Constituição Federal”, visa compreender o contexto da jurisdição constitucional, sobretudo diante dos 30 anos da Constituição Federal e verificar de que modo o Poder Judiciário julga os casos envolvendo direitos fundamentais no contexto da sociedade em rede e na temporalidade do Século XXI.

da *polis*. Esse período histórico, então, foi marcado pela exclusão de mulheres, escravos e estrangeiros, já que eram considerados cidadãos apenas um grupo pequeno e seletivo de pessoas.

Ao longo do tempo, a democracia passou por ciclos ou por “ondas”, expressão utilizada por John Markoff (1996, p. 18). Assim como outros países latino-americanos, o Brasil foi marcado por regimes autoritários implantados através de golpes de Estado, culminando em uma democratização tardia, a qual foi implementada no país a partir da Constituição Federal de 1988, a qual completou, recentemente, 30 anos.

O modelo constitucional do Estado Democrático de Direito, vigente no Brasil desde a Constituição de 1988, nesse viés, surgiu a partir do abalo ao bem-estar da população mundial no período pós-guerra, dos avanços tecnológicos e da consequente reorganização geopolítica mundial (SANTOS, 2009, p. 27). Esse modelo trouxe consigo não somente direitos à população, visto que fomentou ideias de democracia, cidadania, dignidade, entre outras (SANTOS, 2009, p. 27).

No Brasil, desde então, a democracia consiste em um tipo de regime político, sendo o país um Estado Democrático, já que o povo participa das decisões, conforme assegurado no artigo 1º do texto constitucional (BRASIL, 1988)<sup>13</sup>. A classificação simples e mais comum dos modelos de democracia, a partir da Constituição de 1988, envolve: a) a democracia direta, a exemplo do plebiscito<sup>14</sup>, referendo<sup>15</sup>, iniciativa popular<sup>16</sup>, voto (direto e secreto, com valor igual para todos), com base no artigo 14, da

---

<sup>13</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

<sup>14</sup> Consulta ao povo antes da criação da norma, como ocorreu no caso da discussão da forma (monarquia ou república) e sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) (BRASIL, 1993).

<sup>15</sup> Consulta ao povo depois da criação da norma, a exemplo do Estatuto do desarmamento, o qual foi promulgado através da Lei nº 10.826, de 2003, e somente foi submetido a votação pela população brasileira em 2005 (BRASIL, 2003).

<sup>16</sup> O povo propõe projeto de lei ordinária ou complementar, sendo que apenas quatro projetos de iniciativa popular se transformaram em lei. Como grandes exemplos do exercício desta ferramenta de cidadania, pode-se citar a Lei nº 9840/99 (Lei de combate à compra de votos) (BRASIL, 1999) e a Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa)

Constituição Federal<sup>17</sup> e ação popular<sup>18</sup>, prevista no artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988); b) a democracia indireta (representativa), que consta no artigo 1º, §1º, da Constituição e, por fim, c) a democracia semidireta (participativa), que consiste em um conjunto da democracia direta e da indireta, o que ocorre no Brasil (BRASIL, 1988).

A reconciliação do Brasil com a democracia ou a submissão a processos recentes de democratização, aliada à importância das tecnologias da informação e da comunicação para a aproximação entre Estado, governantes e sociedade, tem direcionado os governos para a preocupação em efetivar o direito à informação<sup>19</sup>, bem como em realizar a transparência e proporcionar o controle social. Porém, a democracia vive um momento sombrio e obscuro na atualidade, não só no Brasil, estando sob ameaça, conforme denunciam Levitsky e Ziblatt (2018). Tal conjuntura encontra amparo no pensamento do filósofo belga François Ost (2001), para quem vivemos o tempo do direito com certezas abaladas. Nesse sentido, Silvio Caccia Bava (2016), Diretor e editor-chefe do *Le Monde Diplomatique* Brasil, no editorial da edição nº 106, alertou para o colapso do sistema jurídico e a polarização social brasileira:

[...] O sistema político entrou em colapso. Ainda que as instituições continuem funcionando, elas não têm nenhuma legitimidade. A grande maioria não confia nos partidos políticos e não está contente com o sistema como um todo. O governo não representa e a sociedade se polariza. O conflito será nas ruas, em manifestações públicas, pacíficas ou não. O elemento surpreendente nesta

---

(BRASIL, 2010). Conforme o artigo 61, § 2º, do texto constitucional “a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”.

<sup>17</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: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular [...]” (BRASIL, 1988).

<sup>18</sup> O artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal estabelece que “LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (BRASIL, 1988).

<sup>19</sup> A Constituição Federal brasileira de 1988 elegeu o direito à informação à categoria de direito fundamental, ao prevê-lo no inciso XXXIII do artigo 5º e no inciso II do § 3º do artigo 37 e no § 2º do artigo 216 da Carta Magna (BRASIL, 1988). A condução desse direito ao *status* constitucional revela o empenho do legislador constituinte em superar a cultura do segredo, bem como de elevar a publicidade como princípio da administração pública, com escopo de definitivamente democratizar a informação pública ao propiciar amplo acesso a ela.

conjuntura é a presença dos movimentos sociais e da cidadania, que vai tomando as ruas. Com uma insuspeitada força, novos coletivos e movimentos sociais entram na disputa.

A democracia, por certo, passa por um processo lento e gradativo de evolução, seja por melhorias na atuação governamental e maior mobilização atores sociais, em face das potencialidades da sociedade em rede e das ferramentas digitais, seja pela transição de regimes ditatoriais para os democráticos ou pela crise política vivenciada nos últimos anos.

Quanto aos conceitos e termos empregados nesta evolução, ainda em construção, fala-se em democracia representativa, participativa, direta. Quando associada ao contexto tecnológico e o impacto que as TIC provocam nas democracias contemporâneas, surgiram novas terminologias (PIANA, 2007), tais como democracia eletrônica, digital, teledemocracia<sup>20</sup>, ciberdemocracia e *e-democracy*. Porém, independentemente da nomenclatura empregada, na democracia exercida no ciberespaço – ou com a utilização de tecnologias digitais, sobretudo da Internet – cada vez mais está presente a preocupação sobre como relacionar o avanço dessas novas tecnologias com os processos e valores democráticos.

Na obra “Republic.com 2.0”, o advogado e professor constitucionalista norte-americano, Cass Sustein (2002) aborda as consequências negativas que as novas tecnologias trazem para o regime democrático e

---

<sup>20</sup> Para Pérez Luño (2004, p. 17-56), o trânsito do Estado liberal para o Estado social de Direito ampliou o conteúdo da cidadania para integrar no seio dela a cidadania social, uma série de direitos de índole econômica, social e cultural. A cidadania nunca foi imune aos momentos e fenômenos culturais, econômicos, sociais e políticos que contextualizaram seu exercício. As transformações ou gerações do Estado de Direito configuraram contextos diferentes para que se disfrute da cidadania. Fenômenos atuais como o multiculturalismo, os fluxos migratórios, a globalização e o impacto das novas tecnologias incidem diretamente sobre as formas de ser cidadão nas sociedades democráticas do presente. O autor destaca, então, a onipresença das novas tecnologias em todos os aspectos da vida individual e coletiva e a teledemocracia como a proteção das novas tecnologias aos processos de participação política das sociedades democráticas. Nesse aspecto, a versão débil da teledemocracia está atrelada à ideia de que a teledemocracia não implica uma substituição ou alternativa ao sistema de participação política baseado na democracia indireta, que se articula através dos partidos, como, por exemplo, a adoção de estratégias digitais que visam a captação do voto democrático. Hoje não se imagina uma campanha eleitoral sem que as novas tecnologias cumpram um papel decisivo (e é por isso que no Brasil muito se discute sobre as *fake news* propagadas nas últimas eleições presidenciais). A rede, de fato, abre novas possibilidades e formas de exercício da democracia representativa. Já a versão forte da teledemocracia relaciona-se à possibilidade de substituição da democracia parlamentar representativa por formas de democracia direta baseadas na participação (PÉREZ LUÑO, 2004, p. 17-56).

para a liberdade de expressão que, por muitas vezes, são passadas despercebidas, tendo em vista as inúmeras vantagens da era informacional (intercâmbio de informações em escala global, de forma atemporal e transfronteiriça). Para o autor, a Internet é um meio efetivo para preservar e promover esses princípios, mas também nos oferece a possibilidade de miná-los e devemos impedir que isso aconteça. Devemos, neste norte, nos perguntar e avaliar as novas tecnologias da comunicação, incluindo a Internet, perguntando-nos de que modo nos afetam como cidadãos.

Sunstein (2002) ressalta que não possui o objetivo denegar os avanços da Internet, já que as novas tecnologias, a seu ver, apresentam-se como um caminho sem volta. O ponto fulcral de sua tese é de que as pessoas - na era dos Estados e das sociedades informacionais - estão expostas a todo tipo de informação que elas não tenham escolhido anteriormente<sup>21</sup>. Nesse panorama, se mostra pertinente a reflexão do autor no que tange à utilização da Internet e seus reflexos para a democracia.

Sustein enfatiza que a utilização de weblogs com fins políticos, o que, apesar de propagarem o acesso à informação e instigarem a interação *online* entre cidadãos, possibilita que as pessoas filtrem apenas as informações que recebem ou evitem notícias e opiniões que sejam alheias aos seus interesses. Conforme afirma Sustein (2007, p. 2):

Se você está interessado na política, você pode querer restringir-se a certos pontos de vista por ouvir apenas de pessoas com as quais você concorda. Na concepção de seu jornal preferido, você escolhe entre os conservadores, moderados, liberais, vegetarianos, a direita religiosa, e os socialistas. Você tem seus colonistas e blogueiros favoritos; talvez você queira ouvir a partir deles e de mais ninguém<sup>22</sup>.

Destarte, indivíduos que se envolvem apenas com seus gostos, opiniões e ideologias, sobretudo no contexto da revolução tecnológica da

---

<sup>21</sup> Visando-se formar uma barreira contra fragmentações e extremismos, o grande desafio da atual sociedade globalizada e consumista seria avaliar as novas tecnologias, incluindo a Internet, questionando como as mesmas afetam a cidadania em uma perspectiva ampla (civil, política e social) e não apenas ao cidadão-consumidor (SUNSTEIN, 2007, p. 135-136).

<sup>22</sup> A tradução da língua inglesa para a portuguesa foi realizada, livremente, pela autora.

informação (CASTELLS, 1999, p. 50)<sup>23</sup>, constituem-se como uma ameaça para os valores democráticos tradicionais. Nesse sentido, Sustain (2002) alerta, há muito, que as pessoas restringem a cidadania e liberdade<sup>24</sup> quando limitam seu campo de interesses e preocupações, como, a título de exemplo, possuem interesses limitados ao esporte, com pouco aprendizado sobre temas políticos. Sob esse aspecto, segundo o autor, as nossas próprias eleições podem limitar ou aumentar a nossa liberdade, o que se evidencia a partir do uso das redes sociais e dos mecanismos de busca, pois, além da captação que é feita pelas grandes empresas, nós fornecemos inúmeros dados diariamente de forma espontânea.

Fato é que quando as “[...] decisões políticas são tomadas pelos parlamentares à revelia dos interesses de seu eleitorado, o modelo representativo revela-se pautado pela fragilidade da soberania popular” (HOCH, 2015, p. 8). Deste modo, o sistema democrático representativo, considerando a limitação do poder do povo, sofre críticas, principalmente no tocante à sua legitimidade e efetiva representatividade<sup>25</sup>, já que a população, com amplo acesso às novas tecnologias de informação e de comunicação, utiliza os canais digitais para manifestações, controle social e práticas de cidadania.

---

<sup>23</sup> O sociólogo espanhol Manuel Castells aborda o advento da revolução tecnológica da informação, caracterizada não pela centralidade de conhecimento e informação, “[...] mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento” (CASTELLS, 1999, p. 50).

<sup>24</sup> Quanto à liberdade, para Sustain (2002), existem dois problemas: 1) preferências dos indivíduos têm opções limitadas e 2) quando existem opções abundantes, que conduzem ao desenvolvimento de preferências que limitam seus próprios horizontes e sua capacidade como cidadãos. Diante disso, o autor propõe um manifesto de que os cidadãos que fazem parte de um sistema de governo democrático podem buscar legitimamente um mercado de comunicações que se afaste das eleições dos consumidores, em favor de um sistema que promova os objetivos associados com a liberdade e com a democracia. Quando pensamos no que deveríamos fazer como integrantes de uma nação – no lugar do que cada um de nós adquirirá como consumidor – nós geralmente refletimos sobre nossos maiores objetivos a longo prazo. Ao atuar como um grupo nos encontramos em posição de salvar diversos obstáculos enfrentando adequadamente a determinados temas que, por conta própria, não poderíamos resolver sem grande dificuldade. Um grande exemplo disso são os movimentos sociais que partem do uso da Internet, o que revela um aspecto positivo do uso da tecnologia, como as jornadas de junho de 2013, já referidas.

<sup>25</sup> Para Faria (2012, p. 33), além da desconsideração da opinião do eleitor, a crise da representatividade foi relacionada à perda da confiança do cidadão no Parlamento, ao domínio de grupos minoritários e economicamente poderosos, à falta de qualidade das produções legislativas e à incapacidade do Parlamento para fornecer respostas às demandas complexas e variadas da sociedade.

Como já destacado em estudo anterior, “[...] os fluxos informacionais das novas tecnologias, com ênfase para a Internet, se destacam por apresentar mecanismos que permitem imensa circulação, tratamento e armazenamento de dados e informações” (HOCH, 2015, p. 2), o que fomenta a comunicação, a interatividade e a aproximação dos usuários e governo. A partir disso, em face da insuficiência da democracia representativa<sup>26</sup>, passou-se a falar em democracia participativa na Internet, ou na sociedade em rede, a partir da superação do debate e da realização de publicações restritas às mídias tradicionais (analógicas), tais como rádio e televisão, tanto pelo governo como pela sociedade.

Com efeito, a consagração do ciberespaço como uma ferramenta importante para o exercício da democracia participativa encontra amparo na Teoria constitucional da Democracia Participativa, do constitucionalista brasileiro Paulo Bonavides. O autor considera que a democracia representativa perdeu sua legitimidade, não havendo como restaurá-la, porquanto “o substantivo da democracia é, portanto, a participação”. Assim, “sem a participação popular, democracia é quimera, é utopia, é ilusão, é retórica, é promessa sem arrimo na realidade, sem raiz na história, sem sentido na doutrina, sem conteúdo nas leis” (BONAVIDES, 2008, p. 283). Dessa forma, “a democracia participativa desloca o eixo do poder no exercício da soberania, dos corpos representativos para as correntes da cidadania [...]”, que são constituídas pelo próprio povo (BONAVIDES, 2008, p. 285).

Todavia, apesar das expectativas, as tecnologias de informação e de comunicação, apesar de suas amplas indiscutíveis vantagens, “[...] não são propulsoras unilaterais da democracia participativa no meio digital, mas sim importantes ferramentas para intervir em uma complexa reestruturação do Estado e da sociedade” (HOCH, 2015, p. 13). Significa dizer que a

---

<sup>26</sup> A democracia representativa caracteriza-se pela outorga das funções de governo pelo povo (fonte primária de poder) aos seus representantes, eleitos periodicamente (SILVA, 2009). Em tal formato, “[...] o povo detém participação através do voto, tendo em vista que após o compromisso formal de mandato os representantes possuem autonomia para gerir a coisa pública (HOCH, 2015, p. 7), como se os poderes institucionais (Executivo, Legislativo e Judiciário), como se esses fossem os únicos espaços para deliberação e execução do interesse público (LEAL, 2006).

utilização das TIC não é suficiente para que haja a democracia participativa, de modo que tal reestruturação democrática envolve “[...] não só a apropriação das novas tecnologias, mas também a convergência de iniciativas para a consolidação do viés democrático, sobretudo, através da transparência e da garantia do direito à informação” (HOCH, 2015, p. 13).

Esse processo histórico, longo e gradual, de evolução da democracia remete à ideia de romance em cadeia (em continuidade), do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin (2005, p. 238). Tratando especificamente da prestação jurisdicional, Dworkin apresenta a metáfora do romance em cadeia para exemplificar a maneira como o direito deve ser interpretado, de modo que “[...] cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante” (DWORKIN, 2003, p. 276)<sup>27</sup>.

Sob essa perspectiva, “[...] cada um é responsável pela redação de um capítulo separado, devendo continuar a elaboração a partir de onde seu antecessor parou”, não havendo grau zero (HOCH, 2019, s.p). Essa ideia de romance em cadeia, já que existe uma história anterior, a qual é continuamente escrita por vários autores. O “romance em cadeia”, de Dworkin, como o escrito por uma série de romancistas, em que cada um interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo. O Direito é, assim, uma narrativa histórica.

Assim é a democracia, que não é totalmente livre nem totalmente limitada. Devem ser analisadas questões como: personagens, trama, gênero, tema e objetivo. A democracia deve, dessa forma, ser harmonizada com a temporalidade e a complexidade de cada período histórico, com os princípios constitucionalmente tutelados e com o Direito vigente. Um capítulo deste romance está sendo vivenciado no Brasil desde 2013, em que ocorreram os protestos das mencionadas jornadas de junho, em que o

---

<sup>27</sup> Como afirma Rocha (2004, p. 249), “[...] Dworkin compara o Direito a um romance em cadeia. O juiz faz acréscimos na tradição que interpreta, escrevendo mais um capítulo de modo a criar, da melhor maneira, o romance em elaboração. São várias mãos que escrevem o romance como se fossem um só autor.

povo, apesar de protestar, demonstra uma desconfiança em face do regime democrático, o que resta alarmado por dados estatísticos de fontes confiáveis.

O Informe Latinobarómetro (2016), pesquisa que há 23 anos registra as percepções políticas da população de 18 países-, demonstrou que, embora 70% dos brasileiros considerem a democracia o melhor sistema de governo, apenas 32% apoiam a democracia que temos, o que representa uma queda de 22 pontos percentuais se comparado 2015 a 2016. Além disso, 55% das pessoas declaram que não se importam se um governo não é democrático, desde que solucione os problemas.

Já no Informe Latinobarómetro 2017, revelou-se que entre os cidadãos que menos apoiam a democracia como sistema de governo estão os brasileiros (43%) e os mexicanos (38%), e os venezuelanos, positivamente, com 78% de apoio à democracia, apesar da crise. Em 2017, somente em três países as pessoas estão satisfeitas com a democracia: Uruguai (57%), Nicarágua (52%) e Equador (51%). Essa pesquisa, realizada em 18 países da América Latina, revelou que os brasileiros são os mais insatisfeitos com a democracia, porquanto somente 13% dos brasileiros responderam estar "muito satisfeitos" e "satisfeitos" com ela, segundo o levantamento da Latinobarómetro.

A pesquisa Informe Latinobarómetro 2018 constatou que tal ano foi horrível para as democracias da América Latina<sup>28</sup>, sendo que, no caso brasileiro, a partir de levantamentos feitos desde 1995, constatou-se que, em 2018, os índices atingiram patamares negativos históricos. Estamos presenciando, como espectadores, o fim da terceira onda das democracias, pois vivemos hoje “uma nova América Latina”, na qual se chega ao autoritarismo, não por meio de golpes de estado, mas pela via das eleições<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Segundo tal pesquisa, conforme divulgado pelo jornal EL PAÍS (2018), “[...] os perigos silenciosos que as democracias enfrentam são percebidos com crueza óbvia na Venezuela ou Nicarágua, mas também é preciso ficar atento ao Brasil, onde 50 milhões de pessoas deram o seu voto a Jair Bolsonaro, um candidato que não esconde sua preferência pela ditadura”.

<sup>29</sup> A partir desses resultados, considerados os piores em relação a todas as medições anteriores, a pesquisadora chilena Marta Lagos, Diretora Executiva da ONG Latinobarómetro, considerou, em trabalho cujo título é “o fim da terceira onda de democracias”,

Ainda, como relatado na pesquisa realizada pela IDEA Big Data (VALOR ECONÔMICO, 2018), 98,21% dos eleitores do presidente eleito no Brasil, Jair Bolsonaro, foram expostos a uma ou mais notícias falsas durante a eleição, e 89,77% acreditaram que os fatos eram verdadeiros. Logo, as *fake news* tiveram relevância no desfecho das últimas eleições presidenciais, o que implica na necessidade de reflexão a respeito da (des)informação na sociedade em rede.

Existe, destarte, um paradoxo entre tempo e necessidade de crescimento *versus* qualidade da informação. Essa relação dialética espaço-temporal evidencia a importância de que se questione o conteúdo das informações divulgadas na Rede, a origem dos dados, a censura de conteúdos, a prática de discursos de ódio (especialmente, mas não somente, nas redes sociais), entre outros, em um espaço libertário, transfronteiriço e sem controle, que estimula a socialização de conteúdos mediante diversas possibilidades de narrativas.

Todos figuram como consumidores de informações oriundas da Rede (leia-se, rede mundial de computadores). Por esse motivo, coloca-se em xeque a capacidade do indivíduo de se colocar diante da realidade e de se apropriar das novas tecnologias, utilizando tal cenário para fortalecer o debate público, o controle social e a exigência de transparência e de respeito à Constituição Federal, em consonância com o Estado Democrático de Direito.

Esse desafio decorre, dentre outras nuances, de discursos de ódio, de violações de direitos fundamentais já consagrados (como a privacidade e intimidade do indivíduo), de abusos de direito e de estímulo à exclusão de determinados grupos minoritários. Também se deve considerar que o(s) espaço(s) público(s) democráticos, muitas vezes, é/são suprimido(s) por meios hegemônicos, como a própria mídia.

---

que as eleições brasileiras marcam o início de uma nova época, onde as democracias entram em um “estado intermediário”, o sistema de partidos políticos e a representação enfrentam uma grave crise, com líderes “[...] que começam a governar em situações que constituem substituições de institutos já débeis”.

Como um revés à informação de qualidade, baseada em fontes adequadas de dados, a opinião e a propagação de notícias falsas se sobrepõem aos fatos e aos casos concretos. Não há dúvidas de que o agendamento de pautas pela imprensa e pelos próprios poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (adotando-se a estrutura tripartite de Montesquieu) sofreram impactos pela utilização da Internet, especialmente das redes sociais. Tais redes, aliás, conhecidas por configurarem-se em um espaço alternativo de controvérsia, mesmo que ainda sejam incipientes e, em muitos casos, com pouco incentivo por políticas sociais ou financiamento. A produção de conteúdo se legitima com o interesse público, que, notadamente, consome ideias, produtos e serviços.

Em tempos em que a relação espaço-tempo adquire novas roupagens com as novas tecnologias, as sociedade civil deve compreender a importância da informação perante a multiplicidade temporal, de dados e de debates falsos ou inconsistentes. Trata-se de um campo vasto para a produção de conteúdo, e, ao mesmo tempo, com pouco aprofundamento e tempo de reflexão<sup>30</sup>.

Há, ainda, o conflito que se estabelece entre interesses particulares e públicos. Discute-se acerca da existência de um “poder de fogo” das novas plataformas digitais, as quais merecem o incentivo do Poder Público, com base no princípio da transparência e da máxima divulgação. Dentre as ferramentas *online* que proporcionam a criação, armazenamento e

---

<sup>30</sup> Conforme aponta Scott Lash (2005, p. 24), na sociedade da informação não há tempo para reflexão. Se antes a narrativa ou a pintura eram elaboradas com muito tempo reflexivo - de três a quatro anos no caso de texto discursivo de ciências sociais-, na era informacional a mensagem ou bit de informação devem estar prontos para transmissão em torno de noventa minutos, sendo praticamente produzidos em tempo real, de modo que “o bit de informação nos afeta sem o tipo de argumento legitimador que nos apresenta o discurso”. Pode-se dizer, dessa forma, que a reflexão sucumbiu ao imediatismo, pois, como alerta Lash (2005, p.25), o conhecimento informacional despreza cada vez mais o conhecimento narrativo e discursivo. A informação está comprimida no tempo e no espaço na era em que a imediatividade e a velocidade assumem destaque, através da difusão de informações em caráter global e além-fronteiras através da utilização das tecnologias de informação e de comunicação (TIC), revelando o caráter efêmero da própria informação. Nesse contexto, Lash (2005, p. 21) alerta que o poder simbólico já não é ideológico e sim, em grande parte, um poder informacional, temática que assume destaque na sociedade em rede quando se busca a tutela de direitos e garantias fundamentais já tutelados na Constituição e dos direitos transindividuais, que, não raro, encontram barreiras burocráticas, estatais, mercadológicas, econômicas e culturais para sua efetivação. Com efeito, na sociedade da informação as relações chave se dão menos dentro um país que ente cidades globais de diferentes países, de modo que “(...) as relações econômicas, políticas e culturais nacionais entraram em declínio e são deslocadas pelos fluxos globais” (LASH, 2005, p. 59), o que ameaça a hegemonia das instituições do Estado nacional.

divulgação de informações podem ser citados os vídeos, documentários, áudios, fóruns e infográficos animados, bem como os novos ou “novíssimos” movimentos sociais que são articulados em Rede (GOHN, 2014, p. 23), a exemplo das já mencionadas jornadas de junho.

Em tal perspectiva, o estado da arte da democracia perpassa o fortalecimento das instituições (governamentais, judiciais, legislativas) e, principalmente, do exercício do controle social, da cidadania e do amplo acesso à informação pública. A informação possui o potencial de representar uma volta ao passado e uma ponte para o futuro. Como alerta Lash (2005), “informação é poder”. E, diante do oceano de informações, disponibilizadas *online* e *off-line* deve-se evitar o afogamento, privilegiando a apropriação de informações perenes (e não perecíveis), registros históricos que, preferencialmente, detenham um valor agregado, decorrente de documentos probatórios confiáveis, sejam oriundos de bancos de dados públicos ou não.

Diante desse contexto, não há dúvidas da importância e da gravidade da utilização de notícias falsas durante o período de eleições, o que, em face desse panorama, influencia a população de modo negativo e traz impacto para o resultado do processo eleitoral. O próximo tópico expõe a fragilidade democrática atual, refletindo acerca do seu passado e futuro.

## **2. Como as democracias morrem: uma reflexão crítica acerca do passado e do presente e perspectivas para o futuro da democracia no Brasil.**

Tendo como base a ideia de romance em cadeia, de Dworkin, para tratar do passado, presente e perspectivas para o futuro da democracia no Brasil, revela-se importante a reflexão acerca das contribuições trazidas por Levitsky e Ziblatt na obra “Como as democracias morrem” (2018), a partir do Direito e Literatura.

Sem a pretensão de esgotar o tema, busca-se, assim, uma interlocução entre o romance em cadeia da democracia brasileira, à luz da

perspectiva de Dworkin, e a fragilidade democrática hoje vivenciada no mundo, conforme retrata a obra supramencionada. O maior problema denunciado no livro está no modo como a democracia está sendo ameaçada, uma vez que na história mundial, a morte das democracias sempre esteve nas mãos de homens armados. Hoje, a democracia decai aos poucos, não nas mãos de generais (a exemplo de Pinochet, no Chile), mas de líderes eleitos pelo povo. Ou seja, democracias ainda morrem, mas por motivos diferentes. O retrocesso democrático hoje começa nas urnas. Para os autores Levitsky e Ziblatt (2018, p. 16), golpes militares e outras formas violentas de tomada de poder, na atualidade, são raras. A via eleitoral é que está trazendo a tona o retrocesso democrático.

Os Estados Unidos se democratizaram apenas depois de 1965 e passou por um período de estabilidade política, mesmo que à custa de exclusão racial e de dominação unipartidária autoritária no Sul (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 194). Segundo consta na obra, a ascensão de um outsider como Trump culminou na crise do sistema político norte-americano, sobretudo a partir de ameaças. Isso, pois, “[...] tolerância mútua é reconhecer que os rivais, caso joguem pelas regras institucionais, têm o mesmo direito de existir, competir pelo poder e governar” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 10). Significa dizer que, “[...] para além do texto da Constituição, uma democracia necessitaria de líderes que conheçam e respeitem as regras informais” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 10).

Contudo, na obra os autores mencionam que alguns países não caíram na armadilha de demagogos, conseguindo mantê-los fora do poder, a exemplo da Bélgica, Grã-Bretanha, Costa Rica e Finlândia, especialmente em razão da sensatez coletiva dos eleitores (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 30). Segundo os autores Levitsky e Ziblatt (2018, p. 30), “[...] se o povo abraça valores democráticos, a democracia estará salva. Se o povo está aberto a apelos autoritários, então, mais cedo ou mais tarde a democracia vai ter problemas.

Em contraste a isso, demagogos potenciais existem em todas as democracias, sendo referidas por Levitsky e Ziblatt (2018, p. 33-34), quatro

principais indicadores de comportamentos autoritários: 1) Rejeição das regras democráticas do jogo (ou compromisso débil com elas); 2) Negação da legitimidade dos oponentes políticos; 3) Tolerância ou encorajamento à violência, e, 4) Propensão a restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia.

Assim, identificado extremistas e autoritários, tanto os partidos como a sociedade podem não legitimá-los, de modo que “[...] frentes democráticas unidas podem impedir que extremistas conquistem o poder, o que pode salvar a democracia”. Isso chama atenção na medida em que extremistas sempre existiram, mas o apoio popular a *outsiders*, que nunca exerceram mandato eletivo, como o incorporador imobiliário e estrela de reality show Donald Trump, o que demonstra o grande impacto da mídia alternativa, com a explosão da utilização das redes sociais (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 59-61).

O problema é que, embora inicialmente a candidatura de Trump tenha sido um fracasso, diante da falta de endossos, o apoio popular e as eleições culminaram em sua eleição legítima, o que pode decorrer da crença equivocada de que uma figura autoritária (e que preenche os quatro principais indicadores de comportamentos autoritários acima mencionados) possa ser controlada ou domesticada.

Por outro lado, “[...] a ascensão inicial de um demagogo ao poder tende a polarizar a sociedade, criando uma atmosfera de pânico, hostilidade e desconfiança mútua”, sendo que “[...] as palavras ameaçadoras do novo líder têm um efeito bumerangue” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 79).

Somado a isso, a democracia é utilizada pela população e pelos próprios autoritários para subvertê-la, sendo essa uma das grandes ironias de como as democracias morrem (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 94). As ameaças à segurança, com apoios a armas e ataques terroristas, acabam justificando medidas antidemocráticas, o que, não raro, encontra apoio popular, já que as pessoas, como demonstram os dados estatísticos, estão descrentes nesse regime. Isso, pois, segundo afirmam os autores, quando

preocupadas com a segurança, as pessoas tentem a se mostrar mais propensas a tolerar medidas autoritárias, temendo pelo seu próprio bem estar.

Deste modo, as Constituições, mesmo que bem projetadas (como a de Weimar, da Alemanha, de 1919, que não foi suficiente para impedir os abusos governamentais de Adolf Hitler, em 1933), são capazes, por si mesmas, a garantir a democracia, por alguns motivos: são incompletas e não conseguem, assim como qualquer conjunto de regras, contemplarem todas as situações jurídicas, tendo lacunas e ambiguidades bem como não são capazes de antecipar todas as contingências possíveis ou prescrever como se comportar sob todas as circunstâncias. As Constituições, portanto, tem suas regras e princípios sujeitas a interpretações (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 99-101).

Porém, em que pese os textos constitucionais não contemplem todas as regras escritas do jogo democrático e que existam árbitros (Tribunais), assim como no basquete de rua, que não é regido pelas regras da NBA, NCAA ou qualquer outra liga, regras informais, amplamente conhecidas, devem ser respeitadas. Isso se dá através de tolerância mútua (disposição dos políticos de concordarem em discordar, eis que, quando as normas de tolerância mútua são frágeis, é difícil sustentar a democracia) e reserva institucional (evitar ações que, embora respeitem a letra da lei, violam claramente o seu espírito) (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 100-116).

Tais regras informais do jogo democrático merecem ser observadas, pois “[...] à medida que desaparece a tolerância, os políticos se veem cada vez mais tentados a abandonar a reserva institucional e tentar vencer a qualquer custo” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 116). Essa conduta, para os autores, “[...] pode estimular a ascensão de grupos antissistema com rejeição total as regras democráticas. Quando isso acontece, a democracia está em apuros”.

Ao final da obra, apesar de o número de democracias ter crescido drasticamente entre 1980 e 1990, os autores ressaltam que há uma percepção forte de que a democracia está recuando em todo o mundo,

havendo retrocessos na Hungria, Turquia e Venezuela. Todavia, países como Colômbia, Sri Lanka e Tunísia se tornaram mais democráticos ao longo da última década e alguns outros (como Argentina, Chile, Peru, Grécia, Espanha, República Checa, Gana, Índia, Coreia do Sul e África do Sul) permanecem com suas democracias intactas (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 194-195).

É importante consignar que, no livro em comento, publicado em 2018, os autores consideraram que a democracia brasileira estava também intacta, todavia, essa realidade restou modificada no campo prático desde as últimas eleições presidenciais, com a eleição do *outsider* Jair Bolsonaro, o qual também evidencia preencher os quatro principais indicadores de comportamentos autoritários expostos na obra.

A ascensão de Trump foi considerada pelos autores um desafio para a democracia global, sobretudo em face do governo positivamente democrático de Obama, já que a administração de Trump é a menos pró-democrática desde Nixon, em virtude de ataques à imprensa, ameaças de colocar sua rival na cadeia e declarações de que não poderia aceitar o resultado das eleições. Uma das causas da atual fragilidade democrática dos EUA consiste na polarização (extrema divisão partidária), o que também se revelou no Brasil, a partir da não candidatura do ex-presidente Lula e do embate entre Haddad e Bolsonaro.

O documentário brasileiro “Democracia em Vertigem” (em inglês, *The Edge of Democracy*), de 2019, dirigido por Petra Costa, enfatizou a polarização e retratou a crise político-econômica no país, sobretudo no que tange ao *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, em 2016, e ascensão de Jair Bolsonaro, também considerado um *outsider* político (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 23-75). Isso diante de fatos como a rejeição ou compromisso débil com as regras do jogo democrático, negação da legitimidade de seus oponentes, lançamento de dúvidas sobre a votação eletrônica e supostas irregularidades nas urnas, tolerância/encorajamento à violência, com apego ao armamento da população e visões extremistas,

bem como divulgação de notícias falsas, propensão/entusiasmo a restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia, e violação de direitos humanos.

Fato é que nenhum líder ou governo é responsável ou pode acabar com a democracia. Nesta perspectiva, os autores da obra ressaltam, a título de conclusão, que a democracia norte-americana depende dos cidadãos dos Estados Unidos, eis que “[...] nenhum líder político isoladamente pode acabar com a democracia; nenhum líder sozinho pode resgatar uma democracia, tampouco”. Ou seja, “[...] a democracia é um empreendimento compartilhado. Seu destino depende de todos nós” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 217).

Cabe ao povo, titular legítimo do poder no Estado Democrático de Direito, portanto, a luta pela democracia.

### **Considerações finais**

Como o próprio termo evidencia, “democracia” diz respeito ao poder pertence ao povo, o qual, de forma soberana, deve lutar pelo regime democrático, como forma de não conformismo com autoritarismos e violações de direitos já consagrados. O contexto atual, porém, demonstra a fragilidade da democracia, com apoio popular, sobretudo através da divulgação de notícias falsas através de redes sociais e de ameaças à segurança.

Nesse sentido, a obra intitulada “Como as democracias morrem” deixa claro que na atualidade os governos autoritários não decorrem de golpes de estado e de grupos armados, e sim das eleições. Esse estudo revelou que a democracia vive tempos sombrios e está em perigo, o que restou demonstrado por dados estatísticos recentes, bem como pela eleição de políticos considerados como “outsiders” (a exemplo de Trump nos EUA e de Bolsonaro no Brasil), cabendo aos cidadãos a modificação do atual estado de caos democrático e perspectivas positivas para futuro da

democracia, tanto nos EUA como no Brasil e nos demais países que enfrentam a crise.

O romance em cadeia democrático, ora proposto, a partir das ideias de Dworkin, perpassa, sem dúvidas, um capítulo a ser escrito por diversos autores, através da participação popular, do controle social e da intolerância perante condutas arbitrárias e demagogias, sem que haja um retrocesso para períodos em que imperou a ditadura. E, apesar de muitos brasileiros terem perdido as esperanças, como revelam os dados estatísticos, Saramago (2004) merece ser aludido, ao dizer que “[...] a esperança é como o sal, não alimenta, mas dá sabor ao pão”. Parafraseando Dworkin (2010), é preciso, portanto, levarmos a democracia a sério.

## Referências

BRASIL, **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 31 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 dez. 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2003/L10.826compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.826compilado.htm). Acesso em: 31 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.840, de 28 de setembro de 1999. Altera dispositivos da Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997, e da Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 29 set. 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9840.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9840.htm). Acesso em: 31 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei complementar nº 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 90 do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 07 jun. 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm). Acesso em: 31 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Plebiscito de 1993**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-1993/plebiscito-de-1993>. Acesso em: 31 jan. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da Democracia Participativa** (Por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade). 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede - a era da informação: economia, sociedade e cultura**. 5. ed. Traduzido por Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Vanancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 64-65.

DUSSEL, Enrique. Meditações anti-cartesianas sobre a origem do anti-discurso filosófico da modernidade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Traduzido por Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Traduzido por Luís Carlos Borges e revisado por Gildo Sá Leitão Rios e Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EL PAÍS. **Democracias da América Latina vivem seu “annus horribilis” em 2018, aponta estudo**. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/09/politica/1541766116\\_145827.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/09/politica/1541766116_145827.html). Acesso em: 31 jan. 2020.

FARIA, Cristiano Ferri Soares de. **O parlamento aberto na era da internet: pode o povo colaborar com o Legislativo na elaboração das leis?** Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

GOHN, Maria da Glória. **Sociologia dos Movimentos Sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2014.

HOCH, Patrícia Adriani. **Levando a intimidade a sério**. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

\_\_\_\_\_. O potencial democrático do acesso à informação pública e da transparência governamental no contexto da sociedade informacional. **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade – mídias e direitos da sociedade em rede e V Congresso Iberoamericano de Investigadores e Docentes de Direito e Informática - Rede CIDDI**. Santa Maria: 2015. Disponível em: <http://portal.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/8-5.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2020.

LATINOBARÓMETRO, Corporación. **Corporación Latinobarómetro**. Disponível em: <http://www.latinobarometro.org>. Acesso em: 01 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. **Informe 2016**. Disponível em: <http://www.latinobarometro.org>. Acesso em: 01 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. **Informe 2017**. Disponível em: <http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>. Acesso em: 01 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. **Informe 2018**. Disponível em: <http://www.latinobarometro.org>. Acesso em: 01 fev. 2020.

LASH, Scott. **Crítica de la información**. 1.ed. Buenos Aires: Amorrortu, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LE MONDE DIPLOMATIQUE BRASIL. **Maiores riscos**. Edição 106. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/maiores-riscos/>. Acesso em: 31 jan. 2020.

LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MARKOFF, John. **Waves of Democracy: Social Movements and Political Change**. Thousand Oaks, CA: Pine Forge Press, 1996.

NUSSBAUM, Martha. **Sem fins lucrativos: porque a democracia precisa de humanidades**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

OST, François. **O tempo do direito**. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?.** Barcelona: Gedisa, 2004.

PIANA, Ricardo Sebastián. **Gobierno electrónico: gobierno, tecnologías y reformas**. 1. ed. La Plata: Univ. Nacional de La Plata, 2007.

RIGUI, Lucas; HOCH, Patrícia Adriani. A utilização de redes sociais pelo Poder Judiciário: contribuições para uma “esfera pública” virtual?. In: SILVA, Rosane Leal da (Org.). **O Poder Judiciário na sociedade em rede**. Jurisdição, informação e transparência. Curitiba: Multideia, 2015.

ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. In: **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coord.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de Filosofia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a lucidez**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

SHECARIA, Fábio Perin. A importância da literatura para juristas (sem exageros). **Anamorphosis**. v.4, p. 357-377, 2018. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/423>. Acesso em: 01 jan. 2020.

SILVA, José de Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SUNSTEIN, Cass. **Republic.com 2.0**. Princeton University Press: New Jersey, 2007.

UMBACH, Rosani Ketzer; GARLET, Devis Johones; ZAMBERLAN, Lucas da Cunha. A democracia no Ensaio sobre a lucidez, de José Saramago. **Revista Crioula nº 16**. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.1981-7169.crioula.2016.97510>. Acesso em: 31 jan. 2020.

VALOR ECONÔMICO. **Estudo diz que 90% dos eleitores de Bolsonaro acreditaram em fake news**. São Paulo: 2018. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2018/11/02/estudo-diz-que-90-dos-eleitores-de-bolsonaro-acreditaram-em-fake-news.ghtml>. Acesso em: 01 fev. 2020.

**Os impactos da quarta revolução industrial  
para a tutela de direitos da personalidade:  
o episódio “Toda a sua história”  
em *Black Mirror* e suas representações**

*Patrícia Adriani Hoch*<sup>1</sup>

*Bianca Larissa Soares de Jesus Roso*<sup>2</sup>

*“Vivemos tempos líquidos, onde nada é para durar”  
(Zygmunt Bauman, Em Modernidade Líquida, 2011).*

*“As mudanças são tão profundas que, na perspectiva da história da humanidade, nunca houve um momento tão potencialmente promissor ou perigoso”  
(Karl Schuab, Em A Quarta Revolução Industrial, 2016).*

## **Introdução**

A proposta deste estudo parte da produção cinematográfica *Black Mirror*, mais precisamente o 3º episódio da primeira temporada da série de televisão. O enredo de “Toda a sua história” (*The Entire Story of You*) apresenta um dispositivo implantado atrás da orelha das pessoas onde é

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), na linha de pesquisa intitulada “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”. Mestre e Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pós-graduada em Direito Processual Tributário pela Anhanguera. Professora do Curso de Direito da UFSM e Coordenadora do Núcleo de Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais (NUJUDI). Integrante do Centro de Culturas Jurídicas Comparadas, Internacionalização do Direito e Sistemas de Justiça (CCULTIS), vinculado à UNISINOS. Advogada. E-mail: patricia.adriani@hotmail.com.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria-UFSM- Linha de pesquisa 1: Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade. Bolsista CAPES. Graduada em Direito pela Universidade Franciscana-UFN. Membro do grupo de pesquisa e extensão: PHRONESIS: Jurisdição e Humanidades, cadastrado no CNPQ e vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Email: biancasoaresroso@gmail.com.

possível para um indivíduo guardar todas suas memórias visuais e projetá-las em telas através dos olhos. O episódio permite explorar temas atinentes aos direitos de personalidade, à Quarta Revolução Industrial e ao âmbito da sociedade em rede, observados seus aspectos jurídicos através do movimento Direito e Literatura<sup>3</sup>.

A partir do contexto inovador da sociedade em rede<sup>4</sup> e da era da mudança global<sup>5</sup>, vive-se em uma nova morfologia social, comunicativa, nova e líquida<sup>6</sup>, diante da metamorfose do mundo<sup>7</sup>. A partir dessas contribuições e, o problema traçado por este estudo pode ser ilustrado na seguinte pergunta: tendo como base o episódio intitulado “Toda a sua história”, de *Black Mirror*, de que modo as novas tecnologias, especialmente no contexto da Quarta Revolução Industrial e da sociedade em rede, impactam os direitos da personalidade?

Para tanto, adota-se o método indutivo, pois parte da produção cinematográfica *The Entire Story of You*, a partir de uma conexão ascendente, indo das constatações mais particulares para uma abordagem do Direito na literatura. Ainda, empregou-se o método de procedimento monográfico, examinando o tema escolhido e fatores que o influenciaram, analisando-o em todos os seus aspectos. Por fim, a principal técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica.

---

<sup>3</sup> Existem diversas perspectivas sob as quais é possível o estudo do Direito e Literatura. Martha Nussbaum (2015) acredita que a Literatura pode humanizar os juristas, sendo a aproximação entre Direito e Literatura elementar para a compreensão do estado da arte da democracia. Na mesma senda, para Shecaira (2018, p. 358), “[...] talvez a literatura não faça dos leitores pessoas melhores, mas ela ainda pode fazer dos leitores pessoas mais atentas à complexidade de questões morais que tendem a ser subestimadas”.

<sup>4</sup> Para Castells (2015, p. 70), “[...] uma sociedade cuja estrutura social é construída entorno de redes ativas por tecnologias de informação e comunicação processadas digitalmente e baseadas na microeletrônica. Considero estruturas sociais como arranjos organizacionais de seres humanos em relações de produção, consumo, reprodução, experiência e poder, expressos em uma comunicação significativamente codificada pela cultura”.

<sup>5</sup> Para o geógrafo inglês Peter Dicken (2010, p. 91), “[...] a mudança tecnológica é um processo social e institucionalmente incorporado”. Isso, pois, “[...] os modos de utilização das tecnologias - até mesmo sua própria criação - são condicionados pelo respectivo contexto socioeconômico” (DICKEN, 2010, p. 91).

<sup>6</sup> Para o sociólogo polonês Zygmunt Bauman, autor que se dedicou ao estudo das relações na chamada pós-modernidade e elaborou os conceitos de modernidade líquida (2011), amor líquido (2003) e tempos líquidos (2007), “vivemos tempos líquidos, onde nada é para durar”.

<sup>7</sup> Vive-se a metamorfose do mundo, dada a transformação radical, conforme alerta o sociólogo alemão Ulrich Beck<sup>7</sup> (2018, p. 15), “[...] em que as velhas certezas da sociedade moderna estão desaparecendo e algo inteiramente novo emerge”.

Dessa maneira, optou-se por uma construção bipartida. Num primeiro momento, a partir de uma breve exposição dos pressupostos teóricos que norteiam a compreensão do Direito e Literatura, destaca-se em que medida a narrativa literária encena e representa a realidade, com ênfase no episódio “Toda a sua história”, da série *Black Mirror*. Após, estuda-se o contexto da sociedade em rede e o impacto da utilização das novas tecnologias para os direitos da personalidade.

### **1. Direito & literatura: o episódio “Toda a sua história” em *Black Mirror* e suas representações**

Com o advento da nova rede de comunicação global: a Internet, a natureza de cidadania democrática passa por uma profunda evolução, que se encaminha no sentido de um aprofundamento da liberdade na sociedade em rede (LEVY, 2002, p. 30). Nesse sentido, pesquisas começam demonstrar a necessidade de uma mudança, de paradigma, postura e visão de mundo para o enfrentamento das mais variadas questões que estão interligadas, Manuel Castells (2015, p. 70) definiu a sociedade em rede.

A partir disso, e frente às demandas da sociedade da sociedade contemporânea, as estruturas do campo Jurídico, por vezes, não dão conta da complexidade imposta pelos conflitos, tais como os relacionados as novas tecnologias. Dessa forma, uma mudança de visão de mundo e postura, necessita de uma nova forma de enfrentamento das questões jurídicas. É nesse sentido que se pode compreender o tempo da modernidade como “tempo em/de crise. O direito na modernidade é um direito em/da crise. Uma nova forma de atuar o direito exige uma nova forma de atuar (e compreender) a jurisdição e novas atitudes dos juristas” (ESPÍNDOLA, 2015, p.29). É exatamente neste ponto que as contribuições da literatura e do cinema se encontram no presente estudo.

Diversas são as possibilidades e perspectivas a partir do estudo do Direito e Literatura. A filósofa Martha Nussbaum, por exemplo, faz parte

dos pesquisadores que acreditam que a Literatura pode humanizar os juristas – ideia que essa exposta em sua obra “Justiça Poética” (2015). François Ost (2004), do mesmo modo, espera que do confronto dos juristas com os métodos e os textos literários possa haver a aquisição de competências técnicas, a difusão das capacidades morais e a formação da imaginação dos juristas.

Por certo, também é conhecida a tricotomia Direito na Literatura, Direito como Literatura e Direito da Literatura. Assim, a partir dessas contribuições e valendo-se da abordagem proposta por François Ost (2004, p.48), que analisa as aproximações entre Direito e Literatura a partir dos três eixos. Este artigo se insere neste último segmento, do direito na literatura, que se dedica à análise de fenômenos jurídicos a partir da leitura de obras literárias, para mostrar que a literatura contribui diretamente para a formulação e a elucidação das principais questões relativas à justiça, à lei e ao poder, por exemplo.

Essa perspectiva contribui diretamente para inculcar “competências primordiais de nossa disciplina”: a capacidade de escuta, a aptidão de fazer um discurso que leve em conta a sensibilidade dos ouvintes, o dom de escrever tendo em vista o objetivo que se fixou (OST, 2004).

Não há dúvidas de que, assim como os livros, as narrativas exibidas em filmes e séries de TV também podem inspirar discussões jurídicas acerca dos aspectos da sociedade retratados artisticamente. Esses mesmos eixos podem ser alargados para abranger outras formas de arte, além da literatura, como as obras de arte, pois entregam todas as espécies de variações imaginativas, criando um efeito de deslocamento que tem a virtude de “descerrar o olhar”. Tudo se passa como se, por ela, o real desse à luz novos possíveis que ele mantinha até então enterrado em suas profundezas. A obra de arte é, portanto, em primeira análise uma liberdade que se exerce num sentido que adquire forma (OST, 2004).

O episódio “Toda a sua História” (*The Entire Story of You*) da série *Black Mirror*, selecionado por este estudo, é produção cinematográfica,

não uma obra literária, mas em termos de representação e narrativa, literatura e cinema, apesar de suas diversas distinções, caminham juntas, e tanto por isso são constantes as transposições da linguagem literária para a linguagem cinematográfica. Nussbaum (1997, p. 36-37) afirma que a imaginação literária, que exalta emoções e sentimentos, deve impregnar, mas sem substituir, as regras que determinam o raciocínio jurídico e moral. O ponto comum, que aproxima esses dois campos, é a narrativa, a ser analisada a partir das categorias jurídicas dos direitos da personalidade e 4º Revolução Industrial. Tudo isso, tendo como pano de fundo, a aproximação da juridicidade à literatura, na linha do já referido movimento Direito e Literatura.

Black Mirror, T1: E3. “Toda a sua história”. Como você lida com o passado? O que você faria se pudesse ter acesso a qualquer momento de absolutamente tudo que fez, viu e ouviu? Como se estivesse lá. E mais, como seria sua vida se pudesse ver em detalhes tudo o que outra pessoa fez? Todos esses questionamentos vêm à mente enquanto assistimos ao episódio Toda a Sua História.

O episódio apresenta um dispositivo implantado atrás da orelha das pessoas onde é possível para um indivíduo guardar todas suas memórias visuais e projetá-las em telas através dos olhos. A interessante tecnologia é bastante funcional para lembrar precisamente de momentos felizes ou para tornar mais lúdica a narração de histórias vividas para seus amigos.

As aplicações do HD de armazenamento de memórias visuais também são úteis para fins de segurança. Liam, antes de embarcar em um avião, passa seu HD pessoal para que sejam verificadas as atividades que realizou nas últimas 24 horas. Através dessa ferramenta, seria impossível um terrorista guardar segredo de que tem uma bomba na mala.

Liam desconfia da forma com que sua esposa, Ffion, conversa com Jonas em uma reunião de amigos. Voltando para casa, ao pressionar agressivamente Ffion, ela confessa que os dois já tiveram um relacionamento no passado. Ffion tenta desajeitadamente esconder a duração do relacionamento, aumentando a revolta do marido.

Liam vai à sua casa, tomado pelo ciúme, exigir que o ex de sua esposa exclua as suas memórias com Ffion de seu HD. Ali, Liam descobre outro segredo: que Ffion e Jonas tiveram um recente encontro, omitido pela sua esposa. Em casa, ele exige que Ffion mostre-lhe este encontro. Além da cólera desencadeada pelo ciúme e pela traição descoberta, Liam temia que Jonas fosse o pai do filho do casal.

A reação de Liam perante a traição de Ffion termina com o casamento de ambos. Ela é tão irresistível que Liam, no final do capítulo, perturbado pelo ciúme e tentando fugir das memórias, retira o chip de armazenamento nele instalado.

“Toda a Sua História” traz à tona o limite ético entre os interesses coletivos e a privacidade do indivíduo. Nesse sentido, passa-se a visualizar diversas possibilidades que a narrativa entrega a partir de variações imaginativas, criando um efeito de deslocamento que tem a virtude de “descerrar o olhar”, valendo-se de François Ost (2004), tudo se passa como se, a realidade abrisse a porta para novos caminhos possíveis.

Como se viu, a literatura e o Cinema podem proporcionar ao leitor diversas inquietações a partir de suas narrativas. As inquietações são fundamentais para o pensamento crítico, isso, porque a partir de reflexões que ocorre o rompimento com o “senso comum teórico”, como Warat (1995) denominou as verdades absolutas dos juristas só são possíveis quando deixamos de lado certezas e passamos a questionar a realidade com a qual nos deparamos. Acerca disso, Warat (2004, p.27) ensina:

[...] O pensamento crítico, assim entendido, encontra-se integrado por um conjunto de vozes dissidentes que, sem constituir, ainda, e um sistema de categorias, propõe um conglomerado de enunciações apto a fornecer um conhecimento do direito, capaz de fornecer as bases para um questionamento social radical.

Dessa forma, podemos concluir que a proposta teórica de Warat, apresenta-se como uma renovação dos valores e verdades jurídicas consagradas pelo Direito. Portanto, o pensamento crítico, enquanto proposta

epistêmica diversa do saber jurídico sacralizado, traz contribuições essenciais para o cenário até agora exposto, onde “as regiões do senso comum teórico” podem afastar uma nova forma de atuar o direito e compreender a jurisdição.

Além disso, o episódio remete às obras do sociólogo Bauman, em face do estreitamento e a fragilidade dos laços humanos a partir da utilização da tecnologia, em tempos líquidos (BAUMAN, 2007), sobretudo perante grupos no convívio social e vigilância líquida (BAUMAN, 2013) pelo poder público. Do mesmo sentido, é revelada a fragilidade dos laços humanos e do amor líquido (BAUMAN, 2004), que decorrem do fenômeno da modernidade líquida (BAUMAN, 2011). Para o autor, em face das situações inconstantes, incertas e voláteis, que se modificam facilmente, “vivemos tempos líquidos, onde nada é para durar”, em face do imediatismo e da fluidez das relações no mundo contemporâneo.

## **2. A quarta revolução industrial e os direitos da personalidade na sociedade em rede.**

Vive-se a era tecnológica, permeada pela revolução causada pelas tecnologias de informação e de comunicação (TIC), com destaque para a Internet. Em tal contexto, é possível a troca do status *off-line* para o *on-line*, para a conexão, por meio da Rede, e acesso a uma infinidade de conteúdos. Isso, pois, as tecnologias analógicas foram, em certa medida, ao longo do tempo, sendo substituídas pelas digitais (HOCH, 2019, s.p.).

Nesse novo cenário de metamorfose digital, os efeitos colaterais não são intencionais, possuem frequências invisíveis, que criam sujeitos metamorfoseados, quais sejam os seres humanos digitais (BECK, 2018, p. 190). A partir da (re)evolução tecnológica, com a transição das tecnologias analógicas (como a televisão e o rádio) para as digitais (a exemplo da Internet), surgiu uma nova sociedade, a sociedade em rede (CASTELLS, 2003, p. 8). Esse contexto inovador transformou e organizou a vida em sociedade em torno da utilização das tecnologias de informação e de comunicação (TIC).

Por consequência, surgiu o ciberespaço (ou Rede), que consiste no novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial de computadores (LÉVY, 1999, p. 17). O termo “especifica não apenas a infraestrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo”, conforme explica o autor Pierre Lévy (1999, p. 17).

Nessa seara digital, “[...] é um computador cujo centro está em toda parte e a circunferência em lugar algum, um computador hipertextual, disperso, vivo, fervilhante, inacabado: o ciberespaço em si” (LÉVY, 1999, p.44). Vive-se, assim, um momento em que ocorre uma transformação cultural pelos mecanismos de um novo paradigma tecnológico, que se organiza com base nas tecnologias de informação e de comunicação, definidas por Piana (2007, p. 65) como “[...] o conjunto de ferramentas e de infraestruturas que se utilizam para recolher, armazenar, tratar, difundir ou transmitir a informação”.

As redes constituem a nova morfologia social, de modo que “[...] as bases significativas da sociedade, espaço e tempo estão sendo transformadas, organizadas em torno do espaço de fluxos e do tempo intemporal” (CASTELLS, 1999, p. 572). Emerge, nesse contexto, uma nova sociedade, intitulada sociedade em rede, consoante esclarece Castells (2003, p. 8).

Tal transição, evidentemente, é acompanhada de transformações sociais, culturais, políticas e econômicas, e, sobretudo, no modo como as ferramentas tecnológicas são apropriadas pelos seres humanos. Por conseguinte, a sociedade em rede, pautada pelo paradigma da utilização das TIC, traz consigo novos padrões e dinâmicas que interferem no comportamento humano e na vida em sociedade.

As fronteiras foram reduzidas e a noção de tempo sofreu notório impacto, já que, através de um simples clique no *mouse* é possível a comunicação entre pessoas que estão, fisicamente, em locais distintos do globo. Hoje as notícias, produzidas quase em tempo real, são propagadas

com amplo alcance. Compras podem ser realizadas rapidamente *online*. Informações públicas são diariamente acessadas através de portais governamentais, como o Portal da Transparência do Governo Federal, o e-cidadania do Senado Federal e o e-democracia da Câmara de Deputados (HOCH, 2019, s.p.).

Esses exemplos evidenciam que as TIC, especialmente a Internet, trouxeram imensuráveis benefícios e novas oportunidades à contemporaneidade, sobretudo ao proporcionar maior interação, comunicação e acesso ao conhecimento aos seus usuários, sem barreiras temporais e espaciais. Tal contexto levou François Ost (2001) a afirmar que vivemos o tempo do direito com certezas abaladas, o que desafia diariamente, sobretudo o Poder Judiciário, a oferecer respostas adequadas aos novos conflitos sociais, tecnológicos e com grande complexidade.

Nesse mundo, *altamente tecnológico e hiperconectado*, emerge a 4ª Revolução Industrial, segundo Klaus Schwab (2016, p.11), diretor e fundador do Fórum Econômico Mundial, a qual é marcada pela convergência, marcada pela convergência de tecnologias digitais, físicas e biológicas. Segundo o professor alemão, “estamos a bordo de uma revolução tecnológica que transformará a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos. Em sua escala, alcance e complexidade, essa transformação será diferente de qualquer coisa que o ser humano tenha experimentado antes”. Segundo o afirma o autor, a Quarta Revolução Industrial não é definida por um conjunto de tecnologias emergentes em si mesmas, mas sim a transição em direção a novos sistemas que foram construídos sobre a infraestrutura da revolução digital.

Esse fenômeno também é conhecido como indústria 4.0, havendo inclusive a disponibilização *online* pelo governo de uma “Agenda brasileira para a indústria 4.0” (BRASIL, 2018), a fim de tornar o Brasil mais preparado para o futuro. Conforme consta na agenda,

[...] As 3 primeiras revoluções industriais trouxeram a produção em massa, as linhas de montagem, a eletricidade e a tecnologia da informação, elevando a renda dos trabalhadores e fazendo da competição tecnológica o

cerne do desenvolvimento econômico. A quarta revolução industrial, que terá um impacto mais profundo e exponencial, se caracteriza, por um conjunto de tecnologias que permitem a fusão do mundo físico, digital e biológico.

As principais tecnologias que permitem a fusão dos mundos físico, digital e biológico são a Manufatura Aditiva, a IA, a IoT, a Biologia Sintética e os Sistemas Ciber Físicos (CPS) (BRASIL, 2018).

A Quarta Revolução Industrial envolve, portanto, tecnologias avançadas e complexas como inteligência artificial robótica, Big Data, Internet das Coisas, Cidades Inteligentes, entre outros. Esse acervo de ferramentas de dados permite que as máquinas encontrem novos padrões de atuação, façam testes e se tornarem mais inteligentes, ou seja, estamos vivendo na era das máquinas pensantes. A inteligência artificial (IA), por exemplo, hoje está sendo utilizada para acelerar e tornar mais fácil a tomada de decisões, a exemplo do robô Victor no Supremo Tribunal Federal (STF), para a realização da admissibilidade de recursos. A IA permite, então, o armazenamento de dados e informações, auxiliando nas decisões complexas, através de algoritmos.

A partir disso, o governo também expõe dados que refletem o impacto da indústria 4.0 e sustenta que essa realidade trará oportunidades e ganhos para o país, sobretudo quanto à redução dos custos industriais, ganhos de eficiência, redução de custos de manutenção de máquina e economia de energia (BRASIL, 2018):

[...] Os impactos da Indústria 4.0 sobre a produtividade, a redução de custos, o controle sobre o processo produtivo, a customização da produção, dentre outros, apontam para uma transformação profunda nas plantas fabris.

Segundo levantamento da ABDI, a estimativa anual de redução de custos industriais no Brasil, a partir da migração da indústria para o conceito 4.0, será de, no mínimo, R\$ 73 bilhões/ano.

Essa economia envolve ganhos de eficiência, redução nos custos de manutenção de máquinas e consumo de energia.

Evidentemente, a Quarta Revolução Industrial já está em curso, e o Brasil precisa se preparar para seus desafios, a exemplo da proposta e

das iniciativas previstas na agenda acima referida. De fato, a utilização das novas tecnologias, com destaque para a Internet, no âmbito da sociedade em rede, alterou a dinâmica e trouxe outras nuances para o contexto social, evidenciando que no Século XXI a relação espaço-temporal possui inúmeros avanços e diversas peculiaridades.

Por certo, há pontos positivos e negativos nessa transformação, o que restou perceptível também no terceiro episódio da primeira temporada da série “Black Mirror”, intitulado Toda a Sua História (*The Entire Story of You*). *Isso, pois, as pessoas utilizam um chip para acessar a um banco de memórias, podendo rever momentos passados e mostrá-los a outras pessoas através de um controle. Esse episódio evidencia a utilização de novas tecnologias, as chamadas “tecnologias implantáveis”, as quais envolvem um ponto de inflexão (no caso o chip) implantado no corpo humano, permitindo a comunicação, localização, monitoramento, e armazenamento de memórias.*

*É possível que se faça a interlocução do episódio da série com uma música brasileira, porquanto essa ideia do chip já havia aparecido, no Brasil, na música da cantora de rock Pitty intitulada “Admirável Chip Novo”, lançada em 2006. À época, essa música já trazia, de forma inovadora, especialmente para os jovens, alguns pontos para se refletir quanto a esse admirável mundo/chip novo:*

*Pane no sistema, alguém me desconfigurou  
Aonde estão meus olhos de robô?  
Eu não sabia, eu não tinha percebido  
Eu sempre achei que era vivo  
Parafuso e fluido em lugar de articulação  
Até achava que aqui batia um coração  
Nada é orgânico, é tudo programado  
E eu achando que tinha me libertado  
Mas lá vêm eles novamente, eu sei o que vão fazer  
Reinstalar o sistema  
Pense, fale, compre, beba  
Leia, vote, não se esqueça  
Use, seja, ouça, diga*

*Tenha, more, gaste, viva*  
*Pense, fale, compre, beba*  
*Leia, vote, não se esqueça*  
*Use, seja, ouça, diga*  
*Não, senhor, sim, senhor*  
*Não, senhor, sim, senhor*  
*Pane no sistema, alguém me desconfigurou*  
*Aonde estão meus olhos de robô?*  
*Eu não sabia, eu não tinha percebido*  
*Eu sempre achei que era vivo*  
*Parafuso e fluido em lugar de articulação*  
*Até achava que aqui batia um coração*  
*Nada é orgânico, é tudo programado*  
*E eu achando que tinha me libertado*  
*Mas lá vêm eles novamente, eu sei o que vão fazer*  
*Reinstalar o sistema (PITTY, 2003).*

A veracidade da afirmação de que “nada é orgânico, é tudo programado” também é perceptível no episódio de *Black Mirror* e revela-se cada vez mais evidente neste mundo altamente tecnológico e hiperconectado, tanto pela sociedade que se estabelece em rede como pela Quarta Revolução Industrial. Segundo Barreto (2008, p. 995), “se encontram nesse admirável mundo novo, nascido das entranhas da sociedade tecnocientífica, especificamente, no âmbito das biociências e das biotecnologias, indagações éticas e questionamentos morais, que repercutem nos sistemas jurídicos”.

Também analogamente, no filme intitulado *Efeito Borboleta* (*The Butterfly Effect*), lançado em 2004, o ator principal também conseguia retornar ao passado através de memórias, porém o fazia de forma orgânica/física com a utilização de diários. O filme se distingue da série em apreço justamente pela utilização da tecnologia para o armazenamento, acesso e exposição de lembranças e de acontecimentos passados.

Além disso, como toda tecnologia, fica claro no episódio que há vantagens nessa vivência tecnológica, como a entrada no aeroporto, por

*exemplo, impacto da tecnologia que já havia sido alertado por Bauman<sup>8</sup>. Por outro lado, há desvantagens inegáveis como a exposição da intimidade e da privacidade do indivíduo, o qual, muitas vezes, é constrangido de algum modo a mostrar suas ações e recordações a outras pessoas.*

Além das inúmeras vantagens inerentes à presença das novas tecnologias na vida cotidiana, a conexão realizada de forma interplanetária aliada ao caráter libertário e descentralizado da Rede propulsionam, por outro lado, o cometimento de abusos de direito e de atos ilícitos *online*. Nesta lógica das redes, diversos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional diariamente são relativizados ou violados (HOCH, 2019, s.p.).

Dentre eles, o direito à intimidade, erigido ao status de direito fundamental pela Constituição Federal brasileira, frequentemente é objeto de violação na lógica do funcionamento das redes, com ênfase para a Internet, em face do seu caráter libertário, descentralizado e transfronteiriço, bem como da adoção de novas ferramentas, como o uso do chip já mencionado. Entretanto, como alertava Dworkin, a intimidade e os demais direitos individuais são trunfos que os indivíduos possuem:

[...] Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano (DWORKIN, 2010, p. XV).

Por esse motivo, deve-se (re)pensar a respeito da tutela desses direitos no contexto da Quarta Revolução Industrial. Sobre o tema, Bauman (2013) ressalta que “[...] a vigilância é uma dimensão-chave do mundo moderno; e na maioria dos países, as pessoas têm muita consciência de como ela as afeta”, ou seja, detalhes de nossa vida cotidiana são

---

<sup>8</sup> “[...] o *check-in* do aeroporto pode ser feito com um smartphone, mesmo que as trocas internacionais envolvendo o crucial RNP (Registro do Nome do Passageiro) ainda ocorram, estimuladas pelo mecanismo original de reserva”, o qual seria “[...] ela própria possivelmente gerada no mesmo smartphone” (BAUMAN, 2012, p. 12). Note-se que “[...] a segurança transformou-se num empreendimento orientado para o futuro e funciona por meio da vigilância, tentando monitorar o que vai acontecer pelo emprego de técnicas digitais e raciocínio estatístico” (BAUMAN, 2012, p. 12-13). Esse fato, obviamente, traz consequências.

rastreados de diversas formas e por vários atores (dentre eles, o Estado, as empresas e a própria sociedade). O autor cita exemplos que deflagram a vigilância, realizada de forma ampla, mediante critérios de segurança nacional, compras na Internet, participação nas mídias sociais e utilização de mecanismos de busca para pesquisas (a exemplo do *Google*):

[...] Não apenas em Londres e Nova York, mas também em Nova Délhi, Xangai e Rio de Janeiro, as câmeras de vídeo são elemento comum nos lugares públicos. Por toda parte, viajantes em passagem por aeroportos sabem que precisam atravessar não apenas o controle de passaportes em sua versão do século XXI, mas também por novos dispositivos, como escâneres corporais e aparelhos de checagem biométrica, que têm proliferado desde o 11 de Setembro. E se tudo isso tem a ver com segurança, outros tipos de vigilância, relativos a compras rotineiras e comuns acesso on-line ou participação em mídias sociais, também se tornam cada vez mais onipresentes. Temos de mostrar documentos de identidade, inserir senhas e usar controles codificados em numerosos contextos, desde fazer compras pela internet até entrar em prédios. A cada dia o Google anota nossas buscas, estimulando estratégias de marketing customizadas (BAUMAN, 2013, p. 9).

Tais nuances, como salienta Bauman (2013, p. 9), envolvem diversos pontos de vista: o social, o cultural, o político e, considerando apenas as novas tecnologias ou regimes regulatórios, “[...] poderemos formar uma ideia da amplitude desse fenômeno”. Mas, o autor questiona se realmente conseguiremos compreendê-lo<sup>9</sup>. A partir disso, o autor define vigilância líquida como “[...] menos uma forma completa de especificar a vigilância e mais uma orientação, um modo de situar as mudanças nessa área na modernidade fluida e perturbadora da atualidade” (BAUMAN, 2013, p. 10). Isso, pois,

A vigilância suaviza-se especialmente no reino do consumo. Velhas amarras se afrouxam à medida que fragmentos de dados pessoais obtidos para um objetivo

---

<sup>9</sup> “Decerto, ter uma noção da magnitude e da rápida difusão do processamento de dados é fundamental para que a onda de vigilância seja avaliada pelo que ela é; e descobrir exatamente quais chances e oportunidades de vida são afetadas por esse fenômeno irá galvanizar os esforços no sentido de controlá-lo. Mas este diálogo tem uma pretensão maior: a de cavar mais fundo – investigar as origens históricas e ocidentais da vigilância atual e sugerir questões éticas, assim como políticas, sobre sua expansão” (BAUMAN, 2013, p. 9-10).

são facilmente usados com outro fim. A vigilância se espalha de formas até então inimagináveis, reagindo à liquidez e reproduzindo-a. Sem um contêiner fixo, mas sacudida pelas demandas de “segurança” e aconselhada pelo marketing insistente das empresas de tecnologia, a segurança se esparrama por toda parte (BAUMAN, 2013, p. 10).

Deste modo, a vigilância configura-se como uma dimensão central da modernidade, a qual não fica estagnada, sendo “modernidade”<sup>10</sup> aquela que “[...] tem se liquidificado de novas e diferentes maneiras (para além do insight de Marx e Engels, na fase inicial da modernidade, de que “[...] tudo que é sólido se desmancha no ar]”, segundo a visão de Bauman (2013, p. 11). Importante referir que “[...] teóricos tem observado as maneiras pelas quais a vigilância, antes aparentemente sólida e estável, se tornou muito mais móvel e flexível, infiltrando-se e se espalhando em muitas áreas da vida sobre as quais sua influência era apenas marginal” (BAUMAN, 2013, p. 11).

Assim, na sociedade em rede, a tecnologia evolui com rapidez e cada vez mais favorece a vigilância, tornando os cidadãos reféns das consequências dos avanços (como a invasão de sua intimidade), das estratégias de mercado (que visa, essencialmente, o lucro) e da constante vigilância (onipresente, como afirmava Bauman), que, não raro, ocorre de forma silenciosa e imperceptível.

Saldanha (2013, p. 204) afirma que o ciberespaço é um ambiente de controle perfeito, já que conta com duas formas de vigilância: a estatal e a privada, as quais não se contrapõem<sup>11</sup>. Ocorre, assim, um “cruzamento de saberes” que favorecem a vigilância e culminam no sacrifício das liberdades individuais:

---

<sup>10</sup> Sobre o termo modernidade existem diversos enfoques conceituais, dentre os quais vale mencionar que existe a chamada modernidade “tardia”, possivelmente “pós-modernidade” ou, de modo mais pitoresco, modernidade “líquida” (BAUMAN, 2013, p. 11).

<sup>11</sup> Para Saldanha (2013, p. 204) “[...] um exercício de vigilância que possui duas formas: uma realizada pelos Estados, mediante a interceptação de todas as comunicações feitas pela Internet por organizações militares de inteligência, e outra perpetuada pelo setor privado que também realiza a coleta de dados em massa dos usuários da rede. São duas formas de vigilância, estatal e privada, que não se contrapõem, senão que a vigilância privada também alimenta a vigilância estatal”.

[...] As práticas cada vez mais intrusivas na vida das pessoas, tanto pelos poderes públicos quanto privados, são operadas com base nos dados estocados em domínios virtuais – embora seus titulares o neguem – como é, por exemplo, o caso do Google, situação essa que, cada vez mais, amplia o debate sobre o sacrifício às liberdades individuais. Esses armazenamentos são partilhados por inúmeros atores que promovem um “cruzamento de saberes” e pelo desenvolvimento de uma inteligência coletiva que é a base da sociedade de vigilância da contemporaneidade (SALDANHA, 2013, p. 205).

Significa dizer que a arquitetura da Rede (e das tecnologias eletrônicas) é diferenciada e peculiar e que quanto mais sofisticada for a forma de vigilância, mais facilmente os dados e registros serão captados, possibilitando a invasão da intimidade e a violação de outros direitos da personalidade.

Com base na teoria de Pérez Luño, sabe-se que legislações mais sensíveis à defesa das liberdades têm tentado oferecer uma resposta jurídica eficaz para o respeito à intimidade diante dessa sociedade tecnologicamente avançada. São levadas a cabo, inclusive, por alguns países com alto grau de desenvolvimento, que a opinião pública reconhece o respeito à vida privada em um lugar prioritário dentro de suas aspirações para a proteção de direitos humanos<sup>12</sup>.

Essa dinâmica – característica da sociedade em rede –, segundo Hoch (2019, s.p.), evidentemente, ao potencializar a violação de direitos fundamentais rompe com os paradigmas jurídicos tradicionais e desafia os mecanismos convencionais de tutela jurisdicional. Significa dizer que o Poder Judiciário também sofre influência e é chamado para intervir em questões que envolvem as novas tecnologias, o que, considerando as suas rápidas mudanças e potencialidades, representa, muitas vezes, um grande desafio.

Frequentemente os juízes se deparam com situações novas e casos complexos, já que a tecnologia evolui rapidamente, trazendo diversos

---

<sup>12</sup> Nesse sentido, Pérez Luño (2010, p. 323) afirma que “[...] trata-se a intimidade de um direito fundamental com maior número de modalidades de eventual transgressão e um dos que conta com maior quantidade de vítimas reais ou potenciais”.

efeitos (positivos e negativos) para a sociedade, que busca a tutela jurisdicional para obter uma resposta. E, considerando a complexidade da sociedade em rede e dos novos mecanismos tecnológicos digitais, bem como a temporalidade do Século XXI, os juízes, não raro, carecem do conhecimento técnico necessário para proferirem respostas adequadas ao caso concreto (HOCH, 2019. s.p.).

Assim, frente à quantidade de informações que podem ser armazenadas e difundidas no âmbito virtual, é de extrema importância o enfrentamento das problemáticas que perpassam a relação entre a utilização das TIC e a intimidade, já que essa está em constante mutação social influenciada pela constante inovação tecnológica. Essas circunstâncias demonstram a essencialidade da reflexão acerca desses novos fenômenos, das diversas violações de direitos da personalidade (como a intimidade) que ocorrem na Rede, de inúmeras formas, e da atuação dos juízes perante esse cenário.

Destarte, há uma mudança paradigmática em curso – qual seja a configuração da Quarta Revolução Industrial - que traz inúmeros impactos para a sociedade e que merece ser enfrentada em nível científico, já que o Direito precisa se apropriar e compreender esses fenômenos para resolver os desacordos e, ao mesmo tempo, tutelar direitos fundamentais constitucionalmente previstos no artigo 5º. Como, acertadamente, afirma Engelmann (2010, p. 15), “[...] no conjunto assim delineado deverá ser avaliada a simbiose entre o homem e a máquina e as diversas possibilidades de colocar em risco os direitos da personalidade, os quais não poderão ser relativizados, posto a expressão dos Direitos naturais-humanos”.

A partir dessas considerações, percebe-se que as novas tecnologias apresentam incontáveis benefícios para a sociedade contemporânea, que se estabelece em Rede, na esteira do que afirmam os autores Lévy e Castells. Todavia, a sociologia de Bauman demonstra a “[...] sorte e o revés” (como uma metáfora do jogo banco imobiliário), que envolve a utilização das novas tecnologias, trazendo aportes teóricos que evidenciam a constante vigilância e as consequências negativas que advêm desse paradigma

do Século XXI. O desafio que resta a ser enfrentado pelos juristas e adequadamente compreendido parece ser o seguinte: quais são os limites e possibilidades para a humanização da tecnologia, a fim de que os direitos da personalidade sejam preservados?

### **Considerações finais**

A partir do estudo em apreço, sem o escopo de esgotar o tema, percebeu-se que a literatura e a cinematografia são passíveis de interlocução com o Direito, através do Direito & Literatura. O episódio “Toda a sua história”, da série *Black Mirror*, demonstra a violação dos direitos da personalidade através da instauração de um chip de memórias na orelha de cada pessoa, possibilitando que os dados armazenados sejam verificados por outras pessoas, seja no aeroporto (por questões de segurança) ou em um encontro entre amigos (para a visualização e debate acerca do desempenho de alguém em uma entrevista de emprego).

A produção cinematográfica referida instiga a reflexão a respeito das potencialidades das novas tecnologias de informação e de comunicação, as quais podem ser utilizadas positiva ou negativamente, seja para a tutela ou para a violação de direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, como a intimidade e a privacidade.

Verifica-se, assim, que, apesar das inúmeras vantagens das tecnologias no mundo da Quarta Revolução Industrial e da sociedade em rede, é necessário que se reflita a respeito da proteção de direitos sensíveis e fatos íntimos, conforme propõe o episódio em apreço, no qual é possível que o cônjuge descubra a traição ao consultar memórias que constam no chip da esposa e do seu ex. O episódio em comento possui estreita relação com as obras de Bauman, porquanto revela o estreitamento e a fragilidade dos laços humanos a partir da utilização da tecnologia, sobretudo perante grupos no convívio social e vigilância líquida (2013) pelo poder público, bem como a fragilidade dos laços humanos - amor líquido (2004), a partir da modernidade líquida (2011).

## Referências

- ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. **Entre a insustentabilidade e a futilidade**: a jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam (Orgs.). Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. O “admirável mundo novo” e a teoria da responsabilidade. *In*: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Coords.). **O Direito e o Tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 995-1018.
- BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**. Sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- \_\_\_\_\_. Privacidade, sigilo, intimidade, vínculos humanos - e outras baixas colaterais da modernidade líquida. *In*. **Danos colaterais**: desigualdades sociais numa era global. Traduzido por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Vigilância líquida**: diálogos com David Lyon. Traduzido por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BRASIL. **Agenda brasileira para a indústria 4.0**. 2018. Disponível em: <<http://www.industria40.gov.br/>>. Acesso em: 01 fev. 2020.
- \_\_\_\_\_. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 01 fev. 2020.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede** - a era da informação: economia, sociedade e cultura. 5. ed. Traduzido por Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Vanancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- DICKEN, Peter. **Mudança Global** – Mapeando as Novas Fronteiras da Economia Mundial. Tradução de Teresa Cristina Felix de Sousa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Traduzido por Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGELMANN, Wilson. O biopoder e as nanotecnologias: dos Direitos Humanos aos Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002. *In: Anais do XI Simpósio Internacional do IHU: O (des)governo biopolítico da vida humana*. 2010.

LEVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34 Ltda, 1999.

HOCH, Patrícia Adriani. **Levando a intimidade a sério**. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

OST, François. **O tempo do direito**. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

\_\_\_\_\_. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. Porto Alegre: Unisinos, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

PIANA, Ricardo Sebastián. **Gobierno electrónico: gobierno, tecnologías y reformas**. 1. ed. La Plata: *Universidad Nacional de La Plata*, 2007.

PITTY. **Admirável chip novo**. 2003. Disponível em: <https://www.lettras.mus.br/pitty/admiravel-chip-novo/>. Acesso em: 01 fev. 2020.

NUSSBAUM, Martha. **Poetic justice: the literary imagination and public life**. Boston: *Beacon Press*, 1995.

\_\_\_\_\_. **Sem fins lucrativos**: porque a democracia precisa de humanidades. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

SALDANHA, Jânia. Os desafios do “império cibernético” na era da aceleração e da informação: um “sexto continente” de liberdade perfeita ou de controle perfeito? *In: Direitos emergentes na sociedade global*: anuário do programa de pós-graduação em direito da UFSM. Jerônimo Siqueira Tybush, [et al]. Ijuí: Unijuí, 2013.

SCHWAB, Klaus Schwab. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SHECARIA, Fábio Perin. A importância da literatura para juristas (sem exageros). **Ana-morphosis**. v.4, p. 357-377, 2018. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/423>. Acesso em: 01 jan. 2020.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

\_\_\_\_\_. **Epistemologia e ensino do Direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Boiteux, 2004.

## **Desdêmona e a tragédia na obra de Shakespeare: femicídio e violência contra a mulher**

*Paula Yurie Abiko*<sup>1</sup>

Shakespeare foi um homem além de seu tempo, ator, autor, e um gênio do teatro, abordou temas e personagens da forma mais complexa, buscando retratar da forma mais profunda as alegrias, tristezas, angústias e dores humanas. Alguns autores tem escrito sobre a questão do duplo tempo em Otelo, no Ato I, pois Cássio não sabia com quem Otelo iria se casar, e a ação, a partir da chegada em Chipre, daria a entender que teria local a verdadeira noite de núpcias, terminando em 48 horas, o que tornaria impossível o possível adultério de Desdêmona, (HELIODORA, 2017, p. 344).

Nesse sentido, alguns autores tem abordado também a forma como Otelo acredita em Iago, que seria de uma imensa ingenuidade, tendo em vista que na obra todos acreditavam em Iago. Iago era um personagem capcioso, e logo no início da tragédia, observa-se a intenção de Iago em retratar Otelo de forma desfavorável ou denotando inferioridade, (HELIODORA, 2017, p. 344).

Ressalta HELIODORA (2017, p. 346) Em Otelo, o amor idealizado nascido entre “um bárbaro errante” e “uma veneziana sofisticada” enseja

---

<sup>1</sup> Graduada em direito - Centro Universitário Franciscano do Paraná (FAE). Pós graduanda em direito penal e processual penal - ABDCONST. Membro do grupo de estudos em Filosofia do Direito da FAE Centro Universitário: O mal estar no Direito, Membro do Grupo de Pesquisa: Modernas Tendências do Sistema Criminal. Membro do grupo de pesquisas: Trial By Jury e Literatura Shakesperiana. Membro Associada do International Center for Criminal Studies. Colunista do Sala de Aula Criminal e Canal Ciências Criminais. Integrante da comissão de criminologia crítica do canal ciências criminais. Integrante da comissão de Direito & literatura do Canal ciências criminais.

um casamento precipitado entre os dois, e é posto em xeque por Iago antes mesmo de se concretizar. Otelo, o Mouro de Veneza, não pode lutar contra seus instintos absolutos, característicos das culturas primitivas, agiu segundo suas convicções e indagações, sem em nenhum momento buscar ouvir a verdade, e primordialmente, ouvir sua amada Desdêmona. E assim, como os mais clássicos heróis trágicos nas obras de Shakespeare, aprende-se pelo sofrimento, Otelo tem então um momento de serenidade antes de sua morte.

### **Desdêmona e a violência contra a mulher.**

Em uma das cenas mais clássicas da peça de Shakespeare, minutos antes da tragédia que estava por vir, observa-se no diálogo entre Otelo e Desdêmona uma cena muito característica de relacionamentos abusivos e casos de violência contra a mulher. Desdêmona encontra-se deitada em seu quarto, quando Otelo chega e começa a fazer inúmeras indagações, ao passo que nem a possibilidade de resposta é dada a Desdêmona, conforme exposto por Shakespeare, nessa obra por tradução de HELIODORA (2017, p. 477 e 478):

*Cena II – Um quarto no Castelo*

*(Desdêmona, no leito, adormecida.)*

*(Entra Otelo, com uma tocha.)*

#### **Otelo**

*É a causa, sim, a causa, minh'alma,*

*Não a nomeio ante as castas estrelas:*

*É a causa; mas sangue não derramo,*

*Nem mancho sua pele, alve de neve*

*E lisa como a glória do alabastro;*

*Porém tem de morrer, senão trai outros.*

*Apago a luz, e, então, apago a luz:*

*Se a ti eu sufocar, oh flama ardente,*

*Posso de novo restaurar-te a luz, Se me arrependo; mas, se a você apago,*

*Molde sagaz na natureza excelsa,  
Desconheço calor de Prometeu  
Que a reascendesse: já colhida,  
Não posso dar à rosa viva;  
Tem de secar; vou cheirá-la no galho.*

*(Beija-a).*

*Hálito quente assim quase convence  
A justiça a trair-se uma vez mais:  
Se ficar assim morta, vou mata-la,  
E amá-la depois: mais uma, a última,  
E o doce mais fatal: agora choro,  
Mas é pranto cruel, dor celestial  
Que golpeia o que ama: ela desperta.*

***Desdêmona***

*Quem está aí, Otelo?*

***Otelo***

*Sim, Desdêmona.*

***Desdêmona***

*E vem deitar-se, meu senhor?*

***Otelo***

*Fez suas orações?*

***Desdemôna***

*Fiz, meu Senhor.*

***Otelo***

*Mas, se puder lembra-se de algum crime  
Ainda sem perdão do céu e a graça,  
Implore-o logo.*

Otelo começa a fazer inúmeras indagações no quarto de Desdêmona, já preparado e convencido do ato que irá cometer. Na narrativa literária, é

observado no último diálogo de Desdêmona e Otelo, que o principal motivo de desconfiança da possível traição, foi um lenço, decorado com morangos, que Otelo havia dado a sua esposa, possuindo grande valor sentimental, descreve brilhantemente Shakespeare nesse sentido, (HELIODORA, 2017, p. 477; 478 e 480).

***Desdêmona***

*Que Deus de mim se apiede.*

***Otelo***

*Digo amém*

***Desdêmona***

*Sede também piedoso. Em toda a vida jamais vos ofendi. Nunca amei Cássio, só lhe tendo dedicado essa amizade que o céu permite, e nunca o presenteei.*

***Otelo***

*Pelo céu, vi meu lenço na mão dele. Mulher perjura, em pedra me transmudas o coração e o nome dás de crime ao que pensava ser um sacrifício. Vi o lenço! Eu mesmo!*

***Desdêmona***

*Então, é que ele o achou. Nunca lho dei. Mandai chama-lo, par vir confessar o que há.*

Nesse sentido, ressalta PLACHA SÁ (2017, p. 114) é possível fazer uma relação entre o Direito e a literatura por meio de seus personagens, evidenciando uma fusão de ficção da literatura e da realidade, fato que denota a violência contra as mulheres, primordialmente nos casos de assassinato. O que é observado também no cotidiano recorrentemente, é uma naturalização da violência contra a mulher, que aparece nas narrativas literárias, em demasiados julgamentos desses crimes, denotando a importância do debate sobre o tema.

Os dados demonstram que as mortes de homens e mulheres não possuem fatores comuns, há diferenças que denotam a ausência de neutralidade nesses casos. A absoluta maioria das mortes dos homens está

relacionada a armas de fogo e acidentes de trânsito conforme dados do mapa da violência, enquanto para as mulheres há inúmeros casos de violência e agressões cometidas pelos próprios parceiros, dentro do espaço conjugal.

No que tange a morte de mulheres, o Brasil está no 5º lugar entre os países com mais assassinatos. Em 10 anos, 50 mil mulheres foram mortas, a cada dia 15 mulheres, e a cada uma hora e meia, 1 mulher foi assassinada. Ressalta PLACHA SÁ (2017, p. 116) A utilização de armas de fogo, faca e punhais, bem como diversos outros instrumentos cortantes, correspondem a 84% dos casos.

Conforme levantamento realizado e divulgado no mapa da violência no ano de 2018, aponta-se que 15.925 mulheres foram assassinadas em situação de violência doméstica desde a sanção da Lei de feminicídio. Os dados mostram uma diferença significativa quando comparados com as informações de Órgãos de Segurança Pública.

Ainda, com base no Mapa da Violência contra a mulher de 2015, ressalta WASELFISZ (2015, p. 9):

“A violência contra a mulher não é um fato novo. Pelo contrário, é tão antigo quanto a humanidade. O que é novo, e muito recente, é a preocupação com a superação dessa violência como condição necessária para a construção de nossa humanidade. E mais novo ainda é a judicialização do problema, entendendo a judicialização como a criminalização da violência contra as mulheres, não só pela letra das normas ou leis, mas também, e fundamentalmente, pela consolidação de estruturas específicas, mediante as quais o aparelho policial e/ou jurídico pode ser mobilizado para proteger as vítimas e/ou punir os agressores”.

Os dados ainda são impactantes, ressalta WASELFISZ (2015, p. 13) analisando dados entre 1960 a 2013, aduzindo que em um número crescente, morreram 106.093 mulheres vítimas de homicídio, posterior à promulgação da Lei Maria da Penha nº 11.340, houve uma redução nos índices de violência contra a mulher, mas não muito significativos.

Analisando estatísticas internacionais, o Brasil ocupa a 5ª posição nas mortes das mulheres, conforme dados da Organização Mundial da Saúde, em um grupo composto por 83 países no mundo, tendo em vista a taxa de 4,8 de homicídios a cada 100 mil mulheres no país. Somente El Salvador, Colômbia, Guatemala e a Federação Russa possuem taxas maiores que do Brasil. Um índice efetivamente preocupante.

Interessante analisar a evolução legislativa e a figura da mulher, desde as Ordenações do Reino até o ordenamento jurídico atual. Nesse sentido ressalta MONTENEGRO, (2015) “Com relação às mulheres, algumas situações merecem destaque, como, por exemplo, a mulher não poderia ser vítima de adultério, só figurando no polo ativo. O marido traído poderia realizar a vingança do crime de adultério, pois a lei entendia lícita a morte da esposa e do seu amante, ainda que não os encontrasse em flagrante”.

A Lei nº 11.340/2006 possui um forte valor simbólico, criada com o intuito de dar um tratamento efetivo às mulheres que encontrem-se em situação de risco e vulnerabilidade. A tutela penal nesses crimes e sua expansão não ocorreu somente no Brasil, está ocorrendo na Europa e América Latina. Na Espanha em 2004 entrou em vigor a lei que prevê medidas protetivas integrais contra a violência de gênero. No Brasil torna-se comum a promulgação de leis com nomes simbólicos, primordialmente de casos com grande repercussão midiática.

No tocante à contextualização histórica para a promulgação da Lei, ressalta-se a história de Maria da Penha, mulher na qual a lei promulgada faz referência. A mesma sofreu duas tentativas de homicídio. A primeira tentativa foi um tiro que a deixou paraplégica, e na segunda recebeu uma descarga elétrica durante um banho. Em 2002, após 19 anos da prática do crime, o marido de Maria da Penha permaneceu dois anos preso. Posteriormente, foi feita uma denúncia a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no qual foi reconhecido pela primeira vez a denúncia de um crime de violência doméstica.

Portanto, a relação do direito penal com a mulher historicamente permeou o controle de sua sexualidade. Conforme demonstrado na análise dos códigos e questões históricas referentes as mulheres e seu papel social, observa-se que nesses crimes a mulher só poderia ser vítima quando considerada honesta. A própria configuração da mulher honesta ultrapassou as barreiras dos crimes contra os costumes sendo discutida inclusive nos crimes contra a vida e integridade física.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco na equiparação dos direitos e garantias das mulheres, bem como posteriormente a promulgação da Lei Maria da Penha no combate à violência de gênero. Contudo, as mudanças legislativas ainda possuem forte valor simbólico, pois há muito a ser feito para a devida aplicação no ordenamento jurídico brasileiro em sua totalidade.

A visibilidade da violência doméstica ocorreu com a Lei nº 9.099/95 e a criação dos Juizados Especiais Criminais para tratar dos crimes de menor potencial ofensivo. Nas palavras de MONTEGRO, (2015, p. 195): ” *Antes dessa lei, e isso foi demonstrado por diversos pesquisadores no Brasil, essas denúncias não saíam das delegacias, não chegavam a gerar nenhum procedimento formal, pois eram resolvidos “amigavelmente” entre o comissário de polícia e as partes*”.

Diante desse caótico cenário, é fundamental debater sobre o tema e pensar como o patriarcado e o pensamento machista influenciam demasiados homens a violentar ou agredir suas esposas, ou demais mulheres da família, colocando-os em um lugar de superioridade. Em decorrência disso, convidar os homens ao debate de gênero torna-se fundamental para que os mesmos possam refletir sobre suas atitudes, servindo como uma medida preventiva, pois é notório que o rigor do direito penal não mostra-se suficiente para reduzir os casos diários de violência de gênero.

Ressalta HOOKS, (2019, p. 31):

“ Sem ter homens como aliados na luta, o movimento feminista não vai progredir. Da forma como está, precisamos trabalhar com muita dedicação para

corrigir o pressuposto já tão arraigado no inconsciente cultural, de que o feminismo é anti homem. O feminismo é antissexismo. Um homem despojado de privilégios masculinos, que aderiu às políticas feministas é um companheiro valioso de luta”.

Isso pois, se até hoje precisamos lutar arduamente pela igualdade de gênero em nossa sociedade, é porque o machismo e o pensamento patriarcal prevalecem em nossa sociedade, sendo fundamental dialogar com os homens para repensar e reestruturar esse sistema de dominação e opressão.

Portanto, ainda há muito a ser feito. Os dados atuais demonstram um número preocupante de casos de violência contra a mulher, e em casos mais graves culminando com as suas mortes, no caso dos feminicídios. Elaborando uma relação do direito com a literatura, é evidente a importância e relevância das obras Shakesperianas para refletir sobre a sociedade em sua totalidade, as relações de poder, bem como essas questões de gênero.

Desdêmona é assassinada no seu quarto, dentro de sua casa, sendo possível analisar uma leitura simbólica da própria condição das mulheres. Conforme dados divulgado pelo IPEA, 40% dos casos de violência e mortes de mulheres, são realizados pelos próprios parceiros, inúmeras vezes dentro do próprio espaço conjugal.

E infelizmente, em pleno século XXI, os dados continuam sendo alarmantes, sendo possível citar inúmeras “Desdêmonas” da vida real, que tiveram seus sonhos ceifados por indivíduos que se consideram superiores, simplesmente pela condição de ser homem. Entre março de 2016 e março de 2017, foram registrados 2.925 casos de feminicídio no Brasil, sendo aproximadamente oito casos por dia segundo dados do Ministério Público.

Alguns casos relevantes demonstram a importância da luta cotidiana de enfrentamento a violência contra a mulher, como Gabrielly Dias de Macedo, 18 anos, assassinada pelo ex-namorado, em Santo André, na Grande

São Paulo. Foi abordado que o mesmo convidou a vítima para uma reconciliação e a **espancou até a morte** por suspeitar que ela tivesse outra pessoa, ou em outro relacionamento.

Outro caso chocante divulgado pelas redes sociais, foi o de Valdiceia Paixão, 38 anos, foi morta e teve o corpo carbonizado pelo marido, em São João de Meriti, no Rio de Janeiro. Ele confessou o crime. Valdiceia foi encontrada **morta por asfixia e com o corpo carbonizado** em um campo de futebol do bairro.

Essas são as Desdêmonas da vida real, infelizmente consumados em demasiados casos cotidianos, demonstrando a atualidade das brilhantes obras e tragédias Shakesperianas, que completam 400 anos. Em decorrência disso, lutar pela efetivação dos direitos das mulheres, bem como lutar para a garantia da construção de um mundo mais justo, é uma medida que se impõe.

Portanto, é evidente a importância da luta pela igualdade de gênero, bem como a necessidade de diálogo para romper o pensamento patriarcal e de dominação presente ainda na sociedade em sua totalidade. Os demasiados casos de feminicídio e violência contra às mulheres ressaltam a necessidade de almejarmos a mudança desse triste cenário, pois como resalta Fernando Birri, citado por Eduardo Galeano na obra *As palavras andantes*: **“A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar.”** Nossa luta é todo dia!

## Referências

HELIODORA, Barbara; Organização LEÃO, Liana de Camargo. **Grandes obras de Shakespeare. Peças histórica, inglesas e romanas.** Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2017.

HOOKS, Bell. **O feminismo é para todo mundo, políticas arrebatadoras**, tradução Ana Luíza Libânio, 5ª edição, Rio de Janeiro, Rosa dos Ventos, 2019.

MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha. Uma análise criminológico crítica, Rio de Janeiro**, Revan, 2015.

PLACHA SÁ, Priscilla. #Somos todos Desdêmona. **O julgamento de Otelo, o mouro de Veneza: direito e literatura, edição comemorativa, Shakespeare 400 anos**, Coordenação Daniel Ribeiro Surdi de Avelar, Organização: Angela dos Prazeres, Liana de Camargo Leão, 1ª edição, Florianópolis, Empório do Direito, 2017.

<<https://claudia.abril.com.br/noticias/mais-de-50-casos-de-feminicidio-foram-noticia-este-ano-no-brasil/>>, acesso em 19 de dez. de 2019.

<<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/brasil-registra-oito-casos-de-feminicidio-por-dia-diz-ministerio-publico.ghtml>>, acesso em 19 de dez. de 2019.

<<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>>, acesso em 19 de dez. de 2019.

<[https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf)>, acesso em 19 de dez. de 2019.

## Narrativa literária e narrativa jurídica: quem narra é quem define?

*Paulo Silas Taporosky Filho*<sup>1</sup>

### **A premissa: Direito como Literatura**

Buscando estabelecer um liame proveitoso entre duas áreas do saber que possuem a linguagem como fator estruturante, o movimento “Direito e Literatura” propõe estudar, em diferentes vertentes, os elos possíveis entre essas duas matérias. Mesmo considerando as particularidades de cada área, as quais merecem respeito ao considerar o grau de autonomia inerente de cada matéria, o estudo do Direito e da Literatura preza tanto por uma análise mais particularizada de uma dessas matérias enquanto toma algumas questões poucas de outra para sustentar um determinado ponto de vista, como também por um estudo verdadeiramente interdisciplinar, no qual os conceitos que erigem e fundamentam cada uma dessas matérias são considerados e levados em conta numa relação de diálogo entre saberes. Seja como for, num nível mais amplo e genérico ou numa abordagem mais profunda e complexa, a intersecção realizada entre Direito e Literatura tem muitos resultados proveitosos.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER); Especialista em Ciências Penais; Especialista em Direito Processual Penal; Especialista em Filosofia; Professor de Processo Penal na Universidade do Contestado (UnC); Professor de Direito Penal no Centro Universitário Internacional (UNINTER); Professor na pós-graduação em ciências criminais da FESP; Advogado; Membro da Comissão de Prerrogativas da OAB/PR; Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura; Direito de Relações Sociais e Acadêmico da Associação Paranaense dos Advogados Criminalistas (APACRIMI); E-mail: [paulosilasfilho@hotmail.com](mailto:paulosilasfilho@hotmail.com)

“Direito e Literatura”, aqui apontado como movimento, pode ser também lido como gênero do qual se vinculam algumas espécies. É que há diferentes formas de se proceder com o estudo em conjunto do Direito e da Literatura, permitindo-se abordagens diversas que se diferenciam no método empregado e na forma de se compreender o próprio fenômeno dessas duas disciplinas – isoladas ou cumulativamente.

Dentre as espécies, por assim dizer, existentes, há aquela na qual se ampara o presente texto, a saber, o estudo do Direito *como* Literatura. Nesse tipo de abordagem, o que se leva em conta é a epistemologia que funda cada saber, levando-se em conta, portanto, as categorias inerentes de cada matéria. Não se trata, portanto, de analisar a Literatura como fonte de exemplos de obras literárias que visam auxiliar o Direito na exposição de temas e ideias. Em que pese o presente escrito acabe se utilizando de uma obra referencial para dar sustento ao argumento que aqui se lança, o amparo se dá naquilo que se tem na abordagem do Direito *como* Literatura no sentido de se buscar compreender o fenômeno jurídico da mesma forma, ou semelhante, que o fenômeno literário. Daí que algumas das tantas categorias presentes em cada matéria precisam ser previamente selecionadas, a fim de se permitir um avanço sem tropeços na abordagem pretendida – ou pelo menos com o menor número de tropeços possíveis.

Direito *como* Literatura, portanto, pode ser compreendido como aquela vertente do movimento “Direito e Literatura” que mais se situa naquilo que se tem por interdisciplinaridade, pois é ao considerar a estrutura, forma e conteúdo de cada uma dessas disciplinas, que a comunicação entre as matérias é permitida. Assim, tendo-se em conta que “*fortalecer as bases teóricas e estabelecer os pressupostos metodológicos das diferentes correntes do direito e literatura é, no momento, tarefa que se impõe*” (TRINDADE e KARAM, 2018, p. 8), especifica-se que o campo de abordagem do presente texto é o Direito *como* Literatura, pelo que se leva em conta o conceito de narrativa operante no campo literário a fim de transpô-lo, de certo modo, para o Direito, com o fito de problematizar o local ocupado pelo narrador – naquilo que pode ser chamado de foco narrativo – tanto na Literatura como

no Direito, buscando-se assim saber se em ambos os casos o narrador possui liberdade ampla e irrestrita em seu ofício de contar a história.

### **O argumento: o narrador define tudo?**

O foco narrativo estabelece quem é quem narra a história. Ao se ter contato com uma obra literária, o leitor precisa saber quem é que está lhe contando a história. É pela própria leitura da história, presente nas páginas que compõem aquela determinada obra, que se obtém a resposta pretendida. Quem é que narra a narrativa? É um terceiro ausente mas ao mesmo tempo presente? É alguém que também constitui a história que está sendo contada, fazendo parte do enredo? É um terceiro que conta de forma imparcial, ou um personagem integrante da trama que narra o ambiente no qual está envolto a partir do seu ponto de vista? Há critérios que delimitam até que ponto pode ir o narrador? Esses critérios, caso existam, mudam os seus regramentos a depender de quem é que está a narrar?

A perspectiva do narrador é relevante para a literatura. De modo geral, o foco narrativo importa tanto para a crítica literária quanto para a teoria literária, podendo se mencionar aqui ainda o próprio leitor desinteressado em qualquer coisa outra que não a trama na qual seus olhos e atenção estão mergulhados. Para cada um desses enfoques possíveis na literatura (crítica, teoria e a própria leitura em si), a questão do local que é ocupado pelo narrador na história resulta em implicações próprias que ensejam em abordagens, interpretações e conclusões variadas. Um crítico pode levar em conta o fato de determinada obra ser narrada em primeira pessoa para estabelecer sua análise sobre a forma com a qual a narrativa é construída: se o relato convence, se a narrativa é bem elaborada, se os diálogos presentes na história são plausíveis. Já um pesquisador pode tomar o foco narrativo como base de sua abordagem metodológica, qualquer seja ela, com o fito de observar se a categoria narrativa ali empregada é condizente com as bases que se têm até quando dessa análise ou se se trata de alguma espécie de rompanete. Por fim, o simples leitor pode ser afetado em seu grau de atenção

e confiança para com aquilo que lhe é contado na história a depender de onde se situa o narrador: talvez se tenha a impressão de que um narrador terceiro e imparcial, que sequer faz parte da história, funciona como uma espécie de Deus Supremo Criador daquele universo, merecendo amplo crédito e crença em tudo aquilo que relata nas páginas da obra, enquanto possa se desconfiar minimamente da história quando essa é contada por algum personagem da trama, pois a narrativa em primeira pessoa tende a ser parcial, de modo que o crédito conferido ao narrador pode acabar sendo abalado. Não que tudo isso seja uma regra, pois há variações. Mas a coisa toda, genericamente, pode ser assim minimamente resumida.

A questão é: o narrador pode tudo? O narrador define todas as regras do jogo literário? Independente de qual seja o gênero literário de uma determinada história, o narrador possui amplos poderes para estabelecer suas próprias regras – por mais que esses regramentos estejam dissonantes da realidade?

Se a história pertence ao narrador, se o relato é feito por quem conta, tem-se que a definição de como o caso será contado é gerida por quem dita a coisa, ou seja, o narrador escolhe, articula e conta a história como bem entender. Se numa história ambientada numa França do século XIV, por exemplo, em que se relata uma sociedade tal qual aquela apresentada por Victor Hugo em *Os Miseráveis*, o narrador insere, à esmo, uma série de monstros e viajantes espaciais que surgem na obra sem qualquer explicação aparente, haverá um grotesco rompante – para o desespero dos estruturalistas principalmente. Talvez a escolha do narrador em assim proceder não agrade leitores, críticos e pesquisadores. Talvez o narrador acabe por cometer impropérios imperdoáveis por assim proceder. Talvez o narrador seja criticado, com ou sem razão as críticas, pela ilogicidade de sua trama. Ainda que assim seja, mesmo que cabíveis os apontamentos críticos em uma situação hipotética como a em comento, o fato é que, por a história estar sendo contada pelo narrador, é esse quem define os rumos da trama, do relato, da narrativa. A resposta para a pergunta de que se é o narrador que tudo define, nessa perspectiva, seria afirmativa.

Isso não significa, porém, que a história em si pertença ao narrador. Aquele que narra, dita as regras, conta como a coisa se deu, diz sobre o enredo. Porém, por mais que assim seja, ocupando o narrador a função primordial de definir e dizer como a coisa foi, o todo da história pode não necessariamente pertencer a si. Talvez possa se dizer que numa narrativa literária em terceira pessoa o narrador ocupe a função de uma espécie de Deus que pode dizer tudo sobre o todo. Entretanto, até mesmo essa perceptiva pode ser contestada, uma vez que, de acordo com WOOD (2017, p. 20) *“a narração em primeira pessoa costuma ser mais confiável que não confiável, a narração “onisciente” na terceira pessoa costuma ser mais parcial que onisciente”* – isso porque existiria uma tendência estilística de o autor em geral fazer com que sua narrativa em terceira pessoa adote um tom parcial e tendencioso. A onisciência do narrador, para WOOD, seria algo praticamente impossível, pois *“na mesma hora em que alguém conta uma história sobre um personagem, a narrativa parece querer se concentrar em volta daquele personagem, parece querer se fundir com ele, assumir seu modo de pensar e falar”* (2017, p. 22). Assim, por mais que possa se assumir ser o narrador em terceira pessoa uma espécie de Deus do mundo sobre o qual narra, estabelecendo toda e qualquer regra sobre aquele mundo literário, ao menos um lampejo de desconfiança sobre esse Deus literário é possível lançar.

Quanto ao narrador em primeira pessoa, tem-se que sua perspectiva é parcial. Narra sempre a partir do seu próprio ponto de vista. Ao contrário do narrador em terceira pessoa, que sabe e pode dizer o que cada um dos personagens está fazendo ao longo da história, o narrador em primeira pessoa sabe apenas aquilo que lhe é apresentado pela própria narrativa, não podendo assim, portanto, dizer algo que contrarie a própria lógica da estrutura narrativa na qual está inserido. As impressões sobre as demais personagens que compõem a história podem justamente ser mera impressões que não correspondem necessariamente àquela realidade literária. É o seu juízo que funda o seu pensar sobre tudo o que o circunda, o que reflete em seu ato de narrar. Se alguém está falando sobre outro alguém, pode ser que o que é dito não esteja fidedignamente ligado ao que de fato

condiz sobre aquele outro alguém. Assim, o narrador, ao falar de alguém outro, pode estar equivocado, pois suas impressões dependem de uma série de fatores que influenciam direta e indiretamente no próprio ato de narrar.

O narrador, portanto, define tudo? Depende. Seja como for, a desconfiança é um ato permitido ao leitor quando em contato com algumas formas de narrativas – e isso vale tanto para a narrativa literária quanto para a narrativa jurídica.

### **Um exemplo literário: *Dom Casmurro*, de Machado de Assis**

A fim de ilustrar como e por quais razões a desconfiança sobre o narrador pode surgir, elenca-se o romance *Dom Casmurro*, de Machado de Assis, como exemplo.

Fala-se aqui na grande e controversa questão sobre a traição ou não de Capitu para com Bentinho. O impasse talvez decorra justamente disso que aqui se fala. É que em *Dom Casmurro* o que se tem é um protagonista funcionando como narrador, de modo que tudo aquilo que é contado ao leitor se trata da perspectiva de um alguém que faz parte da própria história e que narra algo sobre o próprio mundo no qual está inserido – ‘aquele’ mundo. Nesse caso, Capitu não ganha o direito de se defender da acusação contra si lançada, já que a perspectiva da narrativa não é sua e nem de um terceiro não envolvido na história. Sendo assim, assumir a traição de Capitu é tomar como verdade a perspectiva de um narrador que faz parte daquele todo, ou seja, é tomar como verdade o todo pela parte. Frise-se que essa verdade é estabelecida por Bentinho através de pistas, assim entendidas pelo próprio, que são reunidas a fim de formar uma espécie de acervo probatório e resultar na conclusão de que a traição ocorreu. Entretanto, essa construção é feita através de ilações, por mais fortes que pareçam ser para alguns, e não por algo mais concreto. Ressalte-se que, independentemente da posição ou palpite que o leitor possa ter ou

dê sobre esse grande mistério literário, Bentinho nunca flagrou Capitu o traíndo.

TODOROV aduz que “*a literatura [...] tem a linguagem ao mesmo tempo como ponto de partida e como ponto de chegada*” (2013, p. 54). De fato. Mas mesmo considerando que o mundo literário está inserido apenas dentro da própria linguagem que o cria, há estruturas que são observadas para que inexistam rompantes que desestruturariam a própria categoria ‘literatura’. A permissão dada para a desconfiança sobre o narrador é um ato que não fere nem desrespeita a literatura em qualquer de suas vertentes, formas e perspectivas. Assim, no âmbito aqui estabelecido, pontuar que o narrador literário possui certas observâncias e restrições a serem levadas em conta não viola a liberdade plena que possui – por mais paradoxal isso possa parecer.

### **Um exemplo jurídico: um processo judicial qualquer em sua dinâmica**

Para ilustrar como a problemática da narrativa no direito pode surgir, toma-se como exemplo um processo judicial hipotético. Imagine-se que um certo alguém é acusado da prática de determinado crime. Para o processo que é instaurado para averiguar o caso, falamos, perante o juiz, o acusado, a vítima e mais duas testemunhas – o policial que efetuou a prisão do acusado e uma pessoa que viu o crime acontecer. Representando o Estado na qualidade de acusador está um promotor de justiça, enquanto realizando a defesa do acusado está um advogado.

Cada relato dado por uma dessas partes pode ser considerada uma narrativa em particular – que não vinculará a narrativa final do processo, uma vez que há uma única figura responsável por estabelecer a versão final sobre os fatos que é articulada via... narrativa!

Diferentemente da literatura, no direito (pelo menos na parte dos processos judiciais) o que há é um narrador final que não possui a mesma liberdade que o narrador literário. É que para que se estabeleça a narrativa definitiva no processo judicial, o narrador final deve levar em conta todo

o conflito prévio de narrativas que já existe no processo. As versões das partes geralmente são dissonantes entre si, ensejando em várias narrativas conflitivas. É a partir disso que deve se extrair os relatos mais condizentes com a realidade – via análise de todo o contexto probatório – para se estabelecer a narrativa jurídica que dirá a “verdade” sobre os fatos ali tratados, pois “*os cânones da ficção narrativa – consistência e coerência narrativas – são construtores da pretensão ou, ao menos, da promessa de sentido*” (GONZÁLEZ, 2018, p. 26), ou seja, já que impossível o alcance da verdade via processo, e em sendo o direito ficcional, resta a construção da narrativa final do caso a partir de critério mínimos de consistência e coerência, que devem levar em conta tanto a análise probatória, quanto o sentido que se estabelece via narrativa.

A peculiaridade da narrativa jurídica, a que se observa nos processos judiciais, é justamente a construção dessa que se dá a partir de outras narrativas que geralmente são conflitantes. No exemplo aqui trazido, a vítima pode declarar determinada versão em seu depoimento, enquanto o acusado relata algo em sentido diverso. Ao mesmo tempo, a testemunha ocular dos fatos diz aquilo que lembra e o que interpretou sobre o visto, além de o policial trazer suas impressões sobre o pós-fato, visto que chegou ao local do ocorrido somente após cessado o *iter criminis*. E não para aí. O promotor, responsável pela acusação, estabelece a sua narrativa sobre os fatos, elencando os pontos que digam interesse à sua perspectiva ou intenção com o processo. É então assim estabelecida uma outra camada de narrativa, visto que essa “oficial” – por ser narrada por uma parte que nessa qualidade integra o processo. De outro lado, o advogado também estabelece uma camada própria de narrativa, o que é feito estrategicamente a partir dos elementos probatórios e narrativos outros que compõem o acervo do processo, ensejando por vezes uma versão diversa daquilo que foi narrado pelo promotor. Ao juiz, que é o narrador final do processo, são levadas essas narrativas conflitantes, o qual, em seu julgar, narrará a versão final sobre os fatos, estabelecendo aí a última e final camada narrativa no processo.

O que se tem, portanto, no processo judicial, são narrativas sobrepostas que, a partir de narrativas conflitivas, ensejam na construção de uma narrativa final, a saber, a decisão judicial sobre o caso. O narrador final é quem estabelece a última versão sobre os fatos através de sua narrativa decisória, pois *“o juiz é o último a falar e apaga a luz; e a coisa julgada, uma vez que precluem os prazos, [...] torna-se algo [...] em algo “maravilhoso”, se torna “verdade”*” (GONZÁLEZ, 2018, p. 59-60).

Assim, na narrativa jurídica não se tem a mesma liberdade (que não é plena) como na narrativa literária. Por mais que a narrativa jurídica também seja, sempre, ficcional, a forma com a qual ela é construída possibilita que não se deva crer nela como uma espécie de verdade imutável. O conflito de versões, ou de narrativas, leva o narrador final à difícil missão de construir a narrativa que porá fim à discussão existente naqueles relatos tantos que compõem o processo. Daí que a desconfiança é também cabível no plano da narrativa jurídica, permitindo-se ao leitor que, ao considerar as nuances tantas que evidenciam as diversas problemáticas no que tange a construção dessa narrativa final, desconfie daquilo que relata o narrador último.

### **Narrativa literária e narrativa jurídica: aproximações possíveis e impossíveis**

A partir dos exemplos observados, tem-se que é possível analisar a questão da narrativa a partir do seu foco – tanto no direito como na literatura. Por mais que se possa dizer que a narrativa jurídica lide com a realidade e que a narrativa literária trate do ficcional, aproximações entre essas duas áreas são possíveis ao considerar o recorte aqui estabelecido. Essa divisão entre realidade e ficcional é bastante tênue, de modo que não se deve considerar estritamente tal distinção. É que o direito, mesmo que seja voltado para casos concretos extraídos da realidade, possui um caráter inegável de ficcionalidade. A literatura, de igual modo, nem sempre lidará com o ficcional em sua totalidade – por mais ficcional seja a narrativa construída. Há

limites, portanto, em ambas as áreas, limites esses que permitem aproximações (a questão da narrativa, por exemplo) e impossibilitam outras (dar a ideia de existência para algo puramente ficcional – por mais que o direito costume fazer isso...). Deste modo, “*assume-se que embora não sendo literatura, em sentido estrito, o direito possa propiciar abordagem literária, nos sentidos ontológico e crítico*” (GODOY, 2008, p. 92).

Para TODOROV (2013, p. 21), “*a narrativa se constitui na tensão de duas forças*”, sendo uma aquela da mudança, a do caos, onde presente está o fluxo de acontecimentos, enquanto a outra seria a da ordem que busca organizar a sucessão de acontecimentos. A narrativa não obedece apenas a uma dessas forças, “*mas se constitui na tensão das duas*”. O que se aponta aqui é que essa constituição que se faz a partir da tensão das forças mencionadas está presente tanto na narrativa literária, quanto na narrativa jurídica. O que é escrito numa redação jurídica é feito com o fito de se dar ordem às coisas, de se apontar para uma coerência sobre a ordem e o acontecimento dos fatos, de se justificar a razão pela qual determinada norma há de ser aplicada diante da ocorrência de um dado fato, pois “*os fatos, em si, por narrados, são naturalmente controvertidos, multivertidos*” (FERRAREZE FILHO, 2018, p. 28). Assim como em um romance literário, o narrador jurídico deve escrever o seu relato de modo que a história ali contada faça sentido. Há de existir coerência no que está posto via narrativa. Nesse ponto, a narrativa enquanto elemento, enquanto instrumento, enquanto conceito, pode e dever ser refletida e aplicada no âmbito jurídico, a fim de que suas particularidades sejam levadas em conta num âmbito para além do literário – respeitando-se, claro, sempre, as categorias próprias inerentes de cada saber em que esse conceito, a narrativa, estiver inserido, tanto na literatura como no direito.

Por várias razões e por diversas perspectivas, pode-se dizer que “*o Direito brasileiro, infelizmente, já tem ignorado as lições da literatura há tempo demais*” (STRECK, 2018, p. 92). No âmbito aqui exposto, (re)pensar o direito através do conceito literário de narrativa, transpondo-o ao meio

jurídico dentro dos limites permitidos, enseja numa valiosa lição advinda da reflexão acerca da questão de que se pode ou não tudo o narrador.

### **A conclusão: até que ponto pode se desconfiar do narrador?**

Conforme se observou, a desconfiança sobre a figura do narrador é legítima tanto na literatura como no direito. Observadas suas particularidades, cada área possui nuances que podem ser pensadas e problematizadas ao considerar o foco narrativo, levando-se a questionar os limites que o narrador literário e o narrador jurídico possuem.

São reconhecidas as devidas diferenças que formam a narrativa no plano da literatura e o uso desse conceito no âmbito jurídico. Diante disso, no direito a narrativa pode ter aquele sentido atribuído por GONZÁLEZ: *“o Direito é a narração de fatos alternativos aceitos como dever ser, e esses fatos, imaginários, são admitidos como Direito mediante pacto de escritura ficcional que é a simulação de sua realidade”* (2018, p. 22). A narrativa jurídica, portanto, tem muito mais de ficcional do que se admite ter.

O narrador final, no plano jurídico, define os fatos apenas formalmente, já que o alcance dos fatos em si é tarefa impossível. E que não se diga em isenção do subjetivismo daquele que narra no direito, pois a ideia de neutralidade do narrador é também ficcional, mesmo porque *“não existe ciência social (nem mesmo ciência) que seja livre de toda subjetividade. A simples escolha de um conjunto de conceitos teóricos ao invés de outro já pressupõe uma decisão subjetiva”* (TODOROV, 2013, p. 83). Na narrativa que é construída nesse meio, o plano jurídico se vale de seus próprios constructos ficcionais para dar credibilidade àquilo que é relatado, ensejando numa retórica autojustificante. Pretensões jurídicas como imparcialidade e neutralidade, por exemplo, surgem nesse fenômeno, evidenciando a ficcionalidade do direito e, conseqüentemente, possibilitando a desconfiança sobre o narrador jurídico, já que *“no processo, as narrativas serão sempre ficcionais”* (FERRAREZE FILHO, 2018, p. 28).

A presente exposição se situa, portanto, no âmbito interdisciplinar daquilo que pode se chamar de ‘movimento Direito e Literatura’. A abordagem metodológica que aqui se trilhou é a do Direito *como* Literatura, na qual são investigadas as possíveis aproximações de instrumentos literários, como a sua escrita e constituição, ao campo jurídico, principalmente no que tange à construção da escrita e do discurso. A questão da narrativa, mais precisamente do foco narrativo, foi o recorte estabelecido para se fazer a intentada aproximação. Buscou-se enfrentar questões como a de se o narrador define os fatos na narrativa literária e na narrativa jurídica de igual modo, se é possível desconfiar do narrador a partir da sua perspectiva e se até que ponto a narrativa literária pode ser aproximada e comparada à narrativa jurídica. Em razão disso, para se dar mais visibilidade as questões teóricas aqui tratadas, utilizou-se como exemplo o romance “Dom Casmurro”, de Machado de Assis, como base de narrativa literária para o estudo, a fim de se comparar com o modo pelo qual a narrativa jurídica é construída em um processo judicial, tendo-se assim os dois elementos, um literário e um jurídico, a partir dos quais a aproximação e comparação foram analisadas.

No direito, a narrativa é marcada pela escolha, a partir de determinados critérios, de versões conflitivas. Na literatura, esse conflito de narrativas está ausente. Quando a narrativa é feita em primeira pessoa, tem-se apenas a visão do personagem narrador. No caso de “Dom Casmurro”, não se sabe a perspectiva de Capitu ou de Escobar, por exemplo. Já no direito, presentes estão tantas perspectivas quanto forem possíveis, essas que por sua vez, para além de possíveis aspectos psicológicos que podem ainda ser levados em conta, estão sobrepostas por diversas camadas narrativas – a testemunha presta o seu depoimento, que é escrito por uma pessoa outra, que por sua vez é “traduzido” pelas partes do processo propriamente ditas, que, por fim, é narrado em definitivo pelo juiz do caso.

Na literatura, por mais que se tenha determinados critérios a serem observados, não há outra pessoa além do narrador que possa surgir com algum relato conflitivo. Talvez aí esteja uma das essências da literatura,

pois essa complementariedade possível depende sempre do leitor. E é aí que está, no leitor, a possível narrativa conflitiva – sempre subjetiva.

Quanto a pergunta que se buscou responder, sobre até que ponto se pode desconfiar do narrador, arrisca-se a dizer que é até o ponto que o leitor julgar válida e devida a desconfiança. Respeitados os critérios que delimitam a construção das narrativas literária e jurídica, sobram nuances a serem observadas que põem em xeque a credibilidade do narrador. Quem narra é quem define? Sim. E também não.

## Referências

- ASSIS, Machado de. **Dom Casmurro**. Ed. Especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.
- FERRAREZE FILHO, Paulo. **Decisão Judicial no Brasil: narratividade, normatividade e subjetividade**. Florianópolis: EMais, 2018.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito & Literatura: ensaio de síntese teórica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- GONZÁLEZ, José Calvo. Nada no direito é extraficcional (escritura, ficcionalidade e relato como *ars iurium*). In: TRINDADE, André Karam; KARAM, Henriete (Editores). **Por Dentro do Lei: direito, narrativa e ficção**. 1ª Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2018
- STRECK, Lenio. Luiz. Fatos, relatos e interpretações. In: TRINDADE, André Karam; KARAM, Henriete (Editores). **Por Dentro do Lei: direito, narrativa e ficção**. 1ª Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2018
- TODOROV, Tzvetan. **As Estruturas Narrativas**. 5ª Ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- TRINDADE, André Karam; KARAM, Henriete. Apresentação. In: TRINDADE, André Karam; KARAM, Henriete (Editores). **Por Dentro do Lei: direito, narrativa e ficção**. 1ª Ed. Florianópolis: Tirant Lo Blach, 2018
- WOOD, James. **Como Funciona a Ficção**. São Paulo: SESI-SP Editora, 2017.

## A colidência entre os modelos de Juiz Wargrave e o das garantias: um estudo sobre a imparcialidade judicial

*Paulo Thiago Fernandes Dias*<sup>1</sup>  
*Sara Alacoque Guerra Zaghlout*<sup>2</sup>

### Introdução

Reconhecida mundialmente como uma das grandes escritoras de obras literárias que versam sobre romances policiais clássicos, sendo, inclusive, uma das autoras mais traduzidas (RO, 2019, p. de internet), Agatha Christie apresenta ao público a interessantíssima obra “E não sobrou nenhum”, publicada no Brasil em 2014 (4ª edição), pela Editora Globo, com tradução de Renato Marques de Oliveira, e que servirá de inspiração para o presente estudo sobre as alterações promovidas pela recente Lei nº 13.964/2019 na legislação criminal, com destaque para a polêmica em torno da criação do denominado juiz das garantias.

Antecipadamente, vale informar às pessoas que, por ventura, não conheçam referida obra, que as páginas seguintes conterão informações e

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Público pela UNISINOS/RS. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor, em nível de graduação, na UNICEUMA (Direito Penal) e na UNISULMA (Direito Processual Penal e Direito Penal). Integrante do grupo de pesquisa “Liberdade e Garantias”, vinculado ao PPGD/UNISINOS. Integrante do grupo de estudos “Sistema de Justiça, Neoprocessualismo e Direitos Humanos”, vinculado ao Curso de Direito/UNISULMA. Advogado. Lattes: [lattes.cnpq.br/424735323466382](http://lattes.cnpq.br/424735323466382).

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito Público pela UNISINOS/RS. Bolsista CAPES. Mestra em Ciências Criminais pela PUCRS. Pós-graduada *lato sensu* em Processo Penal pela Faculdade Anhanguera. Professora, em nível de graduação, de Direito Constitucional na UNICEUMA. Advogada. Membro do grupo de pesquisa “Liberdade e Garantias”, sob a coordenação do Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy. E-mail: [sah.alacoque@hotmail.com](mailto:sah.alacoque@hotmail.com)

detalhes sobre a trama envolvendo dez protagonistas reunidos na misteriosa Ilha do Soldado, localizada em Devon, no Reino Unido, durante a década de 1940. Feito o alerta, prossegue-se.

Optou-se pela não abordagem da série homônima que adaptou “e não sobrou nenhum” para a televisão, por entender-se que a obra televisiva de Akpabio, Viveiros, Keane (2015) não foi feliz na construção dos personagens, tamanha a extrema superficialidade tal qual retratados.

Busca-se, por meio desta pesquisa, o estudo das recentes alterações operadas na legislação criminal, notadamente no que tange ao Direito Processual Penal, através da criação da figura do juiz das garantias, proposta que já constava do Projeto de Lei do Senado Federal nº 156/2009, dedicado à elaboração de um novo Código de Processo Penal (o qual, como se sabe, jamais passou perto de ser aprovado<sup>3</sup>).

Assim, valendo-se da interação entre Direito e as Artes, como ênfase na Literatura, far-se-á um paralelo entre fictícia figura do magistrado Wargrave e a do famigerado juiz das garantias, que tanto vem gerando polêmica no Brasil, a ponto de ser, conforme Giacomolli (2011), estigmatizado, mesmo quando ainda figurava no PL/Senado nº 156/2009, por seus detratores<sup>4</sup>.

Não por acaso, mesmo com a sanção da Lei nº 13.964/2019, as disposições referentes ao juiz das garantias se encontram suspensas, em face do deferimento de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298, procedente do Distrito Federal, pelo Ministro Luiz Fux. Segundo o Ministro, a instituição do juiz das garantias não sobreviveria a uma análise econômica do Direito, pois, nos termos de seu equivocado entendimento, referido instituto (juiz das garantias) causaria danos sérios à duração razoável do processo, sendo causa para a produção de impunidade (STF, 2020, p. 29).

---

<sup>3</sup> Atualmente, o PL nº 156/2009 foi convertido no PL nº 8045/2010 (ao qual já foi apresentado Substitutivo pelo relator).

<sup>4</sup> Entende-se que parte desse grupo é crítico da figura do juiz das garantias por absoluta ignorância (especialmente quanto à finalidade e aos pilares do Direito Processual Penal, no contexto de um Estado Constitucional e Democrático de Direito). Outros resistentes à implementação do instituto, porém, merecem ser retratados como membros do “Movimento Sabotagem Inquisitória”. Expressão esta cunhada por Lopes Jr e Moraes da Rosa (2020, p. de internet).

Mencionada decisão é um desastre completo pois, a despeito de seus efeitos nocivos à democratização do processo penal brasileiro, ela não reúne, minimamente, argumentos dignos de uma Corte de cúpula do Judiciário, podendo, certamente, ser considerada como juridicamente vazia, acéfala.

Aludida (e desvirtuada) decisão monocrática, portanto, não merece ser discutida neste espaço, que se ocupará da análise do instituto do juiz das garantias, nos termos propostos pela Lei nº 13.964/2019<sup>5</sup>, por meio do encontro entre a Literatura e o Direito.

A propósito do tema geral desta obra coletiva (Direito e Literatura), ele passou a “[...] ganhar repercussão a partir de 1998 com a publicação de Eliane Botelho Junqueira *Literatura & Direito: uma outra leitura do mundo das leis*”, conforme magistério de Oliveira (2019, p. 116). Em idêntico sentido é a contribuição intelectual de Söhngen (2008, p. 13):

Assumindo a voz da coordenação do grupo, cabe aqui inscrever e contra-argumentar sobre o estranhamento provocado pelas aproximações que procuramos realizar entre o Direito e a Literatura, pois os discursos acerca dessa interface aparecem ainda muito vinculados à exclusiva ideia de entretenimento ou a uma espécie de fuga dos temas realmente sérios, seguros e válidos; principalmente, em um território que se diz o Direito, findo, acabado e resolvido na completude de seu ordenamento.

Considera-se que esse encontro entre o Direito e a Literatura potencializa, amplia e enriquece a análise de institutos afetos à Ciência Jurídica. Espera-se, através de proposta tão desafiadora, contribuir para um estudo sério do Direito Processual Penal, tradicional mecanismo de persecução de grupos vulneráveis por Estados autoritários. Assim, qual o ponto de contato entre o fictício magistrado Wargrave e o instituto do juiz das garantias (previsto pela Lei nº 13.964/2019)?

---

<sup>5</sup> Também não se promoverá uma análise pormenorizada de todas as alterações promovidas pela referida lei quanto à implementação do juiz das garantias. Trata-se de um trabalho dedicado ao estudo da imparcialidade judicial, principalmente a partir do distanciamento do magistrado das funções investigatórias e acusatórias, como ocorre tradicionalmente no Brasil.

Nos limites dos excessos da razão, o texto literário pode ser considerado como ponto de partida dessas investigações, na medida em que liberta os sentidos e ultrapassa a realidade imediata do discurso jurídico que, assim, atinge o seu pleno desenvolvimento na ficção, instituindo o enfrentamento de um problema hermenêutico fundamental para o Direito que compromete a interpretação e, ao mesmo tempo a liberte (SÖHNGEN, 2010, p. 9).

## **1 Não sobrou nenhum?**

Dez pessoas, teoricamente desconhecidas umas das outras, são convidadas, por um casal misterioso, para se hospedarem e confraternizarem numa luxuosa mansão localizada na Ilha do Soldado (local de difícil acesso e praticamente incomunicável). Atraídas, por motivos diversos, ao referido local, essas pessoas, protagonistas da obra de Christie (2014) são apresentadas, individualmente, até que todas se encontrem hospedadas na mesma mansão.

Passado um momento inicial de estranhamento, esses dez protagonistas criam alguns laços, até que, após o jantar, um sinistro evento rouba a atenção de todas as dez pessoas presentes no recinto. Exatamente às 21h20min, uma gravação começou a ser executada, num dos cômodos da casa, desestabilizando os dez protagonistas. É que, um a um, foram os personagens apontados como autores ou responsáveis diretos pelas mortes de outras pessoas, encerrando-se com os seguintes dizeres: “acusados presentes no tribunal têm alguma coisa a alegar em sua defesa?” (CHRISTIE, 2014, p. 73).

A linguagem utilizada pela enigmática gravação já é capaz de criar no leitor uma certa suspeita sobre um dos personagens da trama, já que cada um possui uma atividade laboral ou uma característica marcante, por meio da qual será trabalhado no decorrer do livro. Assim (CHRISTIE, 2014): Edward Armstrong (médico); Emily Brent (fanática religiosa); Lawrence Wargrave (magistrado aposentado); Vera Claythorne (secretária); Philip Lombard (capitão); Anthony Marston (jovem motorista imprudente); John Macarthur (general); William Blore (ex-policial); Thomas Rogers (mordomo) e Ethel Rogers (cozinheira).

Intimidados e constrangidos com as acusações feitas contra si, algumas pessoas ameaçam deixar o local, porém, ficam sabendo que estão presas, pois não há como deixar a ilha, nem mesmo estabelecer comunicação com o outro lado do mar. A tensão é muito bem construída pela autora, pois a angústia dos personagens é sentida com certa naturalidade. Desse modo, os mistérios que se seguem em cada página são capazes, inclusive, de colocar dúvidas no(a) leitor(a), malgrado seja o título bem insinuante acerca do desfecho da história.

Momentos seguintes ao misterioso áudio, um dos personagens morre. No caso, Anthony Marston falece após consumir veneno, sub-repeticionalmente inserido em sua bebida. Não menos misteriosa é a coincidência entre essa morte e um poema, afixado nos quartos dos personagens da trama. Tal poema tem o mesmo nome que o título do livro e narra a morte de dez soldadinhos. Sempre que um dos personagens morre, também desaparece um dos soldadinhos feitos de porcelana que se encontravam no centro da mesa de um dos cômodos da casa (criando mais um mistério).

Os personagens então se veem desconfiados uns dos outros e em constante conspiração. Todos (os sobreviventes) são suspeitos das mortes que vão acontecendo e muito em função da atuação do ex-juiz Wargrave, que, a despeito de colocar-se na condição de um possível suspeito, toma as rédeas da situação, valendo-se da sua condição de ex-magistrado. Suspeita essa que só deixa de existir com a efetiva morte do personagem.

O cenário é dos mais inquietantes. São personagens acusados pela prática de crimes (que vão ocorrendo nos estritos termos do mencionado poema), isolados numa ilha, sem comunicação com a cidade mais próxima e desconfiados uns dos outros. Trata-se, portanto, de um contexto típico de dilema do prisioneiro:

A não cooperação entre os agentes leva a um resultado pior individualmente do que se houvesse a cooperação, isto é, a estratégia dominante é prejudicial. Daí que não se pode começar ou permanecer numa guerra/jogo por meio de julgamentos aparentemente racionais, desprovidos de avaliações contingentes das consequências das consequências. O dilema do prisioneiro demonstra que

o resultado coletivo não decorre necessariamente de escolhas individuais utilitaristas, mas de contingências e interações inerentes ao jogo processual (MORAIS DA ROSA, 2015, p. 39).

Mas ainda que tivessem, efetivamente, trabalho em conjunto, todos os personagens são mortos. E isso se dá por uma razão bem simples: o destino de todos foi antecipada e friamente planejado nos mínimos detalhes por um deles – o juiz Wargrave, cujo nome sugestivo (somatória de guerra/*war* e sepultura/*grave*, em tradução livre) já entregava a sua afeição pela morte. Wargrave foi o mentor de toda a trama e autor direto de pelo menos nove das dez mortes.

Acometido de uma doença grave e incurável, o magistrado aposentado se fascinou, durante o exercício da função judicante, por condenar pessoas à força. Ele se enxergava como uma espécie de divindade, detentora de poder absoluto sobre os destinos das pessoas que considerava como indignas de vida. E foi com essa mentalidade que Wargrave atraiu suas presas para a Ilha do Soldado e levou a cabo o seu mórbido plano.

Wargrave agiu como investigador, acusador, julgador e carrasco ao mesmo tempo. Ele concentrou em si mesmo todas as funções dos atores do Sistema de Justiça. Wargrave era a própria figura do inquisidor, que torturou e condenou à morte as pessoas sujeitas ao seu poder soberano. Wargrave era o Estado penal em suas máximas consequências, decidindo pela inocência ou culpa de alguém através de seus juízos morais.

Na carta que deixou, revelando os pormenores de seu plano atroz, Wargrave explicitou a forma arbitrária como definia quem era culpado e também o seu gozo triunfante com a expiação das pessoas que condenava à morte:

O crime e o castigo sempre me fascinaram. [...]. Ver um criminoso desgraçado contorcendo-se de agonia no banco dos réus, sofrendo as torturas próprias dos danos, enquanto sua condenação e sua perdição se aproximavam lenta e inexoravelmente, era para mim um prazer indescritível. Que fique bem entendido: eu não sentia prazer algum em ver ali um homem inocente (CHRISTIE, 2014, p. 386).

O complexo personagem privou seus alvos de uma garantia básica de qualquer Estado pretensamente Democrático e Constitucional de Direito: o julgamento perante um órgão do Poder Judiciário imparcial. Wargrave, pessoalmente, investigou (indo ao encontro de elementos de informação), julgou (por meio de impressões e juízos morais) e executou (de forma triunfal) seus alvos na Ilha do Soldado, valendo-se dos preconceitos fortalecidos durante os anos como magistrado: “posso dizer que observei atentamente a fisionomia de meus convidados durante aquela denúncia e que não tive dúvida alguma, graças à minha longa experiência no tribunal, de que todos eram culpados” (CHRISTIE, 2014, p. 393).

## **2 A importância do juiz das garantias para a democratização do processo penal brasileiro**

Antes do início do estudo da figura do juiz das garantias e, outrossim, da imparcialidade judicial, vale destacar que a Lei nº 13.964/2019, também conhecida como anticrime, é fruto de um processo legislativo tumultuado, em muitos aspectos inconstitucional e apressado, já que boa parte das propostas iniciais de alteração da legislação criminal foi apresentada no início de 2019 pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Com isso, pouco se discutiu, estudou e avaliou acerca dos reais impactos e propósitos de alterações legais tão complexas, já que mais de dez leis foram modificadas.

Demais disso, mesmo com a presença de institutos interessantes como a cadeia de custódia (Art. 158-A e ss do CPP), o juiz das garantias (Art. 3º-B e ss do CPP) e a vedação de adoção de medidas instrutórias por parte do magistrado (Art. 3º-A do CPP), a Lei nº 13.964/2019 consiste em mais um projeto legislativo punitivista, autoritário e retrógrado, já que aposta na mesma Política Criminal encarceradora adotada no Brasil há mais de trinta anos.

É seguro afirmar que a lei em comento, apesar de apresentada, por seus apoiadores, como algo destinado à redução dos índices de criminalidade, pouco ou nada contém de efetivo para o campo da Segurança

Pública. Sendo, a exemplo da experiência internacional, mero instrumento de obtenção de capital político, ancorado no populismo penal:

Desde luego, cuando se emplea la expresión “seguridad” para denominar un texto legal de carácter penal, ya sabemos por experiencia por donde van los tiros. Las políticas de “seguridad nacional”, “seguridad ciudadana”, etc. se han utilizado siempre y con ese nombre por Estados autoritarios (o en períodos autoritários de algunos Estados de Derecho) como pretexto para restringir derechos fundamentales y libertades ciudadanas en aras de una mayor eficacia frente al “desorden” y la “inseguridad”, el “caos” y el “libertinaje”, que según los inspiradores de estas políticas amenazan la paz de la convivencia social en un momento determinado. Que esta situación de “caos” o “libertinaje” exista en estos momentos en España es más que dudoso. Lo que sí existen son determinados problemas políticos, económicos o sociales que tienen diversas causas y manifestaciones, que sólo en parte tienen que ver o pueden solucionarse con el Derecho penal. Una vez más el recurso al Derecho penal, demuestra hasta que punto muchos políticos están más decididos a utilizar la vía represiva punitiva, como única forma de luchar contra estos problemas, antes que adoptar medidas sociales o económicas para prevenirlos, y si no eliminarlos por completo, reducirlos (MUÑOZ CONDE, 2009, p. 12/13).

No que tange ao Código de Processo Penal, a Lei nº 13.964/2019 altera o artigo 3º do diploma legal aprovado na década de 1940. Com tais modificações<sup>6</sup>, o art. 3º-A do CPP recebeu a seguinte redação “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 2019, p. de internet).

Ademais, com a inserção do artigo 3º-B ao artigo 3º do CPP, instituiu-se a figura do juiz das garantias, por meio da qual, em apertada síntese, a prevenção perde a condição de critério para a fixação da competência, tornando-se justamente o oposto. Explica-se. Nos termos do artigo 83 do CPP, em havendo mais de um juízo com igual competência em matéria criminal, será considerado prevento aquele que primeiro emitir juízos decisórios em

---

<sup>6</sup> Suspensas, até o fechamento deste trabalho, nos termos ressaltados na introdução, por força de decisão monocrática proferida pelo Ministro Fux (STF, 2020, p. de internet).

determinado feito, mesmo que antes do recebimento da inicial acusatória. Ilustrando: existem na Comarca de Montes Altos/MA as Varas Criminais 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup>, sendo que ambas possuem as mesmas competências. Supondo que o Juízo da 1<sup>a</sup> Vara Criminal tenha, primeiramente, proferido decisão nos autos de determinada investigação preliminar instaurada (exemplo: decretado um meio oculto de investigação – interceptação telefônica), em face da prevenção, o Juízo da 1<sup>a</sup> Vara Criminal será o competente para julgar os demais incidentes afetos ao caso, bem como as questões processuais decorrentes. Este o modelo que vige, pelo menos, desde a entrada em vigor do Código de Processo Penal em 1942. “Prevenção é, portanto, a concentração, em um órgão jurisdicional, da competência que abstratamente pertencia a mais de um órgão, inclusive a ele próprio, por ter atuado, previamente, no processo” (BADARÓ, 2019, p. 247).

Com a implementação do juiz das garantias, a prevenção não mais se configurará como critério para a definição de competência, mas para a sua derrogação. Segundo Lopes Jr e Ritter (2016, p. 65):

Em definitivo, a prevenção é uma causa de exclusão da competência. O juiz instrutor é prevento e, como tal, não pode julgar. Sua imparcialidade está comprometida não só pela atividade de reunir o material ou estar em contato com as fontes de investigação, mas pelos diversos prejuízos que realiza no curso da instrução preliminar (como na adoção de medidas cautelares, busca e apreensão, autorização para intervenção telefônica etc.).

A figura do juiz das garantias distribui competências entre juízes distintos, mas de mesma instância, sendo que o magistrado que atuar durante a fase de investigação preliminar não será o mesmo encarregado pela fase processual. Nos termos do artigo 3º-D, do CPP, “o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo” (BRASIL, 2019, p. de internet).

Trata-se de um reclamo antigo de parcela considerável da doutrina<sup>7</sup>, pois não há juiz imparcial quando: a) ele exerce poderes instrutórios durante a fase de investigação preliminar; b) ele se contamina com a própria investigação em si, isto é, quando realiza atos decisórios após receber elementos de informações coletados de forma unilateral pelos agentes estatais incumbidos da persecução penal.

Por oportuno, destaca-se o resultado de pesquisa abordada por Schünemann (2013, p. 213-214), referente ao ato de recebimento da denúncia por juízes alemães<sup>8</sup>. Tratando da chamada teoria dos processos de comparação social, o autor evidenciou que boa parte dos magistrados, ainda que não convencidos da existência de justa causa para a deflagração do processo, recebiam a peça acusatória, apenas e tão somente por, previamente, avaliarem a pessoa do acusador como alguém competente e digno de confiança. A pesquisa comprovou ainda que, quando o promotor adotava uma postura não muito clara, o juiz, ao invés de confrontá-la, tendia a seguir a posição adotada pelo acusador (SCHÜNEMANN, 2013).

Trata-se da Teoria da Dissonância Cognitiva, trabalhada na Psicologia Social que, dentre outras características, oferece um panorama sobre os efeitos causados na psique de alguém que se vê em choque quando diante do conflito de ideias incompatíveis. Acerca de mencionada teoria, Ritter (2017, p. 108) observa que:

Fundamentada na premissa de que o indivíduo tende sempre a buscar um estado de coerência entre seus conhecimentos (opiniões, crenças e atitudes), desenvolve-se no sentido de comprovar que há um processo involuntário, por isso inevitável, para se chegar a essa correlação, admitidas naturais exceções.

Age em dissonância cognitiva a pessoa que, diabética, conserva o consumo excessivo de bebidas alcoólicas, mesmo ciente dos riscos de referido

---

<sup>7</sup> Por todos, Lopes Jr (2019).

<sup>8</sup> A pesquisa envolveu cinquenta e oito juízes criminais e promotores de várias regiões da Alemanha. Basicamente, apurou-se que "... todos os 17 juízes que conheciam os autos também condenaram, enquanto que os juízes que não estavam dotados desse conhecimento comportaram-se de modo ambivalente, condenando oito e absolvendo dez vezes" Schünemann (2013, p. 211).

hábito à sua saúde. Nesse sentido, esse sujeito, pode buscar o estado de consonância através do desprestígio dos elementos cognitivos dissonantes. Exemplo: desacreditando os estudos científicos e os alertas médicos sobre o consumo de bebidas alcoólicas por pessoas diabéticas. Teoria da Dissonância Cognitiva, portanto:

“[...] analisa as formas de reação de um indivíduo frente a duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos de ‘consonância’ (mudar uma das crenças ou as duas para torná-las compatíveis, desenvolver novas crenças ou pensamentos etc) que reduzam a dissonância e, por consequência, a ansiedade e o estresse gerado. Pode-se afirmar que o indivíduo busca – como mecanismo de defesa do ego – encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e sua opinião. É um anseio por eliminação das contradições cognitivas” (LOPES JR, 2014, p. de internet).

Trazendo essa discussão para o processo penal, verifica-se a complexidade da atuação jurisdicional, nos termos do sistema brasileiro (sem as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019), já que o julgador forma, inicialmente, sua compreensão sobre os fatos que julgará a partir da linha investigativa constante do Inquérito ou doutra peça de informação (que em regra, não se notabiliza pelo respeito ao contraditório e à ampla defesa). Posteriormente, na fase judicial, o magistrado se verá “obrigado” a ouvir a versão defensiva, o que lhe gerará, ainda que no plano do inconsciente, a chamada dissonância cognitiva.

Schünemann (2013, p. 215) leciona que quatro efeitos decorrem da Teoria da Dissonância Cognitiva, explicando o comportamento do juiz (que atua tanto na fase de investigação preliminar e na fase processual): a) efeito perseverança (a tendência de apegar-se à imagem do fato narrada pela investigação preliminar); b) efeito redundância (as informações discordantes dessa narrativa primeva não são apenas rejeitadas, mas sequer notadas pelo julgador na fase processual. Isto é, o juiz opta pela aferição e arquivamento das informações que já possui); c) efeito atenção (dá-se quando não é permitido ao julgador realizar perguntas, o que compromete

a sua capacidade de concentração); d) efeito aliança (o julgador se norteia pela análise fornecida pelo acusador, comprovando a Teoria dos Processos de Comparação Social<sup>9</sup>).

Quando o juiz atua da fase de investigação preliminar (muitas vezes decretando medidas cautelares invasivas: busca e apreensão, prisões, quebras de sigilo, etc) até o momento de prolatação da sentença, as chances de condenação são maiores. É dizer: quando decreta tais medidas cautelares na fase de investigação, quando recebe a denúncia, quando inquire diretamente testemunhas, o magistrado, ainda que não se dê conta disso, buscará a confirmação das informações recebidas inicialmente. Há uma tendência à conservação das decisões já tomadas.

Daí a conclusão de que “decidir” não é apenas fazer uma escolha. Muito mais do que isso, é assumir (fiel e involuntariamente) o compromisso de conservar uma posição, que decisivamente vinculará o seu responsável por prazo indeterminado, já que tudo que a contrariar produzirá dissonância e deverá ser evitado, ou se não for possível, deturpado, em prol da decisão tomada (LOPES JR; RITTER, 2016, p. 70).

A instituição do juiz das garantias busca democratizar o processo penal brasileiro, reduzindo espaços para a sua conformação autoritária, via consagração do Sistema Acusatório: no qual o juiz não realiza atos típicos das partes – requerimento de provas. Mais. “A separação física entre juiz da investigação e juiz do processo é resultado de um percurso evolutivo que tem início, historicamente, na descentralização das funções de julgar e acusar” (SILVEIRA, 2009, p. 89).

Pode-se afirmar, com sustento em abalizada doutrina, que o princípio fundante do sistema inquisitório reside na mudança de postura do juiz, que deixa de ser um árbitro espectador e passa a funcionar como efetivo gestor da prova (CARVALHO, 2010). “A ânsia do juiz pela busca de fatos

---

<sup>9</sup> Em suma, o juiz confia mais na figura do acusado, por conta da proximidade existente entre as carreiras (exigência de concurso público, estrutura da carreira, subsídios e prerrogativas do cargo), pois, de alguma maneira, o juiz se vê no promotor.

que confirmem a hipótese acusatória inicial ameaça não só a imparcialidade como também a estrutura constitucional acusatória, pois a partir do momento em que temos um juiz-ator, gestor de provas, temos um processo inquisitório” (SANTOS; PEREIRA, 2016, p. 50).

Se o juiz já se manifestou nos autos da investigação preliminar, notadamente quando impõe severas restrições a direitos fundamentais do investigado, ele (o magistrado), inapelavelmente, comprometeu a sua capacidade para julgar o mérito do futuro processo com equidistância (tanto em relação às partes, quanto no que diz respeito aos fatos). Assim, “a imparcialidade do juiz resta evidentemente comprometida quando o magistrado realiza pré-juízos ou pré-conceitos sobre o fato objeto do julgamento” (BADARÓ, 2019, p. 47).

De mais a mais, malgrado particularidades de cada ordenamento jurídico, a implementação do juiz das garantias atende ainda a um movimento internacional, em muito influenciado pelas decisões proferidas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos<sup>10</sup>, ocasião em que a Corte:

Passou a considerar que não só a intervenção prévia do julgador na fase de investigação, mas, sobretudo, a natureza dos atos por ele praticados em tal fase, são relevantes para determinar se é fundada ou não a dúvida sobre a imparcialidade do julgador, que poderá ser comprometida em seu aspecto objetivo (BADARÓ, 2019, p. 48).

Na América Latina, os países colonizados, principalmente, pela Espanha, aderiram à onda reformista, após o movimento de abertura democrática (a partir da década de 1990), abrindo mão de boa parte das estruturas processuais penais inquisitórias até então conservadas. Para que se tenha uma ideia, somente Brasil e Cuba não implementaram o juiz das garantias em seus respectivos ordenamentos jurídicos (MILITÃO, 2020, p. de internet).

A admissibilidade do juiz das garantias, nesse cenário, representou a ruptura definitiva em relação ao modelo anterior e uma virada simbólica em direção

---

<sup>10</sup> TEDH, caso Hauschildt vs. Dinamarca, dentre outros.

às exigências democráticas das mais variadas Constituições, com o afastamento do magistrado das funções de investigação e acusação, agora incumbidas ao órgão estatal responsável pela persecução criminis, ou seja, ao Ministério Público (MAYA; GIACOMOLII, 2016, p. 108).

Implementar o juiz das garantias, mesmo que no bojo de uma lei punitivista e autoritária como a Lei nº 13.964/2019, pode representar um grande passo rumo à racionalização e à democratização do processo penal pátrio.

Ferrajoli (2014, p. 534) leciona que existem três perfis de imparcialidade judicial: a) equidistância (do objeto do processo e das partes); b) independência funcional (para que não sofra pressões externas); c) compreensão de sua atribuição (isto é, o juiz não exerce função representativa).

“[...] a imparcialidade requer a separação institucional do juiz da acusação pública; a independência requer a sua separação institucional dos outros poderes do Estado e por outro lado a difusão da função judiciária entre sujeitos não dependentes um do outro; a naturalidade requer exclusivamente a sua separação de autoridades comissionadas ou delegadas de qualquer tipo e a predeterminação exclusivamente legal das suas competências (FERRAJOLI, 2014, p. 534).

## **Considerações finais**

Não se trabalha com a ingenuidade de que a simples implementação do juiz de garantias seria suficiente para a conversão do processo penal brasileiro: de autoritário para democrático. Sabe-se que sequer a própria promulgação da Constituição da República foi capaz de constitucionalizar as práticas processuais penais no país. Nas felizes palavras de Melchior (2019, p. 40), “o Poder Legislativo, nestes trinta anos após a Constituição, criminalizou mais comportamentos do que se viu nas duas ditaduras experimentadas no país”.

Demais disso, em não se mudando a mentalidade inquisitória que ainda informa a sociedade e, demasiadamente, atores dos Sistemas de Segurança Pública e do de Justiça, corre-se o risco, concreto, de ter-se, num mesmo feito, em caso de ratificação da constitucionalidade da Lei nº

13.964/2019, quanto à matéria em comento, a participação de dois magistrados com o perfil de Wargrave.

Por fim, acerca da imprestabilidade da Lei nº 13.964/2019 para o enfrentamento de questões relacionadas à segurança pública, Moraes da Rosa (2013, p. 81) fornece um retrato fidedigno do que realmente trata a utilização do Direito Penal e do Direito Processual Penal como mecanismos de combate à criminalidade:

Assim é que perguntaram a um louco que havia perdido a sua chave na floresta, por que estava a procurando sob a luz do poste da rua, no que ele respondeu: aqui tem mais luz. Procurar flexibilizar as garantias constitucionais na perspectiva de resolver os problemas de Segurança Pública é procurar, como o louco, a chave no mesmo lugar. Lugar caolho, a saber, dos neoliberais.

## Referências

- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Presidência [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Último acesso em 26 dez. 2019.
- BRASIL, Ministério da Justiça e da Segurança Pública. **Projeto de lei anticrime**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>. Último acesso 05 set. 2019.
- CARVALHO, Salo. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**: o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- E não sobrou nenhum. Direção: [Basi Akpabio](#); [Craig Viveiros](#); [Rebecca Keane](#). Reino Unido: BBC, 2015. (167 min). Título original: And Then There Were None.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- GIACOMOLLI, Nereu José. Juiz de garantias – um nascituro estigmatizado. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. **70 anos do Código de Processo Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. A "estrutura acusatória" atacada pelo MSI - Movimento Sabotagem Inquisitória. Publicado na Revista Eletrônica **Consultor Jurídico** em 03 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/limite-penal-estrutura-acusatoria-atacada-msi-movimento-sabotagem-inquisitoria>. Último acesso em 02 fev. 2020.

LOPES JR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Revista Duc In Altum** - Cadernos de Direito, vol. 8, nº 16, set.-dez. 2016.

LOPES JR, Aury. Teoria da Dissonância Cognitiva ajuda a compreender a imparcialidade do juiz. Publicado na coluna Limite Penal da Revista Eletrônica **Consultor Jurídico** em 11 jul. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>. Acesso em 03 fev. 2020.

MAYA, André Machado; GIACOMOLLI, Nereu José. O juiz de garantias no projeto de reforma do Código de Processo Penal. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Orgs.). **Processo penal e garantias**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MELCHIOR, Antonio Pedro. O projeto de Código de Processo Penal trinta anos após a Constituição da República: um novo entulho inquisitivo? In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). **Crise no processo penal contemporâneo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

MILITÃO, Eduardo. Como funciona o juiz de garantias pelo mundo, modelo nascido nos anos 70. **UOL**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/01/15/como-e-juiz-de-garantias-pelo-mundo-alemanha-portugal-brasil-argentina.htm>. Acesso em 04 fev. 2020.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. O lugar do juiz na democracia. Leitura garantista. In: SCARPA, Antonio Oswaldo; HIRECHE, Gamil Föppel El (Orgs.). **Temas de direito penal e processual penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **De la Tolerancia cero, al Derecho penal del enemigo**. Managua: INEJ, 2009.

OLIVEIRA, Amanda Muniz. “**Law and Literature**” e “**Direito e Literatura**”: **Estudo comparativo entre a produção acadêmica do movimento nos Estados Unidos e no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 260, 2019.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

RO, Christine. Agatha Christie: como escritora influenciou a forma como o mundo vê os ingleses. **BBC Culture**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/vert-cul-46896110>. Acesso em 30 jan. 2020.

SANTOS, Anna Tereza de Oliveira; PEREIRA, Larissa Urruth. Contaminações processuais: o inquérito como fator primeiro da seletividade penal. In: GIACOMOLLI, Nereu José; SCHNEIDER, Nathalia Beduhn; SCARTON, Carolina LLantada Seibel. **Processo Penal Contemporâneo em debate**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O código, as cautelares e o juiz das garantias. In: **Revista de informação legislativa**. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009.

SÖHNGEN, Clarice Beatriz da Costa. Apresentação. In: SÖHNGEN, Clarice Beatriz da Costa. PANDOLFO, Alexandre Costi (Org.). **Encontros entre direito e literatura: pensar a arte**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008.

SÖHNGEN, Clarice Beatriz da Costa. Apresentação. In: SÖHNGEN, Clarice Beatriz da Costa. PANDOLFO, Alexandre Costi (Org.). **Encontros entre direito e literatura II: ética, estética e política**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010.

STF. MEDIDA CAUTELAR NA ADI 6298 DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Publicada em 22 jan. 2020. **STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

## **A teoria do *Labelling Approach* no filme “O experimento de aprisionamento de Stanford”**

*Rosália Maria Carvalho Mourão* <sup>1</sup>

*Juliano De Oliveira Leonel* <sup>2</sup>

### **Introdução**

A proposta do artigo é analisar o filme *O experimento de aprisionamento de Stanford*, que foi feito com base no experimento de aprisionamento na Universidade de Stanford (1971), sob a supervisão de Philip Zimbardo, a fim de discutir e questionar os efeitos da prisão nos voluntários do experimento, o denominado “efeito Lúcifer”, bem como o conceito de instituição total de Goffman e a teoria do *Labelling Approach*.

O filme *O experimento de aprisionamento de Stanford* tem como título original *The Stanford Prison Experiment*, produzido em 2015, dirigido por Kyle Patrick Alvarez, classificado como drama, país de origem: EUA. A obra cinematográfica é baseada numa experiência de Psicologia do aprisionamento que aconteceu no porão de Jordão Hall na Universidade de Stanford, em agosto de 1971. Inicialmente previsto para durar duas semanas, no sexto dia o experimento foi encerrado. Os alunos eram estudantes voluntários de Universidades que responderam a um anúncio no jornal,

---

<sup>1</sup> Professora UNIFSA – Centro Universitário Santo Agostinho. Doutoranda em Ciências Criminais pela PUCRS. Mestre em Letras pela UFPI. Graduação em Letras pela UFPI e em Direito pelo ICF. E-mail: rrosapi@yahoo.com.br

<sup>2</sup> Professor UNIFSA – Centro Universitário Santo Agostinho. Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS, Mestre em Direito pela UCB, Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UFPI, Defensor Público. E-mail: julianoleonel@hotmail.com

que oferecia 15 dólares por dia para participar do experimento. Os 24 estudantes foram divididos em 2 grupos, guardas e prisioneiros. Nas entrevistas, nenhum deles queria ser guarda, porque não se viam como figura de autoridade e alguns deles possivelmente seriam presos por infringir a lei, por crimes como beber e dirigir, dentre outros. A comissão composta de psicólogos ditou as regras para todos os participantes e estes concordaram em participar, assinando um contrato.

No entanto, o que era para ser uma experiência aparentemente tediosa e mais longa, sendo que duas semanas era o inicialmente previsto, em poucas horas de confinamento na prisão de Stanford os guardas começaram a exercer sua autoridade de forma arbitrária e os prisioneiros tornaram-se passivos às ordens sem sentido dos guardas, principalmente John Wayne que os aterrorizou.

Dentro desse cenário, Philip Zimbardo pesquisou a Psicologia do aprisionamento para entender melhor o que se passa nas prisões reais e é o idealizador do experimento de aprisionamento de Stanford. Como esses jovens estudantes se adaptariam aos seus papéis de prisioneiros e guardas? Como a diferença de poder entre guardas e prisioneiros pode influenciar nas comunicações internas? Se você põe pessoas boas em lugares ruins essas pessoas são corrompidas pelo ambiente ou conseguem permanecer boas? Pessoas boas podem se tornar más dependendo das circunstâncias ou elas têm controle mental suficiente que as impedem de praticarem o mal? Por que não pesquisar com prisioneiros e guardas reais nas prisões dos EUA?

Encarnei instantaneamente meu papel de professor universitário, afoito para professar aos ouvintes curiosos: “Estou interessado em descobrir o que significa psicologicamente ser um prisioneiro ou um guarda da prisão. Por quais mudanças uma pessoa passa no processo de se adaptar a esse novo papel? É possível, no curto período de algumas semanas, assumir uma nova identidade, diferente do eu usual?” (ZIMBARDO, 2012, p. 59)

Por conseguinte, a partir desse experimento de Stanfor, a presente pesquisa estudará a teoria do *Labelling Approach*, com o fito de valorizar e

permitir a abertura a novas investigações no Direito, em uma nova abordagem ao discutir temas relevantes para a Criminologia, saindo dos manuais, do monólogo da dogmática jurídica, utilizando a arte para enriquecer o debate sobre as relações sociais, em especial as que acontecem dentro do sistema prisional. Parte-se da premissa de que a interdisciplinaridade possibilita um olhar abordando aspectos sociais, culturais e psicológicos, permitindo uma relação do cinema com a Literatura, pois em vários momentos os atos dos guardas, prisioneiros e psicólogos lembram personagens de obras literárias como Frankenstein (2017) de Mary Shelley, Jeekyll e Hyde de Stevenson (2014) e Jean Valjean de Victor Hugo (2017).

### **1. Da prisão enquanto instituição total de Erving Goffman**

Para entender o que acontece no ambiente prisional, partir-se-á da definição de instituição total de Erving Goffman (1974, p.11) “Uma instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada”.

Nessa instituição total, prisão de Stanford, o prisioneiro sofre um processo doloroso de rebaixamento como ser humano, processo de coisificação, que começa com a desinfecção, as roupas são retiradas e ele fica nu, o uniforme é uma camisola para eliminar suas individualidades, torná-los padronizados entre si e afeminá-los, descaracterizando os prisioneiros como homens, não vestem nada por baixo do camisolão, o nome é retirado e ele passa a ser visto como um número, sua identidade aos poucos vai sendo apagada, as regras da prisão são ditas em voz alta e repetidas pelos detentos.

Goffman (1974, p.17) diz que as instituições totais podem ser enumeradas em 5 agrupamentos, as prisões segundo ele são o terceiro tipo “organizado para proteger a comunidade contra perigos intencionais, e o bem-estar das pessoas assim isoladas não constitui o problema imediato: cadeias, penitenciárias, campos de prisioneiros de guerra, campos de

concentração” . O experimento de aprisionamento de Stanford simula uma prisão, logo é tido como uma instituição total. Nestas existe uma divisão básica entre o grupo dos internados (grupo controlado) e o grupo dos dirigentes (grupo que controla). Os psicólogos, dentre eles, Philip Zimbardo constituem o grupo dos dirigentes que controlam os prisioneiros e os guardas e são os próprios psicólogos que constituem o Conselho de Condicional que fica encarregado de permitir ou não que o prisioneiro consiga a tão sonhada liberdade, mesmo que seja de forma condicional e dá limites aos guardas, dentre eles, que estes não podem agredir fisicamente os prisioneiros.

A equipe dirigente muitas vezes vê os internados como amargos, reservados e não merecedores de confiança; os internados muitas vezes veem os dirigentes como condescendentes, arbitrários e mesquinhos. Os participantes da equipe dirigente tendem a sentir-se superiores e corretos; os internados tendem, pelo menos sob alguns aspectos, a sentir-se inferiores, fracos, censuráveis e culpados. (GOFFMAN, 1974, p.19)

Uma das formas de controlar os prisioneiros é a comunicação, guardas e prisioneiros têm que se comunicar, mas esta é feita de forma restrita e autoritária, regras são impostas e quando são descumpridas há punições, geralmente o prisioneiro é colocado no buraco (solitária), para impedir a comunicação com os demais detentos e que se ouçam as lamentações.

Goffman (1974, p. 22) a respeito das instituições totais, diz que elas são “híbridas sociais, porque são parcialmente comunidade residencial e parcialmente organização formal [...] que em nossa sociedade, são as estufas para mudar pessoas, cada uma é um experimento natural sobre o que se pode fazer ao eu”. E é exatamente isso que Philip Zimbardo quer pesquisar e descobrir, até que ponto essa simulação de uma prisão nos porões de Stanford pode nos dizer sobre os voluntários desse experimento? Pessoas boas podem tornar-se pessoas más? Por que algumas pessoas são mais susceptíveis de serem agressivas ou obedientes que outras? O que mudou para cada um daqueles estudantes universitários que participaram do experimento de aprisionamento de Stanford?

Quando os estudantes universitários adentram a prisão de Stanford inicia-se o processo de mortificação que consiste em degradações, humilhações e profanações do eu. No experimento isso ocorre logo no início quando é feita a desinfecção, as roupas são retiradas e o corpo fica nu e exposto aos olhares dos guardas e dos demais prisioneiros, o uniforme é um camisolão para padronizá-los e afeminá-los, atingi-los na sua masculinidade, inferiorizando-os.

A mortificação ou mutilação do eu tendem a incluir aguda tensão psicológica para o indivíduo, mas para um indivíduo desiludido do mundo ou com sentimento de culpa, a mortificação pode provocar alívio psicológico. Além disso, a tensão psicológica frequentemente criada por ataques ao eu pode também ser provocada por questões não-percebidas como ligadas aos territórios do eu – por exemplo, perda do sono, alimento insuficiente, indecisão crônica. Também um elevado nível de angústia, ou a ausência de materiais de fantasia – por exemplo, fitas de cinema e livros – podem aumentar muito o efeito de uma violação das fronteiras do eu, mas em si mesmas essas condições facilitadoras nada têm a ver com a mortificação do eu. (GOFFMAN, 1974, p.49)

Os prisioneiros têm papéis bem definidos na sociedade, que não podem mais exercer estando presos. O acesso ao mundo externo é limitado as visitas dos familiares nos finais de semana e as cartas. No experimento, os pais podem ver como os filhos estão e embora alguns filhos deixem transparecer que não estão bem, dizem aos pais que está tudo sendo feito conforme o contrato e que eles não têm com o que se preocupar, os olhares dos guardas estão atentos a qualquer indisciplina no horário de visita e a punição é certa para aquele que não se enquadrar no sistema. As cartas enviadas por eles são lidas pelos psicólogos, alguns não levam a sério a oportunidade de escrever para os entes queridos que estão fora da prisão, mas uma carta chama a atenção porque o prisioneiro assina como 2093, ou seja, em pouco tempo aprisionado, a identidade de quem ele era no mundo externo já está sendo apagada e ele identifica-se pelo número no uniforme.

Os processos de admissão e os testes de obediência feito pelos guardas assim que os prisioneiros vão chegando é uma forma de identificar

quem são aqueles que são mais rebeldes e podem vir a dar trabalho para a equipe dirigente e aqueles que são obedientes as regras do sistema. Mesmo quando se é obediente pode ser um problema.

O guarda John Wayne implica com o prisioneiro 2093 por ele ser sempre tão obediente. No entanto, essa obediência é questionada quando o guarda pede que o 2093 diga que vai chutar o traseiro do 416 se este não comer as salsichas que ele rejeitou no almoço. O 2093 não consegue obedecer a ordem, porque não consegue dizer a palavra “traseiro”, dizer palavrões e impropérios é contra sua natureza. John Wayne humilha o 2093 chamando-o de bastardo e ri descaradamente deste, porque ele não consegue dizer os palavrões e diz aos demais internos que ninguém irá dormir até ouvir o que quer do 2093. Este depois de inúmeras tentativas infrutíferas de John Wayne diz que não deve dizer de forma nenhuma a palavra “bastardo”. John Wayne não se dá por satisfeito em humilhá-lo fazendo-o ir contra o que acredita, exige que ele faça 10 flexões, depois pede que um prisioneiro se sente em cima do 2093 enquanto ele faz as flexões, depois dois prisioneiros sentam-se em cima do 2093 enquanto este faz os exercícios. O prisioneiro 2093 não aguenta e sucumbe psicologicamente e fisicamente. John Wayne mostra-se satisfeito com a exaustão do prisioneiro.

John Wayne e os demais guardas exigem um padrão de deferência em relação a linguagem de que os prisioneiros sempre se refiram a eles como Sr. Oficial Corregedor, Sr. Supervisor, ou sempre responder com o Sim, senhor, é uma forma de exigir que o outro reconheça a superioridade dos guardas e a inferioridade deles.

## **2. O efeito Lúcifer na prisão de Stanford.**

O efeito Lúcifer é a tentativa de Philip Zimbardo de compreender o que torna pessoas “boas” em “más”? É possível em tão pouco tempo (6 dias) guardas e prisioneiros esquecerem quem eram antes da prisão e cometerem atos antes impensáveis? É possível que alguns guardas e

prisioneiros não se deixem influenciar pelo ambiente inóspito da prisão e resistam a tentação de cair em desgraça, esquecendo valores, moral, religião, tudo que aprenderam fora dos muros da instituição? Zimbardo (2012, p. 24) define o mal como sendo: “O mal consiste em se comportar de maneiras que agridam, abusem, humilhem, desumanizem ou destruam inocentes – ou em utilizar a própria autoridade e poder sistêmicos para encorajar ou permitir que outros o façam em seu nome. Em suma, é saber o melhor, mas fazer o pior”.

Percebe-se no filme que após 10 horas de confinamento na prisão, os guardas começam a levar a sério demais seus papéis, alguns prisioneiros continuam acreditando que é apenas um experimento, riem, fazem de conta que estão obedecendo, mas aos poucos percebem que é para valer. Dá-se início a um processo de desumanização dos prisioneiros, não são mais estudantes universitários em um experimento na Universidade de Stanford, são violadores da lei, que delinquiram e por isso tem que ser punidos de forma exemplar. A desumanização ocorre quando:

Ocorre quando os “outros” são pensados como desprovidos dos mesmos sentimentos, pensamentos, valores e propósitos de vida que possuímos. Quaisquer qualidades humanas que esses “outros” compartilhem conosco são diminuídas ou apagadas de nossa consciência. Isso é realizado pelos mecanismos psicológicos de intelectualização recusa e isolamento do afeto. Em contraste com os relacionamentos humanos, subjetivos, pessoais e emocionais, os relacionamentos desumanizados são objetivantes, analíticos, e vazios de conteúdo emocional ou empático. (ZIMBARDO, 2012, p. 316)

Um criminoso é alguém que violou as regras e que é desumanizado pela instituição total que é a prisão, mas também pela própria sociedade. Para tanto, basta ver as manchetes de jornais ao noticiar um crime. São chamados de “monstros”, “loucos”, “desumanos”, nenhuma característica boa pode ser atribuída a quem matou, roubou, estuprou, são seres desprovidos de humanidade e quem os estigmatiza assim esquece que ser humano não é ser sempre bom, desprovido de maldade, ser humano é ser antagonico, bom e mal ao mesmo tempo, com atitudes merecedoras de

prêmio por algum ato heroico, mas que também pode cometer atos reprováveis ao longo da vida e que violem os direitos de outrem. A linha que separa “o criminoso” do “cidadão de bem” é tênue e pode ser rompida a qualquer momento, até porque o crime não passa de um rótulo, de uma etiqueta que se dá para alguém, de uma criação humana que não possui existência ontológica.

O “cidadão de bem” também é passível de cometer crime, a diferença é que muitas vezes não tem a consciência ou se tem não a demonstra de que pode violar as leis. Exemplo clássico é de quem se intitulando “cidadão de bem” participa de um linchamento de um ladrão, mata o delinquente junto com outros “cidadãos de bem” porque este cometeu crime contra o patrimônio, roubou um celular, mas ao matarem o delinquente cometeram um crime mais grave: homicídio, o interessante é que ao matarem um ladrão, estas pessoas não se consideram criminosas, mas dizem que fizeram um favor ao Estado, é menos um para voltar a delinquir e se acham merecedores de prêmio, dizem que fizeram justiça, no entanto, “justiça com as próprias mãos” não é justiça, é vingança. O Estado é quem tem o poder de punir a quem viola as regras, não o cidadão. Infelizmente, devido a sensação de impunidade, de que os criminosos não estão sendo punidos de forma exemplar é comum as notícias de linchamentos, muitas vezes, com a morte de inocentes.

A banalidade do mal é um conceito que surgiu na obra de Hanna Arendt sobre o julgamento de Adolf Eichmann que foi julgado por crimes contra a humanidade a enviar para a morte milhares de judeus na época do Nazismo. A autora ao narrar e fazer suas observações nesse famoso julgamento conclui que Eichmann não é uma exceção, não é um monstro, um psicopata como muitos acreditavam, é um homem normal, que teve sua normalidade atestada por vários psiquiatras. Em sua defesa, seu advogado diz que Eichmann estava apenas cumprindo ordens.

A acusação deixava implícito que ele não só agira conscientemente, coisa que ele não negava, como também agira por motivos baixos e plenamente consciente da natureza criminosa de seus feitos. Quanto aos motivos baixos, ele tinha certeza

absoluta de que, no fundo de seu coração, não era aquilo que chamava de *innerer Schweinehund*, um bastardo imundo; e quanto a sua consciência, ele se lembrava perfeitamente de que só ficava com a consciência pesada quando não fazia aquilo que lhe ordenavam – embarcar milhões de homens, mulheres, crianças para a morte, com grande aplicação e o mais meticuloso cuidado. Isso era mesmo difícil de engolir. Meia dúzia de psiquiatras haviam atestado a sua “normalidade” – “pelo menos, mais normal do que eu fiquei depois de examiná-lo”, teria exclamado um deles, enquanto outros consideravam seu perfil psicológico, sua atitude quanto a esposa e filhos, mãe, pai e irmãs e amigos “não apenas, mas inteiramente desejável”(ARENDR, 1999, p. 37)

O que a autora mostra é que para cometer os graves crimes que cometeu contra a humanidade, Eichmann não era um louco, sádico, desprovido de moral e valores, mas era um homem normal, como tantos outros que cometem crimes pavorosos e que as pessoas insistem em tirar-lhes a sanidade ao depararem-se com crimes perversos. Como alguém que tem sua sanidade atestada por vários psiquiatras como normal, é capaz de cometer crimes tão aterrorizantes e não demonstrar remorso, arrependimento, ou mesmo nem entender o porquê da acusação, visto que, estava apenas cumprindo ordens. Eichmann tinha consciência de que seus atos estavam levando milhares de judeus à morte, por que não se insurgiu contra essas ordens?

O que leva pessoas comuns, como os guardas em Stanford a torturarem psicologicamente os prisioneiros? Os guardas tinham consciência de que participavam de um experimento, por que então tratá-los com perversidade, humilhá-los constantemente, trancafiá-los na solitária?

E os prisioneiros porque vendo que os guardas cometiam atos humilhantes em relação a eles não se insurgiram mais vezes e em muitos casos optaram por ficarem quietos para não atrair os olhares e atrocidades de quem devia apenas vigiá-los.

### 3. Tudo vale a pena pela ciência?

As eventualidades da vida são tão variáveis quanto os sentimentos da natureza humana. Eu trabalhara duro por quase dois anos, com o único propósito de

infundir vida num corpo inanimado. Para isso, privei-me de descanso e saúde. Desejara com um ardor que excedia muito a moderação; mas, agora havia terminado, a beleza do sonho desaparecera, e um horror e asco sem fôlego tomaram meu coração.(SHELLEY, 2017, p. 65)

O trecho acima refere-se a obra Frankenstein de Mary Shelley quando Victor depois de anos se dedicando a ciência e abdicando da vida social e familiar, finalmente consegue dá vida a um corpo inanimado, mas seu horror é tão grande diante da criatura que criou, que ele renega seu legado e foge apavorado. Até que ponto a Ciência pode ir? Que limites os experimentos científicos podem ultrapassar em nome da Ciência e em prol de um benefício supostamente maior?

O sofrimento causado aos estudantes que participaram do experimento de aprisionamento de Stanford é realmente necessário para a Ciência? O que de positivo trouxe esse experimento para quem participou dele, visto que tanto os prisioneiros quanto os guardas sofreram com os abusos psicológicos, até mesmo os psicólogos desistiram de compactuar com o que viam acontecer, apenas Philip Zimbardo ficou até o sexto e último dia do experimento.

Isso faz lembrar a obra de Stevenson, o médico e o monstro em que Jekyll fala com seu amigo Utterson sobre a influência que sofreu de Hyde e a angústia que o consome:

Eu trouxe para mim mesmo um castigo e um perigo que não posso revelar. Se sou o maior dos pecadores, sou também o maior dos sofredores. Nunca imaginei que este mundo pudesse abrigar tão desumanos sofrimentos e terrores; e só há uma coisa que você pode fazer para amenizar este meu destino: respeitar o meu silêncio. (STEVENSON, 2014, p. 49)

A referência a obra Stevenson dá-se porque ao realizar o experimento de aprisionamento em Stanford, Zimbardo não mostrou a natureza do mal apenas nos estudantes, mas nele próprio. Como um psicólogo foi capaz de infringir tanta dor psicológica em outras pessoas, como conseguiu se manter impassível diante do sofrimento alheio?

O próprio Zimbardo se questiona sobre o caráter ético do experimento e anos depois ao lançar a obra *O efeito Lúcifer* (2017) para explicar o experimento indaga e responde a tais questionamentos. Segundo ele aqueles que consideram a vida humana como sagrada e tem um padrão de ética absoluta, um experimento que causa sofrimento humano, seja ele físico ou psíquico é impensável sob o ponto de vista ético.

Aqueles que adotam essa perspectiva argumentam que mesmo se as ações que causam sofrimento são conduzidas em nome da ciência, pelo bem do conhecimento, da “segurança nacional” ou de qualquer outra abstração ambiciosa – elas são antiéticas. Dentro da Psicologia, aqueles claramente identificados pela tradição humanista foram os mais enfáticos em atentar para a preocupação básica da dignidade humana, que precisa ser anterior às metas postuladas da disciplina, a saber, de prever e controlar o comportamento. (ZIMBARDO, 2012, p. 330)

Na obra de Stevenson Henry Jekyll narra a história do nascimento de Hyde, fruto de seus estudos científicos e da certeza de que o homem não é apenas um, mas sim dois.

Se cada um deles pudesse, dizia a mim mesmo, ao menos localizar-se numa identidade diferente, seria possível aliviar a vida de tudo o que era insuportável. O injusto tomaria seu próprio rumo, livre das aspirações e remorsos de seu gêmeo opressor, e o justo poderia andar com firmeza e segurança em seu caminho ascendente, fazendo as coisas boas nas quais encontra seu prazer e não mais se expondo à desgraça e à penitência pelas mãos desse estranho mal. A maldição do gênero humano foi a de que esses ramos incompatíveis ficassem fortemente amarrados um ao outro – que esses gêmeos polares vivessem em luta continua no angustiado útero da consciência. Como, então dissociá-los? (STEVENSON, 2014, p.83)

O experimento mostra aos participantes que todos, guardas, prisioneiros e psicólogos, são dois em um, temos um lado mal, muitas vezes, desconhecido de nós e das pessoas do nosso convívio, mas que em determinadas circunstâncias como foi o caso do experimento afloram de maneira real. O efeito Lúcifer é uma forma de tentar compreender o que

aconteceu com os prisioneiros e guardas, o que tornou pessoas boas em más ao simularem um ambiente prisional?

A ideia de que há um abismo intransponível que separa as pessoas boas das pessoas más é uma fonte de conforto em virtude de pelo menos duas razões. Primeiro, ela cria uma lógica binária na qual o mal é essencializado. A maioria de nós entende o mal como uma entidade, uma qualidade inerente a certas pessoas e não a outras (...). Sustentar uma dicotomia bem-mal também permite que “boas pessoas” se eximam de suas responsabilidades. (ZIMBARDO, 2014, p. 26)

O mal assim como o bem faz parte da natureza humana, não somos seres dicotômicos, divididos entre cidadão de bem e criminoso, somos os dois ao mesmo tempo, o bem e o mal coexistem na mesma pessoa, o médico e o monstro habitam o mesmo corpo.

#### **4. O Labelling Approach e Stanford.**

A teoria do *Labelling Approach* ou teoria do Etiquetamento como é mais conhecida no Brasil surgiu na década de 60 nos EUA, pelos autores pertencentes à Escola de Chicago e teve como principais representantes: Howard Becker, Erving Goffman e Edwin Lemert, dentre outros autores. Essa teoria foi chamada também de paradigma da reação social, pois critica o paradigma etiológico que analisava o criminoso pelas suas características individuais, como é o caso de algumas teorias anteriores como a Positiva. No *Labelling Approach* o objeto de análise é o sistema penal e o fenômeno do controle social, não mais a figura do criminoso em si. Segundo Shecaira (2014, p.259) “Não mais se indaga o porquê de o criminoso cometer os crimes. A pergunta passa a ser: por que é que algumas pessoas são tratadas como criminosas, quais as consequências desse tratamento e qual a fonte de sua legitimidade?”

Na obra *Patologia Social* (1951) de Edwin Lemert o autor divide o comportamento desviado em dois tipos: o desvio primário e o desvio secundário. O primário seria o “ato inicial criminoso, referido pela lei penal,

mas que tem causas sociais, culturais e psicológicas” (ANITUA, 2015, p. 590) e o secundário “ocorre como resposta à reação social e caso remeta aos dados centrais da existência da pessoa que o experimenta, altera a estrutura psíquica e produz uma organização especializada de papéis sociais e atitudes de autoestima que lhe conferem um determinado status” (ANITUA, 2015, p.591).

No filme, os voluntários da experiência deixam de ser estudantes universitários e passam a ser criminosos e como tal devem ser tratados, alguns no início por saberem se tratar de um experimento não levam a sério o tratamento dos guardas, mas após algumas horas percebem que estão sendo tratados realmente como se tivessem cometido algum crime, cabe a cada um deles individualmente aceitar ou não o estigma.

Os efeitos psicológicos da aplicação da etiqueta de delinquente por parte das instâncias que reagem frente ao fato primário significarão a aceitação dessa condição pelo próprio etiquetado. As atitudes posteriores, adequadas ao que se espera dele, serão mecanismos de defesa, de ataque ou de adaptação com referência a essa reação social. (ANITUA, 2015, p. 591)

Becker em sua obra *Outsiders* cria este termo para designar:

aquelas pessoas que são consideradas desviantes por outras, situando-se por isso fora do círculo dos membros “normais” do grupo. Mas o termo contém um segundo significado, cuja análise leva a um outro importante conjunto de problemas sociais: “Outsiders”, do ponto de vista da pessoa rotulada de desviante, podem ser aqueles que fazem as regras de cuja violação ele foi considerado culpado. (BECKER, 2008, p.27)

O criminoso é um *outsider* por violar uma regra que é instituída pela sociedade em que vive, mas algumas regras violadas são amplamente difundidas como é o caso do uso da maconha. Para os fumantes dessa droga eles não estão fazendo mal a ninguém e o legislador é que errou ao colocar como crime de porte de maconha para uso próprio, tanto é que a lei de drogas trata diferente o usuário e dependente químico do traficante.

No filme, os prisioneiros estão simulando pessoas que cometeram crimes e que por isso a sociedade os considera inaptos a convivência social e os retira por um tempo determinado do convívio familiar e comunitário. Já os guardas, estes que deveriam manter a lei e a ordem, com apenas algumas horas de confinamento também podem ser considerados como *outsiders*, visto que promovem torturas psicológicas para manter os prisioneiros sob seu domínio. “À medida que um grupo tenta impor suas regras a outros na sociedade, somos apresentados a uma segunda questão: quem, de fato, obriga outros – aceitar suas regras e quais são as causas de seu sucesso? Esta, é claro, uma questão de poder político e econômico”. (BECKER, 2008, p. 29)

São os grupos sociais que criam as regras, através de seu poder legislativo e diz o que é considerado “normal” e coloca as etiquetas de “outsiders” naqueles que tem o comportamento desviante, segundo Anitua (2015, p. 592).

As prisões são os locais em que os criminosos são colocados após violarem as regras e deveriam desencorajar comportamentos desviantes, na realidade o que fazem é perpetuá-lo. Segundo Shecaria (2014, p. 260)

Essas instituições acabam reunindo pessoas que estão à margem da sociedade em grupos segregados, o que dá a eles a oportunidade de ensinar uns aos outros as habilidades e comportamentos da carreira delinquente, e até mesmo, provocar o uso dessas habilidades para reforçar o senso de alienação do resto da sociedade.

As pessoas não esperam que os criminosos mudem e saiam das prisões pessoas melhores, recuperadas, que queiram contribuir com a sociedade, pelo contrário, ao adentrar uma prisão espera-se que eles aprendam e se qualifiquem ainda mais no cometimento de delitos. Então, por que as pessoas ainda querem que os criminosos sejam presos? Ao prendê-los e tirá-los do convívio social, têm-se uma falsa sensação de segurança e de que as leis estejam sendo cumpridas, embora os criminosos saiam mais especializados das prisões no cometimento dos delitos.

No *labelling approach* distingue-se a desviação primária da secundária. Segundo Shecaria (2014) A primária advém de uma grande variedade social, cultural, econômica e racial que terá implicações com a marginalização do indivíduo no que concerne às implicações na sua estrutura psíquica. Já a secundária é aquela que advém para as pessoas cujos problemas são criados pela reação social ao comportamento desviante. O criminoso que está na desviação secundária é uma pessoa cuja identidade já está estruturada em torno da desviação, já está estigmatizado pela sociedade. Segundo Goffman estigma é:

Em todos esses exemplos de estigma, entretanto, inclusive aqueles que os gregos tinham em mente, encontram-se as mesmas características sociológicas: um indivíduo que poderia ter sido facilmente recebido na relação social quotidiana possui um traço que pode-se impor a atenção e afastar aqueles que ele encontra, destruindo a possibilidade de atenção para outros atributos seus. Ele possui um estigma, uma característica diferente da que havíamos previsto. Nós e os que não se afastam negativamente das expectativas particulares em questão serão por mim chamados de normais. (GOFFMAN, 2004, p. 07-08)

O criminoso é estigmatizado por todos aqueles que não cometeram crimes ou aqueles que cometeram mas ainda não foram pegos pelo sistema, é visto como desumano, monstro, não acredita-se em sua ressocialização, é tratado com desprezo, como seres inferiores que merecem todo o repúdio social, não importa se o crime foi de menor potencial ofensivo como um furto ou um homicídio, ao adentrar uma prisão a pessoa fica estigmatizada.

Cumprir a pena é uma forma de estigmatização, pois ela cria uma reação social em todo o círculo familiar, de amigos e conhecidos do criminoso. Quem vai dar uma nova chance a alguém que cumpriu uma pena no sistema penitenciário? Os miseráveis de Víctor Hugo discorrem bem sobre essa estigmatização do prisioneiro, no personagem de Jean Valjean:

Sou um grilheta. Um forçado. Venho das galés. – E tirou do bolso uma grande folha de papel amarelo, desdobrando-a. Aqui está o meu passaporte. Amarelo, como podem ver. É quanto basta para me expulsar de qualquer lugar para

onde eu vá. Quer ler? Eu também sei ler. Aprendi nas galés. (HUGO, 2017, p. 131)

Depois de cumprir 19 anos nas galés, Jean Valjean é libertado, a pena foi cumprida, mas em qualquer lugar que chegue é obrigado a mostrar o passaporte amarelo para as autoridades locais e assim a fama de grilheta se espalha rapidamente. Não há oportunidade de trabalho, não consegue um quarto para dormir e nem comida mesmo tendo dinheiro para pagar, todos voltam-se contra ele. Quando o bispo de Digne abre as portas de sua casa para recebê-lo de forma honrada, este nem acredita no que está vivendo, depois de ser humilhado em todos os lugares pelos quais passou e das diversas ofensas que recebeu, ser tratado com dignidade é um alento ao corpo e alma cansados.

O rótulo estigmatizante não é só para quem cometeu o ato delitivo, mas para a família também. Os filhos passam a ser conhecidos como o filho do ladrão, assassino, corrupto; a mulher passa a ser conhecida como “mulher de bandido”, veja que nem a esposa e nem o filho cometeram nenhum crime mas ainda assim sofrem com o estigma do prisioneiro, a pena aqui passa da pessoa do condenado, a condenação social, pode ser tão cruel quanto a pena imposta ao infrator.

Os guardas, no filme, são vistos como seres normais, cumpridores da lei e que devem manter a ordem na prisão, não são estigmatizados, mas despersonalizam os criminosos, tiram sua identidade, nomeiam-nos através de números, não é mais o João, o Pedro, mas o 416, o 8612 e assim por diante, os xingamentos são constantes e agressivos, inferiorizam pela classe social, orientação sexual, raça, religião.

Outro aspecto relevante do *Labelling approach* são as chamadas cerimônias degradantes que como já foi visto são quando os criminosos são despojados de sua identidade fora da prisão, seus nomes são trocados por números, vestem camisolões, sem o uso de cuecas e as regras da prisão são ditas e repetidas várias vezes, qualquer suposta indisciplina é punida de forma severa pelos guardas, como forma de prevenir novas insurreições ao sistema.

## Considerações finais

A experiência de aprisionamento de Stanford foi um experimento científico que contribuiu para compreender o comportamento desviante e que qualquer pessoa independente de se considerar boa ou má é capaz de cometer crimes cruéis, assim como os guardas em 6 dias foram capazes de torturar psicologicamente os prisioneiros que estavam sob sua tutela.

O efeito Lúcifer permite compreender os aspectos psicológicos que atuam em pessoas comuns, que nunca cometeram crimes, que se consideram “cidadãos de bem” e violam as leis alegando muitas vezes, argumentos como que estavam tentando manter a ordem ou que estavam apenas cumprindo ordens como é o caso de Eichmann.

Os autores estudados sejam da Literatura ou da Criminologia permitem discutir sobre o mal que existe em cada um de nós e de como ele pode eclodir nas mais diversas situações, seja quando o “cidadão de bem” acredita que tem o direito de matar outra pessoa, porque este roubou ou matou; ou nos casos dos guardas que torturam de maneira reiterada os prisioneiros que estavam sob seus cuidados.

A pena de prisão como é vista em muitas teorias da Criminologia pune o infrator de diversas maneiras, ao privá-lo de um dos nossos maiores bens que é a liberdade, impõe aos prisioneiros restrições não só do corpo, mas também da mente. Ao sair da prisão, o estigma de prisioneiro o persegue retirando oportunidades de trabalho, de estudo, a sociedade não vê o criminoso como alguém que possa ser reintegrado. Quando Philip Zimbardo finaliza o experimento um dos prisioneiros diz que “a prisão era real e estava dentro dele”, ou seja, etiquetado como se percebe da Teoria do *labelling approach*.

## Referências

- ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008 (Pensamento Criminológico;15), 1ª reimpressão, maio de 2015.
- ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2008.
- GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Tradução: Dante Moreira Leite. Editora Perspectiva, 1974
- GOFFMAN, Erving. **Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Tradução: Mathias Lambert. Data da digitalização: 2004.
- HUGO, Víctor. **Os miseráveis**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. 1ª ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2017.
- O EXPERIMENTO de aprisionamento de Stanford. Direção Kyle Patrick Alvarez. Produção: Lizzie Friedman, Brent Emery, Christopher McQuarrie, Lauren Bratman, Karen Lauder, Greg Little Studio Universal, 2015.
- SHELLEY, Mary. **Frankenstein ou o moderno prometeu**. Edição comentada, Rio de Janeiro: editora Zahar, 2017.
- SHECARIA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6ª ed. rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- STEVENSON, R. L. **O médico e o monstro**. Tradução de José Paulo Golob, Maria Angela Aguiar e Roberta Sartori. Porto Alegre: L &PM Pocket, 2014
- ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer**. Como pessoas boas se tornam más. Tradução Tiago Novaes Lima. Rio de Janeiro: Record, 2012.

## Reflexões jurídico-penais sobre o crime de estupro a partir da obra “*Laranja Mecânica*”

*Paulo Thiago Fernandes Dias*<sup>1</sup>

*Sara Alacoque Guerra Zaghlout*<sup>2</sup>

### Introdução

Partindo-se do romance distópico de Anthony Burgess, intitulado “Laranja Mecânica”, o presente capítulo destina-se à análise de aspectos penais, processuais e criminológicos do crime de estupro e da figura do esturador (esteja ela na condição de suspeito, de acusado ou de condenado). Não se trata de uma resenha literária ou cinematográfica, mas de uma inspiração na obra acima para que discussões no bojo das Ciências Criminais sejam desenvolvidas.

“Laranja mecânica” conta a saga de Alex, protagonista e narrador da trama, um jovem que, juntamente com seus parceiros de gangue (melhor dizendo *druguis*), passa as noites de uma Inglaterra futurista à procura de diversão, consistente na prática de atos violentos e criminosos (de crimes contra o patrimônio a delitos contra a liberdade sexual).

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Público pela UNISINOS/RS. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor, em nível de graduação, na UNICEUMA (Direito Penal) e na UNISULMA (Direito Processual Penal e Direito Penal). Integrante do grupo de pesquisa “Liberdade e Garantias”, vinculado ao PPGD/UNISINOS. Integrante do grupo de estudos “Sistema de Justiça, Neoprocessualismo e Direitos Humanos”, vinculado ao Curso de Direito/UNISULMA. Advogado..

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito Público pela UNISINOS (Bositas Capes/PROEX). Mestra em Ciências Criminais pela PUCRS. Pós-graduada lato sensu em Processo Penal. Professora, em nível de graduação, de Direito Constitucional na UNICEUMA Integrante do grupo de pesquisa “Liberdade e garantias”, coordenado pelo professor doutor Miguel Tedesco Wedy – PPGD/UNISINOS Advogada.

A obra literária foi lançada originariamente em 1962, sendo adaptada ao cinema em 1972 pelo renomado diretor Stanley Kubrick, abordando de forma realista a violência cada vez mais banalizada nas grandes cidades.

Alex, líder de uma gangue juvenil, busca prazer a cada ato violento e criminoso, não esboçando qualquer sentimento de culpa ou arrependimento. Esse personagem central não se importa com suas vítimas ou rivais. O protagonista só terá noção do que suas vítimas passaram, quando ele se torna custodiado pelo Estado.

Numa dessas empreitadas criminosas e após invadirem a residência de um casal, Alex e sua gangue cometem delitos em série: dano ao patrimônio, lesão corporal grave e estupro coletivo da proprietária da residência, que abriu as portas de sua morada para prestar socorro a uma suposta vítima. A cena violenta é assim descrita pelo narrador da obra, o próprio Alex:

(...) Então ele agarrou com força a devotchka, que ainda estava krikikrikando num compasso quatro por quatro muito horrorshow, prendendo os rukas dela por trás, enquanto eu rasgava isso ou aquilo, os outros fazendo hahaha ainda, e grudis muito horrorshow exibindo então seus glazis rosas, Ó, meus irmãos, enquanto eu me desvestia e me preparava para o mergulho. Ao mergulhar, sluchei gritos de agonia, e esse vek escritor sangrando que George e Pete estavam segurando quase ficou bizumni de uivar com as slovos mais indecentes que eu já tinha escutado e outras que ele já estava escutando na hora. Então, depois de mim, era justo que o bom e velho Tosko tivesse sua vez, o que ele fez de uma forma bestial, fungando e uivando com sua mascareta de P. B. Shelley sem estar nem aí, enquanto eu segurava ela... (BURGESS, 2013, p. 26).

O fato criminoso descrito acima não chega ao conhecimento das autoridades, sendo que Alex e seus comparsas desfrutam da impunidade, até que um atrito com sua gangue mude os destinos do protagonista. Preso e condenado pela prática do assassinato de outra mulher, Alex é sentenciado ao cumprimento de 14 anos de prisão, sendo que nem chega a cumprir toda a pena, pois se oferece para fazer parte de um tratamento experimental dedicado a criminosos violentos, com características de Psicopatia (NUNES, 2009).

Referido tratamento é chamado de “método Ludovico”, o qual consiste em verdadeira tortura, psicológica e física, contra o condenado, com a intenção de nele criar sensações desagradáveis e dolorosas todas as vezes que tentar ou que pensar em delinquir. Em suma, trata-se de um método que busca a eliminação do livre arbítrio do condenado (“curado”) por meio da causação de mal-estar físico e emocional em Alex, sempre que ele desejar praticar atos violentos.

Alex se torna então um símbolo da cura dada ao criminoso, funcionando como verdadeiro trunfo “politiqueiro” na mão de determinado governo. Entretanto, verifica-se ao final, após Alex sofrer inúmeras situações de violência, que o “método Ludovico” não alcançou o seu objetivo.

“Laranja mecânica”, portanto, serve de pano de fundo para o enfrentamento de questões afetas às ciências criminais, especificamente, no que tange ao crime de estupro, o suspeito e o condenado pelo referido delito, no contexto da realidade brasileira.

Busca-se, assim, a interação entre a ficção e a realidade, valendo questionar se o Estado Brasileiro tem agido corretamente, tanto no aspecto normativo, quanto no momento da execução da pena, no que diz respeito aos crimes sexuais violentos. Ou seja, o tratamento penal dado, desde a fase de investigação preliminar, até a execução criminal, no que tange a pessoas identificadas como psicopatas, pode ser apontado como adequado?

Com essa introdução, informa-se que esta pesquisa é de ordem qualitativa, através de análise bibliográfica, em que pontos da obra “Laranja Mecânica”, afetos aos crimes contra a dignidade sexual, serão problematizados à luz do tratamento que referidas infrações vêm recebendo pelas Ciências Criminais (e pelos atores do Sistema de Justiça) (PASOLD, 2018).

A pesquisa se concentrará na análise do crime e do criminoso sexual violento com características de psicopatia, já que, na ficção, Alex praticou dois crimes de estupro.

Já no que tange à realidade, a investigação se dedicará ao estudo do crime sexual violento e do criminoso, em razão do: a) lamentável histórico

de violência contra a mulher, principalmente, no Brasil; b) na dificuldade em conceber o praticante desse tipo de delito como sujeito de direitos; c) na insistência com a pena de prisão (de forma indiscriminada, independentemente das condições pessoais do criminoso); d) na ausência séria de tratamento à figura do psicopata; e e) no sensacionalismo midiático comum na cobertura jornalística desse tipo de crime.

## **1 Aspectos penais e processuais do crime de estupro**

Em “laranja mecânica”, Alex pratica mais de uma infração penal de contra a liberdade sexual de mais de uma vítima. Porém, o protagonista da ficção não foi condenado por todos os estupros que cometeu – levando-o ao método “Ludovico”. Esta pesquisa se destina ao estudo crítico da figura do psicopata e suposto autor de crime contra a dignidade sexual (in casu, o de estupro).

Vale esclarecer ainda que existem diferenças jurídicas entre suspeito, investigado, acusado e condenado. Buscando facilitar a abordagem e, pois, considerando que todos esses sujeitos (desde a fase de investigação preliminar até a de execução penal) recebem tratamento estatal e social estigmatizantes, a investigação adotará a terminologia comum de suposto autor do fato ou da infração penal<sup>3</sup>.

Nesse sentido, tomando como inspiração a personalidade de Alex e o crime por ele praticado, de acordo com ordenamento jurídico brasileiro, passa-se à análise penal, criminológica e processual penal do aludido delito.

### **1.1 As alterações proporcionadas pela Lei 12.015 de 2009**

O Código Penal de 1940 enquadrava o crime de estupro no Título referente aos “Crimes contra os Costumes”, evidenciando com essa

---

<sup>3</sup> Vale registrar que a legislação penal brasileira considera infração penal o gênero do qual crime/delito e contravenção penal são suas espécies.

classificação, toda uma carga preconceituosa que pairava sobre esses delitos. Punia-se, de fato, a mulher. Não por acaso, expressões como “mulher honesta” e a possibilidade de o estupro passar a ser punível caso se casasse com sua vítima constaram do Estatuto Penal brasileiro até o ano de 2005.

Com a reforma legal ocorrida em 2009, o Título VI do Código Penal passou a tratar dos crimes contra a dignidade sexual, aproximando-se de uma condição de igualdade de tratamento entre homens e mulheres, à medida que a abordagem dos fatos delitivos passou a ser mais jurídica e menos moral (ELUF, 2009).

Ao proteger a dignidade sexual, extensão da dignidade da pessoa humana, o legislador passa a atender a um dos princípios fundantes da República, indo ao encontro da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.292.141-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012<sup>4</sup>) que apontavam para a necessidade de respeito aos direitos fundamentais, enquanto inafastável razão de ser do Estado Democrático e de Direito.

Na senda das alterações legislativas operadas em 2009, o crime de estupro passou a violar a liberdade sexual, ou seja, a autodeterminação da pessoa, e não mais só a da mulher, pois, conforme a atual redação do artigo 213 do Código Penal, tanto a conjunção carnal forçada como os atos libidinosos dela diversos caracterizam o mesmo tipo penal.

O artigo 213 do Código Penal (*Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*), apesar da redação que lhe foi dada pela lei 12.105/2009, peca pela utilização do abrangente termo “ato libidinoso”, capaz de causar exageros na aplicação da norma e consequentes punições indevidas (ELUF, 2009). Ademais, parcela da doutrina critica a manutenção da dicotomia entre conjunção carnal e ato libidinoso dela

---

<sup>4</sup> Esse julgado merece menção, ainda que se trate de questão atinente à responsabilidade civil, já que reforça a necessidade de que os direitos fundamentais são indissociáveis da própria razão de ser do Estado Democrático e de Direito.

diferente, defendendo a utilização de uma expressão mais significativa como “violação sexual mediante violência” (BITTENCOURT, 2014).

A reforma legislativa apostou ainda na elevação de pena cominada em abstrato ao delito de estupro, bem como na piora do tratamento jurídico dado ao acusado/condenado da prática desse delito, por meio de alteração da denominada Lei dos Crimes Hediondos.

O fenômeno criminal, e em particular o aumento da criminalidade violenta no Brasil nas últimas décadas, têm sido pouco afetado pelas políticas de encarceramento massivo implementadas a partir da edição da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que impediu a progressão de regime e com isso ampliou sobremaneira a população carcerária desde então, sem que tenha ocorrido redução da tendência de crescimento destes delitos (AZEVEDO, 2017, p. 268).

Entretanto, a opção por esse agravamento das sanções penais não surtiu o efeito, teoricamente, esperado, pois mesmo com o tratamento normativo penal mais severo, os casos de crimes sexuais violentos seguem numa curva ascendente<sup>5</sup>. Conforme dados divulgados no Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, foram registrados 47.646 casos de estupro em 2014, entretanto, apenas 35% dos crimes sexuais são notificados, isto é, a maioria das infrações penais cai na chamada criminalidade de cifra negra<sup>6</sup>.

Esse recrudescimento de penas e essa criação de novos tipos penais, longe de sinalizarem a contenção da criminalidade, configuram o fracasso na aposta estatal por esse tipo de política criminal. Nesse sentido, colaciona-se o posicionamento esposado por FRANCO (1994, p. 08):

---

<sup>5</sup> Conforme o Fórum Brasileiro de Segurança Pública: houve aumento de 18,17% nos crimes sexuais, em relação a 2011, quando foram cometidos 22,1 crimes por grupo de 100 mil habitantes. TRIBUNA. **Número de crimes sexuais ultrapassa o de homicídios no Brasil**. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/editoria/policia/news/705274/?noticia=NUMERO+DE+CRIMES+SEXUAIS+ULTRAPASSA+O+DE+HOMICIDIOS+NO+BRASIL>>. Último acesso 5 jun 2016

<sup>6</sup> Nesse sentido: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. **Anuário brasileiro de segurança pública**. Edição IX. Disponível em: <[http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/anuario\\_2015\\_retificado.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/anuario_2015_retificado.pdf)> São Paulo, 2015. Último acesso em 06 jun 2016

Por fim porque o inciso submetido à apreciação do Presidente da República demonstra uma vez mais - o fracasso da Lei de Crimes Hediondos não foi suficiente para chamar à razão os meios governamentais - que se insiste na postura político - criminal - ingênua, tola ou ardilosa, não se sabe com exatidão - que apresenta o Direito Penal como a fórmula mágica idônea a solucionar os conflitos sociais, a mezinha especial capaz de curar todas as enfermidades que a má distribuição de renda, a miséria, a fome os desequilíbrios sociais, a corrupção e a impunidade provocam (...).

A crítica se mantém muito atual, afinal, o Senado Federal aprovou, no dia 31 de maio de 2016, o aumento de pena para o caso de crime de estupro praticado por duas ou mais pessoas, criando a figura do tipo penal do estupro coletivo. Referida votação se deu à unanimidade, tudo diante da repercussão na imprensa de caso grave de crime sexual praticado por vários agentes em face de uma adolescente<sup>7</sup>.

Como bem assinala parcela da doutrina, essa prática recorrente de agravar o tratamento penal, com vistas a afagar os anseios populares, só serve para reforçar o estado de desigualdade, uma forte característica do Estado brasileiro (bem como da maioria dos países da América Latina, conforme AZEVEDO, 2017):

Partindo-se do conceito de Direito Penal, e da sua missão de proteger o bem jurídico, através de um processo penal, e de uma pena, como função retributiva e preventiva, fundamenta-se a política criminal repressivista. Neste sentido, com o aumento da lei penal, eleva-se o número de selecionados, pois esses são prioritariamente de uma mesma origem. Conclui-se, nesse sentido, que as agências penais estão sendo utilizadas como um instrumento de distanciamento social... (CANTERJI, 2008, p. 104-105).

Eis mais um exemplo do chamado populismo penal, o qual se tem demonstrado infértil no campo relacionado ao controle da criminalidade. O Direito Penal não é a única e nem deve ser a resposta para todas as mazelas sociais.

---

<sup>7</sup> PUTTI, Alexandre. Aumentar a pena não é solução para acabar com o estupro, nunca foi e nunca será, afirma especialista. **Justificando**. Disponível para consulta em: <<http://justificando.com/2016/06/03/aumentar-pena-nao-e-solucao-para-acabar-com-estupro-nunca-foi-e-nunca-sera-afirma-especialista/>> último acesso em 06 jun 2016.

Essa aposta na expansão penal incremental, por consequência, a ineficiência do sistema e a incapacidade do Estado de adotar medidas outras, que escapem da lógica da resposta violenta (prisão). Essa resposta demagógica, longe está de configurar mera incompetência. Trata-se, segundo BINDER (2017, p. 198) de uma opção política bem planejada, pois “a ineficácia do sistema penal não é um ‘feito’, é um grande negócio, uma construção social complexa”.

## 1.2 Questões afetas ao segredo de justiça

Conforme se observa em ‘Laranja mecânica’, Alex é recebido com claro desconforto por parte de seus pais e desconfiança de terceiros, logo após ter sua libertação anunciada pelos meios de imprensa. Alex sofria com o estigma de ex-presidiário. Os pais de Alex não haviam lido o noticiário do dia, mas ver o filho livre e em casa não se traduziu em alegria para eles, muito pelo contrário:

Estamos muito surpresos, filho. Você deveria ter nos avisado que estava vindo. Achamos que pelo menos levaria mais cinco ou seis anos até que o soltassem. Não – disse ele, e disse com um jeito muito tristonho – que não estejamos muito satisfeitos em vê-lo novamente e ainda por cima um homem livre. (BURGESS, 2013, p. 135)

Mas o que teria ocorrido com Alex, caso ele tivesse sido processado e condenado pela prática do crime de estupro? Na perspectiva da realidade brasileira, pode-se afirmar que Alex passaria por situações ainda mais delicadas que as narradas na obra.

Nos termos da atual legislação, o artigo 234-B do Código Penal estabelece que os processos devem tramitar em segredo de justiça, quando instaurados para a apuração de crimes contra a dignidade sexual. Essa alteração legislativa busca, ao mesmo tempo, proteger o direito de imagem do acusado e, principalmente, evitar juízos moralizantes da sociedade sobre a pessoa da vítima. Vale destacar que muitas vítimas são crianças ou adolescentes.

Entretanto, a despeito do texto legal, é cada vez mais recorrente a divulgação de imagens do acusado (suspeito) da prática de tais delitos nos meios de comunicação, notadamente, nos ditos “programas policiais” (ou seriam policialescos?), que se caracterizam pela busca da audiência a qualquer preço.

Mencionados programas televisivos, radiofônicos ou virtuais, praticamente, são gravados do interior de repartições policiais, em verdadeiro regime de plantão, fazendo com que a pessoa apreendida seja exposta, em rede nacional, a uma exposição incalculável e prejudicial, não só às investigações ou ao conseqüente processo, mas à vida daquele ser ali filmado, fotografado, e de todos os que possuem relação com o fato criminoso.

Nada é feito ao acaso, desde a trilha sonora à energia empregada pelo apresentador ao falar, bem como ao horário de exibição de tais programas. O show está pronto e não pode parar:

Sabe-se que o espetáculo é uma construção social, uma relação intersubjetiva mediada por sensações, em especial produzidas por imagens e, por vezes, vinculadas a um enredo. O espetáculo tornou-se também um regulador das expectativas sociais, na medida em que as imagens produzidas e o enredo produzido passam a condicionar as relações humanas: as pessoas (que são os consumidores do espetáculo e exercem a dupla função de atuar e assistir), influenciam no desenvolvimento e são influenciadas pelo espetáculo (CASARA, 2015, p. 11).

Não bastasse isso, os apresentadores de referidos programas adotam uma postura julgadora, inquisitiva, condenadora, moralmente superior, à medida que criam alcunhas, adjetivos injuriosos e um discurso implacável contra aquele que se encontra na posição de suspeito da prática de crime contra a dignidade sexual. Repita-se: suspeito.

Se señala que la vulneración del secreto de la investigación encierra severos problemas para el acusado, y que ello no puede ser positivo para la sociedad. Para algunos autores, serían los periodistas y la transparencia de lá acción de policías y jueces, los que ocasionarían esos males. El interés comercial por informar sobre algunos procesos ha podido hacer más al respecto de la

transparencia que docientos años de prédica iluminista, pero ello ahora es visto com recelo... (ANITUA, 2014, p. 101).

Ademais, Clarice Söhngen (2011) aduz que a exploração do medo pela grande mídia contribui para reforçar o sentimento coletivo de insegurança, como também no potencial de reabilitação da pena de prisão, o que colabora para o ressurgimento de uma criminologia de cariz autoritário.

Se a suposta vítima é criança ou adolescente, e, o suspeito possui relação de parentesco com aquela, o caso é tratamento sob o viés religioso e ainda mais sensacionalista pela imprensa. Nalgumas cidades brasileiras, a reação da comunidade costuma ser violenta, inclusive no sentido de destruir fóruns ou delegacias, quando o intento de linchamento não é alcançado.

Irretocáveis as observações doutrinárias, quando se trabalha os efeitos danosos do populismo penal no seio do processo, bem como para o funcionamento da Democracia:

Nesta patologia, não se quer autoridades fracas, e qualquer complacência ao crime, já que a segurança tornou-se direito absoluto, vai imediatamente ao encontro do “público”. A moderação não condiz com a exacerbação da reação social, daí o profundo déficit – para não dizer paralisia – da mediação imposto(a) às instituições democráticas. É neste momento, em que a própria democracia é exposta a estas ameaças, que se julga pôr à prova os seus próprios fundamentos (ROSA; AMARAL, 2014, p. 54).

Sabe-se que o Estado e todo o seu aparato se agiganta perante a figura do acusado. Esse agigantamento é ainda mais potencializado com programas voltados à espetacularização do horror. O acusado, quando ouvido, possui pouco espaço para defender-se, sendo, geralmente, interrompido pelo incansável “senso de justiça” do apresentador, inequívoco chagal e dono da única verdade em questão.

Quando se trata da criminalidade, a linguagem dos meios de comunicação dramatiza os sentimentos humanos, identificando-os com manifestações superficiais de emotividade. Uma estratégia muito comum, sobretudo quando

a informação envolve o delito cometido mediante violência, é ressaltar o sofrimento e a dor da vítima, atribuindo-lhe certa pureza e inocência, enquanto a vida, os hábitos e a personalidade do sujeito são explorados como anormais, exóticos ou violentos. Obviamente, que o público tende, influenciado pela emoção induzida pela linguagem midiática, a se identificar com o padecimento da vítima e a formular juízos morais depreciativos sobre o suspeito (GOMES, 2015, p. 75).

O perigo de tal cobertura de casos penais dessa gravidade é tamanho que, mesmo após tantos anos, o escândalo conhecido como “caso da escola base” até hoje serve de exemplo para que sociedade, Estado e imprensa reflitam sobre a necessidade de uma atuação jornalística mais responsável.

Abordando o tema, sob a perspectiva do fenômeno das falsas memórias no campo da prova testemunhal, LOPES JR (2014, p. 695) assevera:

A notícia correu o País e foi explorada de forma irresponsável (senão criminosa) por parte dos meios de comunicação, encontrando no imaginário coletivo um terreno fértil para se alastrar, até porque, num país onde a cultura do medo é alimentada diariamente, a possibilidade de que nossos filhos estejam sendo vítimas de abuso sexual na escola é o ápice do terror.

Sobre o caso acima, os acusados da prática de crimes sexuais contra crianças sofreram com uma exposição atroz, sem qualquer possibilidade de defesa nos meios de comunicação, sendo ainda obrigados a mudarem de domicílio e encerrarem as atividades da escola base:

A mídia utilizou do sensacionalismo, explorando o sofrimento das mães das vítimas, entrevistas com crianças de quatro anos, perdendo completamente a preocupação com a ética e a presunção de inocência. Surgiram tantas denúncias, que o relator da CPI da Prostituição Infante Juvenil na época pediu a quebra do sigilo bancário das contas dos suspeitos, as quais foram investigadas. Deve-se esclarecer que os suspeitos não tinham nem prestado depoimento para a polícia (BAYER; AQUINO, 2014).

Os principais veículos de comunicação processados civilmente foram condenados pelo Judiciário, sendo que poucos noticiaram isso, ou seja, só se informa aquilo que realmente interessa: o horror. Obviamente que não

se condena a liberdade de imprensa, mas a necessidade de que a própria sociedade filtre a matéria que deve ou não ser “consumida”. É uma questão de civilidade.

## **2. O esturador, a psicopatia, o direito brasileiro e o beco sem saída (?)**

Condenado, Alex é levado a um presídio comum, em que pese tenha sido responsabilizado pela prática de infração penal grave. Após um período preso, Alex leva às autoridades o seu desejo de submeter-se a um tratamento experimental, capaz de “curá-lo”, como também de abreviar seus dias na prisão. Uma vez avaliado, Alex é aprovado para o teste, sendo então submetido ao método Ludovico, que teria duração aproximada de 15 dias.

O método Ludovico consistia em expor, incansavelmente, o condenado a sessões de filmes violentos, associados a trilhas sonoras devidamente selecionadas. A proposta, então, seria introduzir no condenado uma gama de maus sentimentos, enjoos, desconfortos físicos e mentais, sempre que ele estivesse tendencioso a cometer novos atos violentos.

(...) Então mostraram os campos de concentração, os judeus e as ruas estrangeiras cinzentas cheias de tanques e uniformes veks caindo com rajadas de fogo de metralhadoras; isso era o lado público da coisa. E desta vez eu não podia culpar ninguém senão eu mesmo por me sentir mal e cheio de sede e de dores, só que eu era forçado a videar; meus glazis ainda eram mantidos abertos por presilhas e meus nogas e ploti fixados à cadeira, mas aquele conjunto de fios e outras veshkas não saía mais do meu ploti nem da minha gúlviver. Então, que outra coisa poderia fazer aquilo comigo a não ser os filmes? A não ser, claro, irmãos, que essa substância do Ludovico fosse assim uma espécie de vacina e ela estivesse atravessando meu króvi de modo que eu ficasse doente para todo o sempre, amém, toda vez que videasse qualquer coisa dessa ultraviolência. (...) (BURGESS, 2013, p. 120/121)

Analisando Alex, a partir do direito brasileiro, pouco se avançou no que tange ao que seria a melhor resposta penal dada àquele sujeito condenado pela prática de crime sexual violento, notadamente, se dito apenas for identificado como psicopata.

A psicopatia, conhecida como uma doença do caráter, é uma espécie do gênero Transtorno de Personalidade Antissocial, integrando o Grupo B, do qual constam os transtornos da personalidade antissocial, *bordeline*, histriônica e narcisista (REGHELIN, 2010). Assim, segundo NUNES (2009, p. 156):

De um outro ponto de vista, a Psicopatia é identificada como uma perturbação caracterizada pela presença de um padrão comportamental que encerra a manifestação de “menosprezo e violação” dos direitos das outras pessoas, que se inicia na infância ou na adolescência, tendo continuidade na vida adulta.

Para que se tenha uma singela noção da complexidade do tema, há vozes relevantes na doutrina que não enxergam a psicopatia como espécie de doença mental e, que, em razão disso, os ditos psicopatas não seriam afetados ou prejudicados quanto à capacidade para o reconhecimento do que é certo ou errado. O psicopata, portanto, nos termos dessa linha de pensamento, não possui qualquer óbice para a tomada de decisões éticas ou antiéticas. Nesse diapasão:

Segundo la ciencia médica tradicional, ciertos sujetos, sin ser enfermos mentales, tienen anomalías en la personalidad. Dentro del grupo de las personalidades anormales están aquellas que, si por sus características, sufren o hacen sufrir, pasan a integrar el subgrupo de las psicopatías. Kurt Schneider ha elaborado una tipología en la que describe diez tipos de psicopatas, a saber: depresivo, frío de ánimo, asténico, necesitado de estima, fanático, inseguro de sí, lábil de humor, explosivo, hipertímico y abúlico (BARBERO; SALDUNA, 2007, p. 92).

Noutra linha de pensamento, há aqueles que identificam a pessoa do psicopata como alguém incapaz de compreender se age de forma ética, diante da insensibilidade inerente à estrutura da sua personalidade. Na esteira desse entendimento:

Se por psicopata consideramos a pessoa que tem uma atrofia absoluta e irreversível de seu sentido ético, isto é, um sujeito incapaz de internalizar ou introjetar regras ou normas de conduta, então ele não terá capacidade para

compreender a antijuridicidade de sua conduta, e, portanto, será um inimputável. Quem possui uma incapacidade total para entender valores, embora os conheça, não pode entender a ilicitude (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 542).

Diante dessa reflexão, há que se tecer comentários, ainda que breves, sobre o tratamento que o Direito Penal pátrio dispensa ao tema da (in)imputabilidade, já que pertinente à discussão que se enfrenta neste tópico.

O Direito Penal brasileiro trabalha com o sistema vicariante<sup>8</sup>, por meio do qual, pena e medida de segurança não podem ser aplicadas de forma cumulativa. Desta feita, caso reste comprovado que o processado é inimputável, a ele não se atribuirá pena, mas tão somente medida de segurança, se, ao final do processo, for absolvido impropriamente.

Quando o apenado é semi-imputável, com culpabilidade reduzida, mas não eliminada, à época do fato delituoso, o juiz deve condená-lo à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, reduzida de um a dois terços, ou substituí-la por medida de segurança, conforme estabelece o artigo 98 do Código Penal.

Para que se defina a inimputabilidade, o Código Penal brasileiro encampou o sistema biopsicológico como regra, sendo que em seu artigo 26 são enumeradas três circunstâncias, as quais somadas à menoridade, podem conduzir à inimputabilidade. Tais circunstâncias são: a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto e o desenvolvimento mental retardado.

Em relação aos inimputáveis, o Código Penal trabalha com a imposição de medida de segurança, cujo tempo de duração, nos termos da lei, estará vinculado à comprovação do fim da periculosidade<sup>9</sup>, adequada ao grau de periculosidade do sujeito e ao delito por ele praticado.

---

<sup>8</sup> A título de nota, destaca-se que a reforma da parte geral do Código Penal, ocorrida no ano de 1984, aboliu o sistema binário, que permitia a cumulação de pena e de medida de segurança.

<sup>9</sup> Basicamente, duas correntes se formaram na doutrina e na jurisprudência, uma defende que a medida de segurança não pode suplantar o limite de 30 anos imposto para a duração da pena privativa de liberdade (sendo este o posicionamento prevalente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal), enquanto que a outra prega que só a cessação da periculosidade determinará o fim da medida. Entretanto, por meio do verbete 527, o Superior Tribunal de Justiça

Aos inimputáveis, portanto, será aplicada a medida de segurança de internação, desde que o fato por ele praticado não seja punido com pena privativa de liberdade de detenção, ocasião em que a lei determina a imposição de tratamento ambulatorial. Nada impede que, posteriormente e, caso necessário, imponha-se ao sujeito a medida de internação.

Nos termos do artigo 96 do Código Penal brasileiro, as medidas de segurança consistem em internação em hospital de custódia ou para tratamento psiquiátrico e submissão a tratamento ambulatorial.

Por mais que a medida de segurança se preste ao tratamento do sujeito, não há que se negar seu caráter punitivo, principalmente, diante da situação crítica de alguns centros de internação brasileiros<sup>10</sup>:

Na atualidade, considera-se superada a “ideologia do tratamento” e registra-se, assim, uma forte resistência doutrinária contra ela, porque as medidas infligem sofrimentos ainda maiores que as penas, privando o indivíduo de todos os seus direitos e submetendo-o ao domínio dos terapeutas, frequentemente tão totalitário como o dos sistemas de castigo... (ELBERT, 2009, p. 116-117).

Não se pode olvidar que o Estado brasileiro vem falhando também nesse campo, qual seja, o da promoção de tratamento médico às pessoas com graves problemas mentais, sendo paradigmático o caso *Ximenes Lopes vs Brasil*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Trata-se da primeira condenação brasileira perante essa Corte e também do primeiro caso de violação de direitos humanos no âmbito do tratamento de pessoa com deficiência mental. Em sentença proferida no dia 04 de julho de 2006, a Corte condenou o Estado brasileiro a indenizar a família da vítima, já que Ximenes faleceu durante acolhimento em instituição voltada à internação de pessoas com deficiência mental, após sofrer maus

---

sumulou o entendimento de que a medida de segurança não pode durar mais do que o limite máximo de pena cominada em abstrato ao delito.

<sup>10</sup> Para que se tenha uma noção de como muitos manicômios funcionavam, vide o relatório da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, nos termos do projeto das Caravanas Nacionais de Direitos Humanos, realizado no ano de 2000. DHNET. **Direitos Humanos**. Disponível para consulta em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/caravanas/br/icaravana.html>> último acesso em 4 jun 2016.

tratos, pelos danos materiais e imateriais causados (PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 313).

Segundo GOFFMAN (2015, p. 16/17) considera que instituições voltadas à internação de pessoas, voluntaria ou involuntariamente, são classificadas como totais, sendo que tal característica, a da totalidade, decorre do simbolismo encartado na noção de fechamento, isto é, no isolamento/afastamento que se promove entre o mundo que o internado viverá no interior do estabelecimento e aquele observado do lado de fora (a vida social).

O Direito brasileiro lida com três categorias para fins de definição da resposta penal adequada ao ato praticado e de acordo com as condições pessoais do agente responsável pelo fato: a imputabilidade, a inimputabilidade e a semi-imputabilidade.

Em se tratando dos semi-imputáveis, também chamados de fronteiros, a doutrina identifica nesta faixa intermediária pessoas com situações brandas de psicoses, oligofrenias, personalidades psicopáticas e com outros transtornos mentais transitórios, os quais não elidem a capacidade de compreensão da ilicitude do fato, em que pese a redução do nível de censura do ato para o agente (REGHELIN, 2010).

Ainda que não seja a linha de pensamento prevalecente no Direito pátrio, há que se mencionar o entendimento extraído da doutrina freudiana, no sentido de que quanto mais se pensa, mais se afasta de seus atos, noutras palavras, o pensar corretamente faz com que o homem se afaste da impulsividade, da rotina que lhe cega. Até que ponto se tem exata compreensão do que se faz, justamente por estar contaminado por hábitos ou influências externas? Nesse sentido:

O mesmo se deve dizer sobre os criminosos. Independentemente da questão da inimputabilidade, eles não sabem exatamente o que fazem. Aliás, os limites que se estabelecem entre a imputabilidade, semi-imputabilidade e inimputabilidade constituem mera ilusão de um pensamento falsamente objetivo, ilusão essa da qual o Direito cegamente se serve, para tornar suas decisões ao menos aparentemente e formalmente corretas e “legalmente” bem fundamentadas. Afinal, infelizmente para muitos a decisão justa é aquela formal e

legalmente correta. O delinquente, ao atacar sua vítima, não sabe exatamente quem ela é, não pensa sobre as consequências e todos os possíveis desdobramentos que sua ação criminoso poderá acarretar-lhe. Além de seus impulsos, suas carências e privações, a própria rotina e os hábitos do crime obliteram-lhe o pensamento e o cegam. Na medida em que o criminoso não pensa sobre o que está fazendo, ele não sabe exatamente o que está fazendo, independentemente de ser ou não formalmente reconhecido imputável perante a lei (SÁ, 2013, p. 46).

Feitas essas observações, vale ressaltar que o entendimento que vem predominando na doutrina leva ao reconhecimento da responsabilidade penal do psicopata, no contexto do ordenamento jurídico pátrio:

A psicopatia não consiste em uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, porque não provoca qualquer alteração na capacidade psíquica do agente. Outrossim, ainda que assim fosse considerada, não teria o condão de retirar do agente a capacidade de conhecer o caráter ilícito dos fatos e de se determinar de acordo com esse entendimento. O psicopata conhece exatamente as normas que regem a sociedade e as suas consequências. Ainda assim, investe no plano premeditado e o pratica até onde lhe parece mais conveniente. Nessas circunstâncias, entendemos que a psicopatia não tem o condão de tornar o agente inimputável (LEME, 2012, p. 17).

Assim, o que se pode dizer sobre o psicopata que comete crime sexual violento? Estaria o Direito brasileiro, por meio de suas respostas penais (pena ou medida de segurança), preparado para ressocializar essa pessoa?

A discussão sobre qual resposta penal deve ser dada e de que maneira, acaba por se tornar ainda mais complexa que a referente à imputabilidade ou não da pessoa portadora de psicopatia, ainda mais, quando ela realiza crime sexual violento. Um estudo feito nos Estados Unidos constatou que o índice de reincidência nos crimes violentos, dentre os quais, os de natureza sexual, chega a 71,3%<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Estudo divulgado em 2015. MELO, João Ozorio de. Estudo mostra que índice de reincidência no crime é de 77% nos EUA. Publicado na Revista eletrônica **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-02/estudo-mostra-indice-reincidencia-crime-77-eua>> último acesso em 03 jun 2016.

No Brasil, ainda que de modo geral, um em cada quatro condenados é reincidente, legalmente considerado, conforme relatório sobre a reincidência no Brasil, divulgado em 2015 pelo IPEA, em acordo de cooperação técnica firmado com o Conselho Nacional de Justiça<sup>12</sup>.

Diante do sensacionalismo com que os casos de crimes sexuais são explorados pela imprensa, notadamente, quando a vítima é criança ou adolescente, reforçando a sensação de insegurança na população, propostas de alteração da legislação, com vistas a legalizar o condicionamento da concessão de liberdade ao condenado pelo crime de estupro, somente se ele se submeter a procedimento de castração química, já são discutidas no Congresso Nacional<sup>13</sup>.

Além da inconstitucionalidade gritante de medidas graves, invasivas e extremas como a referida acima, não há informações precisas de que a submissão do condenado pelo crime sexual violento ao procedimento de castração química seja eficaz. Ademais, não se pode esquecer que, durante a égide do regime nazista, a esterilização foi um dos procedimentos mais adotados contra os ditos indesejáveis:

A esterilização forçada dos chamados “associados” (uma das mais graves espécies de crimes contra a humanidade) foi uma prática constante dentro do regime nacional-socialista. Naquele período, calcula-se que entre quinhentos mil e um milhão de pessoas tenham sido esterilizadas, com ou sem enfermidades hereditárias. Eram pessoas provenientes das camadas sociais mais baixas, que praticaram pequenas infrações, muitos deles com antecedentes penais por delitos contra a propriedade ou contra a moral sexual, como prostitutas, vagabundos e mendigos. Por enfermidade hereditária entendia-se retardo mental congênito, esquizofrenia, “loucura circular” (maníaco depressiva), epilepsia grave, surdez, cegueira, alcoolismo e graves deformidades corporais (REGHELIN, 2010, p. 155).

---

<sup>12</sup> Recomenda-se a leitura na íntegra: **Reincidência criminal no Brasil**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>> último acesso em 03 jun 2016.

<sup>13</sup> Trata-se do Projeto de Lei nº 5398/13, apresentado pelo deputado Jair Bolsonaro (PP-RJ). Segundo os motivos alegados pelo autor do projeto, países como os Estados Unidos já adotam a medida da castração. O autor não relata, porém, os efeitos adversos causados pela medida.

Mesmo diante de assunto complexo e grave (a resposta penal dada ao delinquente sexual psicopata), o Estado brasileiro não pode afastar-se dos valores e princípios que o estruturam. Não se deve, seja em virtude do populismo penal ou do medo coletivo, retroceder a regimes de governo de exceção que, mesmo após 70 anos de seu encerramento e diante das atrocidades perpetradas contra a humanidade, há que se perguntar: como se chegou tão longe?

### **Considerações finais**

Mais do que apontar soluções, buscou-se a problematização de questões delicadas e importantes sobre o tratamento atribuído ao suposto autor de um crime estupro e de referido delito. Para tanto, tomou-se a liberdade de considerar Alex, o protagonista de “laranja mecânica”, enquanto psicopata praticante de crime sexual violento. A riqueza da obra permite essa e outras análises jurídicas relevantes, principalmente pela grandeza que é promover esse diálogo entre a arte (literatura, cinema, etc.) e o Direito.

Com as reflexões acima, tentou-se, ainda que sucintamente, abordar como o Estado brasileiro vem insistindo em opções político-criminais equivocadas, e a forma como essas escolhas influenciam nas fases da criminalização, da atuação processual e na fase de execução penal.

O fracasso do método “Ludovico”, empregado em Alex como espécie de tortura psicológica e física prévia, com vistas ao impedimento da prática de crimes violentos, serve para reflexão sobre as discussões em torno de penas indignas como a de esterilização forçada. Além da ausência de garantia de eficácia, respostas penais com tamanha radicalidade servem tão somente para subverter a ordem constitucional, fundada na dignidade da pessoa humana.

Assim, a exemplo da ficção utilizada como pano de fundo para a condução da pesquisa, verifica-se que o sujeito apontado como praticante de crime contra a dignidade sexual pode, inapelavelmente, passar de algoz a

vítima, notadamente pela insistência em políticas criminais ineficazes e violentas.

*Os três drugues estão aí para mostrar que mesmo em gangues, mesmo drogados, a lei que de fato opera é a traição. É por ela que derrubam Alex do lugar de líder, líder esse que acaba perdendo o seu lugar porque não foi capaz de proteger seus pares da violência que comandava sobre terceiros. Se isso é verdade, é verdade também que quanto mais o sujeito pratica violência, mais ele tende a perder os limites das relações introduzindo nelas mais violência. [...] Isso significa que um dos problemas que a violência introduz tem a ver com aquilo que ela produz e causa, ou seja, violência gera violência. (DIAS; COUTINHO, 2016, p. 167)*

## Referências:

ANITUA, Gabriel Ignacio. Los problemas del principio de inocencia y la difusión pública de la imagen en la investigación preliminar. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs).

**Processo Penal e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Reformas Penais. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila; GAUER, Ruth Chittó; WUNDERLICH, Alexandre. **Reformas Penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BARBERO, Natalia; SALDUNA, Mariana. Responsabilidad penal del psicópata. **Revista Latinoamericana de Derecho**, Buenos Aires, año IV, n. 7-8, p.89-127, enero-diciembre de 2007.

BAYER, Diego; AQUINO, Bel. **Da série “Julgamentos Históricos”: Escola base, a condenação que não veio pelo Judiciário**. Publicado no Justificando em 10 de dezembro de 2014. Disponível em < <http://justificando.com/2014/12/10/da-serie-julgamentos-historicos-escola-base-a-condenacao-que-nao-veio-pelo-judiciario/> > Último acesso em 05 jun 16.

BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Florianópolis: Emporio do Direito, 2017.

BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal** – parte especial, 8. ed., São Paulo, Saraiva, 2014, v. 4.

CANTERJI, Rafael Braude. **Política Criminal e Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

COIMBRA, José César. Até que a morte nos separe. In: PRIORE, Mary Del; MÜLLER, Angélica (Orgs.). **História dos Crimes e da violência no Brasil**. São Paulo: Editora Unesp, 2017.

DIAS, Mauro Mendes. A mecânica da violência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Direito e Psicanálise**: interseções e interlocuções a partir de Laranja Mecânica, de Anthony Burgess. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ELBERT, Carlos Alberto. **Novo manual básico de criminologia**. Carlos Alberto Elbert; trad. Ney Fayet Júnior. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ELUF, Luiza Nagib. A reforma dos crimes sexuais. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 31, p.104-106, ago./set. 2009.

FERNANDES, Fábio. Prefácio. In: BURGESS, Anthony. **Laranja Mecânica**. 13ª reimpressão - São Paulo: Aleph, 2013.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos: uma alteração inútil**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.16, p. 08, maio 1994.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2015.

GOMES, Marcus Alan. **Mídia e sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

[LEME, Michele Oliveira de Abreu, A imputabilidade do psicopata, Boletim IBCCRIM](#). n. 234, v. 20, 2012, p. 16-17.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Laura M. Crime – psicopatia, sociopatia e personalidade anti-social. **Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais**. Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa. ISSN 1646-0502.6 (2009), p. 152-161.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. Belo Horizonte: Editora Cei, 2017.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: EMais, 2018.

REGHELIN, Elisangela Melo. **Crimes sexuais violentos: tendências punitivas: atualizado com a lei 12.258/10 (monitoramento eletrônico)**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da punição: a ostentação do horror** / Alexandre Morais da Rosa, Augusto Jobim do Amaral. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SIQUEIRA, Gerson; SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza. A possibilidade de recepção da pena de castração química nos crimes sexuais. **Revista Eletrônica de iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.3, p. 397-415, 3º Trimestre de 2013.

SÖHNGEN, Clarice Costa. **Encontros entre Direito e Literatura II: ética, estética e política**. Porto Alegre: Edipucrs, 2010.

\_\_\_\_\_. **Argumentação e discursos criminológicos**. Porto Alegre: Edipucrs, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral. – 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

## A Antígona de Sófocles ou os fundamentos da ordem jurídica

Vicente de Paulo Barretto <sup>1</sup>

### 1. A literatura desvenda o direito

A hipótese desenvolvida pelos estudos, que levam a rubrica geral de Direito e Literatura, é a de que se encontram analisados e descritos na imaginação literária, de forma mais viva do que na própria doutrina, os fundamentos da ordem jurídica, os seus mecanismos e significados simbólicos. Procura-se utilizar o universo de valores e símbolos, encontrados nos textos literários, como um rico e insubstituível manancial para o processo de compreensão do sistema jurídico, de suas normas e instituições. Essa aproximação do Direito com a Literatura se realiza, principalmente, através de quatro modelos, cada qual privilegiando um aspecto dessa relação:

- (a) Os estudos sobre o *direito da literatura*, em que se privilegia a análise das repercussões propriamente jurídicas da atividade literária, tais como as questões relativas à propriedade intelectual, à responsabilidade civil do escritor, à liberdade de expressão, principalmente, aquelas referentes à injúria, à difamação e à calúnia;

---

<sup>1</sup> Pós-doutor pela Maison des Sciences de L'Homme, Paris. Livre-docente em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUCRJ). Graduado em Direito pela Universidade do Estado da Guanabara. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESA. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Consultor ad hoc da área de Direito e de Filosofia da CAPES. Consulto ad hoc na área do Direito do CNPQ. Bolsista de produtividade científica no CNPQ, nível 1. Membro do Board of Governors da International Association of Law School (IALS). Presidente do Fórum Permanente Filosofia, Ética, e Sistemas Judiciais da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ). Membro do Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio (CNC)

- (b) Outro tipo de abordagem dessas relações é a que trata o *direito como literatura*, onde se examinam as qualidades literárias do texto jurídico, empregando para isto os métodos de crítica literária apropriados;
- (c) Pode-se, também, examinar o *direito comparado da literatura*, através do estudo comparativo dos métodos jurídicos e literários ou o estudo da *estrutura literária do direito*;
- (d) Finalmente, temos o modelo de investigação das relações do direito com a literatura, que mais benefício traz para uma compreensão mais universal e crítica do direito. Trata-se do *direito na literatura*, ou seja, o modo pelo qual a literatura representa a lei, a justiça, a liberdade, a propriedade, a herança, a pena, o crime, e as instituições judiciárias que asseguram a objetivação social do sistema de normas jurídicas.

Todos esses modelos demonstram como a literatura de narrações, ao tratar de problemas jurídicos, mostra como o direito não é um mecanismo voltado para dentro de si mesmo, mas um elemento da vida humana. Os textos literários têm, entretanto, a vantagem de apresentar as questões do direito na sua complexidade, sem preocupações dogmáticas, mas comprometidos com a realidade social objetiva. O direito é desvendado, principalmente, na sua riqueza cultural, onde o fenômeno jurídico aparece em toda a sua diversidade, liberto das amarras da doutrina e da lei positiva. O direito surge em toda a sua intensidade, quando a literatura desnuda a complexidade das relações sociais e mostra a verdadeira natureza dos valores e interesses em conflito, que se encontram para além das pretensões da norma positiva. Neste processo, a literatura torna-se um auxiliar poderoso para mostrar, através da elegância lingüística, o que se encontra escondido nos enfadonhos textos da doutrina e da lei.

A maioria dos textos da doutrina jurídica, por sua própria natureza, tornou-se descritiva de um sistema de normas, fechado dentro de si mesmo, onde não se encontra o palpitar da vida real dos indivíduos e das comunidades. A linguagem especificamente jurídica é triste, repetitiva e recheada de longas citações doutrinárias, empregadas *ad libitum*, e que acabam sufocando a vida humana sob o manto sagrado do argumento de autoridade. Os juristas perdem-se no emaranhado das normas, decisões,

interpretações e construções doutrinárias que tornam o direito cada vez mais distante da vida dos homens em sociedade.

As artes de uma forma geral e, especificamente, a literatura, o teatro e o cinema, processam o milagre de fazer com o direito saia dos códigos e dos livros de doutrina, e ganhe vida. A questão jurídica nuclear, a da garantia da justiça, torna-se, assim, um espaço no qual os indivíduos crescem como pessoa e ganham consciência cívica, como cidadãos, como resultado do exercício de argumentos racionais na construção de uma sociedade justa..

Os textos literários ao desvelarem o direito, mostrando as suas contradições e insuficiências diante da complexidade da vida social, podem suscitar a revolta, provocar o idealismo ou o ceticismo, fortalecer atitudes conservadoras ou socialmente progressistas. Na literatura, podemos encontrar obras que questionam o papel dos juízes e dos advogados, ridicularizam e criticam a ganância dos profissionais do direito, a sua pretensão e estilo pomposo, cheio de obviedades.

Assim, por exemplo, Shakespeare tem uma obra que por sua complexidade jurídica foi considerada como sendo *a mais importante escola de direito que jamais existiu* (Korsntein, 1995). Ao mesmo tempo em que critica os profissionais do direito – *a primeira coisa a fazer é matar todos os advogados* (Shakespeare, *2 Henrique VI*, IV, 2) – o teatrólogo proclama a necessidade e a dignidade do juiz e a importância do direito para o homem e a sociedade. Na mesma peça em que se pede a morte dos juristas, aparece *o grande juiz*, modelo de independência, de coragem e da serenidade da justiça. O magistrado eleva-se ao papel de guardião da justiça, através de decisões honestas e prudentes, o que faz com que o próprio monarca, Henrique VI, dirija-se a ele nos seguintes termos: “minha voz proferirá o que me aconselhares no meu ouvido; e eu dobrarei humildemente as minhas vontades às sábias orientações da vossa experiência” (*2 Henrique VI*, V, 2). A mesma inquietação com o sistema de normas e seus mecanismo ronda a obra de autores como Kafka, La Fontaine, Moliere, Victor Hugo, Racine,

Camus, Graciliano Ramos, Balzac. Esses são autores, alguns clássicos, cujas obras contribuem para uma compreensão crítica mais conseqüente do sistema de normas jurídicas e demonstram a importância do direito na vida quotidiana.

Nos textos clássicos da literatura encontramos, em última análise, a leitura crítica e analítica de valores e critérios próprios do mundo jurídico, que fundamentam e qualificam a ordem social e jurídica. O texto literário tem um olhar próprio, mais percuciente, pois independe da rigidez do formalismo jurídico, e, assim, consegue demonstrar como o sistema de normas não é, afinal de contas, o único e necessariamente mais seguro meio para a construção de uma sociedade justa. Os clássicos da literatura demonstram, antes de tudo, que a aplicação do direito deve considerar valores que antecedem à própria elaboração da lei positiva e também considerar no exame de cada caso a sua peculiaridade própria, entendendo ser o direito mais um instrumento de generosidade e compreensão do outro, do que uma máquina de punição e segregação.

Sófocles, neste sentido, lembra de forma pioneira como a existência de leis não escritas, das quais ninguém, como proclama Antígona, sabe a origem, devem legitimar a aplicação da lei positiva. Shakespeare mostra como a aplicação da lei deve vir envolta em valores, que a tornem mais humana, pois somente assim será atingido o mais alto grau de excelência pelo juiz: “nenhuma honra que pertença aos grandes, seja a coroa, a espada do governante, o bastão do marechal, nem a toga do juiz, os veste com sequer parte da graça que dá a misericórdia” (*Medida por Medida*, II, 2, Isabela). Em suma, o texto literário torna-se fonte de inspiração para a aplicação do direito positivo, pois privilegia valores e os emprega na crítica ao sistema legal.

## **2. O desafio de Antígona**

O caso paradigmático da clássica peça teatral *Antígona*, de Sófocles (496 - 406 a.C.), pode servir como modelo para que se investiguem os

fundamentos da ordem jurídica contemporânea, que tem na teoria da justiça o seu epicentro. A cultura jurídica ocidental deita as suas raízes no questionamento perene, que ocorre desde a Grécia Clássica, da temática central da peça do teatrólogo grego, qual seja a questão da legitimidade das leis, como condição para o estabelecimento de uma ordem justa, através de um sistema jurídico mais humano e legítimo.

A dramaticidade que envolve a vida e a morte de Antígona, personagem principal da peça de Sófocles, serviu durante séculos para suscitar algumas indagações sobre temas fundamentais da consciência ética, política, social e jurídica da cultura do Ocidente. Filha de Édipo e Jocasta, irmã de Etéocles, Polínices e Ismênia, Antígona representa, para muitos, o símbolo da resistência ao poder absoluto e a afirmação de direitos que antecedem à própria lei positiva. A *Antígona* de Sófocles representa no imaginário político universal o símbolo da resistência ao poder autocrático. Essa resistência, como assinala Ost (2005: 183), não se limita, entretanto, à manifestação da revolta pela revolta, da negação pela negação, mas constitui-se em remédio político final, usado quando todas as outras saídas, jurídicas e políticas, fecham-se em consequência da intransigência da vontade autoritária. O apelo a valores e direitos, contra a lei positiva, que irá cristalizar-se no chamado “direito à revolução”, não se admite de forma simplista. Na *Antígona*, Sófocles mostra como o processo de revolta germina em face do fracasso das sucessivas tentativas de racionalizar e humanizar a vontade tirânica. Somente depois de ter esgotado os seus argumentos para convencer Creonte é que Antígona proclama a superioridade de valores perenes, diante dos quais se deve dobrar a vontade autoritária.

Os acontecimentos se desenrolam a partir da derrota das tropas de Argos, diante das portas de Tebas. Na batalha final, na qual as tropas invasoras são derrotadas, defrontam-se, comandando tropas inimigas, os dois irmãos de Antígona, Polínices e Etéocles. O primeiro convencera o rei de Argos, Adrastinis, a invadir Tebas, onde o seu irmão Etéocles o tinha afastado do poder. A batalha final travou-se em frente das sete portas da

cidade de Tebas, sendo as tropas comandadas por sete guerreiros famosos de ambos os exércitos. A última porta a repelir o ataque invasor foi atacada por Polínices e defendida por seu irmão, Etéocles. Ambos os contendores, acabam morrendo na refrega. Creonte, rei de Tebas, tio de Antígona e dos dois príncipes mortos, determina que Etéocles seja sepultado como herói, para ser “honrado entre os mortos”. O seu irmão, Polínices, por sua vez, tendo em vista o seu ato de traição, deveria permanecer insepulto. Para fazer valer a sua vontade, Creonte determina, também, que a desobediência a sua ordem seria punida com a morte por apedrejamento.

Neste contexto, além da morte de seus irmãos, Antígona vê-se diante de um enigma, que irá perpassar toda a tragédia, e que se constitui numa indagação fundacional da reflexão ética e filosófica do Ocidente: a ordem legal de deixar insepulto um de seus irmãos deverá ser obedecida? Essa ordem é legítima, mesmo tendo sido decretada pelo poder legal, representado, no caso, por Creonte? Na primeira fala da peça, Antígona antecipa, para a sua irmã Ismênia, o drama que irá levá-la a contestar a ordem de seu tio e monarca:

“...E agora, essa proclamação que nosso comandante lançou a toda Tebas. Que sabes dela? Ouviste alguma coisa? Ou ignoras que os que amamos vão ser tratados como inimigos? [...] Vieram me dizer – o edital do rei proclama que ninguém poderá enterrá-lo, nem sequer lamentá-lo, para que, sem luto ou sepultura, seja banquete fácil para abutres. Esse é o edital que o bom Creonte preparou para ti e para mim... Sua decisão é fria, e ameaça quem a desrespeitar com a lapidação, morte a pedradas”.

A tragédia de Antígona pode ser lida sob dois diferentes ângulos. Sob o primeiro, verifica-se como a relação do indivíduo com valores não legislados pode levar a uma confrontação radical. Torna-se evidente na *Antígona* que os indivíduos são movidos por temor, mas também pela fidelidade a valores superiores, que se constituem nos alicerces originais da vida em sociedade. Ao tratar desses valores, Sófocles mostra como os conflitos entre valores perenes e a lei positiva expressam situações trágicas, próprias de um momento da vida humana anterior à própria sociedade. A

tragédia representaria, então, um estágio primitivo e ignorante da vida ética e intelectual (Nussbaum, 1995:51). Seria a manifestação original de valores, que se encontram no cerne da pessoa humana e da sociedade e que se rebelam face a limites, que lhes são impostos de modo autoritário.

O importante a assinalar sob esse ângulo da tragédia de Sófocles reside na constatação de que os argumentos de Antígona expressam um laço primitivo da união entre os homens. A sociedade, o Estado e, em consequência, o próprio direito encontram a sua fonte última não na lei, no interesse ou mesmo na segurança, mas sim na *philia* – na amizade. Trata-se de considerar um estado da humanidade, calcado no vínculo natural que leva os homens a viverem uma vida comum. É, portanto, um estado social, anterior à separação provocada pelo exogamia e pela *polis*. Trata-se, assim, do valor da *philia*, como essencial e individual, e em torno do qual se criam as possibilidades para a existência da sociedade.

O segundo ângulo sob o qual se pode analisar a *Antígona*, consiste em verificar em que medida a peça de Sófocles constitui-se no texto fundador da filosofia política, ao procurar avaliar em que medida somos obrigados a obedecer a uma lei que viole a nossa consciência. A teoria da obrigação política – explicativa das razões para que se obedeça a um determinado sistema de normas – ocupa-se desse tema central nas sociedades democráticas, e, em consequência, de como somos, ou não, obrigados a obedecer a uma lei que consideramos em consciência, como injusta. Outras interrogações éticas e políticas, entretanto, irão aparecer no desenrolar da trama, principalmente, através dos argumentos de Creonte. A peça provoca, assim, o debate sobre indagações que se encontram na trama de Sófocles e que permite a análise da *Antígona* como um campo fértil, no qual se encontram, implícitos ou explícitos, valores e categorias fundantes da cultura política e jurídica do Ocidente. Torna-se necessário, portanto, caracterizar a tragédia de Sófocles e quais podem ser considerados os seus aspectos mais significativos para a reflexão ético-filosófica e jusfilosófica contemporânea.

Os personagens principais da peça, Antígona e Creonte, tio de Antígona e governante de Tebas, serviram como objeto de disputadas análises psicológicas e, também, de debates sobre os respectivos argumentos justificadores de suas condutas. Durante séculos, alguns críticos sustentaram que Antígona estava absolutamente certa, enquanto outros admitiam que tanto ela, quanto Creonte, seu executor, estavam inteiramente certos e inteiramente errados. A história de Antígona serviu de inspiração para outros autores do teatro grego, além do clássico de Sófocles. Antígona aparece na peça de Ésquilo, *Sete contra Tebas*; Eurípides inspira-se, também, na personagem nas peças *Antígona* e *Fenícias*; Sêneca trata de Antígona em *Fenícias* e em “*Statim*” *Tebais*. O próprio Sófocles refere-se ao seu personagem mais ilustre na peça *Édipo em Colonus*, quando ela acompanha o seu cego pai ao exílio.

### 3. Leitores de uma mesma tragédia

Na modernidade, Hegel enfatizou em *Antígona* o conflito essencial entre a família e o estado, enquanto Hölderlin considerou a peça de Sófocles como um espaço poético “nebuloso” (Rosenfield, 1999: 108). Leituras, certamente, distintas, mas que demonstram como a natureza e o significado de *Antígona* evidenciam a complexidade da mensagem transmitida pelo clássico da tragédia grega. Outra leitura de *Antígona*, realizada por Jean Anouilh, na montagem de 1944, onde se reflete o estado de terror e barbárie encontrado na Europa dilacerada pela II Guerra Mundial, considera a heroína grega como representando a fuga de um mundo corrupto, em decadência, que leva ao paroxismo o conflito entre as leis dos deuses e as leis dos homens.

A peça de Sófocles situa-se no contexto político e emocional que marca a produção da tragédia clássica grega, quando forças individuais e políticas entram em conflito e provocam manifestações humanas que vão do sublime ao mais abjeto. O caso da tragédia de *Antígona* permite diversificadas leituras que podem processar-se em diversos níveis de abstração

e de entendimento, a respeito dos mesmos fatos e do mesmo texto, como demonstra Kathrin Rosenfield (1999). Rosenfield assinala que existe uma diferença entre uma categorização estrita, como a atribuída a Hegel, que representa Antígona como o conflito entre a família e o estado e aquela encontrada em Hölderlin, o grande poeta alemão do séc. XIX, que recupera o passado mitológico e procura privilegiar o papel das emoções e sua inserção no pensamento grego arcaico. Trata-se, nas palavras de Rosenfield (1999: 108), de buscar “o pensamento selvagem e a lógica das ideais racionais, das normas e da lei positiva que fornece a estrutura do pensamento discursivo da *polis* clássica”.

Diferentes interpretações foram feitas da peça de Sófocles, destacando-se na modernidade aquela escrita por Hegel:

“[*Antígona* é]... uma das mais sublimes obras de todos os tempos, primorosa sob todos os aspectos. Nesta tragédia tudo é conseqüente: encontra-se em disputa a lei pública do Estado e o amor interno da família e o dever para com o irmão. O *pathos* de Antígona, a mulher é o interesse da família; e o de Creonte, o homem, é o bem-estar da comunidade. Polínicos lutando contra a sua própria cidade-pátria, tinha morrido nas portas de Tebas; e Creonte, o soberano, através de uma lei estabelecida publicamente, ameaça com a morte a todo aquele que conceda a este inimigo da cidade a honra dos funerais. Mas Antígona não se deixa afetar por este mandato, que se refere somente ao bem público da cidade; como irmã cumpre o dever sagrado do sepultamento, segundo a piedade lhe dita o amor ao seu irmão. Apela, assim, para a lei dos deuses; mas os deuses que ela venera são os deuses inferiores do Hades (Sófocles, *Antígona*, v. 451; *he xynoikos tôn káto theôn Díke*), a interidade do sentimento, do amor, do sangue, não os deuses do povo livre, consciente de si, e da vida do Estado” (Hegel, 1991: 43).

A interpretação de Hegel privilegia a dimensão do espaço da família e dos laços de amor, que a tornam possível. Ao mesmo tempo, mostra como se torna possível a consideração do valor do bem público, independente dos valores individuais e familiares. Encontramo-nos, assim, face ao confronto entre os valores próprios do espaço público e aqueles pertencentes à sociedade civil, especificamente, a família. Hegel, entretanto,

considera a defesa de Antígona, manifestação do papel da mulher, pois seria característica do gênero feminino o compromisso mais imediato com a família e os seus valores, entendidos como parâmetros fundadores da sociedade civil. O argumento de Creonte, na interpretação hegeliana, seria o do compromisso com o Estado, que pressupõe a obediência à lei como condição de sobrevivência da sociedade política.

O texto de Hegel descobre como na *Antígona* encontra-se uma das mais sublimes representações da piedade, que se expressa como a lei da mulher (Hegel, 1940:205). Essa lei, para Hegel, tem uma substancialidade subjetiva, é a “imagem de uma lei eterna que ninguém conhece a sua origem, e representada em oposição à lei manifesta, aquela do Estado” (Hegel, 1940, ib.). Hegel acrescenta que essa oposição – entre a lei eterna e a lei positiva do Estado – é a oposição moral suprema e, em consequência, a mais trágica, o que nos remete aos arquétipos originários a terem suas relações caracterizadas pelo exercício da *philia*.

Outro entendimento de *Antígona*, e que poderá contribuir para o entendimento da tragédia de Sófocles, na reflexão jusfilosófica contemporânea, encontra-se no texto clássico de Reinhardt (1991). A tragédia de Sófocles será concebida, por Reinhardt de maneira inteiramente diversa da formulada por Hegel, interpretando-a no contexto da cultura grega:

“Os deuses de Sófocles não proporcionam consolo ao ser humano e, ainda que dirijam o seu destino para que se conheça, o ser humano como tal se concebe, primeiramente, como ser exposto e abandonado. Somente a partir da sua aniquilação parece que a sua essência, ao purificar-se, consegue passar de sua dissonância a um estado de harmonia com a ordem divina. Por essa razão, os personagens trágicos de Sófocles são seres solitários, desenraizados, rejeitados: *monoúmenoi*, *áphiloi*, *phrenòs*, *oiobôtai*, como mostram todas as palavras que os definem. Mas o desespero violento não os penalizaria de forma tão dolorosa se não estivesse tão profundamente entranhado na sua natureza. Os dramas de Ésquilo não conheciam essa determinação, nem o seu contrário: desconheciam por completo essas formas de nudez e desamparo; o ser humano, o semideus ou o herói, seja qual fosse o lugar que ocupasse, não estava sozinho, sempre permanecia no interior das relações divinas e humanas... O herói de Ésquilo podia cair vítima na luta pela preeminência de uma ordem

sobre a outra, podia ser lançado na mais espantosa das desgraças, ser caçado, atropelado e atormentado, mas não podia deixar de repente de participar no contexto, o seu estado de inclusão no mundo e permanecer tão alheio, tão abandonado e atraído como o ser humano de Sófocles. Porque em Ésquilo ainda não se havia dissociado do cosmo divino um espaço puramente humano... A vontade dos deuses também se impõe nas tragédias de Sófocles, mas não como um poder onipresente e igualmente imediato, perceptível nos próprios atos e na natureza do ser humano, mas que sai de encontro ao ser humano como algo estranho, ininteligível, como um hálito que surge de um mundo diferente daquele do homem, diante do qual somente resta como salvação a humildade sofocleana da “reflexão” – que não é a humildade cristã, transcendente, mas aquela que recorda o pessimismo da modernidade. Se o ser humano quer orientar-se no seu caminho somente pode conseguir conhecendo os seus limites – de certo modo mediante o tatear doloroso e sempre renovado de sua exterioridade que, como uma pele vulnerável e desprotegida, salva o humano do hálito e da esfera das relações demoníacas... De certo modo, todos os personagens trágicos de Sófocles são dissidentes. O que vale para eles, não se mede pela escala comum; o que para eles é central não é o centro dos acontecimentos ao seu redor”.

A espinha dorsal da leitura de Reinhardt encontra-se na alternativa que apresenta à interpretação hegeliana. Reinhardt sustenta que as categorias com que, desde Hegel, se procurou penetrar no âmago da tragédia de Antígona – as dicotomias excludentes da causa vitoriosa e a causa perdida, do jogo e o contra jogo, do direito e o anti-direito, da idéia contra a idéia, da família contra o Estado, da culpa trágica e a expiação, da liberdade pessoal e o destino, do indivíduo e a comunidade política (Estado, polis) – são demasiadamente amplas, parecem adequar-se a *Antígona*, mas, sintomaticamente, não se encontram em qualquer outra tragédia de Sófocles. Logo, conclui Reinhardt, são critérios limitados.

Reinhardt propõe, então, uma leitura mais sofisticada do drama. Isto porque em *Antígona* as contradições são muito profundas, sendo que os nossos conceitos atuais, ou os que foram usados para a sua interpretação e leitura, não dão conta da heterogeneidade das categorias envolvidas. Assim, escreve Reinhardt, de um lado, o sangue, o culto, o amor fraternal, o imperativo divino, a juventude, a entrega de si próprio até o sacrifício; e,

de outro lado, a afirmação da vontade de domínio, a razão de estado, a moral da cidade, a maldade, a rigidez, a mesquinharia, a cegueira da idade, a afirmação do “eu” em nome da justiça chegando-se até a transgressão dos preceitos divinos.

A diversidade de elementos e valores envolvidos na ação pode levar-nos a supor que ocorre uma luta de idéias, que se origina de uma idéia. A originalidade da leitura de Reinhardt permite que se analise em que medida podem ser encontrados os fundamentos da ordem jurídica em *Antígona*. Acentua, também, como a luta entre Antígona e Creonte não é conflituosa por si mesma, pois nenhum dos dois representa um alvo para o outro, nenhum procura fazer com que o outro aceite o seu modo de ser, a sua legalidade, a sua moral. Para Creonte, continua Reinhardt, Antígona não é uma vítima que, por razões de Estado, teria que sacrificar; e, da mesma forma, Antígona não necessitaria forçar a sua natureza e sua inclinação inata para a obediência a ponto de calar a voz de sua consciência. Creonte não tem consciência de ter violado uma lei ao condenar Antígona e termina perecendo, não por ter sido injusto de acordo com a lei humana, nem pelo pecado de ter derramado sangue, mas sim porque perde toda a medida e precipita-se na *hubris* em virtude de sua própria cegueira.

E a *hubris* representa na cultura da Grécia Clássica um crime carregado de uma forte condenação moral. Creonte acaba engolfado por esse crime que, na célebre definição de Aristóteles, consistia em “fazer ou dizer algo que provoque vergonha na vítima, não para que se consiga alguma coisa, mas simplesmente para se ter prazer.” (*Retórica 1378 b 23- 30*). Esse descontrole da vontade autoritária, que sempre vem acompanhada do excesso que causa a sua perda final, levou Creonte a eliminar as bases em que se assentava o seu poder.

Por sua vez, argumenta Reinhardt, Antígona não expressa um conflito de normas, mas algo mais profundo e radical, que se encontra na tragédia de duas dimensões do homem, unidas pelo *daímon* ou dimensão patológica e demoníaca do indivíduo. É a luta de um modo de ser contra o outro e, portanto, o que se encontra em jogo são conflitos mais amplos e

mais essenciais, que terminam por questionar os imperativos humanos e as normas divinas. Desse modo, conclui Reinhardt, em *Antígona* encontramos uma espécie de “dialética”, um fenômeno novo no teatro grego, “uma colisão gradual e continuada que se dirige para um final obscuro e passa de uma para outra situação, mudando de um lado para o outro, já não mais como uma contraposição de atitudes, nem um destino contra outro, mas uma vontade diante da outra, um poder contra o que lhe resiste, uma ação contra a outra..., a experiência em que o divino se compraz em descobrir o humano em sua humanidade e em transformar intenções e objetivos em destino e fatalidade.” (Reinhardt, 1991:99).

#### **4. O argumento central em Antígona**

A peça de Sófocles se inicia no momento em que a morte dos dois irmãos representa o momento final de uma luta fratricida, iniciada pela destituição das pretensões de Polínicos ao trono de Tebas, por parte de Etéocles, seguida pela fuga do primeiro de Tebas, e sua aliança com o rei de Argos, na tentativa de conquistar Tebas. O ato de traição irá servir como justificativa para que Creonte, que assumiu o trono de Tebas com a morte de seus dois sobrinhos, tomasse a decisão de não permitir que um deles fosse sepultado. De sua decisão e do impasse provocado pela atitude de Antígona, outras soluções poderiam ser encontradas. Creonte, por exemplo, poderia ainda voltar atrás em sua decisão e consentir, enfim, honras fúnebres para Polínicos. Mas todas as portas se fecharão sucessivamente: Antígona e Creonte não conseguirão se entender sobre a hierarquia dos direitos aplicáveis; instruindo o processo de Antígona, Creonte não lhe reconhecerá razões que justifiquem e expliquem o seu argumento, nem em momento algum admite que possam haver circunstâncias atenuantes; o indulto lhe será assim recusado. Interpelado por Hémon, seu filho e noivo de Antígona, que o convida a rediscutir a orientação de sua política, Creonte recusa todo o questionamento de suas ações. (Ost, 2005: 183). Em suas palavras:

Creonte -... Já é do conhecimento de todos que os dois rebentos másculos da estirpe de Édipo caíram na batalha, cada um maculado pelo sangue do outro, cabendo a mim agora sentar no trono e assumir todos os seus poderes como parente mais próximo dos mortos... Etéocles, que morreu defendendo a cidade, deverá ser sepultado com todas as pompas militares dedicadas ao culto dos heróis. Mas seu irmão, Polínices, amigo do inimigo que nos atacava – Polínices – que voltou do exílio jurando destruir a ferro e fogo a terra onde nascera – e conduzir seu próprio povo à escravidão, esse ficará como os que lutavam a seu lado – cara ao sol, sem sepultura. Ninguém poderá enterrá-lo, velar-lhe o corpo, chorar por ele, prestar-lhe enfim qualquer atenção póstuma. Que fique exposto à voracidade dos cães e dos abutres, se é que esses quererão se alimentar em sua carcaça odienta.”

Essa radical determinação de Creonte provoca a célebre resposta de Antígona:

“Creonte (para Antígona) – Agora responde, sem muitas palavras, minha proibição não tinha chegado ao teu conhecimento?

Antígona – Como podia alguém ignorar? Foi divulgada na cidade inteira.

Creonte – Foi então um desafio bem premeditado?

Antígona – Tu o compreendeste. A tua lei não é a lei dos deuses; apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses. Porque essas leis não são leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram.”

A tragédia desenrola-se em torno dessas duas posições radicalmente auto-excludentes, que terminam por conduzir à destruição recíproca dos dois principais protagonistas, da mesma forma que a guerra conduzira à morte mútua os dois irmãos. Na trama, porém, Sófocles deixa entrever soluções (uma sociedade composta de homens e de mulheres livres, que pudessem conviver e solucionar os impasses sociais) e, sobretudo, sugere os limites da autonomia política. Nesse contexto, acentua Ost, tanto o justo legal, como o bem político podem, eles próprios, se revelar injustos e maus,

quando se arvoram em verdades absolutas, impostas a despeito da dimensão humana do espaço social em que se realizam.

A tragédia de Sófocles permite, por outro lado, que se identifiquem a tessitura dos fundamentos de uma ordem jurídica, a realizar-se no quadro do estado democrático de direito, que privilegia a garantia da pessoa humana, através de um sistema normativo legitimado pelo humanismo e solidariedade entre os indivíduos. Encontramos na tragédia a primeira evidência na cultura do Ocidente de que a questão da legitimidade e do justo representam os alicerces fundadores de um sistema jurídico que rejeite o autoritarismo.

## 5. Temas e argumentos jusfilosóficos na *Antígona*

Como vimos, acima, o texto da *Antígona* de Sófocles apresenta diferentes leituras, que permitem, em função do argumento central, desvelar as raízes temáticas da teoria da justiça. Cabe, portanto, propor uma leitura do texto trágico, onde se possa ser privilegiar as principais indagações de ordem ético-filosófica, que integram o núcleo central da reflexão jusfilosófica contemporânea. Propomos então nove temas encontrados na *Antígona*, integrantes do *corpus* de reflexão jusfilosófica contemporânea:

- a) *a aporia do direito natural versus o direito positivo* – Sófocles explicita um debate, que encontra acento filosófico na *Retórica* de Aristóteles, onde ocorre a oposição da razão de Estado, de um lado, expressa pela vontade de Creonte, e a objeção de consciência diante da aplicação da lei positiva em violação a valores supra-legais. A peça reflete o momento de crise da democracia grega, onde se perdia a noção exata do que seria justo, como escreve Ost (2005:189), e Sófocles inicia a pesquisa do “saber nomológico” dos gregos de seu tempo, buscando, o que a teoria da justiça contemporânea também busca, vale dizer como ordenar a sociedade para que as relações entre os homens sejam justas. O direito serve, então, como limites nas relações sociais, mas a questão pelos gregos, e que permanece na atualidade, diz respeito a quem deve estabelecer esses limites.
- b) *Os dois tipos de justiça: Thémis e Dikè* – os gregos distinguiam entre a existência de dois tipos de justiça. A primeira, *Thémis*, refere-se a uma justiça

divina, enquanto *Diké*, a uma justiça mais comprometida com o humano, que na peça é tratada como uma justiça superior, fruto da equidade.

- c) *Nomos e nomina* – Antígona rejeita o *nomos* de Creonte, qualificado por ela como simples “proibição”. No texto da tragédia, *nomina* irá significar as leis de origem divina, as leis que se encontram não na vontade do governante, mas, naturalmente, na consciência dos homens. Essas são as leis fundamentais e não escritas, parâmetro e critério da justiça, a que faz referência Aristóteles na *Retórica* (1.373 b 4): “assim, por exemplo, aparece dizendo a Antígona de Sófocles, que é justo, apesar de proibido, dar sepultura a Polínicos, porque isto é naturalmente justo.”
- d) *Bem público e tirania* – Creonte expressa uma concepção do bem público que não leva em consideração a variedade dos agentes encontrados na comunidade política. Neste sentido, Creonte afirma que não terá a menor condescendência com quem desobedecer a sua proclamação, pois, para ele, o sepultamento de Polínicos, seria obra das intrigas dos cidadãos, que conspiram e murmuram, abanando a cabeça com descrença. E, principalmente, “se recusam a curvar a nuca ao jugo do poder.” Cabe à Ismênia, irmã de Antígona, expressar a passividade feminina, diante da vontade tirânica, que se identifica com a aceitação também passiva da ordem autoritária pelo povo:

Ismênia - “Não, temos que lembrar, primeiro, que nascemos mulheres, não podemos competir com os homens; segundo que somos todos dominados pelos que detêm a força e temos que obedecer a eles, não apenas nisso, mas em coisas bem mais humilhantes... não tenho como resistir aos poderosos.”

- e) *Direito ideal e direito positivo* – na peça identificam-se, ainda, dois níveis de direito, um ideal e outro positivo. Ost (2005:204) mostra como esses dois níveis aproximam-se da relação existente entre as fontes materiais e as fontes formais do direito. O direito ideal seria instituinte, enquanto o direito material é da ordem do instituído. Somente aceitando essa distinção é que se pode corrigir, através do judiciário, a lei que se revele injusta em determinado caso. Ost acrescenta que o mérito do direito ideal não é somente procedimental, mas também substantivo, pois mobiliza valores substanciais que servirão para questionar, reformar e substituir o direito constituído.
- f) *O universo jurídico unidimensional* – o universo das tiranias, como o regime governamental de Creonte, reduz-se à reafirmação permanente da vontade do governante, expressa através da lei, pois a idéia de que uma lei possa tornar-se injusta na sua aplicação, ou mesmo, com o correr do tempo, é uma idéia ausente do universo mental do tirano. Por essa razão, a característica unidimensional do universo jurídico das tiranias impede que a aplicação da lei, tendo em vista o

caso concreto, possa enriquecer a regra e dotá-la de uma segunda ou terceira dimensão. Antígona sustenta essas duas dimensões ao procurar dar um sepultamento digno a Polínicos e, diante da intransigência de Creonte, apelar para uma terceira dimensão, qual seja, a da lei natural.

- g)** *A razão de Estado* – encontra-se na tragédia de Sófocles a formulação da prevalência da razão de Estado sobre a consciência e a vontade do indivíduo. Creonte encarna a racionalidade da razão de Estado ao afirmar, falando aos cidadãos de Tebas, que:

“Quero vos prometer ouvir sempre os mais sábios, calar quando preciso, falar se necessário e jamais colocar o maior interesse do melhor amigo e do mais íntimo parente acima da mais mesquinha necessidade do povo e da pátria. Com estas regras simples, agirei sempre para que esta cidade de memória curta não esqueça mais uma vez quais foram os resultados da batalha e não confunda, mais uma vez, o suor dos que combateram furiosamente com o suor do medo misturado à poeira da fuga.”

O discurso de Creonte expressa como o autoritarismo, que lhe fará cair nas malhas da *hubris*, consiste na afirmação de sua vontade, desconsiderando quaisquer outras opiniões ou os interesses da comunidade. Historicamente, Creonte representa a ruptura com a concepção familiar do Estado, baseado na política do *genos*, quando imperava a lei da família como núcleo e elemento propulsor da vida política. Por sua vez, Creonte, ao representar essa nova concepção de Estado termina por reduzir o vínculo político à relação de dominação, o que se evidencia quando considera todos aqueles que discordam de suas ordens, Antígona, antes de tudo, e também o seu filho Hémon, como selvagens, portanto, fora do contexto da sociedade política.

- h)** *O processo truncado* – a razão de Estado faz com que Creonte se negue a considerar qualquer argumento, como o apresentado por seu filho Hémon, contrário ao seu edito. Hémon não discute o direito com o seu pai, mas ao contrário reconhece que Creonte pode baixar editos necessários à ordem pública. Pergunta Creonte:

“Creonte (para Hémon) – “Por acaso vens envenenado de ódio contra mim ou reconheces que, como chefe de Estado, agi em defesa da Pátria e, como pai,

procurei o teu benefício? Estás comigo em qualquer decisão ou, como outros, procuras analisar maliciosamente cada gesto que faço?

Hémon – Meu pai, eu te pertenço. E tua sabedoria desde cedo traçou para mim as regras que eu sigo sem hesitação. Nenhum noivado poderia ser mais importante do que te conservar como guia.”

- i) *O argumento autoritário* - Hémon, entretanto, introduz no seu argumento uma dimensão que nega no seu núcleo o argumento autoritário de Creonte e o expõe aos riscos da revolta por parte dos seus súditos:

“Hémon – Pai, a maior virtude do homem é o raciocínio. Não tenho a capacidade – e muito menos a audácia – para duvidar da sensatez do que disseste. Contudo, posso admitir que haja outra opinião igualmente sensata.”

Com essa frase, Hémon inicia o processo de erosão nas relações com seu pai que termina perguntando a seu filho se ele, na verdade, não estaria defendendo desordeiros. Esse processo torna-se ainda mais radical, o que levará à morte do próprio Hémon, quando este transmite ao pai notícias sobre o apoio popular que Antígona vem recebendo:

“Hémon – A ti, nenhum cidadão viria dizer o que se murmura na sombra e nas esquinas: “Nenhuma mulher – murmuram todos – jamais mereceu menos destino tão cruel, morte tão infamante. Essa que ousou tudo para não deixar o irmão ser pasto dos cães, e dos abutres, devia ser coroada pelo povo, carregada em triunfo, vestida numa túnica de ouro.”

E, então, Creonte surdo aos argumentos do filho termina por formular o ideário básico de todos os autoritarismos:

Creonte – É fraqueza fazer menos do que eu fiz. Não basta apenas destruir o traidor. É preciso que seja exposto à execução para que fique o princípio; OS QUE SE DEIXAM CORROMPER SÃO ABATIDOS. Se a minha mão tremer, estou perdido. Se a minha voz hesitar, cairão sobre mim. E tu, que ignoras tudo ou quase tudo, pedes-me que escute a voz do povo. Essa voz que gagueja frases sem sentido. Para fertilizar o solo é necessário força. Não se pergunta ao solo se deseja a lâmina do arado.”

- j) *A resistência ao poder tirânico* - a saída encontrada por Sófocles para a intransigência de Creonte consistiu no aprofundamento, também radical, da resistência. Essa resistência, entretanto, diferencia-se da desobediência civil da modernidade, ainda que tenha pontos em comum e se constitua como alicerce da teoria contemporânea. O gesto de revolta de Antígona, e de Hémon, afirma a contradição explícita, encontrada em determinada sociedade, no caso, a sociedade de Tebas, entre uma ordem ideal de princípios e uma ordem real, estabelecida pelas normas do poder. Como observa Ost (2005:244), a proclamação e a recusa da ordem julgada injusta, tanto na Tebas de Antígona, quanto na modernidade, somente torna-se possível porque um indivíduo afirmou-se a si mesmo como ser livre não determinado, nem por uma natureza qualquer (de mulher e de jovem), nem por um estatuto social imposto de fora, a vontade autoritária de Creonte.

## 6. Da resistência à teoria da desobediência civil

A teoria da desobediência civil contemporânea, entretanto, pressupõe sociedades democráticas no contexto do estado de direito. O contestador civil contemporâneo vale-se dos princípios fundadores da sociedade política, para invocar a desobediência da lei no quadro de uma ordem jurídica, com base na existência de valores superiores considerados alicerces do corpo social. Essa teoria tem sido analisada e proposta pelos mais diferentes autores na contemporaneidade, como elemento essencial e central da teoria da justiça contemporânea. Rawls (1971:364) define a desobediência civil como sendo um ato público, não violento, decidido em consciência, mas político, contrário à lei e efetuado na maioria das vezes para produzir uma mudança na lei ou então na política do governo. O que se objetiva, nesse tipo de ação, acentua Rawls, é o senso de justiça da maioria da comunidade, declarando-se que, segundo uma opinião maduramente refletida, os princípios de cooperação social entre indivíduos livres e iguais não são atualmente respeitados.

Propõe Ost (2005:225), na esteira de Rawls, que se realize a comparação entre sete características da desobediência civil:

- a) A desobediência civil é uma transgressão de uma regra de direito positivo. Antígona sabe que viola uma lei, tanto que se autodenomina, no verso 74, de “santamente criminosa”;

- b) Ao contrário da desobediência criminal, a desobediência civil traduz-se em atos públicos e apela à consciência pública. Quando Ismênia, sua irmã, recomenda que Antígona guarde segredo do sepultamento de seu irmão, esta lhe responde:

Antígona – “Não, denuncia! Fala a todos, conta a qualquer um! Se pretendes com o silêncio diminuir o meu ódio, estarás cometendo um erro irreparável. Proclama o que eu faço em toda parte.”

- c) A desobediência civil não é um ato isolado, mas pressupõe a participação de um grupo de pessoas. Aparentemente, Antígona não satisfaz essa exigência. Porém, com uma análise mais cuidadosa da peça, revela que Antígona num primeiro momento tenta obter o apoio de sua irmã Ismênia, mas conseguirá o apoio de um grupo crescente de cidadãos, como informa , como informaria Hémon a Creonte;
- d) A desobediência civil é pacífica, pois apela à consciência moral da maioria. No caso de Antígona, ela diz que “escolheu partilhar o amor e não o ódio”. Da mesma forma, ela inocenta o guarda que a prende e, também, sua irmã Ismênia, afastando a possibilidade da punição de Creonte e da violência contra todos os cidadãos que consideraram seu ato digno de elogios.
- e) O desobediente civil ao violar a lei, assume, ao mesmo tempo, o risco da punição. Antígona afirma não temer a punição – a morte por lapidação – nem a morte.
- f) O propósito da desobediência civil é o de revogar ou modificar a norma contestada. O objetivo de Antígona termina sendo realizado, pois Creonte, no final, acabará (sob a ameaça dos deuses) por revogar o seu édito, assegurando, ele próprio, as honras fúnebres ao cadáver de Polínicos.
- g) A característica da desobediência civil tem sido a de apelar para “princípios superiores”, que representam os alicerces da sociedade política. O discurso de Antígona volta-se para evocar esses princípios, sob a forma das *nomina* e a referência constante à *dikè* como princípio de toda a justiça.

O argumento de Antígona aponta para uma concepção da ordem jurídica, e de sua aplicação, como um sistema de normas obediente a um entendimento cosmopolita da humanidade. Ao proclamar que, frente à morte, comum a todos os homens, um homem é um homem e, como tal, detentor de direitos e de uma dignidade própria, Sófocles estava sublinhando uma concepção de pessoa humana e de sociedade, que serve como fundamento moral para a sociedade democrática, e para uma forma específica de regime, que é o estado democrático de direito.

## Referências

- Aristóteles (1964). *Obras*. Trad. Francisco de P. Samaranch. Madrid: Aguillar
- Hegel, G. W. F. (1991). *Estética*. Barcelona: Ediciones Península.
- Hegel, G. W. F. (1940). *Principes de la philosophie du droit*. Paris: Gallimard.
- Kornstein, Daniel J. (1995). *Kill all the Lawyers? Shakespeare's legal appeal*. Princeton: Princeton University Press
- Nussbaum, Martha C. (1995). *The Fragility of Goodness*. Cambridge: Cambridge University Press,
- Ost, François. (2005). *Contar a Lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Editora Unisinos.
- Rawls, John. (1991). *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- Reinhardt, Karl. (1991). *Sófocles*. Barcelona: Destino.
- Rosenfield, Kathrin H. (1999). *Getting Inside Sophocles Mind Through Hölderlin's Antigone*. *New Literary History*, 30. 1.
- Shakespeare, William (2006). *Teatro Completo*. Trad. Barbara Heliodora. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar.
- Sófocles (2005). *Antígona*. Trad. Millor Fernandes. São Paulo: Paz e Terra.

## Sobre as autoras e os autores

**Bernardo Leandro Carvalho Costa:** Doutorando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Bolsista CAPES/PROEX. Membro do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito (CNPq). E-mail: [bernardoleandro@me.com](mailto:bernardoleandro@me.com).

**Bianca Larissa Soares de Jesus Roso:** Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria-UFSM- Linha de pesquisa 1: Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade. Bolsista CAPES. Graduada em Direito pela Universidade Franciscana-UFN. Membro do grupo de pesquisa e extensão: PHRONESIS: Jurisdição e Humanidades, cadastrado no CNPQ e vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Email: [biancasoaresroso@gmail.com](mailto:biancasoaresroso@gmail.com).

**Leonel Severo Rocha:** Doutor pela *EHESS: École des hautes études en sciences sociales*. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Líder do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito (CNPq). E-mail: [leonel@unisinos.br](mailto:leonel@unisinos.br).

**Caroline Liebl:** Mestra em Políticas Públicas pelo Programa de Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), com bolsa financiada pela CAPES/PROEX. Integrante do Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Biodiversidade - NEDH-Bio/UFMA. Especialista em Docência do Ensino Superior pelo Instituto de Ciências Sociais e Humanas. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Bolsista PIBIC. Professora e Servidora Pública do Ministério Público do Estado do Maranhão.

**Celito De Bona:** Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos; Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL; Pós-graduado lato sensu em Filosofia do Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Unioeste; e, em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Paranaense – Unipar; Professor efetivo da Universidade Estadual do Oeste do Paraná - Unioeste. E-mail para contato: [celitodebona@hotmail.com](mailto:celitodebona@hotmail.com).

**Clarice Beatriz da Costa Söhngen:** Doutora em Letras pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Letras e Ciências Criminais pela PUCRS. Docente Titular da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pesquisadora-líder do Grupo de Pesquisa em Gestão Integrada da Segurança Pública (GESEG). Porto Alegre (RS), Brasil. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6065-272X>. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9266060091300509>. E-mail: [clarice.sohngen@pucrs.br](mailto:clarice.sohngen@pucrs.br).

**Dailor dos Santos:** Doutorando em Direito Público (UNISINOS). Mestre em Direito Público (UNISINOS). Especialista em Direito do Estado (UFRGS). Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo (FEEVALE).

**Isaac Ronalhti Sarah da Costa Saraiva:** Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica CAPES/PROEX; Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio de Jesus; Especialista em Direito Notarial e Registral pela Faculdade Damásio de Jesus; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UNINORTE; Especialista em Didática e Docência no Ensino Superior pela UNINORTE.

**Fabiano Manzini:** Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Escrivão de Polícia da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: fabianomanzini@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5221638728905732>.

**Fernanda Miler Lima Pinto:** Mestranda pelo Programa de Pós-graduação em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Penal. Advogada. E-mail: [fernandamlp1206@gmail.com](mailto:fernandamlp1206@gmail.com)

**Guilherme Augusto De Vargas Soares:** Advogado, Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), bacharel em Direito pela mesma universidade, membro do Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos e Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio Grande do Sul (OAB/RS).

**Jéssica Painkow Rosa Cavalcante:** Doutoranda em Direito Público na Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestra em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Pós-graduada (lato sensu) em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduada (lato sensu) em Direito Agrário e Agronegócio pela Faculdade Casa Branca (Facab). Advogada inscrita na OAB/TO. E-mail: jessicapainkow@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4024280261959707>.

**Juliano De Oliveira Leonel:** Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS, Professor UNIFSA – Centro Universitário Santo Agostinho, Mestre em Direito pela UCB, Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UFPI, Defensor Público. E-mail: [julianoleonel@hotmail.com](mailto:julianoleonel@hotmail.com)

**Liziane da Silva Rodríguez:** Doutoranda em Direito Público na Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestra em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Especialista em Direito Penal e Política Criminal pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogada inscrita OAB/RS. E-mail: lizianeoo@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5373453337860546>.

**Luis Felipe Leão Saccol:** Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos); Advogado inscrito na OAB/RS 115.178; Bacharel em Ciências Jurídicas

e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Estudante de Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

**Maiqui Cardoso Ferreira:** Doutorando em Direito Público na Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito e Sociedade pela Unilasalle Canoas, Especialista em Direito Administrativo. E-mail: [mikiferreira@outlook.com](mailto:mikiferreira@outlook.com).

**Marcelo Beckhausen:** Procurador-chefe da Procuradoria Regional da República da 4ª Região. Doutorando em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Docente da UNISINOS. E-mail: [mbeckhausen@unisinis.br](mailto:mbeckhausen@unisinis.br).

**Maria Eduarda Vier Klein:** Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinis), Advogada, Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

**Patrícia Adriani Hoch:** Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), na linha de pesquisa intitulada "Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos". Mestre e Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pós-graduada em Direito Processual Tributário pela Anhanguera. Professora do Curso de Direito da UFSM e Coordenadora do Núcleo de Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais (NUJUDI). Integrante do Centro de Culturas Jurídicas Comparadas, Internacionalização do Direito e Sistemas de Justiça (CCULTIS), vinculado à UNISINOS. Advogada. E-mail: [patricia.adriani@hotmail.com](mailto:patricia.adriani@hotmail.com).

**Paula Yurie Abiko:** Pós-graduanda em direito penal e processual penal - ABDCONST Membro do grupo de estudos em Filosofia do Direito da FAE Centro Universitário: O mal estar no Direito, Membro do Grupo de Pesquisa: Modernas Tendências do Sistema Criminal. Membro do grupo de pesquisas: Trial By Jury e Literatura Shakesperiana. Membro Associada do International Center for Criminal Studies. Colunista do Sala de Aula Criminal e Canal Ciências Criminais. Integrante da comissão de criminologia crítica do canal ciências criminais. Integrante da comissão de Direito & literatura do Canal ciências criminais.

**Paulo Silas Taporosky Filho:** Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER); Especialista em Ciências Penais; Especialista em Direito Processual Penal; Especialista em Filosofia; Professor de Processo Penal na Universidade do Contestado (UnC); Professor de Direito Penal no Centro Universitário Internacional (UNINTER); Professor na pós-graduação em ciências criminais da FESP; Advogado; Membro da Comissão de Prerrogativas da OAB/PR; Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura; Direito de Relações Sociais e Acadêmico da Associação Paranaense dos Advogados Criminalistas (APACRIMI); E-mail: [paulosilasfilho@hotmail.com](mailto:paulosilasfilho@hotmail.com)

**Paulo Thiago Fernandes Dias:** Doutorando em Direito pela UNISINOS/RS. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor, em nível de graduação, na UNICEUMA (Direito

Penal) e na UNISULMA (Direito Processual Penal e Direito Penal). Integrante do grupo de pesquisa “Liberdade e Garantias”, vinculado ao PPGD/UNISINOS. Integrante do grupo de estudos “Sistema de Justiça, Neoprocessualismo e Direitos Humanos”, vinculado ao Curso de Direito/UNISULMA. Advogado. Lattes: [lattes.cnpq.br/424735323466382](http://lattes.cnpq.br/424735323466382).

**Raíssa M. A. R. de Melo:** Mestranda em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina, linha de ontologia, área de Estética e Filosofia da Arte; bolsista CAPES-PROEX

**Ricardo Canan:** Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR; Professor adjunto da Universidade Estadual do Oeste do Paraná - Unioeste; Advogado no Paraná

**Rosália Maria Carvalho Mourão:** Doutoranda em Ciências Criminais pela PUCRS. Professora UNIFSA – Centro Universitário Santo Agostinho. Mestre em Letras pela UFPI. Graduação em Letras pela UFPI e em Direito pelo ICF. E-mail: [rrosapi@yahoo.com.br](mailto:rrosapi@yahoo.com.br)

**Sara Alacoque Guerra Zaghout:** Doutoranda em Direito Público pela UNISINOS/RS. Bolsista CAPES. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Pós-graduada lato sensu em Processo Penal pela Faculdade Anhanguera. Professora, em nível de graduação, de Direito Constitucional na UNICEUMA. Advogada. Membro do grupo de pesquisa “Liberdade e Garantias”, sob a coordenação do Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy. E-mail: [sah.alacoque@hotmail.com](mailto:sah.alacoque@hotmail.com)

**Vicente de Paulo Barretto.** Pós-doutor pela Maison des Sciences de L’Homme, Paris. Livre-docente em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUCRJ). Graduado em Direito pela Universidade do Estado da Guanabara. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESA. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Consultor ad hoc da área de Direito e de Filosofia da CAPES. Consulto ad hoc na área do Direito do CNPQ. Bolsista de produtividade científica no CNPQ, nível 1. Membro do Board of Governors da International Association of Law School (IALS). Presidente do Fórum Permanente Filosofia, Ética, e Sistemas Judiciais da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ). Membro do Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio (CNC).

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)**