

DA TEORIA GERAL AOS NOVOS DIREITOS: UM PASSEIO JURÍDICO DIMENSIONAL

Leonardo Jensen Ribeiro (Organizador)

DA TEORIA GERAL AOS NOVOS DIREITOS: UM PASSEIO JURÍDICO DIMENSIONAL

1ª edição

**Copyright © das autoras e dos autores.**

Todos os direitos garantidos. Este é um livro publicado em acesso aberto, que permite uso, distribuição e reprodução em qualquer meio, sem restrições desde que sem fins comerciais e que o trabalho original seja corretamente citado. Este trabalho está licenciado com uma Licença Creative Commons Internacional (CC BY- NC 4.0).





Leonardo Jensen Ribeiro (Organizador).

**Da teoria geral aos novos direitos:** um passeio jurídico dimensional . Campo Grande: Editora Inovar, 2021. 145p.

Vários autores

ISBN: 978-65-86212-96-9

DOI: 10.36926/editorainovar-978-65-86212-96-9

1. Direito. 2.Teoria geral. 3. Jurídico. 4.Pesquisa científica. I. Autores.

CDD – 340



**As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores.**

**Conselho Científico da Editora Inovar:**

Franchys Marizethe Nascimento Santana (UFMS/Brasil); Jucimara Silva Rojas (UFMS/Brasil); Maria Cristina Neves de Azevedo (UFOP/Brasil); Ordália Alves de Almeida (UFMS/Brasil); Otília Maria Alves da Nóbrega Alberto Dantas (UnB/Brasil), Guilherme Antônio Lopes de Oliveira (CHRISFAPI - Cristo Faculdade do Piauí).

Editora Inovar [www.editorainovar.com.br](http://www.editorainovar.com.br/) 79002-401 – Campo Grande – MS 2021

## SUMÁRIO

[PREFÁCIO 6](#_bookmark0)

[APRESENTAÇÃO 8](#_bookmark1)

[CAPÍTULO 1 9](#_bookmark2)

[HANS KELSEN: CONHECENDO ELEMENTOS DOS SEUS ESCRITOS 9](#_bookmark3)

[Lucas Reckziegel Weschenfelder;](#_bookmark4) [Luiz Gonzaga Silva Adolfo;](#_bookmark5) [Nathalia Silberschlag](#_bookmark6) [Schwingel](#_bookmark6)

[CAPÍTULO 2 20](#_bookmark7)

[O ESTADO MODERNO E O DIREITO COMO INSTRUMENTO SOCIAL 20](#_bookmark8)

[Bárbara Cristina Kruse;](#_bookmark9) [Marcos Kruse](#_bookmark10)

[CAPÍTULO 3 34](#_bookmark11)

[A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SUA INTERFERÊNCIA NAS](#_bookmark12) [RELAÇÕES OBRIGACIONAIS 34](#_bookmark12)

[Ana Adélia Sousa Cruz Carvalho;](#_bookmark13) [Renata Rezende Pinheiro Castro](#_bookmark14)

[CAPÍTULO 4 48](#_bookmark15)

[A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DESEMPENHADA PELO STF COMO MEIO](#_bookmark16) [ALTERNATIVO À REVISÃO E À EMENDA CONSTITUCIONAL PARA ATUALIZAÇÃO](#_bookmark16) [DO TEXTO CONSTITUCIONAL 48](#_bookmark16)

[Daniel de Carvalho Barros Martins](#_bookmark17)

[CAPÍTULO 5 70](#_bookmark18)

[AS DISCUSSÕES JURÍDICAS ACERCA DO AIRBNB NO PODER JUDICIÁRIO](#_bookmark19) [BRASILEIRO 70](#_bookmark19)

[Mariana Brito Simões](#_bookmark20)

[CAPÍTULO 6 80](#_bookmark21)

[O DIREITO À APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE PELOS](#_bookmark22) [SINTOMAS DECORRENTES DA COVID-19 80](#_bookmark22)

[Ana Carolina Boechat da Silva;](#_bookmark23) [Sarah Arielle Santos de Abreu](#_bookmark24)

[CAPÍTULO 7 91](#_bookmark25)

[A FLEXIBILIZAÇÃO NAS CONDIÇÕES DA EXECUÇÃO CIVIL SOB REFLEXO DA](#_bookmark26) [COVID-19 91](#_bookmark26)

[Ana Adélia Sousa Cruz Carvalho;](#_bookmark27) [Bruna Porfiro Marinho;](#_bookmark28) [David Pereira Duarte;](#_bookmark29) [Rayra Maria](#_bookmark30) [de Sousa Silva](#_bookmark30); [Luana da Cunha Lopes](#_bookmark31)

[CAPÍTULO 8 105](#_bookmark32)

[MULHERES TRANS, VIOLÊNCIA SIMBÓLICA E O RITO DE PASSAGEM DE](#_bookmark33) [INDIVÍDUO A SUJEITO TRANS NA PERSPECTIVA DE ALAN TOURAINE 105](#_bookmark33)

[Lucimary Leiria Fraga](#_bookmark34); [Juliani Borchardt da Silva;](#_bookmark35)[Sandra Vidal Nogueira](#_bookmark36); [Serli Genz Bölter](#_bookmark37)

[CAPÍTULO 9 120](#_bookmark38)

[TRABALHO INFANTIL NOS PROGRAMAS TELEVISIVOS: Ofensa direta ao Direito da](#_bookmark39) [Criança e do Adolescente e aos Direitos Humanos 120](#_bookmark39)

[Leonardo Jensen Ribeiro](#_bookmark40)

[CAPÍTULO 10 128](#_bookmark41)

[MIRADAS SOBRE UM DIREITO DO AMANHÃ 128](#_bookmark42)

[Roberto Magno Reis Netto;](#_bookmark43) [Wando Dias Miranda](#_bookmark44)

[SOBRE O ORGANIZADOR 141](#_bookmark45)

[ÍNDICE REMISSIVO 142](#_bookmark46)

## PREFÁCIO

Estudar o Direito tem se mostrado uma tarefa cada vez mais desafiadora desde os últimos anos. O mundo tem experienciado intensas transformações, seja no âmbito social, político, econômico, ou em qualquer outra seara. A globalização, por exemplo, além de revolucionar os mercados e transformar a ordem econômica, impôs um novo olhar sobre o fenômeno constitucional, de modo que Gunther Teubner discute a constitucionalização de âmbitos parciais da sociedade, em escala global, retirando do Estado e da política essa exclusividade.

Afora esse fenômeno (mas não dissociado dele), outro exemplo passível de registro é a revolução tecnológica, que, com todas as suas transformações, faz surgir o que se convencionou chamar de Direito 4.0. O advento da internet modificou as relações de consumo, possibilitou grandes avanços na transparência pública com a disponibilização de informações e a facilitação de seu acesso à população, permitiu maior agilidade e eficiência nas comunicações; por outro lado, tornou mais agressivas eventuais violações à intimidade e multiplicou certos tipos de fraudes que antes não tinham o mesmo alcance.

Calamidades sanitárias, desastres, insegurança alimentar, devastação dos ecossistemas – são todas questões muito presentes na sociedade atual e o Direito não é imune a elas. *Da teoria geral aos novos direitos: um passeio jurídico dimensional*, organizado pelo professor Leonardo Jensen Ribeiro, livro que tenho a honra de prefaciar, se mostra um excelente retrato de toda essa amplitude que os tempos atuais reclamam do Direito. Trata-se, como o título revela, de um verdadeiro “passeio jurídico”, já que se propõe a visitar temas sempre tão caros aos estudos jurídicos.

É um passeio que parte da teoria geral do Direito, com a sempre oportuna discussão sobre Kelsen, autor indispensável para a compreensão do positivismo jurídico, e que vai, em outro instigante texto, em direção a um “direito do amanhã”. É uma obra que se ocupa de visitar os mais diversos ramos do conhecimento jurídico, do direito substantivo ao instrumental, do direito civil ao previdenciário, sem esquecer de temas tão relevantes e mesmo curiosos que perpassam o conhecimento jurídico, como questões de gênero, novas formas de contratação, o direito digital e, atendendo às urgências do presente momento, os impactos da Covid-19.

Sendo um livro de espectro significativamente abrangente, é hábil a satisfazer as necessidades de diversos leitores, que poderão ter uma agradável experiência ao transitar por seus capítulos. Ao cumprimentar o professor Leonardo pela iniciativa e a cada autor pela exposição, registro que a presente obra acrescentará contribuição relevante ao debate jurídico.

Pelotas/RS, junho de 2021

Prof. Msc. Laerte Radtke-Karnopp Auditor-geral do Instituto Federal Sul-rio-grandense (IFSul)

## APRESENTAÇÃO

Este livro foi uma proposta de democratização das publicações no âmbito nacional. Como se verifica dos autores, há pessoas de diversos estados da federação, e também de diversas formações e graduações distintas, desde os graduandos até PhD ou como chamamos aqui os pós-doutores.

A visão proposta no livro era de um passeio pelo mundo jurídico, que abarcaria a sua teoria geral do Direito, que inexoravelmente implica na análise da Teoria do Estado, até propostas novas, que efetivamente vieram, com artigos sobre circunstâncias atuais, trabalhando COVID 19 e até artigos projetando o futuro, com extrema qualidade de escrita acadêmica e merecedores de leitura atenta.

Como organizador me ponho em posição de bastante emoção ao verificar que há paridade de armas em uma discussão que pertence efetivamente a todos, e que todos quiseram fazer. Graduandos ou pós-doutores, mestres ou doutores são titulações, que não afastam o poder de argumentação, a chance de ter a voz e a vez.

Mas isso acontece sim, principalmente em produções de revistas científicas, muitos são tolhidos não pelo conteúdo, porque sequer analisado, mas pela sua titulação. Não é meu intento, não é o intento deste lançamento.

Se no Direito e nas ciências correlatas defendemos a amplitude e a liberdade de fala e de posicionamento do outro, não podemos tolhê-la em toda e qualquer oportunidade que temos, pelo contrário, que ouçamos mais a todos. Quem sabe onde está o próximo jurista destacado e que mudará a forma de pensar o Direito? Só saberemos se oportunizarmos que todos possam falar.

Boa leitura e gratidão a Editora Inovar pelo aceite da proposta, efetiva demonstração da democratização do ensino e da pesquisa e democratização da participação ampla e irrestrita que culminou em um livro rico, diverso e feito por e para todos.

Me. Leonardo Jensen Ribeiro Advogado – OAB/RS 121.961 Doutorando em Direito – UNISINOS Mestre em Direito – UNISC

Especialista em Docência do Ensino Superior – FAVENI

Graduado em Direito – UNISC Técnico em Transações Imobiliárias – IBEP

## CAPÍTULO 1

## HANS KELSEN: CONHECENDO ELEMENTOS DOS SEUS ESCRITOS

*HANS KELSEN: KNOWING ELEMENTS IN YOUR WRITINGS*

Lucas Reckziegel Weschenfelder1 Luiz Gonzaga Silva Adolfo2 Nathalia Silberschlag Schwingel3

## RESUMO

Estuda-se a concepção de norma fundamental, e as defesas teóricas sobre Direito Constitucional, atinentes ao instituto de controle de constitucionalidade, realizadas por Hans Kelsen. Não se estabelece um aprofundamento sobre os “pressupostos epistemológicos” que pautaram os escritos do autor, tampouco organiza-se uma abordagem “exaustiva” sobre as suas defesas. Há o desígnio, sucinto e humilde, de “esclarecer”, com limitados comentários, a partir de excertos literais de suas obras, o que Kelsen escreveu sobre esses dois elementos teóricos, com seções “independentes”. Faz- se isso, pois, em muito, observa-se equívocos ou mal-entendidos sobre as suas ideias, em artigos e aulas sobre teoria do Direito ou Direito Constitucional. Conclui-se que, a norma fundamental é, unicamente, um artifício teórico-metafísico específico, vinculado aos escritos sobre a “Ciência do Direito” e suas “observações”. Sucessivamente, nota-se que, Kelsen nunca defendeu, somente, uma abordagem “formal” de “Direito Constitucional” e procedimental de controle de constitucionalidade.

**Palavras-chave:** Hans Kelsen.; Norma Fundamental.; Controle de Constitucionalidade.

## ABSTRACT

In the article are studied the concept of fundamental norm, and the theoretical defenses on Constitutional Law, related to the institut of constitutionality control, carried out by Hans Kelsen. A deepening of the “epistemological assumptions” that guided the author’s writings is not established, nor is and “exhaustive” approach to his defenses organized. There is the design, succint and humble, to “clarify”, with limited comments, based on literal excerpts from his works, what the autor wrote about these two theoretical elements,

1 Mestre em Direito. Advogado. E-mail: [lucasweschen@yahoo.com.br](mailto:lucasweschen@yahoo.com.br)

2 Pós-doutor em Direito. Professor na ULBRA. E-mail: [gonzagaadolfo@yahoo.com.br](mailto:gonzagaadolfo@yahoo.com.br)

3 Pós-graduada em Direito. Advogada. E-mail: [nathaliasschwingel@gmail.com](mailto:nathaliasschwingel@gmail.com)

with two “independet” sections. This is done because, in many cases, there are mistakes or misunderstandings about his ideas, in articles and classes on theory of law or constitutional law. It is concluded that, the fundamental norm is, only, a specific theoretical-metaphysical device, linked to the writings on the “Science of Law” and its “observations”. Subsequently, it is noted that Kelsen never defended only a “formal” approach to “Constitutional Law”, and a unique procedural constitutionality control.

**Keywords:** Hans Kelsen.; Fundamental Norm.; Constitutionality Control.

## 1 INTRODUÇÃO

No presente artigo intenciona-se estudar dois elementos dos escritos de Hans Kelsen. Pertinente se faz o tema, pois sempre o é, quando se trata de estudar um dos maiores juristas do século XX. Igualmente, mesmo que haja outros e melhores livros, artigos e teses sobre as suas ideias, muito ainda se faz necessário ler e desenvolver, em principal no Brasil, onde a teoria do Direito, que de muito é tributária de Kelsen, em vezes, e infelizmente, é relegada, não lida ou, ainda, mal-entendida.

Nesse prisma, opta-se por citar e desenvolver dois elementos atinentes aos escritos Hans Kelsen. Não se trará uma abordagem profunda, tampouco se possui a pretensão de exaustão. Antecipa-se que, com esse artigo, os elementos apresentados serão pautados por elucubrações sucintas, a partir de excertos literais, retirados dos livros de Kelsen.

De certa maneira, arbitrariamente, escolhe-se dissertar sobre partes de seus escritos que, invariavelmente, são citados ou comentados em aulas ou artigos, de modo um tanto incoerentes com o que o próprio autor defendia. Assim, mais uma vez, em um recorte necessário para esse texto, não há o desígnio de se apontar, exaustivamente, os “pressupostos” epistemológicos dos quais Kelsen se alicerçou (positivismo – neokantismo) quando desenvolveu a sua Teoria do Direito, ou pretendeu orquestrar uma “Ciência Jurídica autônoma” e, ainda, seus escritos sobre Constituição e jurisdição constitucional.

Para organizar o texto e trazer um aspecto “analítico” e “metodológico” ao seu conteúdo, assevera-se que, pretende-se articular sobre: i) norma fundamental, na primeira seção, e, no tocante ii) Direito Constitucional, controle de constitucionalidade e Direito internacional, na segunda etapa.

Não se realizará um entrelaçamento entre as seções. Cada seção abarcará um tema, de maneira independente. Por óbvio que os assuntos se comunicam, de maneiras diretas

e indiretas4, não obstante, para o propósito e, também, levando em consideração os limites espaciais e materiais do presente fragmento em homenagem à Hans Kelsen, haverá essa “postura textual”.

## A NORMA FUNDAMENTAL KELSENIANA

“Pirâmide de Kelsen”, “A norma fundamental é a Constituição”, essas são frases que se escuta ou se lê comumente em artigos, livros manualescos e em aulas de direito constitucional. Deve-se descartar essas afirmações imperativamente. Kelsen nunca utilizou esse termo, “Pirâmide” (aduz-se que foi um de seus pupilos, tema que não será expandido aqui), tampouco há, de uma maneira de senso comum “jurídico”, a “hierarquia” das normas consoante o que Kelsen entende por norma fundamental “superior”. Acrescenta-se, ainda, a imprescindibilidade de se esquecer a mentira repetidamente pronunciada de que “norma fundamental é a Constituição” ou o “preâmbulo da Constituição”.

Preparativamente, inicia-se em dizer que Kelsen entendia como capaz de “pureza e objetividade”, a forma, o método, a tentativa de “conhecer” o Direito “válido”. Sobre o Direito, que é um instituto distinto da “Ciência do Direito”, o autor não refere sobre qualquer “pureza”. “*The law is not ‘pure’, only the theory of law can be ‘pure’*. [...] *I have never and nowhere defended the nonsense* [...]” “[...] *For the postulate of purity does not refer to the process of law-creation and law-application but* [...] *to the theory, that is, to the cognition of the law*”.5

Esclarecido esse inicial, pontua-se que Kelsen orienta, na obra “Teoria Geral do Direito e do Estado”, a partir de sua “teoria jurídica descritiva”, sobre a “existência” de dois tipos de sistema de normas: estático e dinâmico. Em ambos, existe uma norma fundamental, que “garante” a validade e a “unidade” do sistema.

4DIAS, Gabriel Nogueira. Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, nota de rodapé 7, p. 132, bem diz, em seu estudo sobre Kelsen: “[…] limitar-me-ei fundamentalmente às declarações contidas em HP (1911) para demonstrar ao leitor que já é possível reconhecer por inteiro o projeto juspositivista de Kelsen logo no início de sua carreira científica. Na segunda seção incluirei então textos de todo seu período de criação jurídico-teórica – de 1911 a 1973 (1979) – para mostrar que as colunas do positivismo jurídico sobre as quais e apoia direta ou indiretamente a crítica metodológica de Kelsen permaneceram inalteradas e sempre presentes independentemente da forma e do estado do desenvolvimento de sua Teoria Geral do Direito. Em suma: elas formam uma constante na obra de Kelsen.

5 Kelsen, Hans.; Albert A. Ehrenzweig. Professor Stone and the Pure Theory of Law. *Stanford Law Review* 17, no. 6 (1965). 128-157. p. 1154. Tradução nossa: “O Direito não é “puro”, apenas a teoria do Direito pode ser “pura”. Eu nunca e em lugar nenhum defendi o absurdo [...] Pois o postulado da pureza não se refere ao processo de criação ou aplicação do Direito, mas à teoria, isso é, ao conhecimento sobre e do Direito”.

Escreve-se: “as normas possuem esta qualidade porque são deriváveis de uma norma fundamental específica, do mesmo modo que o particular é derivável do geral. A força de obrigatoriedade da norma fundamental é, ela própria, auto-evidente, ou, pelo menos, presume-se que o seja”. […] “sua natureza obrigatória pode parecer tão óbvia a ponto de não ser sentida qualquer necessidade de se indagar pelo fundamento de sua validade”.6

Kelsen estabelece o normativismo e a autoridade, como caracterizadores de uma ordem jurídica que possui um Direito “válido”, enquanto esta “validade” busca no próprio sistema o seu respaldo: “a norma fundamental apenas estabelece certa autoridade, a qual, por sua vez, tende a conferir poder de criar normas a outras autoridades. As normas de um sistema dinâmico têm de ser criadas através de atos de vontade pelos indivíduos que foram autorizados a criar normas por alguma norma superior. […] uma norma faz parte de um sistema dinâmico se houver sido criada de uma maneira que é – em última análise

– determinada pela norma fundamental. […] o sistema de normas que chamamos de ordem jurídica é um sistema do tipo dinâmico”.7

Uma norma é válida, se criada de acordo com as normas de uma ordem jurídica válida, que, por sua vez, para possuir validade, deve possuir uma condição que assegure a sua própria validade. A norma fundamental kelseniana é “construída” para “fechar” esse retorno ao infinito, construindo-se um ponto coerencial ao que estava por desenvolver – a Ciência do Direito e seu postulado de “descrever” o Direito positivo, de maneira “Pura”, “objetiva”.

Por isso, visualiza-se que, a norma fundamental é uma ficção teórica que se desdobra oportunamente por Kelsen, em todo o seu ideário, “é um ponto de partida de um processo criador de normas, e, desse modo, possui um caráter inteiramente dinâmico. [...] o documento que corporifica a primeira constituição é uma constituição, uma norma de caráter obrigatório, apenas sob a condição de que a norma fundamental seja pressuposta como válida”.8

Especificamente sobre esse ponto, mostra-se que, a norma fundamental não pode ser confundida com a constituição, nem com a “primeira” constituição de determinada sociedade e Estado, a partir das observações da “ciência jurídica”: “[...] Por fim, alcançaremos alguma constituição que é historicamente a primeira e que foi estabelecida

6 KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 164.

7 KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 165.

8 KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 167-168.

por um usurpador individual ou por algum tipo de assembleia. A validade dessa primeira constituição é a pressuposição última, o postulado final, do qual depende a validade de todas as normas de nossa ordem jurídica”.9

Kelsen acrescenta à própria ideia de “norma fundamental”, uma tentativa de clausura, de “superação” ao Trilema de Münchausen, comportamento típico da escola “filosófica” que, de uma maneira, ou de outra, influenciou a sua obra por toda a vida.10

Mostra-se, em outro ponto dos seus escritos, uma adicional tentativa de fechamento “epistemológico”, além da “norma fundamental primeira”, a partir do Direito internacional, que “subjaz” à toda ordem estatal e jurídica “nacional”, válida e eficaz, e se caracteriza, por ser a “única norma fundamental”: “É este princípio geral de eficácia, uma norma positiva do Direito internacional, que, aplicado às circunstâncias concretas de uma ordem jurídica nacional e individual, estabelece a norma fundamental individual. Desse modo, as normas fundamentais das diversas ordens jurídicas são, elas próprias, baseadas em uma norma da ordem jurídica internacional”.11 Indicando, ainda, que “se concebermos o Direito internacional como uma ordem jurídica à qual estão subordinados todos os Estados, então a norma fundamental de uma ordem jurídica nacional não é mera pressuposição do pensamento jurídico, mas uma norma jurídica positiva, uma norma do Direito internacional aplicada à ordem jurídica de um Estado concreto” [...] Acrescentando-se: “Então, a única norma fundamental verdadeira, uma norma que não é criada por um procedimento jurídico, mas pressuposta pelo pensamento jurídico, é a norma fundamental do Direito internacional”.12

Visualiza-se, nesse sentido, que, a norma fundamental é uma característica do pensamento não apenas “teórico-jurídico” de Kelsen, mas uma noção imprescindível, oriunda do pensamento filosófico-epistemológico adotado. Não obstante, essa “norma fundamental”, em Kelsen, possui alguma característica? Ou, determina-se por um "vazio de sentidos”? Encontra-se a resposta na obra Teoria Pura do Direito.

A norma fundamental, de acordo com Kelsen, não é uma norma “positiva”, mas “pensada”: “Como a norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência seria de se fundar numa norma ainda mais elevada”.13 Aliás, a “norma fundamental” não possui um vácuo, capaz de gerar uma ampla

9 KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 168.

10 Ver: KELSEN, Hans. Autobiografia de Hans Kelsen. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

11 KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 177.

12 KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 177-178.

13 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 217.

arbitrariedade. Para “pensá-la”, “devemos ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, [...] eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva de acordo com ela criada [...]”.14

Inclusive, a norma fundamental caracteriza-se por ser uma norma hipotética, lógico-transcendental, criada, fictícia, com a funcionalidade atrelada à “ideia de Ciência Jurídica kelseniana”, para ser “possível” “analisar-descrever” uma determinada ordem jurídica como um sistema de normas válidas, “daí porque não é uma mera opinião política ou momentânea”15. Kelsen: “[...] A norma fundamental, como norma pensada ao fundamentar a validade do Direito positivo, é apenas a condição lógico-transcendental”.16 Acrescentando-se, ainda, que, a norma fundamental é uma “norma formal”, não material, um ponto de partida para do processo de criação-aplicação do Direito positivo. “[...] é apenas a condição lógico-transcendental desta interpretação normativa; ela não exerce qualquer função ético-política, mas tão só uma função teorético-gnoseológica”.17 E Kelsen aduz, por conclusão: “O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence a ela à ordem jurídica cujas normas são criadas em conformidade com esta

norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito”.18

Pode-se caracterizar a norma fundamental, ainda, como uma norma jurídica. Kelsen visualiza que a “Ciência do Direito” detém como dever descrever-conhecer o Direito. Este, por sua vez, de acordo com Kelsen, “fundamenta a si próprio”. Kelsen: “É, com efeito, uma característica muito significativa do Direito regular a sua própria produção [...]”.19 Dessa forma, do que já foi sucintamente exposto, retira-se que o Direito, para Kelsen, regula-se e fundamenta-se a si próprio, e a Ciência Jurídica, de maneira a cumprir o seu desiderato de “descrever” o Direito de maneira “pura e objetiva”, e compreender o seu “objeto” juridicamente, tem a norma fundamental, igualmente, como “uma norma jurídica”. Assim é: uma “norma inferior” possui validade, por ter sido criada

14 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 224.

15 BITENCOURT, C.M.; RECK, J. R.; CALATAYUD, E.D. Teoria do direito e discricionariedade: fundamentos teóricos e crítica do positivismo. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014, p. 46.

16 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 243. 17 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 243. 18 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 221. 19 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 80.

de acordo com a norma superior, e esta, por sua vez, para ter “validade”, é fundamentada pela “existência” de uma “norma básica pressuposta” que, como fundante do ordenamento jurídico, “autoriza” a criação das normas “positivas”, e respalda a sua validade e do sistema jurídico, simultaneamente proporcionando um “recorte epistemológico” e “hierárquico-limite” no sistema.

Para Kelsen, nesse sentido, a norma fundamental, é uma norma jurídica, não havendo de se tratar de uma abertura normativa “subjetiva de preferência momentânea (política ou moral (justiça), mas a condição jurídico-gnoseológica que possibilita fundar a cadeia de validade e descrever um sistema jurídico diante de uma ordem globalmente eficaz”.20

Retomando-se o excerto colado no início dessa seção, conclui-se que, Kelsen nunca tencionou em construir uma “teoria do Direito puro”, mas, sim, uma “teoria pura do Direito”. A norma fundamental, nesse sentido, é inserida nesse propósito teórico, de “Ciência autônoma do Direito”, enquanto caráter de uma “observação/descrição de um sistema jurídico válido”, e como fechamento epistemológico da teoria jurídica então em construção (validade e univocidade de um ordenamento). Essa tentativa de “fechamento”, de “driblar” o Trilema de Münchausen, a propósito, é percebida sendo “intentada” em relação à própria noção de norma fundamental, quando Kelsen postula o “argumento da primeira constituição e da primeira norma fundamental” e, lado outro, que a “verdadeira norma fundamental é oriunda da norma fundamental do direito internacional”.

## CONSTITUIÇÃO, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DIREITO INTERNACIONAL

Descontruídas as falácias atinentes ao que Kelsen defendia sobre o instituto teórico da “norma fundamental”, escolhe-se em trazer, nessa seção, com finalidades semelhantes, apartes vinculados aos seus escritos de Direito Constitucional.

Diversas são as asserções, em aulas e trabalhos sobre Direito Constitucional, aduzindo-se sobre o caráter unicamente “formal” e “procedimental” do Direito Constitucional construído por Kelsen. Acredita-se que, essa perspectiva é oriunda de uma leitura equivocada, pautada no erro ou falácia, anteriormente posta, sobre a intenção teórica de Kelsen, em construir uma “metodologia “pura” para conhecer o Direito”, e não uma “teoria do Direito puro”.

20BITENCOURT, C.M.; RECK, J. R.; CALATAYUD, E.D. Teoria do direito e discricionariedade: fundamentos teóricos e crítica do positivismo. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014, p. 48.

Kelsen, com efeito, na dimensão teórica da “Ciência do Direito”, diz que uma norma é válida se construída de acordo com a norma superior, e, que, qualquer conteúdo pode ser transformado em norma jurídica válida, desde que com a finalidade de regular o comportamento humano e, adicionalmente, submetendo-o a uma coerção enquanto sanção. Kelsen: “[...] Se pelo termo “Direito” quer se exprimir algo pertencente a certa ordem jurídica, então Direito é qualquer coisa que foi criada de acordo com o procedimento descrito pela constituição fundamental dessa ordem”. [...] É uma norma jurídica apenas se pretende regular a conduta humana e se regula a conduta humana estabelecendo um ato de coerção como sanção”.21

Coloca-se, oportunamente, que, Kelsen discorre em uma dimensão “teórica” específica, quando aduz sobre o “procedimento previsto para a criação das normas”. Não obstante, mesmo nessa esfera, Kelsen não subtrai a possibilidade de a norma superior prever, além de regras “procedimentais” para a criação e aplicação do Direito (para Kelsen, se uma norma superior prevê que o legislativo deve criar as “normas”, o ato legislativo em questão é identificado como aplicação da norma superior-procedimental), conteúdos “importantíssimos”, que devem, igualmente, serem observados.

Kelsen assim se manifesta: “[...] Contudo, se existe uma forma específica para a lei constitucional, qualquer conteúdo que seja pode surgir sob essa forma. Na verdade, matérias que, por um motivo ou outro, são consideradas especialmente importantes, são muitas vezes reguladas por leis constitucionais em vez de ordinárias”. “[...] A constituição material determina não apenas os órgãos e o processo de legislação, mas também, em certo grau, o conteúdo das leis futuras.22 Incluindo-se, na própria dimensão teórica da “Ciência do Direito”, o controle “material” de constitucionalidade: “[...] Desse modo negativo, não apenas o conteúdo de estatutos, mas o de todas as outras normas da ordem jurídica, bem como o de decisões judiciais e administrativas, pode ser determinado pela constituição. A constituição, porém, também, tem a atribuição de prescrever positivamente certo conteúdo dos futuros estatutos [...]”.23

A partir da própria atmosfera teórica da “metodologia da Ciência do Direito”, observa-se que, Kelsen não defende, estritamente, uma “postura formal” de Direito Constitucional. A norma “superior”, na hipótese, a Constituição, poderá determinar procedimentos para a criação das normas gerais inferiores, e, também, os conteúdos que

21 KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 180. 22 KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 183. 23 KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 183.

deverão respeitar, tanto em formato “geral-abstrato”, quanto na “aplicação”, na criação- aplicação das “normas individuais” (decisões judiciais e administrativas, por exemplo).

Kelsen desenvolve com maior vagar as suas ideias sobre Direito Constitucional no livro La Garantía jurisdicional de la Constitución. Frisa-se: nesses escritos, a dimensão “teórica” de Kelsen não se atém somente à “Ciência do Direito”, mas insere-se na teorização Constitucional. Particularmente sobre a viabilidade do controle de constitucionalidade, tem-se:

¿Cuál será el criterio que aplicará la jurisdicción constitucional en el ejercicio de su control? ¿Qué reglas deberá seguir como base de sus decisiones? La respuesta a esta cuestión depende, en gran parte, del objeto del control. Es evidente que para los actos inmediatamente subordinados a la Constitución, es su constitucionalidad, y para los actos que no le están más que mediatamente subordinados es su legalidade la que debe ser controlada, o más generalmente, es la conformidad de un acto a las normas de grado superior lo que debe ser verificado. Es igualmente evidente que el control debe comprender el procedimento según el cual ha sido elaborado el acto, así como su contenido, si las normas de grado superior contienen disposiciones sobre el particular.24

Com esse excerto e comentário, imprime-se hialina a postura “Constitucional” de Kelsen, e a sua “descrição objetiva” sobre o Direito Constitucional, e à respeito de eventual controle de constitucionalidade disposto em determinada ordem jurídica.

Nota-se que, a preferência de Kelsen, de um controle procedimental de constitucionalidade, origina-se de sua preocupação com a ampla discricionariedade, redirecionada-delegada aos Tribunais Constitucionais, quando na interpretação de “princípios” ou “aforismos” textualmente abertos e sem “significação exata”, como liberdade, equidade, igualdade, justiça e moralidade” – dita preocupação está balizada com o seu pressuposto epistemológico afeito ao relativismo, sumamente comentado supra, e robustamente defendido na teorização kelseniana de “Ciência do Direito” e “Direito”.

[...] Pero en todo caso la delegación de los valores en cuestión no significa, y no puede significar, que cuando el derecho positivo sea contrario a su concepción personal de libertad, de igualdad, etcétera, pudiera dispensarse a los órganos de creación del derecho su aplicación. Las fórmulas en cuestión, no tienen, de manera general, uma gran significación. [...] Es precisamente en el domínio del derecho constitucional, en que estas fórmulas pueden jugar um papel extremadamente peligroso. [...] Pero el poder del tribunal sería tal que devendría insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de este tribunal podría estar em oposición completa con la de mayoría de la población, y, por tanto, con de la mayoría del Parlamento que há votado la Ley. Es obvio que la Constitución no ha querido, al emplear una palabra tan

24 KELSEN, Hans. La garantia jurisdicional de la Constituición (la justicia constitucional). Ciudad de México: Universidad Nacional Autônoma de México, 2016, p. 73.

imprecisa y equívoca como al de justicia o cualquiera otra parecida, hacer depender la suerte de toda ley votada por el Parlamento de la buena voluntad de un colegio de jueces compuesto de una manera más o menos arbitraria [...]. la Constitución debe, sobre todo si ella crea um tribunal Constitucional, abstenerse de ese género de faseología, y si quiere establecer princípios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible”.25

Soma-se à esse horizonte constitucional, a possibilidade de haver um controle de constitucionalidade, com fundamento no Direito Internacional. A escrita de Kelsen segue uma mesma ordem teórica: se determinada Constituição reconhece o Direito internacional como “integrador” da ordem jurídica, as demais leis infraconstitucionais e atos estatais devem ser subordinados ao Direito internacional, não somente no sentido de se “respeitar os tratados internacionais subscritos pelo Estado”, mas, a partir da Constitucionalidade mesma, ampliada e recepcionada ao conteúdo do tratado, agora “norma geral superior”, no caso, “constitucional”.

¿Debe permitirse al tribunal constitucional anular los actos estatales, sometidos a su control, por contrariar el derecho internacional? En contra de la anulación de las leyes ordinárias o de los actos equivalentes o subordinados a estas

leyes contrarias a los tratados, no puede hacerse ninguna objeción seria. En

efecto, esta competência se encontraría, absolutamente, en el domínio de la Constitución, que es también ----no hay que olvidarlo---- el ámbito de la jurisdicción constitucional. Tampoco puede hacerse ninguna objeción seria en contra de la anulación de las leyes y de los actos equivalentes o inferiores a las leyes por violación a una norma de derecho internacional general, suponiendo que la Constitución reconozca expressamente estas normas generales; es decir, que las integre en el orden estatal, bajo la denominación de normas ‘‘generalmente reconocidas’’ del derecho internacional, como lo han hecho ciertas Constituciones recientes. En efecto, en este caso es voluntad de la Constitución que esas normas sean también respetadas por el legislador.26

Evidencia-se que, Kelsen, de muito se distancia de defesas teóricas, quanto ao Direito Constitucional, com teores “unicamente” formais, ou “metodologicamente alheios” ao seu tempo. Pelo contrário, Kelsen apresenta argumentos e teorizações, sobre o Direito Constitucional, absolutamente sofisticadas, e que influenciaram e influenciam a “práxis Constitucional” do pós-Segunda Guerra, denominada de Constitucionalismo Contemporâneo.

25 KELSEN, Hans. La garantia jurisdicional de la Constituición (la justicia constitucional). Ciudad de México: Universidad Nacional Autônoma de México, 2016, p. 79-81-82.

26 KELSEN, Hans. La garantia jurisdicional de la Constituición (la justicia constitucional). Ciudad de México: Universidad Nacional Autônoma de México, 2016, p. 75.

**CONCLUSÕES**

No sentido de trazer ao texto um fechamento provisório, coloca-se que, de acordo com o propósito estabelecido no introito, Kelsen necessita ser lido e estudado com cuidado e atenção. Em vezes, vozes incautas proliferam desentendimentos ou equívocos sobre o que Kelsen realmente defendeu.

Com esse sucinto artigo, foi possível, ainda que sem uma abordagem aprofundada, esclarecer, limitadamente, a teorização kelseniana sobre norma fundamental e, paralelamente, os estudos constitucionais realizados pelo autor, elementos estes essenciais para a compreensão das ideias que Kelsen conduziu durante toda a sua vida jurídica.

Como indicado na nota de rodapé 1, em citação ao estudo elaborado por Dias, se há arriscamos em “classificar” Kelsen, de acordo com algum atributo, é o de ter sido um teórico do Direito absolutamente coerente.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C.M.; RECK, J. R.; CALATAYUD, E.D. Teoria do direito e

discricionariedade: fundamentos teóricos e crítica do positivismo. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

DIAS, Gabriel Nogueira. Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KELSEN, Hans.; EHRENZWEIG, Albert A. Professor Stone and the Pure Theory of Law.

*Stanford Law Review*, vol. 17, no. 6, 1965, pp. 1128–1157. Disponível em: *JSTOR*,

[www.jstor.org/stable/1227237.](http://www.jstor.org/stable/1227237) Acesso em: 28 Mai. 2021.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. KELSEN, Hans. Autobiografia de Hans Kelsen. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. La garantia jurisdicional de la Constituición (la justicia constitucional). Ciudad de México: Universidad Nacional Autônoma de México, 2016.

## CAPÍTULO 2

## O ESTADO MODERNO E O DIREITO COMO INSTRUMENTO SOCIAL

*MODERN STATE AND LAW AS A SOCIAL INSTRUMENT*

Bárbara Cristina Kruse1

Marcos Kruse2

## RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar as diferentes concepções acerca do Estado Moderno em conjunto com as lacunas ideológicas estatais que se manifestam de modo claro no tempo presente. Norberto Bobbio (2010) menciona as lacunas ideológicas normativas ao analisar a insuficiência de solução satisfatória em alguns casos. O Direito, portanto, acaba sendo utilizado como instrumento do Estado, no que tange a inaplicabilidade das normas. E, o Estado, como resultado, tornar-se-ia o aparato da classe dominante, na medida em que a mesma utiliza a lei em benefício próprio ou tende modificá-la quando ocorrem conflitos de interesses. A metodologia de pesquisa utilizada é a qualitativa exploratória, baseada na revisão de literatura. A importância do artigo se dá tanto para juristas quanto para cientistas políticos e sociais.

**Palavras-chaves:** Estado, normas jurídicas, Direito.

## ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the different conceptions about the Modern State together with the state ideological gaps that are clearly manifested in the present time. Norberto Bobbio (2010) mentions the normative ideological gaps when analyzing the insufficiency of a satisfactory solution in some cases. The Law, therefore, ends up being used as an instrument of the State, with regard to the inapplicability of the rules. As a result, the State, as a result, would become the apparatus of the ruling class, insofar as it uses the law for its own benefit or tends to modify it when conflicts of interest occur. The research methodology used is the exploratory qualitative, based on the literature review. The importance of the article is as much for jurists as for political and social scientists. **Keywords:** State, legal norms, Law.

1 Doutoranda em Ciências Sociais Aplicadas (UEPG). Mestre em Gestão do Território. Especialista em Direito Aplicado. Advogada e geógrafa. E-mail: [barbara@mkruse.com.br](mailto:barbara@mkruse.com.br)

2 Doutorando em Direito pela UNLZ (Argentina), bacharel em Direito, bacharel em Ciências Econômicas, bel., bel, Theol. Perito Judicial Cível. E-mail: [mkruse@mkruse.com.br](mailto:mkruse@mkruse.com.br)

## INTRODUÇÃO

O Direito e o Estado regem condutas e a vida em sociedade. Enquanto que o Estado é o ente soberano concebido e mantido pela sociedade e que disciplina as relações sociais, o Direito é a ciência e o instrumento utilizado para disciplinar as condutas humanas e as normas jurídicas. Na teoria mais classica das normas, “não existe relação humana possível que não possa ser enquadrada no Direito” (VASCONCELOS, 1993, p. 11).

Na teoria das normas jurídicas ainda, o Direito é um sistema em ordem hierárquica, em que suas partem se integram formando o todo harmônico e interdependente. A norma é aquela que “enuncia e veicula o Direito” (Idbid, p. 13), pertencendo ao mundo do dever-ser, ou seja, como deve ser mas que nem sempre se encontra como vir a ser.

Se a norma nem sempre é como deveria ser, a ausência da sua aplicação pode fazer-se sentir pela insuficiência de solução satisfatória ou de uma norma justa, que deveria ideologicamente existir, porém não existe. Essa lacuna que se mostra como ausência de critério válido, não no sentido de não existir a norma, mas sim, como confronto de relação com o ordenamento jurídico deveria ser, perfaz as assim chamadas lacunas ideológicas, segundo o pensamento de Noberto Bobbio (2010).

Segundo a proposição de Bobbio (2010, p. 295), para que as lacunas ideologicas tenham sentido, é preciso “confrontar o ordenamento jurídico real com um ordenamento jurídico ideal” ou ainda “considerar o ordenamento legislativo como representação da vontade do Estado e perguntar-se se a lei contém ou não tudo o que deve conter para poder ser considerada a manifestação tecnicamente perfeita da vontade do Estado”.

Ao considerar a Lei como representação de vontade do Estado, mostra-se necessário pontuar como o Estado é visto no tempo presente. Isto porque, assim como as transformações sociais tem o cóndão de afetar o ordenamento jurídico, tais transformações também tem a capacidade de afetar a figura do Estado, seja por meio de intervenção econômica, social ou política.

O objetivo primário do presente artigo, neste contexto, se dá em analisar as diferentes teorias acerca do Estado Moderno em conjunto com as lacunas ideologicas estatais que se manifestam de modo claro no tempo presente. No entanto, desde já esclarece que o artigo possui intenção didática de pontuar, em síntese apertada o

pensamento de grandes intelectuais. Tal intuito se faz para comparações conceituais ao longo do tempo e não numa tentativa de simplificar proposições de tais pensadores.

A metodologia utilizada no trabalho é a qualitativa de revisão de literatura. A análise reflexiva e crítica acerca do Estado em sua configuração no tempo presente. A importância do artigo, se dá tanto para as teorias políticas quanto a interdisciplinariedade das ciências sociais.

## O Estado sob o viés contratualista

O debate teórico do Estado sob o viés dos autores contratualistas, nos remete aos séculos XVI e XVII, pioneiros na reflexão do Estado Moderno, seu surgimento e função. Para tanto, os contratualistas analisados são Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) e Jean Jacques Rousseau (1712-1778).

Thomas Hobbes escreveu “O Leviatã” em 1651. Para Hobbes o surgimento do Estado ocorre da privação intencional humana a direitos naturais visando fundar uma comunidade política. A renúncia do direito sobre todas as coisas para garantir soberania ao Estado, se dá pela projeção de que o ser humano vive em guerra de todos contra todos (*homo homini lupus*). O Estado, especialmente o absolutista teria as condições de regular a guerra humana (BERNS, 2013). A essencia do pensamento hobbesiano é a proteção da vida, a qual está acima de todas as coisas. Na prática, quando o ser humano adere ao Contrato Social, transfere para o Estado (soberano) o direito sobre sua força e faculdades. A vedação humana aos instintos animais do uso da força garante saúde ao povo.3

O contratualista John Locke, o direto à propriedade é o centro da sua análise. Em “O segundo tratado do governo civil” em 1689, Locke discorre que o Estado cria uma relação de verticalidade, entre Estado (superior) e cidadãos (inferior). A propriedade é um direito natural que precede a existência do ser humano e do Estado. Não obstante, o conceito de propriedade para Locke é mais amplo que os bens materiais, abrangendo também a vida, a saúde e a liberdade. A razão de trocar o Estado de Natureza (espécie de lei divina) pelo Estado Civil, seria para Locke, para garantir a maximização da paz e da racionalidade.

3 (GINER DE SAN JULIÁN, 2013, p. 299) destaca o modo pelo qual Hobbes abordou a situação da natureza humana. O fato dos seres humanos comportarem-se como lobos uns dos outros já era do conhecimento teórico bem antes de Hobbes. Ocorre que Hobbes parte dos elementos comuns que ligam os seres humanos às bestas para elaborar a partir de tais elementos comuns uma filosofia política. Em sendo o ser humano besta como as feras, é preciso que o Estado faça o controle da animalidade humana.

Ainda para Locke, o Estado deixa de ser legítimo quando não cumpre a lei, eis que a lei civil é o mecanismo que viabiliza a paz e a racionalidade. A figura do Estado só mostra relevância se garantir a paz e a propriedade (GOLDWIN, 2013, p. 436-451). O pensador ainda defende a limitação da propriedade, partindo-se da ideia do limite com a capacidade de consumo do individuo.

Já para Jean Jacques Rousseau, autor da famosa obra “Do Contrato Social˜ em 1762, o pacto social deve proporcionar liberdade para os homens, a mesma liberdade que tinham originalmente, antes da vida em sociedade (homem animal). Rosseau cria o termo economia política e discorre que a supremacia da lei advém da vontade geral e o governo é apenas o executor das leis. Logo, pouco importa o tipo de governo pois o fundamento do mesmo é apenas a execução das leis. Isto significa admitir o caráter público do próprio governo.

Na visão de Rousseau é a vontade geral (ou seja, a lei civil) que assegura que a vontade particular (do governante) não prevaleça. Não existe vontade política quando se está representando o povo. Para Rousseau todos contratam o Estado (governo) por sua própria vontade. O consentimento tem de ser unânime. É por isso que Rousseau idealiza o Estado como garantidor da liberdade, pois livre é obedecer a soberania que faz parte. O homem social é legislador de si mesmo e eticamente livre.

Por tal pensamento, como aponta (BLOOM, 2013, p. 509), “a lei é o produto da vontade geral. Cada indivíduo toma parte na criação das leis, mas a lei é geral, e o indivíduo, em seu papel como legislador, deve fazer leis cuja concepção permita que sejam aplicadas a todos os membros da comunidade”.

Na sequencia lógica-temporal, vários acontecimentos históricos impactantes iriam dar outro prumo para o entendimento do que é o Estado. Especialmente a Revolução Industrial (iniciada depois da metade do século XVIII) e a Revolução Francesa (1789- 1799) se configuraram elementos transformadores da sociedade e do pensamento e calceiam a ruptura do passado diante do pensamento que se assume moderno e iluminado.

A noção de Estado tende a ser afetada pela consolidação do sistema do capital como economia de mercado. Para Karl Polanyi (1980) a história social do século XIX é resultado da ampliação da organização do mercado juntamente com a difusão do mercado sobre toda a face do globo. Juntamente com essa relação mercadológica, “surgiu um movimento bem estruturado para resistir aos efeitos perniciosos de uma economia controlada pelo mercado. A sociedade se protegeu contra os perigos inerentes a um

sistema de mercado auto-regulável” (Idbid., p. 88). Polanyi ainda enfatiza que tal movimento “foi o único aspecto abrangente na história desse período” (Idbid., p. 88).

Como não haveria de ser diferente, outros pensadores abordados no presente artigo, são fortemente influenciados pelo contexto estrutural inerente a época que viviam. De outra lado, a visão de Estado para esses pensadores críticos parte dessa relação mercadológica, como influenciadora nas decisões do governo. Notadamente o materialismo histórico, neste viés, se configura como análise profunda da história quanto aos fatores econômicos e materiais da produção.

## O Estado a partir do idealismo e materialismo histórico

No que tange à filosofia da história, Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) diferentemente dos contratualistas que consideravam a formação artificial do Estado a partir do pacto social, Hegel analisa o Estado como ente fundador da sociedade, ou seja, o Estado é pilar da sociedade, ente final e a síntese perfeita da própria sociedade. O Estado é o alvo a alcançar. O filósofo, da análise de significado do Estado social, nega que exista um ser humano no estado natureza, pois o homem é sempre social.4

Neste sentido, Hegel incorporou questões sociais à racionalidade e ao processo histórico. Escreveu em 1820, fundamental obra, os “Princípios da Filosofia do Direito” e nela, especifica as principais construções teóricas que sustentam o Direito. Em específico, a esturura da pessoa, da liberdade como elemento central da vontada e do patrimônio. A filosofia do Direito de Hegel responde e adequadamente segue as proposição de elaboração do Código Cível de Napoleão.

O movimento real de conhecimento nas relações de sujeito e objeto se dá de forma dialética, ou seja, é pelo fluxo do movimento relacional entre sujeito e objeto que se dá o conhecimento. Hegel acredita nas transformações do mundo, no movimento da realidade.5

4 Ou seja, no estado da natureza, o ser humano não se *hominiza*. A civilização humana se dá na confluência do próprio Estado como organização social.

5 Hegel neste preciso tópico, parte das proposições filosóficas de Kant. No caso, para Kant, o conhecimento somente pode dar-se *a posteriori*, razão pela qual devem ser admitidas categorias transcendentais *a priori* que permitiriam haver conhecimento *a posteriori*. A crítica da razão pura se dá, então, em colocar-se a própria razão nos limites da crítica para saber o que é possível conhecer. Em Hegel, o conhecimento já não se dá a partir de categorias transcendentais admitidas de antemão *(a priori*) e sim, como movimento dialético entre sujeito e objeto. O objeto e o sujeito entram em relação de forma que, pela relação se estabelece o conhecer. Não é possível, por exemplo, conhecer algo que se desconhece (por exemplo, impossível descrever o infinito) porque, na medida do conhecimento há modificação, tanto do sujeito quanto do objeto. Hegel, portanto, tem um conceito de história vinculado ao fluxo e ao devir que se encontra

O papel do filósofo para Hegel é entender o aspecto racional que guia o plano da objetividade de si e para si. O *em si* é o aspecto fenomênico (empírico, dado),6 desprovido de qualquer movimento e, o *para si* é sujeito capaz de refletir sobre o objeto. Defende Hegel que é possível chegar à totalidade de conhecimento absoluto do objeto, ou seja, compreender e superar o mundo de uma maneira descarnada porque o conhecimento se dá no espírito humano.

Hegel debate com os contratualistas e re-introduz a religião em sua teoria. Para ele, o Estado é o ente soberano que supera as contradições da sociedade. A filosofia hegeliana parte da ideia de que o Estado e o Direito estão no universal e no absoluto. O Estado surge como uma entidade distinta e superior em relação ao individuo, que vai ser objetivado como cidadão. E, o Direito é visto como uma totalidade restrita ao mundo normativo.

Em relação a outros Estados, o Estado é uma individualidade dotado de próprios interesses e necessidades históricas. Em contrapartida, o Estado também é um elemento político de normas internas e com consciência de si mesmo. A Constituição, se concretiza como costume (espírito popular) que tem poderes racionais e formais, sendo, portanto, a vida do povo e a consciência publica.

Contrariando, ou melhor, invertendo o idealismo defendido por Hegel, Karl Marx e Friedrich Engels formulam teoria mais palpável eis que ligada à materialidade de reprodução da vida. Enquanto Hegel parte do ideal consolidado no Estado, Marx e Engels analisam a sociedade no concreto, a partir das contradições que existem na construção do Estado. O materialismo, portanto, faz parte do olhar próprio do marxismo. É preciso indagar como o trabalho realiza e cria as condições de vida de cada sociedade (GINER DE SAN JULIÁN, 2013, p. 560).

A premissa de que a história do ser humano é a história da luta de classes, subdivide as classes em polos distintos e antagônicos, quais sejam, a classe que detém os meios de produção e a classe que não detém os meios de produção. Esta classe despossuída não encontra outra alternativa além de alugar a sua força de trabalho para o uso na reprodução do capital. O Estado, sob a análise marxista não é o fim universal (contra Hegel) e sim, estabelece os mecanismos de controle social vinculados à classe que controla o Estado.

no espírito eis que somente ele, o espírito, possui consciência que se altera pelos acontecimentos e sobre eles realiza o esforço hermenêutico (GINER DE SAN JULIÁN, 2013, p. 420-425).

6 Aqui, seguindo conforme os postulados de Kant.

A classe burguesa é a classe dominante pois é a que detém a propriedade dos meios de produção e, em consequencia, detém o próprio Estado eis que este responde à conformação social da burguesia. Em oposição, a classe proletária, por apenas dispor da prole e não dos meios de produção, passa a estar obrigada a vender (ou alugar) sua força de trabalho para sobreviver. Através da ideologia, a classe dominante consegue impor suas vontades muito além do uso da força. Utiliza-se aí, de instrumentos para impor sua ideologia silenciosamente (MARX & ENGELS, 1991).

Para Marx e Engels (1991), o Estado é uma comunidade ilusória que neutraliza as contradições capitalistas instrumentalizando os interesses da classe dominante. O Estado é o órgão de dominação da classe dominante, pois cria a ilusão e que existe o comum, enquanto na verdade só existe o interesse da burguesia. O caminho para a libertação humana das amarras burguesas, seria a revolução do proletariado com a consequente conquista do Estado.

## Positivismo, Teorias Críticas e o Estado

Paralelamente às ideias de Marx e Engels, outra vertente de pensamento irradiava- se pelo continente europeu. Ao contrário de Marx e Engels que entendia a revolução como um caminho necessário, o positivismo de Augusto Comte (1798-1857) estipulava a ordem como regra para o progresso social. A corrente positivista, baseia-se na ideia de racionalidade e neutralidade do sujeito em relação ao seu objeto. Ou seja, parte da ideia cartesiana de sujeito/objeto e da pureza (livre de preconceitos) nas ciências sociais. É considerada contrária ao pensamento marxiano, além de que se alastrou para outras áreas do conhecimento e ganhou muitos adeptos mundo afora (LÖWY, 2018).

No contexto sociológico, a corrente positivista acender-se-ia na França no início do século XIX. Tendo Augusto Comte como precursor, o positivismo defente a sociedade como objeto possivel de conhecimento científico, desde que se utilizasse a ciência exata como fonte. Para Comte, a sociedade deveria ser um organismo racional e organizado (LÖWY, 2018).

No que tange a concepção do Estado, o positivismo defendia a ordem e, para tanto, o papel do Estado deveria ser o de eliminar conflitos sociais através de reformas e intervenções. O projeto político de gestão social do positivismo, passou a ser chamariz para governos autoritários e conservadores. A bandeira brasileira, de 1889, com o lema de “Ordem e Progresso” traduz o pensamento positivista que estava fortemente presente

no exército brasileiro. Ao contrário das greves, revoluções e movimentos operários, o positivismo foi um movimento consolidado pela burguesia no poder, baseado, portanto, em conservadorismo que viria desembocar em outras campos cientificos como é o caso da economia liberal (CASTRO & DIAS, 1992).

Críticas ao positivismo e novos pensamento acerca da função do Estado moderno ganharam espaço mais para o final do século XIX. Assim, aos não adeptos desta corrente vieram-lhe as críticas e novas vertentes para as ciências sociais. Um dos críticos muito importantes, é Karl Emil Maximilian Weber (1864-1920), considerado, ao lado de Durkheim e do próprio Marx, um dos fundadores e pilares da sociologia. Weber possui um importante debate em torno do Estado Moderno. As publicações deste autor datam do início do século XX.

Ao contrário de Marx, Weber vê o Estado como uma empresa, dotado de racionalidade. O Estado é definido em torno do uso da violência legítima. Logo, dizer que o Estado usa a violência, é dizer que o Estado usa uma forma de dominação irracional. Para Weber, o capitalismo é um espírito e o Estado é uma estrutura (agrupamento) político que reivindica com êxito o monopólio da violência. O Estado não se define pelos seus fins, mas sim pelos seus meios que lhe é peculiar (violência). Modernamente, Weber vê o Estado como reivindicador do monopólio do uso da violência, sendo o conjunto de esforço que influencia a divisão do poder.

O Estado é a estrutura máxima de dominação social e o instrumento de dominação

/ ação. Por fim, o Estado é um aperfeiçoamento burocrático, via apropriação de gestão dos funcionários. Reune nas mãos do dirigente os meios materiais de gestão. Weber ainda conceitua o homem político, que seria aquele selecionado pela própria estrutura política e economicamente disponível com tempo ocioso. Certamente, não é o proletário e nem o homem de negócios da sua empresa, mas o homem que vive do capitalista rentista.

Weber aborda a forma de vida ascética que vai surgir na transição do catolicismo para o protestantismo e secularizada na vida empresarial. Para Weber, o acumulo de capital é uma especie de irracionalidade da racionalidade capitalista. Considerado um crítico do positivismo, Weber caminha junto com a crítica da especialização das ciências.

A Escola de Frankfurt e a Escola de Annales também são correntes que abordam o positivismo como corrente inviável e insuficiente para o conhecimento cientifico. Segundo a Escola de Frankfurt, o positivismo inviabiliza a emancipação humana, dado que seus pensadores utilizam a dialética e a teoria crítica como método para embasar suas teorias (FREITAG, 1990). Enquanto que a Escola de Annales valoriza a

interdisciplinariedade, sob o argumento de que a ciência histórica não dava mais conta de explicar as complexas relações sociais modernas, tal escola propunha uma análise crítica ao objeto de pesquisa (MARTINS & SOUZA, 2019).

Seguindo uma linha histórica lógico-temporal no artigo, outro importante pensador que analisa o Estado é Antonio Gramsci (1891-1937). Suas obras baseiam-se em cadernos e cartas escritas por ele na prisão. Gramsci foi preso em 8 de dezembro de 1926 e morreu em 1937. Logo, suas escritas datam desse período. Gramsci é marxista e parte da ideia de que o Estado é hegemônico e voltado a atender os interesses da classe dominante. O Estado é fundado na super-estrutura e é o órgão gestor das classes dominantes, sendo portanto um conjunto de aparelhos repressivos.

Ao contrário de Marx, Gramsci analisa os aparelhos ideológicos vivendo em um campo de tensões entre hegemonia e contra-hegemonia. A luta, para Gramsci não é suprimida, porém não é necessariamente física. Defende a necessidade de elevar a consciência das classes. A sociedade civil, para Gramsci, é a mediação do Estado e da infra-estrutura econômica. A sociedade civil não é homogênea, mas sim um campo de disputas de quem tem a supremacia.

Gramsci defende que a sociedade civil absorva a sociedade política. Assim, a divisão entre governante e governado deve desaparecer de maneira gradual. Defende a eliminação do Estado a partir da sua superação. Gramsci defende a superação do Estado, através da conquista da contra-hegemonia dos aparelhos privados da hegemonia. A partir disso, faz-se o consenso social e paulatinamente ocupa o espaço na sociedade política, com o posterior apagamento dos aparelhos de coerção. Assim, a divisão entre governante e governado deve desaparecer de maneira gradual.

Por fim, o último filósofo analisado neste artigo, analisa o Estado de forma diversa dos contratualistas, marxistas e positivistas. Trata-se de Michael Focault (1926-1984), que defende que nem toda forma de repressão é forma de controle e nem todo controle é forma de repressão. Neste sentido, a repressão está ligada à soberania e o controle ao acúmulo de lógicas de poder. O foco do poder não é estudar o Estado, mas entender o governo (formas do governo). Defende a ideia de governabilidade múltipla que é o grande acúmulo de lógicas de poder, as quais podem sofrer uma forma de empuxo estratégico e resultar no Estado. Diferentemente do pensamento de Marx e Gramsci, o poder para Foucault pode sofrer determinação econômica mas não é integralmente determinado pela economia (FOCAULT, 2005).

Aborda também a questão da biopolítica como objeto de tecnologia do poder. O biopoder é um poder que se estende pela totalidade da vida e seria uma prática dos Estados Modernos de regular os sujeitos através de técnicas numerosas e diversas para obter a subjugação dos corpos e o controle das populações. O Estado passa a ser um fenômeno importante de controle de natalidade, mortalidade, planejamento familiar e assim por diante. No conceito de biopoder há um linear micro-fisico de poder, passando de uma estrutura maior de poder para o conceito de macro-poder (governabilidade). Aborda a questão da guerra das raças como um enfrentamento belicoso de forças (FOCAULT, 2005).

Para Foucault a vida do cidadão está de alguma maneira inscrita no Estado e pode ser fisicamente anulada. O Estado se apropria da vida de duas maneiras a) capacidade de dar a morte b) poder da vida se manifeste, aumente, cresça. O poder como governo é a capacidade do Estado de conduzir homens. A dominação é uma relação micromórfica de súditos nas relações isomórficas, é uma relação horizontal. Micro e horizontal. O macro e o vertical não deixam de existir mas estão dentro dessas relação. O Estado é um efeito de sedimentação micro-física. O Estado para Foucault é uma peripécia, isto é, é uma possibilidade entre as múltiplas técnicas para conduzir condutas alheias (FOCAULT, 2008).

Para além dos pensadores aqui analisados, existe ainda uma ampla gama de intelectuais que discutem acerca do Estado moderno. A proposição do artigo é pontuar diferentes visões ao longo do tempo. Cada intelectual, neste sentido, apresenta uma contribuição do pensamento na medida em que suas elaborações são amplamente utilizadas e fundam diferentes abordagens políticas até o tempo presente. Compreender como diferentes pensamentos sobre o Estado afetam a política no cotidiano é parte integrante do posicionamento crítico necessário à atuação da cidadania.

## Estado e tempo presente

A questão cérnica e impendante no cotidiano tem a ver com os direitos sociais que fazem parte da ascesão do Estado Social de Direito e decorrem de lutas social em prol das novas demandas sociais modernas. O mundo pós-guerras e todo o contexto social posterior, acerretou em um Estado prestacionista e intervencionista, configurando os direitos de segunda geração ou dimensão. São os direitos sociais, econômicos e culturais, como é o caso do direito ao trabalho, a educação e a seguridade social (LENZA, 2010).

A Constitução Federal de 1988 (CF/88) também incorporou-se como resposta ao regime militar antecessor, sendo denominada de Constituição Cidadã, na medida em que foi clamada como a sobrevivencia da democracia, face ao ódio da ditadura (discurso de Ulysses Guimarães ao promulgar a CF). A consagração de novos direito, denominados de terceira geração ou dimensão, se deram graças ao enfoque social e transindividual da CF/88, como é o caso do direito ambiental, direito ao consumidor, direito da criança e do adolescente e assim por diante (LENZA, 2010).

Ocorre que, mesmo com a ascenção de novos direitos, as lacunas ideológicas estatais persistem, na medida em que o processo de desenvolvimento capitalista é traçado por imensas desigualdades, as quais se materializam pela discrepância social e concentração de riqueza. O surgimento do Estado Moderno se deu para garantir a permanência deste sistema desigual e legitimar sua desigualdade.

A teoria idealista do Estado, não analisa sua concretude por uma classe social e a prevalencia desta nas políticas estatais. O Estado, assim, se torna um instrumento da classe dominante, normalizando a desigualdade social e desmontando os direitos básicos outrora positivados como direitos do cidadão. Os ditames neoliberalistas ascendidos desde a década de 90, cada vez mais obedecem o mandamentos mercadológicos e ao favorecimento da reprodução do capital.

Ao Estado Brasileiro, pode-se citar a Reforma Trabalhista de 2017 (Lei 13.467/2017), que precarizou o trabalho e enxugou direitos. Segundo o site do Senado Federal (2019, s.p),7 “a reforma trabalhista alterou regras para flexibilizar o mercado de trabalho”. No entanto, o que se vê são formas de contratação sem incumbência de leis trabalhistas, como é o caso do Contrato de Trabalho Intermitente, em que as partes podem convencionar a forma de trabalho, ou ainda, a flexibilização da dispensa do funcionário, em que o distrato pode ser confeccionado pelas partes.

Outro exemplo, é a Emenda Constitucional nº 95, ou PEC do Teto dos Gastos Públicos que limitou o orçamento destinado para a educação e saúde para os próximos 20 anos, ou ainda a Reforma da Previdência de 2019. Não houve e não há previsão de austeridade fiscal em áreas que demandam grandes fatias orçamentárias como o pagamento de juros aos portadores de títulos da dívida pública ou austeridade fiscal para o judiciário e os militares.

7 Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/02/aprovada-em-2017- reforma-trabalhista-alterou-regras-para-flexibilizar-o-mercado-de-trabalho#>. Acesso 20 de mai. 2021.

Logo, as lacunas normativas se dão pela ideologia do Estado Moderno em satisfazer apenas os interesses da classe dominante. Ou conforme os presseitos de Piketty (2014), a função do Estado Moderno é legitimar uma ordem materialmente desigual.

Na prática, o Estado Capitalista Moderno, faz borbulhar o fato de que os direcionamentos do Estado caminhando em unívoca direção: obedecer aos ditames, interesses e ordens do capital (POULANTZAS, 1985). No Brasil, em especial, o que se visa é a instituição de um Estado mínimo, o qual cada vez mais assevera e amplia as desigualdades sociais e penalizando os mais necessitados (COSTA, 2006).

A onda de insustentabilidade de manutenção das políticas sociais, se dá na justificativa do alto orçamento destinado para elas. Pelos ideais neoliberais, a saúde, a previdência e a educação não devem ser de responsabilidade do Estado, mas sim daquele indivíduo que possui condições de consumi-los. Aos que não os tem, que permaneçam a margem do sistema vendendo sua força de trabalho, ao preço evidentemente que o mercado estiver disposto a pagar (COSTA; GIMENO; GALLEGO, 2014).

## Considerações Finais

A teoria da norma jurídica e seus preceitos de como deveria ser, encontram entraves de aplicação em decorrência da própria configuração do Estado. Norberto Bobbio fala em lacunas ideológicas normativas ao mencionar a insatisfação da aplicação das leis. Ao analisar a representação da vontade do Estado, o que se verifica é que no ordenamento legislativo brasileiro, a maior carência advém na concretude da Lei, bem como nas formas que o Estado encontra de modificar facilmente a norma.

Isto ocorre, em especial, porque o Estado é utilizado como instrumento para corresponder aos interesses da classe social dominante. A formulação de que o Estado é o ente abstrato e o Direito seu instrumento de regulamentação da vida em sociedade, na prática, somente demonstram como o capital tende a se favorecer por meio desses sistemas. Assim, os novos direitos ou direitos quaisquer que advierem, somente encontraram efetividade se não colidirem com os ditames do capital.

Isto porque, se mesmo com tantas inovações tecnológicas e vivências passadas não se pode dizer que houve uma redistribuição das riquezas e a vida humana não se tornou mais digna, a conclusão de que o sistema é falho, parece ser muito óbvia. A pressuposição também de que os interesses de uns estão se sobrepondo a interesses de

outros, também pode-se dizer evidente na medida em que o número de pobres aumenta improporcionalmente ao número de ricos.

## REFERÊNCIAS

BERNS, L. Thomas Hobbes. In: STRAUSS, L.; CROPSEY, J.; (ORGS) **História da Filosofia Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 355-376.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

COSTA, Lucia Cortes da; GIMENO, José Adelantado; GALLEGO, Liliana. **Reflexões interdisciplinares sobre as políticas sociais. In:** Pesquisa e Extensão: experiências e perspectivas interdisciplinares Ponta Grossa: Uepg, 2014.

COSTA, Lúcia Cortes da Costa. **Os impasses do Estado capitalista: uma análise sobre a reforma do Estado no Brasil**. São Paulo: Cortez, Ponta Grossa: UEPG, 2006.

CASTRO, A.M. & DIAS, E. F. **Introdução ao Pensamento Sociológico**. 9. ed. São Paulo: Editora Moraes, 1992.

HOBSBAWAM, Eric. **Sobre História**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

FREITAG, B. **A teoria critica:** ontem e hoje. 3.ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. 184 p. Biblioteca da UEPG – Numero de Chamada 301.04 F866

FOUCAULT, M. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

*GIDDENS*, A. ***Mundo*** em ***descontrole****:* o que a globalização está fazendo de nós. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GINER DE SAN JULIÁN, S. **Historia del Pensamiento Social**. 13ª. ed. Barcelona: Planeta, 2013.

GOLDWIN, R. A. John Locke. In: STRAUSS, L.; CROPSEY, J.; (ORGS) **História da**

**Filosofia Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 427-458.

GRAMSCI, A. **Maquiável, a política e o Estado Moderno**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

HEGEL, G.W.F. **Princípios de Filosofia do Direito**. Martins Fontes. SP. 2003. HOBBES, T. **Leviatã**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2010.

LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre o governo**. Trad. Alex Marins. São. Paulo: Martin Claret, 2006.

LÖWY, M. ***Marxismo contra positivismo***. Tradução de Reginaldo di Piero, São Paulo: Cortez, 2018.

MARTINS, W. S. N.; SOUZA, F. M. D. **Introdução ao Estudo da História**. Rio de Janeiro: Seses, 2019.

MARX, K. ENGELS, F. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Hucitec.1991.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. (Capítulo 13 – pg. 459-479)

POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens de nossa época. Rio de Janeiro, Campus, 1980.

POULANTZAS, N. **O Estado, o poder, o socialismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria Geral do Direito**: Teoria da norma jurídica. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

WEBER, M. **Ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Pioneira, 1999.

## CAPÍTULO 3

## A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SUA INTERFERÊNCIA NAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS

*THE CONSTITUTIONALIZATION OF CIVIL LAW AND ITS INTERFERENCE IN CONTRACTUAL RELATIONS*

Ana Adélia Sousa Cruz Carvalho1 Renata Rezende Pinheiro Castro2

## RESUMO

O presente trabalho busca evidenciar os aspectos gerais da Constitucionalização do Direito Civil, sobretudo, a influência do direito constitucional sobre as obrigações cíveis, abordando da seguinte problematização: Quais as principais mudanças trazidas nas relações obrigacionais pela Constitucionalização do Direito Civil? Partindo dessa indagação, expõe-se que a pesquisa tem como objetivo compreender a supremacia da Constituição Federal brasileira, ponderando a nova visão das obrigações sob reflexo da Constitucionalização do Direito Civil, explorando também os novos elementos obrigacionais advindos desse fenômeno, que se encontram pautados nos direitos fundamentais e na valorização e respeito à dignidade da pessoa humana, e, por fim, fazer uma análise do entendimento hermenêutico e jurisprudencial sobre esse contexto atual. E, para alcançar a solução da problemática e dos objetivos, fora utilizado como metodologia a pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa e de cunho exploratório, a partir da análise de livros, artigos, pesquisas jurídicas, sites e legislação vigente sobre a temática.

**Palavras-chave**: Constituição Federal. Direito Civil. Direito das Obrigações. Novos elementos obrigacionais.

## ABSTRACT

This paper seeks to highlight the general aspects of the Constitutionalization of Civil Law, especially the influence of constitutional law on civil obligations, addressing the following problem: What are the main changes brought about in the obligations relationships by the Constitutionalization of Civil Law? Based on this question, it is exposed that this research aims at understanding the supremacy of the Brazilian Federal Constitution, pondering the new view of obligations under the reflection of the Constitutionalization of the Civil Law, exploring also the new obligatory elements arising

1 Acadêmica de Direito da Cristo Faculdade do Piauí – CHRISFAPI. E-mail: [adeliaana840@gmail.com](mailto:adeliaana840@gmail.com) 2Docente do Curso de Direito da Cristo Faculdade do Piauí – CHRISFAPI. E-mail: [rezenderenata@hotmail.com](mailto:rezenderenata@hotmail.com)

from this phenomenon, which are based on the fundamental rights and on the valorization and respect to the dignity of the human being, and, finally, making an analysis of the hermeneutic and jurisprudential understanding about this current context. And, to reach the solution of the problem and the objectives, it was used as methodology the bibliographical research of qualitative approach and exploratory nature, from the analysis of books, articles, legal research, websites and current legislation on the subject.

**Keywords**: Federal Constitution. Civil Law. Law of Obligations. New elements of obligations.

## INTRODUÇÃO

A constitucionalização do Direito Civil, corresponde a nada mais nada menos que uma imposição de uma leitura dos institutos de direito civil conforme a Constituição Federal, reconstituindo o Direito Privado na medida em que condiciona a autonomia da vontade aos parâmetros constitucionais. Insta mencionar que a norma não deixa de ser de direito privado, apenas passa a ser interpretada em concordância com a Carta Magna.

Esse fenômeno tem mudado a ideia de que o “Direito Civil é a Constituição do Direito Privado”, constatando-se que os fundamentos de validade jurídica desse ramo do Direito devem ser extraídos da Constituição Federal, na medida em que esta se desloca para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico por meio do qual se procede a leitura do Direito Civil.

Sem dúvida, tanto a obrigação quanto o contrato são os institutos mais submissos à estas mudanças, de modo que o Direito das Obrigações, assim como as relações contratuais, está condicionado à parâmetros constitucionais a exemplo do solidarismo social, da boa-fé objetiva e da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Posto isso, surge a necessidade de abordar a interferência desse fenômeno dentro do ramo do Direito supracitado, analisando os impactos gerados na estrutura das relações obrigacionais/contratuais, em face dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia constitucional e da função social, que passam a constar no rol de preceitos inerentes ao Direito Privado, infundindo-lhe, por consequência, uma nova significação.

A partir dessa vertente, ergue-se a seguinte pergunta norteadora: **Quais as principais mudanças nas relações obrigacionais trazidas pela Constitucionalização do Direito Civil?**

Desse modo, o presente estudo abordou como objetivo compreender a supremacia da Constituição Federal brasileira, ponderando a nova visão das obrigações sob reflexo da Constitucionalização do Direito Civil, explorando também os novos elementos obrigacionais advindos desse fenômeno, que se encontram pautados nos direitos fundamentais e na valorização e respeito à dignidade da pessoa humana, e, por fim, fazer uma análise do entendimento hermenêutico e jurisprudencial sobre esse contexto atual.

Contudo, para alcançar a solução da problemática e dos objetivos anteriormente expostos, fora utilizado como metodologia a pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa e de cunho exploratório, a partir da análise de livros, artigos, pesquisas jurídicas, sites e legislação vigente sobre a temática.

## A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Por certo, a Constituição brasileira é dotada de uma rigidez constitucional, que decorre justamente da maior dificuldade de sua alteração em comparação com as demais normas do ordenamento jurídico, de modo que é dessa rigidez que provém o princípio da supremacia constitucional.

Sobre esse modelo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso leciona que:

A rigidez constitucional traduz a necessidade de um processo especial para reforma da Constituição, distinto e mais complexo do que o necessário para a edição das leis infraconstitucionais, e que no caso brasileiro incluem quórum e procedimentos diversos, além de limitações materiais e circunstanciais.

Imperioso faz mencionar que a Constituição do Brasil é provida de uma supremacia formal, residindo em uma relação de superioridade existente entre a norma constitucional, qualificando às mesmas em hegemônicas e preeminentes frente às normas infraconstitucionais, julgando-se inválidas àquelas que contrariem a Carta Magna.

A Constituição Federal ocupa o ápice do ordenamento jurídico, de acordo com o escalonamento normativo proposto por Hans Kelsen, servindo de parâmetro de validade para a formação normativa subsequente, ou seja, todos os demais ramos do Direito devem se adequar as regras e aos fundamentos constitucionais, uma vez que ela é a Lei Maior e dispõe de supremacia formal em relação as outras normas infraconstitucionais.

Decerto, a consolidação do debate acerca da supremacia constitucional está intimamente relacionada às ideias propostas por Konrad Hesse, a datar da divulgação de sua obra “A Força Normativa da Constituição”. Para Hesse, a Constituição vai além do

simples reflexo das forças sociais e políticas, já que ela possui força apta a determinar a validade jurídica de uma norma - é o que o autor denomina de “vontade de Constituição”. Por tudo isso, a Constituição Federal passa a ser analisada como um corpo normativo hierarquicamente superior que deve ser prontamente aplicado às relações jurídicas em geral, subordinando toda a legislação ordinária, em virtude do fato de consagrar valores como a dignidade da pessoa humana, o exercício não abusivo da atividade econômica, a igualdade e proteção dos filhos, a valorização social do trabalho,

enfim, como acrescenta Pablo Stolze (2004, p.54).

Isto posto, ainda merecem destaque as explanações do Ministro do Supremo Tribunal Federal que, versando sobre a interpretação e aplicação da Constituição, expõe que:

Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a lei fundamental.

Nesse ínterim, os princípios e valores pré-definidos pela Constituição em relação ao Direito Privado impulsionaram o surgimento da constitucionalização do Direito Civil, com a inserção deste do Estado Democrático de Direito contemporâneo. Assim, segundo Lôbo (2002, p.4), a constitucionalização do Direito Civil “[...] é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil.”, que, como propriedade privada, ganha uma nova dimensão, firmada pela função social.

## O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

O íntegro entendimento sobre esse sucedido episódio somente é alcançado a partir de sua perspectiva histórica. Dessa maneira, é válido mencionar que o direito privado, no mundo romano-germânico - momento nominado de era das codificações -, ocupava papel central no ordenamento jurídico, destacando-se por ser uma norma direcionada ao indivíduo como singularidade, como explica Paulo Luiz Netto Lobo (2007, p. 21), ao esclarecer que:

O direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o locus normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal.

Posto isso, como bem explicita o artigo ‘O fenômeno da constitucionalização do direito civil”, redigido por Alexandre Gazetta Simões, o processo de constitucionalismo teve início justamente com o advento da Revolução Francesa, coadunado com os ideais libertários e de codificação. Tal evolução histórica imprime, gradativamente, uma nova face ao direito privado, na medida em que os Códigos, outrora absolutos, passam a ser relativizados, mediante a descentralização ou descodificação do sublime.

Partindo dessa faceta, entende-se que, noutro tempo, a essência das relações obrigacionais consistia em submeter – forçosamente - alguém a dar, fazer, entregar ou até se abster de alguma coisa, haja vista que o vínculo jurídico entre o credor e devedor configurava a obrigatoriedade deste em realizar uma prestação em favor daquele, sob pena dos atos constritivos atingirem a pessoa do obrigado.

Deste modo, tendo em vista a incidência dos valores constitucionais na norma civilista, diante da prevalência dada pela Constituição à pessoa humana, sua dignidade e seu livre desenvolvimento, é certo falar em “despatrimonialização” do Direito Privado. Para Perlingieri:

Esta despatrimonialização do direito civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valoração qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana (e o meio ambiente) e distribuir riquezas com maior justiça. (2002, p. 16).

Noutro giro, é necessário dizer que esse ramo do Direito Civil ainda mantém o escopo de proteger o patrimônio do credor. Todavia, assim como os demais ramos do Direito, este também suportou inúmeras mudanças, especialmente, após o processo de Constitucionalização, a partir do qual o Direito Obrigacional, considerado um dos “mais refratário a mudanças” (GAGLIANO, 2012, p. 41), passa a suportar um novo paradigma. Com efeito, o Direito Civil-Constitucional abandona a postura patrimonialista recebida e o valor existencial justapõe a propriedade, porquanto, o capital passa a ocupar um plano secundário e a dignidade da pessoa humana passa a estar em um primeiro plano, de sorte que os princípios básicos do Direito Privado emigram do texto Civil para a

Constituição.

Se antes o Direito das Obrigações baseava-se no exercício da autonomia privada, com restrita liberdade da manifestação de vontade, hoje a sua aplicação deve estar sob o foco constitucional, e em concordância com o Estado Democrático de Direito, forma consagrada na Constituição Federal de 1988, como salienta Fiuza (2006, p. 87):

O Código Civil, principalmente o Direito das Obrigações, tinha como fundamento a livre iniciativa, amparada no dogma da vontade e na propriedade privada. É evidente que, diante do art. 1º, II e III da Constituição, o panorama mudou. O suporte do Direito Civil das Obrigações deixa de ser a livre iniciativa, baseada no dogma da vontade livre e a propriedade privada, para ser a dignidade da pessoa humana.

O Novo Código Civil perde, assim, o seu título de Constituição do direito privado, na medida em que os textos constitucionais definem, paulatinamente, princípios relacionados a matérias antes só tratadas pelo plano civilista e pelo império da vontade, surgindo a necessidade de, ao interpretar o Código Civil, ter que levar em consideração a Carta Magna, para certificar-se de que não se está contrariando-a.

Sob essa ótica, compreende-se que o regime privado deve respeitar, seguir e exprimir a normativa constitucional, sujeitando-se ao critério da humanização do Direito. Por consequência, a esfera cível passou de mera atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada, vigorando uma nova realidade econômico-social.

## NOVOS ELEMENTOS DAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS

Retomando os tempos da Monarquia Romana, o art. 9° da Tábua Terceira da Lei das XII Tábuas admitia a realização de um peculiar “concurso de credores” contra o devedor, a saber: reuniam-se aqueles às margens do rio Tibre e dividiam o corpo do infeliz devedor entre si, de acordo com a porção a que cada um teria direito sobre o seu patrimônio. Havia, ainda, a opção de tomá-lo como escravo ou vendê-lo a algum estrangeiro.

Nesse cenário, o Direito das Obrigações comportava uma responsabilidade pessoal, fazendo-se presente a figura do *nexum*, em que o devedor, não tendo patrimônio suficiente para adimplir a dívida perante o credor, respondia com o seu próprio corpo. Diferentemente dos dias atuais, em que o sistema jurídico brasileiro adota a responsabilidade patrimonial, ao estabelecer que os bens do devedor é quem respondem por suas dívidas.

Tal visão pode, inclusive, ser ratificada pela disposição contida no art. 391 do Código Civil de 2002, que diz: “Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.”

Com isso, a aludida evolução jurídica levou à abominação de tais práticas, promovendo, então, a releitura dos tradicionais elementos da relação obrigacional – sujeitos, objeto e vínculo – à luz dos novos valores que inspiraram as diversas revoluções ocorridas na ciência do Direito, nos mais de dois mil anos que nos separam do concurso de credores romano, impondo que se atribuísse diferente conotação ao instituto da obrigação.

Desse modo, indo além da perspectiva tradicional de subordinação do devedor ao credor, hoje o que predomina é o bem comum da relação obrigacional, voltado ao adimplemento de forma mais satisfatória ao credor e menos onerosa ao devedor. O bem comum na relação obrigacional traduz a solidariedade, mediante a cooperação dos indivíduos para satisfazer os interesses patrimoniais recíprocos, sem comprometimento dos direitos da personalidade e da dignidade do credor e do devedor.

Portanto, levando em conta a positiva ampliação dos elementos estruturais das relações jurídicas, “A obrigação deve ser vista como uma relação complexa, formada por um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas, compreendendo uma série de deveres de prestação, direitos formativos e outras situações jurídicas.” Nelson Rosenvald (2015, p. 108).

Assim dizendo, a obrigação é tida como um processo, uma série de atos relacionados entre si, que desde o início se encaminha a uma finalidade: a satisfação do interesse na prestação. Hodiernamente, não mais prevalece o status formal das partes, mas a finalidade à qual se dirige a relação dinâmica, obedecendo os novos elementos do direito obrigacional.

## Ordem de cooperação entre as partes

Seguindo a ideia de Marcelo Augusto, em seu trabalho: O Dever de Cooperação nas Relações Obrigacionais, cooperar significa colaborar, assumir um comportamento reflexivo, que não se restrinja a um objetivo individual, mas dirigido a um interesse comum. Sendo assim, o elo de cooperação permite que as partes determinem o que constituirá a prestação e como esta será feita, de sorte a obterem um objetivo conjunto, que é o desenvolvimento justo e equilibrado do negócio jurídico.

Assim dizendo, o dever de cooperação no contrato determina que o negócio não se perfaça com sujeitos em posições antagônicas, os quais buscam tão-somente as próprias regalias, e é por esse motivo que a cooperação recíproca representa a essência da

relação obrigacional, não sendo possível atingir-se o adimplemento sem o fiel respeito à conduta leal e solidária entre os contratantes.

Portanto, a relevância deste elemento está relacionada ao fato de possibilitar que os acordos se desenvolvam de forma equilibrada e útil a todos os envolvidos, assegurando não só a proteção dos interesses particulares, mas também dos interesses gerais, tendo como objetivo a adimplência da prestação debitória sob o foco da finalidade comum.

## Deveres anexos

A observância dos deveres é indispensável para a obtenção do direito obrigacional, os quais podem constar de forma explícita ou não nos contratos, pois mesmo inexistindo referência expressa no negócio jurídico é recepcionado como um dever positivo, já que compõem o conteúdo da boa-fé objetiva. É o que se chama de deveres anexos, ou laterais, os quais estabelecem regras de conduta.

Levando em consideração que a boa-fé é vista como verdadeira norma de conduta e valor, os deveres anexos correspondem ao comportamento que se exige das partes contratantes, no que diz respeito a omissão quanto ao que possa prejudicar a parte contrária e a imposição de condutas que contribuam, da melhor forma possível, para o implemento da obrigação avençada.

Desse modo, sobrepõe-se a observância dos deveres anexos ou de proteção, a exemplo dos encargos de lealdade e confiança, assistência, confidencialidade ou sigilo, informação etc, como leciona Stolze e Pamplona (2011, p. 103), de modo que haja uma obrigação de lealdade e de cooperação entre as partes, para que seja cumprido o objeto do contrato de forma justa e adequada.

## Cumprimento Da Obrigação De Modo Mais Largo

Tem-se que tal elemento se estabelece acima da relação de crédito e débito, impondo limites aos atos do credor e do devedor, na medida em que se objetiva um adimplemento bem sucedido e pacífico para ambos os sujeitos, levando sempre em consideração um cumprimento de modo mais amplo que evite a onerosidade excessiva, observando os deveres anexos da boa-fé, lealdade e cooperação.

Ora, é inegável que o cumprimento da obrigação será naturalmente atingido se as partes diligenciarem unidamente com esse escopo, sendo aconselhável que o credor facilite o implemento da obrigação, de maneira que reduza os próprios prejuízos

(princípio do “*duty to mitigate the loss*”, importado do Direito norte-americano), não contribuindo para que uma situação lesiva aos seus interesses se prolonge.

Sendo assim, reflete a uma forma de cumprimento mais favorável ao credor e menos prejudicial ao devedor, pois embora os sujeitos estejam numa relação polarizada, ou seja, em polos diversos no vínculo obrigacional, de forma alguma estão numa situação de competição entre si, por isso deve-se observar as circunstâncias e condições em que ambos se encontram, atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana.

## CRIVO HEMENÊUTICO E JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA

Não resta dúvida que o fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil garantiu um marco para a materialização da dignidade humana, tendo em mente a primazia da função social, assim como dos direitos fundamentais, sobre as relações privadas, de sorte a garantir uma socialização do direito privado. Tepedino (2004, p.2) confirma:

Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o Direito Civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.

De acordo com Gustavo Tepedino (2008, p. 2.), a ideia de que o Código Civil representa a Constituição do Direito Privado encontra-se ultrapassada, uma vez que todos o ordenamento jurídico deve ser interpretado à luz da Carta Magna, que possui supremacia sobre todas as outras normas. Sendo assim, é possível afirmar que é a Constituição, e não o Código Civil, que dá uniformidade ao sistema jurídico brasileiro.

Desse modo, constata-se que a constitucionalização tem como resultado mais óbvio a resguarda dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional dos demais atos normativos, por isso e para isso “fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes ‘declarações de direitos’” (J.J Gomes Canotilho, 2003, p.377).

Assim, autores como COSTA e BRANCO (2000), amparados em REALE, entendem ser o novo Código Civil um facilitador do ideário coletivo, e verdadeiro *tabua rasa* para os aludidos valores, na medida em que os institutos do direito privado foram “funcionalizados à realização dos valores constitucionais, em especial da dignidade da

pessoa humana, não mais havendo setores imunes a tal incidência axiológica” (Tapedino,

2000, p. 5-6).

No que tange aos novos elementos obrigacionais, a saber: a ordem de cooperação entre as partes, os deveres anexos e o cumprimento da obrigação de modo mais largo, o doutrinador Paulo Bonavides (2011, pp. 65 e 66) denota que:

[...] o sentido peculiar em que envolveu o constitucionalismo moderno, que não segue a rota do individualismo tradicional, favorecido e amparado pela separação clássica, mas envereda pelos caminhos do social, visando não apenas a afiançar ao Homem os seus direitos fundamentais perante o Estado (princípio liberal), mas, sobretudo, a resguardar a participação daquele na formação da vontade deste (princípio democrático), de modo a conduzir o aparelho estatal para uma democracia efetiva, onde os poderes públicos estejam capacitados a proporcionar ao indivíduo soma cada vez mais ampla de favores concretos.

No mesmo raciocínio, a jurisprudência do TJ-MG firmou o entendimento de que o Direito Civil Constitucionalizado também serve de espeque para o equilíbrio contratual, por intermédio da interpretação social das cláusulas contratuais, como reitera o julgado a seguir:

Ao interpretar as cláusulas contratuais, mais que poder, é dever do juízo utilizar-se do princípio mor e cláusula aberta da função social dos contratos, o que permite conferir maior equilíbrio às partes contratantes, consoante preceituado pelo fenômeno da constitucionalização do direito civil. (TJ-MG; AI 10708170002768001; Relator: Antônio Bispo; Julgamento: 31/10/2018; Publicação: 09/11/2018).

Dando seguimento, observa-se que, além da prestação principal, ainda existe para os contratantes deveres anexos, que derivam diretamente do imperativo comportamental da boa-fé. Significa dizer que a tutela da boa-fé é o norte para a implementação de um novo modelo para o Direito Civil, e para a consolidação de um Civil-Constitucional.

Desse modo, as jurisprudências peregrinam no sentido de que a boa-fé objetiva impõe que os negociantes tenham conduta idônea quando da obtenção da formalização e da execução contratual, de modo que a relação obrigacional seja pautada pela vontade e integrada pela probidade e honradez. Tal informação pode, inclusive, ser ratificada pelos sequentes julgados:

A partir do fenômeno da constitucionalização do direito civil, o princípio da autonomia de vontade foi enriquecido por ideias como os da função social das relações privadas e da boa-fé objetiva, reposicionando-se no sistema normativo como princípio da autonomia privada. (TJ-DF; [0726973-49.2018.8.07.0001;](https://www.jusbrasil.com.br/processos/210264428/processo-n-0726973-4920188070001-do-tjdf) Relator: GISLENE PINHEIRO; Órgão Julgador: 7ª Turma Cível; Julgamento: 07/08/2019; Publicação: DJE : 12/08/2019).

Qualquer atitude por parte dos contratantes que seja contrária à boa-fé objetiva e seus desdobramentos enseja reparação de danos materiais e morais como

consequência do desequilíbrio contratual inicialmente estabelecido posto que é desejado pelo ordenamento jurídico que os contratos cumpram com sua finalidade tanto econômica como jurídica, devendo, (a princípio) serem levados até o fim, ressalvado justamente o mencionado equilíbrio contratual e a função social do contrato. (STJ; AREsp, Nº 1.274.734 - PR Decisão Monocrática, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA. Publicação: DJ 20/08/2018).

Nesse ínterim, constata-se que a Constitucionalização do Direito Civil reflete a harmonização entre o sujeito ativo e passivo em uma relação obrigacional, em virtude da observância aos princípios constitucionais, sobretudo aqueles inerentes à pessoa humana, além de primar pela valoração da função social de toda e qualquer obrigação civil, sempre pautada na supremacia do interesse público sobre o particular.

## ANÁLISE E DISCUSSÕES DOS RESULTADOS

A pesquisa, por fim, utilizou-se do entendimento tanto da doutrina quanto da jurisprudência para enfatizar o grau de sua relevância sobre o aludido estudo**,** entendendo, sob o viés da Constitucionalização do Direito Civil, a garantia ao direito da igualdade, o princípio da dignidade humana, bem como o solidarismo social. Nesse sentido, observa- se que a Constituição propiciou uma transformação do sistema civilista, com o objetivo de por fim aos conflitos sociais e a preservar o Estado Democrático de Direito a partir da aplicação dos valores nela estipulados. Tal fenômeno além de retirar o Código Civil do centro do ordenamento, também reinventou a esfera jurídica-privada, sendo a força normativa da Constituição, bem como o caráter vinculante de seus princípios, os verdadeiros incentivos do processo de Constitucionalização do Direito Civil.

## CONCLUSÃO

O trabalho exposto foi realizado com a finalidade de estudar a Constitucionalização do Direito Civil no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988. Em continuação, com a construção do problema apresentado, foi formulado três objetivos específicos, corolário ao objetivo geral, os quais nortearam a formação do artigo, que teve como metodologia a pesquisa bibliográfica.

De início, foi necessário contextualizar o Direito Civil para entender que este direito, de origem romana, constitui a base das relações jurídicas de natureza privada, e, que, mesmo após o seu processo de codificação, vinculado ao Estado Liberal, está atento

às transformações, da vida do homem, para uma melhor adequação à realidade e seus estágios.

Por seguinte, foi exibido os elementos da relação jurídica obrigacional originados nesse novo contexto em que o Direito Civil se encontra, afastando a aplicação tão- somente daqueles tradicionais- caráter transitório, vínculo jurídico gerado com exigibilidade patrimonial, prestação exigível, relação entre pessoas-, que remetem ao tempo em que o inadimplemento da obrigação se resolvia mediante a responsabilidade física e corporal do devedor.

Diferente do que ocorre no direito atual, que entende a obrigação como um processo, ou seja, como algo que se desenvolve em várias fases, em direção ao adimplemento. Nesse contexto, a obrigação promove uma relação dinâmica entre as partes, as quais passam a atuar em conjunto, cooperando para o cumprimento da obrigação de modo mais largo, isto é, da melhor forma possível para ambas, observando sempre o princípio da boa-fé objetiva, seguido de seus deveres anexos.

Finalmente, ao apresentar tanto o posicionamento jurisprudencial quanto doutrinário, é possível compreender sua tamanha relevância no que se refere ao inadiável trabalho de interpretar e expor o entendimento sobre a adequação da legislação civil diante desse fenômeno, verificando sempre o teor e o espírito da Constituição.

Em suma, por todas as informações apresentadas, sobretudo, pela consecução dos aludidos objetivos, conclui-se que, a Constitucionalização do Direito Civil consiste no reflexo de um Direito mais humanizado, partindo do pressuposto de que o Direito Civil, assim como todos os demais ramos do direito, deve ter como fundamento de validade a Constituição e seus princípios, especialmente, àqueles inerentes a pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Adeilton de Oliveira Alves. **Supremacia da Constituição**: jurisdição constituição e legitimidade democrática frente à ordem constitucional. In.: Revista Jus Navigandi, 2016. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/52261/supremacia-da-](https://jus.com.br/artigos/52261/supremacia-da-constituicao-jurisdicao-constituicao-e-legitimidade-democratica-frente-a-ordem-constitucional#_ftn3) [constituicao-jurisdicao-constituicao-e-legitimidade-democratica-frente-a-ordem-](https://jus.com.br/artigos/52261/supremacia-da-constituicao-jurisdicao-constituicao-e-legitimidade-democratica-frente-a-ordem-constitucional#_ftn3) [constitucional#\_ftn3.](https://jus.com.br/artigos/52261/supremacia-da-constituicao-jurisdicao-constituicao-e-legitimidade-democratica-frente-a-ordem-constitucional#_ftn3) Acesso em: 16 nov. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONTERFOGLIANO, Marcelo Augusto. **O dever de cooperação nas relações obrigacionais**. In.: Jusbrasil, 2015. Disponível em:

[https://marcelofogliano.jusbrasil.com.br/artigos/242015059/o-dever-de-cooperacao-nas-](https://marcelofogliano.jusbrasil.com.br/artigos/242015059/o-dever-de-cooperacao-nas-relacoes-obrigacionais) [relacoes-obrigacionais.](https://marcelofogliano.jusbrasil.com.br/artigos/242015059/o-dever-de-cooperacao-nas-relacoes-obrigacionais) Acesso em: 16 nov. 2019.

FIUZA, César; MARQUES, Emanuel Adilson. **Constitucionalização do direito das obrigações**. In.: Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 8 – jul./dez. 2006.

Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-087-](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-087-Cesar_Fiuza_%26_Emanuel_Adilson_Marques.pdf) [Cesar\_Fiuza\_&\_Emanuel\_Adilson\_Marques.pdf.](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-087-Cesar_Fiuza_%26_Emanuel_Adilson_Marques.pdf) Acesso em: 16 nov. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Obrigações (Parte Geral)**. volume 5. 5. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

## HATJE, Luis Felipe. Os princípios da boa-fé e da função social dos contratos no Direito Obrigacional analisados sob uma perspectiva constitucionalizada. In.:

Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 16 abr. 2021. Disponível

em: [https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45107/os-principios-da-boa-fe-e-](https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45107/os-principios-da-boa-fe-e-da-funcao-social-dos-contratos-no-direito-obrigacional-analisados-sob-uma-perspectiva-constitucionalizada) [da-funcao-social-dos-contratos-no-direito-obrigacional-analisados-sob-uma-](https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45107/os-principios-da-boa-fe-e-da-funcao-social-dos-contratos-no-direito-obrigacional-analisados-sob-uma-perspectiva-constitucionalizada) [perspectiva-constitucionalizada.](https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45107/os-principios-da-boa-fe-e-da-funcao-social-dos-contratos-no-direito-obrigacional-analisados-sob-uma-perspectiva-constitucionalizada) Acesso em: 16 nov. 2019.

LEITE, Gisele. **Nova Perspectiva do Direito das Obrigações**. In.: Jornal Jurid, 29 jul. 2016. Disponível em: [https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/nova-](https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/nova-perspectiva-do-direito-das-obrigacoes) [perspectiva-do-direito-das-obrigacoes.](https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/nova-perspectiva-do-direito-das-obrigacoes) Acesso em: 16 nov. 2019.

LEITE, Gisele. **Reflexões sobre o direito das obrigações: elementos, fontes e o Código Civil Brasileiro**. In.: Jusbrasil, 2014. Disponível em: [https://professoragiseleleite.jusbrasil.com.br/artigos/113201132/reflexoes-sobre-o-](https://professoragiseleleite.jusbrasil.com.br/artigos/113201132/reflexoes-sobre-o-direito-das-obrigacoes) [direito-das-obrigacoes.](https://professoragiseleleite.jusbrasil.com.br/artigos/113201132/reflexoes-sobre-o-direito-das-obrigacoes) Acesso em: 16 nov. 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. In.: Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul.1999. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/507>. Acesso em: 16 nov. 2019.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil**

**Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MOTTA, Thiago de Lucena. [**Elementos da relação obrigacional: uma abordagem**](https://jus.com.br/artigos/23715/elementos-da-relacao-obrigacional-uma-abordagem-estrutural)[**estrutural**.](https://jus.com.br/artigos/23715/elementos-da-relacao-obrigacional-uma-abordagem-estrutural) In.: Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 18](https://jus.com.br/revista/edicoes/2013), [n.](https://jus.com.br/revista/edicoes/2013/2/14)

[3515, 14](https://jus.com.br/revista/edicoes/2013/2/14) [fev.](https://jus.com.br/revista/edicoes/2013/2) [2013.](https://jus.com.br/revista/edicoes/2013) Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/23715.](https://jus.com.br/artigos/23715) Acesso em: 16

nov. 2019.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Obrigações**. Vol. 2. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SANCHES, Antonio. **O princípio da boa-fé objetiva e a violação positiva do contrato na jurisprudência atual do TJ-SP e do STJ**. In.: Migalhas, 9 dez. 2015. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI230978,51045-](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16%2CMI230978%2C51045-O%2Bprincipio%2Bda%2Bboafe%2Bobjetiva%2Be%2Ba%2Bviolacao%2Bpositiva%2Bdo%2Bcontrato%2Bna)

[O+principio+da+boafe+objetiva+e+a+violacao+positiva+do+contrato+na.](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16%2CMI230978%2C51045-O%2Bprincipio%2Bda%2Bboafe%2Bobjetiva%2Be%2Ba%2Bviolacao%2Bpositiva%2Bdo%2Bcontrato%2Bna) Acesso em: 16 nov. 2019.

SILVA, Michael César; MATOS, Vanessa Santiago Fernandes de. [**Lineamentos do**](https://jus.com.br/artigos/20862/lineamentos-do-principio-da-boa-fe-objetiva-no-direito-contratual-contemporaneo)[**princípio da boa-fé objetiva no Direito Contratual contemporâneo: uma releitura**](https://jus.com.br/artigos/20862/lineamentos-do-principio-da-boa-fe-objetiva-no-direito-contratual-contemporaneo)[**na perspectiva civil-constitucional**.](https://jus.com.br/artigos/20862/lineamentos-do-principio-da-boa-fe-objetiva-no-direito-contratual-contemporaneo) In.: Jus Navigandi**,** ISSN 1518-4862,

Teresina, [ano 17](https://jus.com.br/revista/edicoes/2012), [n. 3118](https://jus.com.br/revista/edicoes/2012/1/14), [14](https://jus.com.br/revista/edicoes/2012/1/14) [jan.](https://jus.com.br/revista/edicoes/2012/1) [2012.](https://jus.com.br/revista/edicoes/2012) Disponível

em: [https://jus.com.br/artigos/20862.](https://jus.com.br/artigos/20862) Acesso em: 16 nov. 2019.

SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Do fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil**. DireitoNet, 13 jan. 2016. Disponível em: [https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9558/Do-fenomeno-da-](https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9558/Do-fenomeno-da-constitucionalizacao-do-Direito-Civil) [constitucionalizacao-do-Direito-Civil.](https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9558/Do-fenomeno-da-constitucionalizacao-do-Direito-Civil) Acesso em: 16 nov. 2019.

STJ; AREsp, Nº 1.274.734 - PR Decisão Monocrática, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA. Publicação: DJ 20/08/2018. In.: Jusbrasil. Disponível em: [https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/614897832/agravo-em-recurso-especial-aresp-](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/614897832/agravo-em-recurso-especial-aresp-1274734-pr-2018-0079539-4/decisao-monocratica-614897842?ref=serp) [1274734-pr-2018-0079539-4/decisao-monocratica-614897842?ref=serp.](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/614897832/agravo-em-recurso-especial-aresp-1274734-pr-2018-0079539-4/decisao-monocratica-614897842?ref=serp) Acesso em: 16 nov. 2019.

AGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**: contém análise comparativa dos códigos de 1916-2002. São Paulo: Saraiva. 2005.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v.IV, T1, contratos: teoria geral 7. Ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa**. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Problemas de direito civil-constitucional. Rio Janeiro, RJ: Renovar, 2000, p. 5-6.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civi**l. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TJ-DF; [0726973-49.2018.8.07.0001](https://www.jusbrasil.com.br/processos/210264428/processo-n-0726973-4920188070001-do-tjdf); Relator: GISLENE PINHEIRO; Órgão Julgador:

7ª Turma Cível; Julgamento: 07/08/2019; Publicação: DJE : 12/08/2019. In.: Jusbrasil. Disponível em: [https://tj-](https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742790208/7269734920188070001-df-0726973-4920188070001?ref=serp) [df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742790208/7269734920188070001-df-0726973-](https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742790208/7269734920188070001-df-0726973-4920188070001?ref=serp) [4920188070001?ref=serp.](https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/742790208/7269734920188070001-df-0726973-4920188070001?ref=serp) Acesso em: 16 nov. 2019.

TJ-MG; AI 10708170002768001; Relator: Antônio Bispo; Julgamento: 31/10/2018; Publicação: 09/11/2018. In.: Jusbrasil. Disponível em: [https://tj-](https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/647185524/agravo-de-instrumento-cv-ai-10708170002768001-mg?ref=serp) [mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/647185524/agravo-de-instrumento-cv-ai-](https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/647185524/agravo-de-instrumento-cv-ai-10708170002768001-mg?ref=serp) [10708170002768001-mg?ref=serp.](https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/647185524/agravo-de-instrumento-cv-ai-10708170002768001-mg?ref=serp) Acesso em: 16 nov. 2019.

## CAPÍTULO 4

**A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DESEMPENHADA PELO STF COMO MEIO ALTERNATIVO À REVISÃO E À EMENDA CONSTITUCIONAL PARA ATUALIZAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL** *THE CONSTITUTIONAL INTERPRETATION PERFORMED BY THE STF AS AN ALTERNATIVE MEANS TO THE REVISION AND CONSTITUTIONAL AMENDMENT FOR UPDATING THE CONSTITUTIONAL TEXT*

Daniel de Carvalho Barros Martins1

## RESUMO

Buscar-se-á, com um levantamento bibliográfico no viés descritivo explicativo, uma análise da aplicabilidade da interpretação constitucional feita pelo Supremo Tribunal Federal como forma alternativa em relação à Revisão e à Emenda Constitucional, com o fim de alterar o entendimento e abrangência da norma fundamental, buscando atualizá-la no tocante às mudanças sociais advindas; sem, contudo, recorrer à morosidade do processo legislativo e, muito menos, deslegitimar o princípio da separação de poderes ou ferir o viés democrático.

**Palavras-chave:** Interpretação constitucional. Revisão. Emenda Constitucional Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

We will seek, with a bibliographic survey in the explanatory descriptive bias, an analysis of the applicability of the constitutional interpretation by the Brazilian Federal Supreme Court, as an alternative way, in relation to the Revision and the Constitutional Amendment, to update the understanding and scope of the fundamental law, adapting it to the social changes arising, without, however, resorting to the slowness of the legislative process and, much less, delegitimizing the principle of separation of powers and hurting the democratic bias.

**Keywords:** Constitutional Interpretation. Revision. Constitutional Amendment. Brazilian Federal Supreme Court.

1 Acadêmico de Direito na Universidade Federal do Amazonas. Participa do Observatório de Direitos Humanos e Socioambiental na Amazônia. Colaborador em Projeto de Pesquisa sobre religiosidade afro- brasileira e liberdade religiosa no âmbito constitucional de 1824 e 1988. E-mail: [d.barros.martins0707@gmail.com](mailto:d.barros.martins0707@gmail.com)

## INTRODUÇÃO

*“Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus; ergo, ubi homo, ibi jus.”2*

Para Paulo Nader, neste brocardo encontram-se elos vinculantes do homem, sociedade e o Direito. Há, intrínseca à ideia de Direito, a ideia de regulamentação, normatização ou finalidade orgânica. Mas pergunta-se: à que se destinam essas ideias? O autor responde que “o Direito está em função da vida social. A sua finalidade é a de favorecer o amplo relacionamento entre as pessoas e os grupos sociais, que é uma das bases do progresso da sociedade.”3

Assim, admitindo-se que o homem não é uma constância, que as mudanças de pensamento, concepções e valores são tão relativas quanto o tempo, o ordenamento jurídico deve, de alguma forma, antever tais ocorrências e possibilitar que o legislador atualize tal ordenamento. Não por motivos distantes, existe o instituto da revogação de lei, quando da vigência de nova lei. Contudo, em se tratando de Constituição, como seriam feitas tais mudanças, ainda mais quando se trata, no caso brasileiro, de uma constituição rígida, ou super-rígida4? Tem-se, assim, a Emenda Constitucional e a Revisão Constitucional como vias formais para este fim.

Pergunta-se, ainda, em uma perspectiva comparada e entendendo como sistemas jurídicos distintos, como a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, atravessou séculos de mudanças, revoluções, inovações e tantos processos intrínsecos à realidade humana? E mais, como, sob o teto da mesma constituição, os negros foram tratados como semoventes ou, em alguns Estados, deviam estar separados dos brancos e, então, anos mais tarde, a chefia do Executivo federal é ocupada por um presidente negro eleito; ou ainda, o país, em 2020, torna-se palco de uma das maiores ondas de protesto contra o racismo e a discriminação racial? Alguns publicistas atribuiriam à interpretação constitucional feita ao longo desses séculos para adaptar tais normas à realidade posta.

Dessa forma, ainda que recente a Constituição Federal brasileira, três décadas, dentro de um contexto de modernidade, são mais que suficientes para expor as mudanças no aspecto político inerente à vida em sociedade e, consequentemente, a necessidade do

2 “Onde o homem, a sociedade, onde a sociedade, o direito; logo, onde o homem, o direito.” Trecho extraído

de NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Forense, 28º ed., 2007. P. 27

3 Ibid., p.27

4 Conforme dicção exposta em MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo. Editora Atlas, 2008. p. 10

processo de renovação normativa. Assim, recorrendo-se à levantamento bibliográfico, pesquisa jurisprudencial e cânones de Direito público, no viés constitucional, far-se-á uma análise de como esse processo de renovação tem sido um meio para a finalidade mencionada, dessa forma, buscando fomentar novos questionamentos referentes à temática e, com isso, trazer mais atenção a esse evento presente nas decisões do STF, qual seja, a interpretação constitucional.

## CONSIDERAÇÕES SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL

Nota-se, *ab initio*, conforme propõe Bernardo Gonçalves, que as Emendas Constitucionais apresentam -se como **espécies normativas primárias 5** propostas sob processo legislativo especial, tanto no que diz respeito ao aspecto procedimental quanto ao quórum, além de que, quando aprovadas, elas viram normas na mesma hierarquia constitucional pois integram-se à Carta Magna, ainda que as mesmas estejam sujeitas ao controle de constitucionalidade, o que não ocorre com as normas propostas pelo constituinte originário.6

Ademais, como salienta Alexandre de Moraes, o constituinte de 1988, quando admitiu a possibilidade de alteração da norma constitucional, diferiu seu processo legislativo das demais normas, deixando clara a dificuldade para alterá-la e, com isso, expressando o aspecto rígido da Constituição Federal e sua supremacia perante a ordem constitucional. Outrossim, o controle de constitucionalidade ao qual a norma se sujeita, justifica-se pela necessidade de a Emenda à Constituição obedecer a mandamentos previamente arrolados no artigo 60 do texto, aos quais, descumpridos, vão contra as limitações impostas ao poder reformador em questão.7

Com isso, tendo em vista as limitações citadas, bem como o fato de as Emendas fazerem parte do processo legislativo, passa-se a comentar alguns pontos de interesse do presente texto.

Primeiramente, no tocante à iniciativa, tem-se que há legitimados para tal, os quais estão arrolados no art. 60, I, II, III, CF/888, assim, sendo proposta por agentes diversos

5 Espécies normativas originadas do processo legislativo, estão alocadas no art. 59 da Constituição Federal. Assim, essas espécies legislativas constituem normas que atribuem algo novo ao ordenamento, “constitutivas de direito novo”, diferindo-se, por exemplo, dos decretos regulamentares editados pelo Poder Executivo, os quais são tidos como espécies normativas secundárias. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 11.ed. Salvador: Ed. JusPodivm. 2019. p. 1260.

6 Ibid., p. 1304.

7 MORAES, op. cit. p. 660.

8 Art.60, CF, 1988. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I- de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II- do Presidente da República; III- de

dos apresentados, tem-se uma inconstitucionalidade formal. Posteriormente, na fase constitutiva, a mesa da casa iniciadora recebe a PEC e encaminha à CCJ da mesma casa; esta encaminha a uma comissão especial, a qual conduz para ser aprovada em dois turnos na mesma casa; caso aprovada com 3/5 dos membros da casa em cada turno, tem-se o encaminhamento da PEC a outra casa, a qual deverá encaminhar à CCJ da casa e, então, passar ao plenário para ser aprovada, com 3/5 dos votos dos membros da casa, em dois turnos de votação.9

Ademais, um outro aspecto a ser levado em conta é o art. 60, §5º, CF postulando que se a matéria constante de proposta de emenda for rejeitada ou havida por prejudicada, não poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. 10

No que se refere às limitações ao poder de reforma, Paulo Bonavides assevera que, por tratar-se de um poder constituinte derivado, automaticamente já é um poder sob limitações, sejam elas explícitas, quando o legislador originário previu a estabilidade ou inibiu a quebra de princípios básicos; ou implícitas, quando, ainda que não transcritos no texto constitucional, pode-se inferi-los a partir de uma interpretação sistemática decorrente de princípios e do espírito da Constituição, com isso, inibindo qualquer substituição do poder constituinte derivado pelo originário.11

Dessa forma, dentre os limites expressos, tem-se as limitações temporais, circunstanciais e materiais como formas de assegurar o caráter rígido, fazendo valer a segurança jurídica, conforme apresentado.

Em se tratando das limitações temporais, sua aplicabilidade e relevância, Paulo Bonavides, em uma perspectiva comparada, traz exemplos das Constituições francesas anteriores ao século XX, as quais, com frequência, obstaculizavam o poder de reforma a ser exercido a fim de consolidar as mudanças surgidas, vez que as novas instituições não tinham o tradicionalismo superado, bem como não tinham o assentimento dos governados mediante as inovações trazidas. Assim, ele ressalta o caso da Constituição revolucionária de 1791, a qual suprimiu qualquer reforma pelas duas primeiras legislaturas, tentando torná-la intocável. Contudo, a Carta não durou nem um ano, assim como a Constituição francesa do Ano III, que inibiu as reformas por um período tal que essas somente

mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros

9 FERNANDES. Op. cit., 1305

10 BRASIL, Constituição Federal, 1988.

11 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26ª edição. São Paulo- SP. Malheiros Editores. 2011. pp. 198- 202.

aconteceriam dentro de nove anos. Todavia, os acontecimentos e os anseios pela mudança sobrepuseram-se diante a norma e, então, advém o Golpe do 18 Brumário, mostrando a falibilidade da tentativa de tornar as constituições intocáveis frente aos fatores sociais em voga na época.12

Contudo, no que diz respeito à limitação temporal e a Constituição de 1988, José Afonso da Silva afirma que a previsão não é muito presente nas constituições brasileiras, visto que apenas na Constituição do Império tinha previsto essa limitação em seu art.174, o qual propunha que somente após quatro anos de sua vigência a mesma poderia ser reformada, mostrando uma semelhança com os objetivos franceses supramencionados, apesar de a Constituição do Império ter durado de 1824 à 1891.13

Quando se trata de limitações circunstanciais, essas dizem respeito às circunstâncias históricas e excepcionais sob as quais todo país está sujeito a passar, o que tornariam ilegítimo qualquer procedimento de reforma constitucional que viesse a ser posto. Assim, em uma perspectiva histórica e comparada, ele cita o ocorrido com a Constituição francesa de 1946, a qual, em virtude das lembranças históricas da República de Vichy, quando a França, invadida pelos exércitos alemãs, teve suas Leis Constitucionais da III República reformuladas e, com isso, a nova Constituição tratou de interditar a revisão constitucional nos casos de ocupação do território. Outrossim, resgata, o autor, a Constituição francesa de 1958, que vedava a possibilidade de revisão mediante hipótese de atentado à integridade do território, bem como houve tal vedação circunstancial expressa na Constituição brasileira de 1967, a qual impedia a reforma constitucional durante vigência do estado de sítio.14

No que tange a previsão constitucional da Carta de 1988, esta dispõe, em seu art. 60, §1º, que “A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.”15

Há, também, no ordenamento pátrio, vedações materiais ao poder de reforma. Essas aparecem desde a Constituição de 1891 quando, por exemplo, impedia reforma na constituição de matéria tendente a alterar a forma republicana de governo ou a forma federativa de Estado. Todavia, a Constituição de 1988 retirou a forma republicana como limitação material da constituição, assim, rememora-se o fato de que houvera uma

*12 Ibid*., p. 199.

13 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª edição. São Paulo- SP. Malheiros Editores. 2008. pp. 64-65.

14 BONAVIDES, *op.cit*., p.20o

15 BRASIL, Constituição Federal, 1988.

previsão para o eleitorado definir, no dia 7 de setembro de 1993, através de plebiscito, a forma e o sistema de governo que vigorariam no país, previsto no art. 2º do ADCT (Atos das Disposições Constitucionais Transitórias).16

Com isso, o texto constitucional deixa claro que não poderá ser objeto de deliberação aquela proposta tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direito, secreto, universal e periódico; a separação de poderes, assim como os direitos e garantias individuais.17

Importante assinalar, também, uma observação feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho para com a relevância das limitações materiais. Ao passo que as limitações circunstanciais e temporais, estas quando presentes, apenas postergam, retardam ou impedem em caráter temporário a mudança, as limitações materiais impedem, de fato, essas mudanças na ordem vigente.18 Daí a discussão se prolongar até que ponto haveria a possibilidade de dupla revisão ou alterações nas cláusulas pétreas sob a vigência da atual Constituição.

Assevera, ainda, José Afonso da Silva, que as limitações supracitadas estão dispostas dentre aquelas limitações materiais explícitas, o que propõe, como consequência, a existência de limitações implícitas ao poder de reforma via Emenda Constitucional. Com isso, o autor traz uma importante discussão sobre o plebiscito previsto no art. 2º do ADCT, o qual propôs uma votação sobre a forma de governo e, na qual, a maioria esmagadora optou pela forma republicana em detrimento da monárquica. O autor coloca-nos uma questão a respeito da possibilidade de uma Emenda, sob a vigência da Constituição de 1988, deliberar sobre instauração da forma monárquica, vez que essa não é uma limitação explícita no artigo 60, §4º da CF.19

Diante o que foi apresentado, a resposta só poderia ser negativa, para o autor, pelo fato de que, conforme assim argumenta, os fundamentos justificadores da República continuam expressos no texto constitucional, os quais estiveram afastados a fim de que fosse deliberada a votação popular àquela oportunidade. Assim, o povo tendo escolhido a forma republicana, todos os fundamentos limitadores às mudanças no sentido apresentado estariam com sua vigência reestabelecida, concluindo o autor que essa

16 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26ª edição. São Paulo- SP. Malheiros Editores. 2011. pp. 200-201.

17 BRASIL, CF, 1988, art. 60, §4º, I, II, III e IV.

18 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Reforma, revisão e Emenda Constitucional, no Direito brasileiro. Revista de Dir.Adm., v.223. Rio de Janeiro, 2001. p. 62.

19 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª edição. São Paulo- SP. Malheiros Editores. 2008. pp. 66-67.

limitação não se trataria de mero limite material implícito, mas um impedimento encontrado no contexto constitucional, ainda que não esteja de forma explícita.20

Outrossim, aspecto interessante apresentado por José Afonso, é que o texto constitucional foi preciso ao estabelecer que a limitação por ele imposta não teria uma interpretação no sentido de inibir as propostas que diretamente declarassem abolição da forma federativa ou do voto secreto, por exemplo. O texto deixa claro que é “qualquer forma tendente a abolir”, o que inclui uma vedação a qualquer tentativa, ou melhor, à uma gama de tentativas de modificar o fundamento protegido pelo texto, assim, o autor traz um exemplo no sentido de que os Estados federados regem-se pela capacidade de auto- organização, autogoverno e autoadministração, com isso, qualquer Emenda que retire parcela desse fundamento de autonomia apresenta uma tendência a abolir a forma federativa de Estado, não podendo, pois, ser deliberada.21

Contudo, advogando por uma sutil flexibilidade às mudanças advindas, Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressalta a possibilidade de reinterpretar os termos constantes de limitações materiais, desde que não sejam suprimidos os princípios fundantes daqueles limites. Assim, é possível uma alteração no regime de aplicação, sem, contudo, ir contra a proibição ali expressa e cita um exemplo constante na proibição de deliberar sobre propostas tendente a abolir forma federativa, prevista no regime constitucional de 1946, previsão tal que não impediu uma reforma tributária que acertadamente afetou a autonomia dos Estados.22

Assim, tendo em vista a existência de limitações materiais explícitas e implícitas, bem como os referidos exemplos; tem-se que as limitações materiais implícitas são bem admitidas pela doutrina pátria, encontrando em Nelson de Sousa Sampaio23 uma das boas defesas. Assim, elas têm sido admitidas pela doutrina pátria com relevante abrangência, encontrando, contudo, em José Afonso, uma crítica no sentido de haver uma ampliação das hipóteses de limitações materiais expressas que acabam inibindo o reconhecimento das limitações materiais implícitas, como é o caso de o texto constitucional enumerar determinadas matérias de direitos fundamentais como insuscetíveis de emenda. Cita, ainda, o autor, três, de quatro possibilidade trazidas por Nelson Sampaio do que são as

20 Ibid., p.67.

21 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª edição. São Paulo- SP. Malheiros Editores. 2008. pp. 66-67.

22 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Reforma, revisão e Emenda Constitucional, no Direito brasileiro. Revista de Dir.Adm., v.223. Rio de Janeiro, 2001. p. 67.

23 Apud SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª edição. São Paulo- SP. Malheiros Editores. 2008. P.68

limitações materiais implícitas, quais sejam: aquelas referentes ao titular do poder constituinte, ao titular do poder reformador e aquelas relativas ao próprio processo de emenda, visto que, nessas situações, se estas pautas pudessem ser alteradas pelo poder constituído, não haveria motivos para a existência de limitações circunstanciais ou materiais a esse poder.24

Somado a isso, guardando certa semelhança com as limitações implícitas, Paulo Bonavides traz as limitações tácitas, de forma oposta às expressas, com a ideia de aquelas serem referentes à extensão da reforma, à modificação do processo revisional ou até mesmo uma possível substituição do poder constituinte derivado pelo reformador. Diante tais hipóteses, o autor assinala que o poder revisor, por exemplo, ainda que não esteja explicitamente enumerada sua limitação, infere-se, do ordenamento e seus fins, exclusa a possibilidade de a revisão ser total, visto que a mesma viria sub-rogar um ordenamento e esse ordenamento sub-rogado seria, ilogicamente, permissivo para com sua sub-rogação. Adverte, ainda, o autor, que a implícita vedação a determinadas reformas parciais que tenderiam a modificar toda a ordem constitucional, mediante simples supressão de artigos sustentáculos de princípios básicos, é extrema significância, visto que seriam as reformas totais feitas pelas parciais os sustentáculos de ideologias totalitárias como na Itália fascista, Alemanha nacional-socialista e em determinadas democracias populares e marxistas.25

Por fim, no tocante às limitações tácitas, o autor propõe um questionamento se o poder de revisão possui competência para reelaborar o próprio instituto da revisão, restando apenas uma resposta negativa pela maioria dos publicistas, pois seria um típico caso de substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário, vez que somente esse último é dotado de capacidade soberana e ilimitada para alterar tais processos.

## APONTAMENTOS SOBRE REVISÃO CONSTITUCIONAL

É justamente aquele poder constituinte originário, ilimitado e capacidade soberana que, no art. 59 da Constituição Federal, que delibera sobre o processo legislativo como forma permanente de produção normativa, ignora o instituto da Revisão, previsto no art.

24 Ibid., p. 68.

25 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26ª edição. São Paulo- SP. Malheiros Editores. 2011.pp.202-203

3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)26, havendo uma justa inferior rigidez a fim de facilitar o uso excepcional e singular desse mecanismo de reforma constitucional. 27

O Poder Constituinte derivado reformador, apresentado pelo art.3º do ADCT, surgiu dotado de um limite formal e outro temporal. A limitação temporal diz respeito ao fato de que o dispositivo propõe para cinco anos o prazo para que seja feita a revisão, bem como versava sobre a realização ser feita em sessão unicameral e um quórum de maioria absoluta para aprovação das emendas de revisão, propondo, assim, os limites quanto à forma de aprovação da revisão.28

Importante ressaltar a discussão doutrinária quanto a realização desse processo revisor, visto que, para muitos constitucionalistas só caberia a revisão no caso de a população ter optado pela forma monárquica ou sistema parlamentarista, quando da realização do plebiscito de 1993.29 Como é o caso de Paulo Bonavides ao apontar que “[...] só poderia haver a revisão constitucional [...] se a resposta plebiscitária for favorável à monarquia constitucional ou ao parlamentarismo.”30

Ademais, além dos limites material e temporal impostos ao processo de revisão, importante salientar que à revisão constitucional foi colocada uma limitação de cunho material, visto que, ao recorrer à interpretação sistemática do texto constitucional, a mesma deveria reger-se pelo art. 60, §4º, da Constituição Federal e, dessa forma a revisão não pôde suprimir as cláusulas pétreas da Constituição.31

Há, contudo, uma discussão a respeito da possibilidade de haver uma Emenda Constitucional capaz de impor um novo processo de revisão, visto que o ADCT previu somente uma revisão. Então a doutrina se divide entre aqueles apoiadores do que seria a dupla revisão, ou até mesmo uma consulta popular através de plebiscito, e os que negam a possibilidade de uma Emenda que instaure uma revisão capaz de reformar como um todo a Constituição.32

26 Art. 3º, ADCT, 1988: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”

27 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26ª edição. São Paulo- SP. Malheiros Editores. 2011. p.209

28 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 11.ed. Salvador: Ed. JusPodivm. 2019. P.141

29 Ibid., p. 141

30 BONAVIDES, op. cit., p.209

31 FERNANDES, op. Cit., p.141

32 Ibid., p.142

Por fim, é justo ressaltar, ainda, que o balanço feito sobre o aproveitamento da revisão longe está do esperado. Na dicção de Paulo Bonavides, durante aqueles oito meses do processo revisor, o que teve foi uma trajetória marcada por desavenças, inércias e desconfianças, fatos que levaram à aprovação de apenas seis Emendas feitas pelo órgão revisor e que, sobretudo, havia questionamento a respeito de sua legitimidade frente a permanência da mesma forma e mesmo sistema de governo, o qual não foi alterado pelo plebiscito de 1993. Ademais, ao revisar o malogro e o insucesso da revisão proposta, o autor ainda assinala uma série de motivos que desviavam atenção para com as alterações no texto constitucional, distrações estas como a Comissão Parlamentar de Inquérito para avaliar o desvio de recursos públicos, bem como a ausência contumaz de deputados e senadores às sessões do órgão revisor.33 Fazendo com que a única possibilidade de renovar, reformular ou, até mesmo atualizar o texto fosse desperdiçada frente à mal feita revisão, na opinião dos publicistas citados.

## MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Tendo em vista as possibilidades de alterar o texto constitucional, o fim a que se dirige a norma constitucional, qual seja, impor uma ordem à vida em sociedade; e ciente da perfectibilidade intrínseca à natureza humana, como elaborar uma norma que, por mais abstrata e geral que seja, possa manter sua efetividade e superar aqueles aspectos?

A resposta que Paulo Bonavides nos oferece é que se trata de mera pretensão iluminista acreditar que o poder da razão suplantaria e preveria as mudanças por vir, mantendo a lei válida para todas as gerações. Acrescenta, ainda, que a pretensão de imutabilidade constitucional é contrária à vida em sociedade, que pressupõe mudanças; e adotar tal imutabilidade é arriscar-se a legitimar uma reforma por via de revolução ou golpe de Estado, através de força e violência, levando ao descrédito de uma lei fundamental.34

Então, dado o risco presente no afastamento da norma jurídica, principalmente a norma constitucional, para com a realidade fática e já que não é possível as normas anteverem as mudanças ideológicas, alterações nos valores e as revoluções tecnológicas,

33 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26ª edição. São Paulo- SP. Malheiros Editores. 2011.

34 Ibid, pp. 196-197

é de suma importância que o sistema constitucional habilite mecanismos capazes de realizar tais mudanças.35

Assim, esse mecanismo, previsto pela constituição, capaz de alterar a letra da Constituição apresenta-se como a via formal para a alteração do texto, representada pela Emenda Constitucional, sendo disciplinada na Carta, conforme demonstrado anteriormente, a forma pela qual dar-se-á tal mudança e sua complexidade ímpar frente os demais processos legislativos. Já no tocante à alteração por via informal, esta dá-se através da mutação constitucional, mecanismo este que permite fazer mudanças sem, contudo, alterar seu texto, ou seja, relaciona-se à plasticidade de que as normas constitucionais são dotadas.36

Historicamente e em contexto comparado, esta possibilidade de alteração da norma constitucional não era admitida na França, a qual habilitava somente a Emenda. Contudo, coube à teoria constitucional alemã, em conjunto com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal o desenvolvimento e a comprovação da tese de existência e possibilidade da mutação constitucional, tendo a passagem do tempo e as transformações impostas pelos fatores históricos como os fomentadores da teoria em questão.37

No constitucionalismo norte americano é possível perceber sua maior influência, sendo fomentado e diluído, ao mesmo tempo, por uma Constituição sintética e por um sistema de “common law”. Inequívocos são os exemplos de mutação constitucional presentes na mudança imposta pelo “New Deal”, propondo perfeita compatibilidade com o ordenamento a implementação de legislação trabalhista e social; bem como a decisão proferida pela Suprema Corte no caso “Brown v. Board of Education”, que impôs o fim da segregação racial nas escolas públicas, contrariando e, assim, renovando o entendimento do tribunal em relação a doutrina do “iguais mas separados”, que regia o tratamento entre brancos e negros. Mudanças estas alteradoras substanciais do sentido da Constituição, sem, contudo, alterar o texto.38

35 BASTOS, Celso Ribeiro; PFLUG, Samantha Meyer-. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional.** São Paulo-SP: Malheiros Editores. 2005. pp. 145-164.

36 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 90

37 Ibid., p. 90

38 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. pp. 90-91

Ante o apresentado, entende-se que a mutação constitucional ocorre pela alteração do significado de determinada norma, sem o uso de mecanismo previsto para Emendas. Mudanças essas provenientes de alterações na realidade fática ou no entendimento do que seja o Direito, do que passa a ser justo ou ético. Assim, a doutrina identifica possibilidade dessa alteração informal por duas formas, quais sejam, a interpretação constitucional ou pelas realidades práticas políticas socialmente aceitas por meio dos costumes.39

Viu-se, assim, a possibilidade de recorrer às Emendas Constitucionais e a Revisão como vias formais no intuito de alterar a constituição. Contudo, viu-se os requisitos e limites do processo de Emenda, bem como a impossibilidade de uso da Revisão Constitucional. Diante disso recorrer-se-á ao modo informal de mudança, qual seja, a Interpretação Constitucional.

## A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ante a questão de a interpretação constitucional ser uma espécie de mutação constitucional, é importante ressaltar que para o texto ser adaptável às mudanças, é de suma importância que nele contenha valores, diretrizes gerais. Deve conter, portanto, princípios norteadores para abarcar as transformações, sem, contudo, alterar o texto constitucional. Salienta-se, também, que as constituições não são axiologicamente neutras, ou seja, apresentam valores consoantes à época e, dessa forma, esses valores repercutirão na resposta da ordem jurídica às aspirações sociais do contexto histórico.40

“A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes e precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas.”41 Essa atividade, em contexto anterior, era tida como enunciação dos significados possíveis na norma em abstrato e a aplicação como a concretude do significado, ou seja, coisas diversas. Contudo, na dogmática contemporânea, a interpretação e a aplicação são vistas em conjunto para concretizar os enunciados, decorrendo daí a divisão em enunciados normativos (abstração da norma), a norma jurídica (tese proveniente da interpretação) e a norma de decisão (a regra a ser aplicada); termos tais sendo utilizados pela doutrina.42

39 Ibid., pp. 90-92

40 BASTOS, Celso Ribeiro; PFLUG, Samantha Meyer-. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. pp. 150-151

41 BARROSO, op. Cit., p. 164.

42 Ibid., p. 164.

A atividade interpretativa aplicada ao texto constitucional decorre, sumariamente, da abrangência dos termos vagos e as cláusulas gerais compositoras da constituição com a finalidade de contemplar questões não expressamente declaradas no texto, cabendo à interpretação explorar os meandres normativos em conjunto com o espírito da constituição. Assim, além das fontes usuais como a analógica, consuetudinária, a principiológica e a jurisprudencial, ao intérprete é atribuída a necessidade de observar, também, fundamentos e fins a que a norma se dirige, fazendo com que a moderna concepção de intérprete constitucional ultrapasse o viés eminentemente positivista e recorra às questões filosóficas, da moralidade e política.43

Assim, os métodos utilizados pelo judiciário, para atuar como tal, são essencialmente jurídicos, contudo, a natureza de sua função, ainda mais quando envolve a questão constitucional, é de se relevar o aspecto político. Isto decorre do fato de o intérprete desempenhar uma função criativa quando atribui sentido à clausula aberta ou faz escolhas entre as alternativas, mas, mais ainda quando suas decisões possuem consequências práticas que exercem influência entre os Poderes e funções atribuídas aos mesmos, dentro de um contexto de interpretação pragmática.44

Ressalta-se, pois, o papel dos intérpretes ao desempenhar uma leitura moral da Constituição, baseada em valores éticos e morais, a fim de atualizar o sentido e a compatibilidade da norma com a realidade social e, assim, produzir o melhor resultado possível para a sociedade, realizando a interpretação evolutiva e a pragmática, características de uma atividade concretizadora e construtiva, pois produz resultados que ultrapassam a dicção constitucional expressa.45

## OS EMBATES TEÓRICO METODOLÓGICOS À INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Há de se perceber que a discussão que diz respeito ao uso de tal atividade pelo judiciário é um tanto polêmica no meio publicista, vez que tangencia ou aproxima-se do ativismo judicial, uma possível ameaça à separação de poderes. Ante esta situação, vale algumas digressões apresentadas por Paulo Bonavides ao tratar das teorias Formal e Material da Constituição.

43 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 164-166.

44 Ibid., p. 174

45 Ibid., p. 174

Assim, dentro de um contexto formalista que chega às últimas consequências com Kelsen e o positivismo jurídico da Escola de Viena, a Constituição possui um fator que a reduz à legalidade, a um catálogo, à técnica de organizar e exteriorizar direitos, adquirindo um viés neutro e apolítico, amparado por uma linha que atribui total poder ao legislador, visto que o Estado (e seus componentes, como consequência) são regidos eminentemente por normas jurídicas. Outrossim, para esse positivismo jurídico, o intérprete da constituição deve ater-se à norma, com uma aplicação lógica, uma operação de subsunção, visto que cabe ao constituinte, e não ao intérprete, a mudança na constituição.46

Em se tratando da teoria constitucional, no prisma material ou antiformalista, tem- se a representação de Carl Schmitt, com seu decisionismo, e a Escola de Zurique. Há, na Teoria Material, forte oposição ao formalismo separador da norma à realidade social. Para Schmitt, há uma distinção fundamental entre a Constituição e a lei da Constituição, ou seja, para o autor, é impossível dissolver a constituição no campo de leis constitucionais apartadas da realidade, visto que é a unidade política quem introduz novas formas fundamentais de organização, mostrando um viés político presente na Constituição nesse prisma material.47

Contudo, Luís Roberto Barroso ainda traz semelhante discussão, com outros atores, na Alemanha, entre o método clássico de Interpretação Constitucional, em que há uma atividade puramente técnica, e a hermenêutica concretizadora, que leva em conta a realidade fática e as percepções fenomênicas do agente intérprete. Do mesmo modo, nas teorias constitucionais americanas, há a corrente do interpretativismo, negando qualquer atividade criadora por parte do juiz, e o não interpretativismo, através da qual os intérpretes judiciários podem recorrer à elementos externos ao texto constitucional, opondo-se ao textualismo e ao originalismo.48

Por fim, no tocante à atividade interpretativa em âmbito americano, Barroso apresenta o pragmatismo de uma interpretação evolutiva presente nas cortes em questão, atividade esta que considera uma função criadora por parte do judiciário e entende a Constituição como um documento passível de constantes mudanças a fim das normas e precedentes serem adaptados para compatibilizá-los às mudanças sociais. Em virtude

46 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26ª edição. São Paulo- SP. Malheiros Editores. 2011.pp. 171-174

47 Ibid., pp. 175-176.

48 BARROSO, op. cit., p. 170

desta atividade, foi possível que, sob a mesma Constituição, a Corte americana, anos depois, deslegitimasse a segregação racial presente em decisões anteriores e passasse a entendê-la como injustificável a partir do caso “Brown vs. Board of Education”.49

## A QUESTÃO DE LEGITIMIDADE PARA O EXERCÍCIO DA INTERPRETAÇÃO

Percebe-se, pois, que a atividade interpretativa no judiciário encontra diversos embates quanto à sua justificação, frente às questões políticas, e a sua legitimidade para exercício em um contexto democrático. Tais questões encontram suas justificativas majoritária nas tensões entre o voto popular que legitima congressistas, chefes de executivo dentro de um processo político majoritário e a falta dessa legitimidade democrática conferida ao judiciário ao exercer a interpretação constitucional, tangenciando muitas vezes o ativismo judicial, autocontenção e diversas discussões fomentadas por esse embate.50

No tocante à essas questões, o ativismo judicial diz respeito à maior participação do judiciário na concretização de valores e fins constitucionais que acabam por obter maior interferência em outros poderes principalmente no âmbito de aplicar expressamente a constituição em casos não contemplados pelo texto, declarar a inconstitucionalidade com critérios menos rígidos ou impor condutas51 e abstenções ao poder público principalmente em matéria de políticas públicas. Por outro lado, a autocontenção judicial, é quando o judiciário procura reduzir ao mínimo a interferência em outros poderes, realizando o oposto do ativismo judicial, o que se constata ter sido muito presente no ordenamento anterior a Constituição de 1988.52

Por fim, chega-se à questão levantada por Barroso, em sua doutrina, quanto ao fato de que os membros do legislativo e os chefes do executivo são eleitos pela vontade

49 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construçãodo novo modelo. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 170.

50 Ibid., p. 172.

51 Ressalte-se: “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. *MEDICAMENTO*. *FORNECIMENTO*. *OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA*. ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o *fornecimento* gratuito de tratamentos e *medicamentos* necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é *obrigação solidária* de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (Tema 793). 2. Agravo a que se nega provimento” (RE 892590 AgR-segundo- Relator Min. Barroso, 2016)

52 BARROSO, op. cit., p. 172

popular, o que não ocorre com os membros do judiciário, eleitos por critérios técnicos e, sendo assim, pergunta-se: onde estaria o fundamento para o judiciário sobrepor vontades em relação aos outros poderes? A resposta, como salienta o autor, já está assente na doutrina constitucional no tocante à produção de um constitucionalismo democrático, vez que, no tocante a essa questão, a Carta Magna exerce dois papeis fundamentais, um deles é justamente proporcionar segurança à participação política e fazer valer o governo da maioria53

Contudo, dessa discussão emerge o conceito de democracia contraposto entre Bobbio e Habermas, em que, para aquele a democracia vale-se da regra da maioria, ou seja, critérios quantitativos; já para Habermas, a democracia segue o critério qualitativo, dentro da lógica da racionalidade comunicativa, mostrando que para ele, deve haver uma conexão entre autogoverno do povo e os direitos fundamentais.54 Nesse sentido, Barroso traz um questionamento ao critério majoritário: se em uma sala há dez cristão e dois mulçumanos, a maioria decidindo contra os mulçumanos, aqueles estão legitimados a jogar os mulçumanos pela janela, vez que assim a maioria decidiu? A resposta só poderia ser negativa, uma vez que aí encontra-se o segundo papel da Constituição, qual seja, proteger valores, preceitos e direitos fundamentais, ainda que isso seja contrário à vontade de quem tem mais votos.55

Dessa forma, advoga-se pela menor pró-atividade judicial quando o processo político majoritário se desenvolve de forma efetiva, com debate público amplo. Contudo, quando esse processo político é emperrado por forças minoritárias, mas com grande influência, ou as circunstâncias históricas são suficientes para emperrar ou suprimir a defesa de direitos fundamentais, nessas situações faz-se necessária a participação do judiciário, principalmente o tribunal constitucional, a fim de fazer avançar direitos políticos e sociais.56

53 Ibid., p.173.

54 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 11.ed. Salvador: Ed. JusPodivm. 2019. p.322.

55 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construçãodo novo modelo. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P. 173

56 Ibid., pp. 173-174

## O STF E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EM CASOS CONCRETOS

Primeiramente, há de ser feita uma ressalva no tocante ao sistema jurídico adotado no Brasil. Assim, tem-se que o país se insere no contexto de “civil law”, o qual pressupõe uma limitação no papel do juiz frente à estrita aplicação da lei e, com isso, dentre outros aspectos, diferindo do sistema de “common law”, para o qual a codificação não limita a atividade criativa e interpretativa do juiz para com a lei, dando a ele a possibilidade de interpretá-la. Todavia, ainda que inserido no contexto de “civil law”, o sistema brasileiro possui particularidade que o aproxima do sistema americano, qual seja, o controle de constitucionalidade difuso, aquele através do qual qualquer juiz ou tribunal pode executar perante aplicabilidade de lei em um caso concreto.57

Ressalte-se, também, que o STF teve seu condão de surgimento a fim de “garantir a supremacia do Texto Constitucional, com vistas à segurança da ordem jurídica, controlando, jurisdicionalmente, a legalidade dos atos legislativos e executivos”58, como garante Ualdi Bulos. E, com isso, tem-se que uma das funções do Supremo Tribunal Federal tem um viés construtivistas, a medida em que ele pode valer-se de recursos interpretativos, que autorizam o julgador a desprender-se da dicção textual a fim de dar uma solução ao caso que não foi previsto pelo legislador constituinte de forma expressa,59 Infere-se, portanto, que o Supremo, no desempenhar de suas atribuições formais

ou informais, é o “responsável pelo controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, sendo o autêntico intérprete judicial da Constituição Federal, a quem cabe zelar pela função normativa e construtiva do Direito brasileiro.”60 Assim, vale destacar casos em que o Supremo Tribunal Federal assim o fez, valendo-se do que até aqui foi defendido.

Um caso de destaque a ser exposto é no tocante ao Recurso Extraordinário (RE) 466343- SP61, em que se apresenta um caso paradigmático de mutação constitucional,

57 GOMIDE, Mariana. **Mutação Constitucional:** Um estudo sobre a influência norte-americana da Common Law no sistema romano-germânico brasileiro e na práxis do STF. 2017. Documento eletrônico. Disponível em: https://[www.pucrs.br/direito/wp-](http://www.pucrs.br/direito/wp-) content/uploads/sites/11/2017/09/mariana\_gomide\_20171.pdf

58 BEZERRA, Bruna Maria Rocha. **Os limites da jurisdição constitucional no Brasil**: mutações constitucionais na Constituição Federal de 1988. Monografia (especialização). Fortaleza, CE. 2015. P. 21

59 Ibid., p. 21

60 Ibid., p. 22

61 EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. **Interpretação** do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da

mostrando sua relevância no sentido de atualizar o ordenamento pátrio em relação à tendencia internacional de priorizar a proteção dos direitos humanos e da cooperação internacional, atualização esta que tornou anacrônica a prisão civil do depositário infiel em um Estado Democrático cooperativo.62

Outrossim, o foro por prerrogativa de função, previsto para Deputados Federais e Senadores (no artigo 53, §1º), para Presidente da República, Vice, Ministros do STF e o Procurador-Geral da República (artigo 102, I, b) dentre outros que dispõem de tal prerrogativa, teve seu entendimento qual a interpretação e aplicação alterados ao longo do tempo. Como ressalta Barroso, o Supremo entendeu, por muitas décadas, inclusive sobre a vigência da Constituição de 1988, pela aplicação da prerrogativa mesmo após o agente em questão ter deixado o cargo ou função, tendo ficado assente no enunciado n. 394; contudo, tendo seu uso alterado em sentido oposto pelo novo entendimento pelo STF afirmando que a prerrogativa seria enquanto na titularidade do cargo ou exercício da função. Todavia, não houve nenhuma mudança formal no texto da Constituição, pois, como é defendido, trata-se de interpretação constitucional.63

Ressalte, ademais, outra decisão que alterou o entendimento e a aplicação, ampliando seu uso frente a normas ordinárias, de princípios legitimadores da igualdade e não discriminação, previstos no art. 3º, IV, CF,64 sem, contudo, alterar o texto foi a ADPF 13265, através da qual a ação deu reconhecimento à novo entendimento do art. 226, CF, através da técnica de interpretação conforme a Constituição.66

Ante esses casos de mutação constitucional, é de suma importância ressaltar que a identificação dessas alterações informais ocorridas no ordenamento jurídico pátrio não

Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (grifo nosso) Brasil, STF, RE 466.343. 2008. Relator Min. Cezar Peluso

62 BEZERRA, op. cit., pp. 41-42

63 GOMIDE, op. cit., p. 22

64 Art. 3º, IV: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL, Constituição Federal, 1988

65 Ementa: 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. (BRASIL, STF. ADPF 132. Relator Min. Ayres Britto, 2011.

66 BEZERRA, Bruna Maria Rocha. **Os limites da jurisdição constitucional no Brasil**: mutações constitucionais na Constituição Federal de 1988. Monografia (especialização). Fortaleza, CE. 2015. P. 43

é atividade fácil, tendo em vista que as mesmas encontram-se dissipadas na jurisprudência do STF, mas ressalte-se que mostrou-se que as mesmas ocorrem e, por isso, dá-se atenção às mesmas em virtude do fato delas estarem em uma tênue linha entre possibilidade constitucional e descumpridora de preceitos fundamentais como a separação e independência de poderes, bem como a segurança jurídica, bens a que a Constituição se preza a defender e, por consequência, o órgão responsável por essa guarda constitucional jamais poderia feri-la.

Todavia, assevera-se que é inegável que a percepção de tais mudanças tornam-se mais notórias, ou seja, podem ser vistas com mais facilidade através do decorrer do tempo e as transformações de concepção pelas quais a sociedade vai passar. Assim, cita-se o exemplo do valor da igualdade defendido pela Revolução Francesa, a qual propunha uma igualdade formal, sem distinção entre indivíduos em virtude de cor, raça, etc. Contudo, atualmente essa percepção de igualdade abrage não somente o sentido formal, de não criar distinções, mas tem-se agora uma igualdade em sentido material, a qual preza pela igualdade de condições, oportunidades. Isso deu-se não em virtude de alterações escritas, formais, no plano jusfilosófico, mas ocorreu em detrimento da atualização na ideia de igualdade.67

## CONCLUSÃO

Diante dos aspectos aqui apontados, decisões do STF citadas e opinião doutrinária exposta, tem-se, inegavelmente, a existência de uma forma alternativa, dentre outras a serem mencionadas em outra possibilidade, para alterar o texto constitucional. O seu favor, ou desfavor, seu benefício ou malefício, não nos coube, ao mesmo no presente momento, analisar os mesmos frente à realidade fática percebida e analisada.

Contudo, como demonstrado, a mutação constitucional, no viés interpretativo, visto que um é espécie do gênero, possui sua aplicabilidade frente aos dois prismas fáticos vivenciados. O primeiro deles é que a via permanente de reforma constitucional, qual seja, a Emenda, é marcada por um processo legislativo excepcional em relação às demais espécies normativas, o que é plenamente justificável pela rigidez a que o constituinte de 1988 pretendeu transparecer frente a Constituição Federal. Outrossim, a esse processo legislativo das Emendas é imposta uma dependência em relação às capacidades

67 BASTOS, Celso Ribeiro; PFLUG, Samantha Meyer-. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. p. 158

articuladoras de parlamentares de acordo com interesses de determinadas minorias de grande influência, interesses tais que, em muitas ocasiões suplantam os interesses nacionais e, arrisca-se a falar, deslegitimam o papel a eles passado.

O segundo ponto é justamente em relação à única possibilidade que o legislador constituinte originário conferiu ao derivado para fazer alterações textuais, através da Revisão Constitucional como meio para uma reforma constitucional à época. Assim, como demonstrado, foi feito um mau uso do instituto da Revisão e, dessa maneira, esgotando sua única possibilidade de uso, aprovando apenas seis Emendas.

Dessa forma, ante a morosidade parlamentar, processo excepcional de Emenda e a impossibilidade de ser feita outra Revisão, esgotam-se as vias formais e considera-se a validade de uma mutação constitucional com o prisma interpretativo. Tal papel, como exposto, efetivado pelo STF em diversas decisões que, sem alterar o texto constitucional, atualizou-o de modo a cumprir seu papel de guardião da Constituição, adequando o texto à realidade fática atual, a medida em que o coloca em consonância com os novos paradigmas principiológicos de igualdade, não discriminação, compatibilidade com o Direito Internacional Público.

Por fim, entende-se que aqui não se objetiva provar o objetivo ou prejudicialidade do uso da interpretação constitucional como método para atualizar a norma constitucional no que couber, mas sim, melhor apresentar do que se trata o método, a fim de proporcionar maior atenção ao fenômeno intrínseco em determinadas decisões judiciais.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018

BASTOS, Celso Ribeiro; PFLUG, Samantha Meyer-. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional.** São Paulo-SP: Malheiros Editores. 2005. pp. 145- 164.

BEZERRA, Bruna Maria Rocha. **Os limites da jurisdição constitucional no Brasil**: mutações constitucionais na Constituição Federal de 1988. 2015. Monografia (Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional). Centro de Estudos Sociais Aplicados. Universidade Estadual do Ceará. Fortaleza, CE. 2015.

Disponível em: [http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/07/Os-Limites-da-](http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/07/Os-Limites-da-Jurisdi%C3%A7%C3%A3o-Constitucional-no-Brasil-Muta%C3%A7%C3%B5es-Constitucionais-na-Constitui%C3%A7%C3%A3o-Federal-de-1988.pdf) [Jurisdi%C3%A7%C3%A3o-Constitucional-no-Brasil-Muta%C3%A7%C3%B5es-](http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/07/Os-Limites-da-Jurisdi%C3%A7%C3%A3o-Constitucional-no-Brasil-Muta%C3%A7%C3%B5es-Constitucionais-na-Constitui%C3%A7%C3%A3o-Federal-de-1988.pdf) [Constitucionais-na-Constitui%C3%A7%C3%A3o-Federal-de-1988.pdf.](http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/07/Os-Limites-da-Jurisdi%C3%A7%C3%A3o-Constitucional-no-Brasil-Muta%C3%A7%C3%B5es-Constitucionais-na-Constitui%C3%A7%C3%A3o-Federal-de-1988.pdf) Acesso em: 26 nov. 2020

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 26ª edição. São Paulo- SP. Malheiros Editores. 2011

BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicao.htm#adct.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct) Acesso em: 28 nov. 2020

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicao.htm.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 28 nov. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 132**. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO

ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO. Relator Min. Ayres Britto. 5 de maio de 2011. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\_inteiro\_teor=fals](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADPF%20132&sort=_score&sortBy=desc) [e&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=1](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADPF%20132&sort=_score&sortBy=desc) [0&queryString=ADPF%20132&sort=\_score&sortBy=desc.](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADPF%20132&sort=_score&sortBy=desc) Acesso em: 5 dez. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 466343**. PRISÃO CIVIL. Relator min. Cesar Peluso. 3 dez. 2008. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\_inteiro\_teor=fals](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=RE%20466343&sort=_score&sortBy=desc) [e&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=1](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=RE%20466343&sort=_score&sortBy=desc) [0&queryString=RE%20466343&sort=\_score&sortBy=desc.](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=RE%20466343&sort=_score&sortBy=desc) Acesso em: 2 dez. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 92590** AgR-segundo. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA. ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. Relator Min.

Roberto Barroso. 16 set. 2020. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\_inteiro\_teor=fals](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=RE%20892590&sort=_score&sortBy=desc) [e&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=1](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=RE%20892590&sort=_score&sortBy=desc) [0&queryString=RE%20892590&sort=\_score&sortBy=desc.](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=RE%20892590&sort=_score&sortBy=desc) Acesso em: 22 nov. 2020

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. Salvador: Ed. JusPodivm. 2019

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Reforma, revisão e Emenda Constitucional, no Direito brasileiro. **Revista de Dir.Adm**., v.223. Rio de Janeiro, 2001.

Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/48312.](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/48312) Acesso em: 20 nov. 2020

GOMIDE, Mariana. Mutação Constitucional: Um estudo sobre a influência norte- americana da Common Law no sistema romano-germânico brasileiro e na práxis do STF. 2017**. Documento eletrônico**. Disponível em: [https://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2017/09/mariana\_gomide\_201](https://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2017/09/mariana_gomide_20171.pdf) [71.pdf.](https://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2017/09/mariana_gomide_20171.pdf) Acesso em: 27 nov. 2020

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23.ed. São Paulo. Ed. Editora Atlas, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª edição. São Paulo- SP. Malheiros Editores. 2008.

## CAPÍTULO 5

## AS DISCUSSÕES JURÍDICAS ACERCA DO AIRBNB NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

*THE JUDICIAL DISCUSSIONS ABOUT AIRBNB IN THE BRAZILIAN JUDICIAL BRANCH*

Mariana Brito Simões1

## RESUMO

Este trabalho vem apresentar as diversas discussões no poder judiciário brasileiro enfrentado pelo locatário e o condomínio, uma vez que as convenções condominiais permitem a locação residencial de unidades habitacionais. A locação via *airbnb* trata-se locação por temporada. O objetivo deste trabalho é demonstrar como uma plataforma difundida e criada nos Estados Unidos ao ser introduzida ao cenário brasileiro pode trazer várias discussões jurídicas sobre o assunto da locação. O tema geral é a discussão da natureza jurídica do contrato celebrado pelas partes através do aplicativo de locação. O problema gira em torno da legitimidade do condomínio em proibir a locação via o aplicativo. A metodologia utilizada é a análise de jurisprudências tanto de tribunais inferiores, como também do STJ cuja decisão definiu o panorama da locação via *airbnb.* E a principal conclusão é que o condomínio é legítimo em proibir essas locações.

**Palavras-chave:** Locação. *Airbnb.* Condomínio.

**ABSTRACT:** This paper presents the various discussions in the Brazilian judiciary faced by the tenant and the condominium, since the condominium agreements allow the residential rental of housing units. The rental via airbnb is about seasonal rental. The goal of this paper is to demonstrate how a widespread platform created in the United States, when introduced in the Brazilian scenario, can bring several legal discussions on the subject of rental. The general problem is the discussion of the legal nature of the contract entered into by the parties through the rental application and the legitimacy of the condominium to prohibit the rental via app. The methodology used is the analysis of case law from lower courts in Brazil, as well as from the STJ whose decision defined the panorama of renting via airbnb. And the main conclusion is that the condominium is legitimate in prohibiting such rentals.

**Keywords:** Rental. *Airbnb.* Condominium.

1 Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. E-mail: [mbrito.simoes@gmail.com](mailto:mbrito.simoes@gmail.com) . [http://lattes.cnpq.br/0192156258672220.](http://lattes.cnpq.br/0192156258672220)

## Introdução

Este trabalho trata acerca do sistema de locação via a plataforma *airbnb* que vem em expansão no mundo e no Brasil. No entanto, no território brasileiro existem lacunas legais acerca da locação mediante *airbnb* e há óbices impostos pela convenção condominial que impedem a autonomia do locatário de dispor da sua unidade residencial. Este artigo traz a explicação da plataforma *airbnb,* a discussão jurídica no cenário brasileiro acerca do tipo de locação, um caso concreto de origem do TJSP o qual a parte autora requer a anulação da assembleia geral condominial, o entendimento do tribunal acerca da convenção condominial, o entendimento de locação residencial. Adiante, o trabalho discorre acerca da recente decisão do STJ no Resp. 181.9075 que encerrou as

discussões entre condomínio e locatários do *airbnb.*

O objetivo deste trabalho é demonstrar que há diferenças legais de país para país e que aplicação de uma plataforma precisa respeitar e se adaptar ao cenário jurídico de cada país.

A justificativa deste trabalho se funda nos inúmeros processos que versam acerca do assunto no judiciário, uma vez que o condomínio entende que há violação do estabelecido em convenção condominial e o locatário quer que se sobreponha a sua autonomia em decidir a função que dará a sua unidade residencial.

A questão que norteia o trabalho é se o condomínio possui a legitimidade para proibir a locação via *airbnb.*

A metodologia utilizada é a exploração de casos jurisprudenciais de origem no TJ/SP e a recente decisão do STJ no Resp. 181.9075.

## Airbnb (Air, Bed and Breakfast)

O *airbnb* é um aplicativo que tem como objetivo agilizar, no sentido de intermediar, o aluguel de imóveis. Antigamente, quando havia a necessidade de se estabelecer em outro local, as reservas eram feitas em hotéis ou pousadas.

O *airbnb* é uma empresa mundial que tem como principal funcionalidade a divulgação intermediária de imóveis de clientes para locação, em que, a partir da concretização da relação, a empresa administra o pagamento de aluguel, resolvendo um problema que pudesse surgir caso não houvesse o pagamento (RODRIGUES E MORAIS, 2010).

Cabe ressaltar que esta *startup* foi criada nos Estados Unidos em 2008 por estudantes de *design* sem dinheiro para pagar seu aluguel. Primitivamente, na própria casa resolveram alugar espaços dentro do seu apartamento, como: sala, cozinha, quarto dos fundos e até um colchão inflável (MORALES, 2012).

Após esse momento inicial, o *airbnb* passou a ser um site de economia compartilhada, pessoas sem mesmo perfil, alugavam carros, barcos, aviões e em expansão (MORALES, 2012).

No entanto, no Brasil, o aplicativo encontra óbices legais quanto a usa utilização e uma lacuna legislativa quanto à modalidade de aluguel, mesmo que isso traga pontos positivos para a economia.

## Cenário Brasileiro

Após a chegada deste tipo de aluguel ao Brasil, o Judiciário recebe todos os dias demandas acerca do aplicativo. Normalmente, a lide gira em torno do sistema de aluguel adotado pelos proprietários e a convenção condominial.

A seguir será analisada uma demanda que se iniciou em São Paulo a qual a Autora da ação requer a anulação da convenção condominial, prevalecendo, então, a política do aplicativo. Tal ação chegou à 2ª Instância a qual decidiu sobre a lide. Adiante, também, será também analisada a última decisão do STJ acerca do assunto.

## Judicialização TJ/SP

A ação proposta pela Autora, no TJ/SP, trata-se de ação declaratória de nulidade de assembleia geral condominial a qual teve seus pedidos julgados improcedentes, condenada a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios do patrono da parte contrária.

A Autora inconformada apelou sustentando que aluga seu imóvel para fins de temporada e que este fato não caracteriza locação comercial. A Parte Autora afirma, ainda, que não oferece qualquer serviço aos seus locatários, como se estabelece em hotéis. Ademais, a Autora aduz que na convenção do condomínio não há cláusula que impeça locação temporária, inclusive alega irregularidades na realização da assembleia. Pede antecipação de tutela recursal, reforma da sentença, bem como que a apelada seja condenada ao ônus da sucumbência (Apelação Cível n° 1005641-92.2018.8.26.0010).

## Da Convenção Condominial

A convenção condominial é editada no ato da constituição do condomínio, conforme disposto no art. 13322, CC3. Assim, se conclui que nenhum condomínio regularmente constituído existe sem a sua convenção (CC/2002).

O inciso III4 do artigo supracitado ainda estabelece o destino o qual será dado às unidades residenciais (CC/2002).

A convenção em si deste condomínio dispôs em seu Capítulo II, artigo 4°: “o condomínio é estritamente residencial, sendo vedado o seu uso para qualquer outra finalidade”.

Ainda reforça o entendimento acima quando a convenção cita em seu art. 23, X, os deveres dos condôminos: “não fracionar a respectiva unidade autônoma para fins de alienação ou locação”. Nesse ponto, vemos que a própria convenção veda a descaracterização residencial para fins de fracionamento locatício.

Ressalte-se que a convenção é de observância obrigatória, não só para os condôminos, como para qualquer ocupante da unidade, como previsto na Lei 4.591/ 1964, em seu art. 9°5. E o desembargador Francisco Occhiuto Júnior, em seu voto nesta apelação, afirmou que é indiferente o quórum da Assembleia realizada (Apelação n° 1005641-92.2018.8.26.0010).

A juíza de primeira instância afirmou que a prática de locação em plataforma online é voltada para fins comerciais, o proprietário na qualidade de locatário oferece hospedagem ao hóspede que para isso realiza o pagamento de uma remuneração em troca de ficar hospedado e não residindo no tempo estabelecido no contrato. Assemelha-se à hospedagem que se oferece em hotéis e difere da locação residencial, pois existe alta rotatividade de pessoas e tem o fim comercial, atividade expressamente proibida no condomínio (Apelação n° 1005641-92.2018.8.26.0010).

2 Art. 1332 do CC: “Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial”.

3 Sigla referente ao Código Civil.

4“III – o fim a que as unidades se destinam”.

5 Art. 9°: “Os proprietários, promitentes compradores, cessionários ou promitentes cessionários dos direitos pertinentes à aquisição de unidades autônoma, em edificações a serem construídas, elaborarão, por escrito, a Convenção do Condomínio, e deverão, também, por contrato ou por deliberação, em assembleia, aprovar o Regimento Interno da edificação ou conjunto de edificações”.

## Contexto geral do contrato de aluguel residencial

A questão que envolve o *airbnb* no sistema jurídico brasileiro é a falta de legislação, entende-se que se tem uma lacuna jurídica.

Dessa forma, a discussão gira em torno de qual modalidade de locação o *airbnb* se enquadra, pois na Lei 8.245/91 que trata das locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes e tutela acerca da locação residencial em seu art. 466 e da locação para temporada em seu art. 487.

E a questão que fica em aberto nessas situações de locação através do *airbnb* é de qual legislação aplicar e quem é legítimo para regular essa locação. Diante deste cenário, a seguir será apresentado o posicionamento do TJ/SP sobre o caso acima citado e posteriormente será citada a atual decisão proferida pelo STJ.

## Posicionamento do TJ/SP

Relator Francisco Occhiuto Júnior da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo no seu voto na apelação n° 1005641-92.2018.8.26.0010 se fundamentou exatamente nas diferenças entre a locação residencial e a por temporada.

O relator afirma que a locação através de plataforma *online* se assemelha a hospedagem, tem alta rotatividade de inquilinos, o locatário oferece hospedagem em troca de remuneração paga pelo hóspede, que fica hospedado pelo tempo acordado entre o locatário e o hóspede. O desembargador ressalta que esse tipo de atividade tem o cunho comercial, o que é expressamente vedado pelo condomínio. Ratifica o entendimento quando alega que a locação por períodos muito curtos não configura a locação por temporada comum (Apelação 1005641-92.2018.8.26.0010).

O desembargador reforça que as Câmaras já têm posicionamento com esse entendimento quanto a esse assunto em outros julgamentos8, conforme se demonstra.

6 Art. 46: “Nas locações ajustadas por escrito e por prazo igual ou superior a trinta meses, a resolução do

contrato ocorrerá findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso”.

7 Art 48: “Considera-se locação para temporada aquela destinada à residência temporária do locatário, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel, e outros fatos que decorram tão somente de determinado tempo, e contratada por prazo não superior a noventa dias, esteja ou não mobiliado”.

8 “ Sentença mantida. O direito de propriedade dos vizinhos muitas vezes se traduz em interesses conflitantes, uma vez que, o direito do vizinho contrapõe-se o direito de outro vizinho de não ter a sua esfera de direitos restringida ou afetada em razão daquele. A convenção condominial em questão prevê expressamente o caráter residencial do condomínio, sendo proibida qualquer finalidade diversa. Vale ressaltar que a convenção é de observância obrigatória, não só para os condomínios como para qualquer

## Posicionamento STJ no Resp 181.9075

A recente decisão do STJ no Resp. 181.9075 que versa sobre o caso de *airbnb*, iniciou-se no TJ/RS. O caso trata da proprietária a qual locou unidades residenciais a diversas pessoas ao mesmo tempo, com similaridade a um *hostel* (Processo n° 001/1.14.0135112-4).

A Parte Autora que é o condomínio alega em sua inicial que a Ré pratica o serviço de hospedagem mediante quantia paga, com direito à *internet* e lavanderia, e com isso, viola o art. 4° da Convenção o qual estipula o caráter residencial do condomínio (Processo n° 001/1.14.0135112-4).

O juiz Fernando Antônio Jardim Porto da 11ª Vara Cível do Foro do Centro da Comarca de Porto Alegre julgou procedentes os pedidos da inicial9. Seus fundamentos se basearam no fato de que o negócio jurídico realizado pela Ré com os hóspedes não se

ocupante de unidade, como prevê expressamente o art. 9, da Lei 4.591/1964. A prática da locação em plataformas online é voltada para fins comerciais, por meio do qual o proprietário, na qualidade de locatário oferece a hospedagem em troca de remuneração paga pelo hóspede, que pode ficar hospedado, e não residindo, no imóvel no período acordado com o locatário. Trata-se, portanto, de espécie de hospedagem semelhante à pensão ou no hotel, em caráter diverso do residencial. Ao divulgar o imóvel para locação nas plataformas citadas acima, a autora descaracterizou a finalidade residencial da unidade condominial. Apelação desprovida, com observação ( TJSP; Apelação Cível 1023949-80.2017.8.26.0506;Relator: Lino Machado; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; 08/06/2020).

“Condomínio edilício. Ação anulatória de decisão de assembleia c/c obrigação de não fazer com pedido de tutela de urgência. Demanda de condômino em face de condomínio. Arguição de que foram editadas regras internas que inviabilizam a locação por temporada das unidades autônomas. Sentença de improcedência mantida. Locação por curtos períodos, através de *airbnb* ou outro sistema, caracterizam serviço de pensão

/ hotelaria, finalidade comercial previsão na convenção condominial e no regulamento interno de uso exclusivamente residencial. Recurso não provido. A assembleia extraordinária decidiu sobre a proibição de locação por temporada, pois a Convenção Condominial e o Regulamento Interno já previam que o uso do imóvel é exclusivamente residencial. Essa nova modalidade de locação adotada pela autora por períodos muitos curtos de tempo, não pode ser considerada como locação por temporada comum, pois se assemelha à finalidade hoteleira, ou de pensão com cunho comercial. Geralmente é feita por meio de aplicativo *airbnb, booking* entre outros, e tem violado o direito dos outros moradores ante os inconvenientes causados. Improcedência da ação mantida” ( TJSP; Apelação Cível 1004594-06.2019.8.26.0477; Relator: Paulo Ayrosa; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; 13/08/2020).

9 “FACE AO EXPOSTO, JULGO PROCEDENTE a ação movida por CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO COORIGHA contra MÔNICA DUTCZAK e GYAN CELAH DOS SANTOS para impor aos réus a obrigação de fazer consistente na abstenção pelos requeridos de exercer a atividade de alojamento e/ou hospedagem nas unidades 205 e 303, mediante locação de quartos e prestação de serviços, sem prejuízo da locação das mesmas unidades para fins residenciais e nos moldes da legislação pertinente, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R$. 200,00 por ocupante. Arcarão os demandados com o pagamento das custas “pro rata” e honorários do procurador do autor que fixo, em desfavor de cada demandado, em 20% do valor da causa corrigido monetariamente pela variação do IGP-m/FGV desde o ajuizamento da ação até o efetivado pagamento, resultado a ser acrescido de juros de mora de 12% ao ano a contar do trânsito em julgado, na forma do art. 85, § 2º, do CPC, considerando a relativa complexidade da demanda, seu tempo de tramitação e trabalho desenvolvido (Processo n° 001/1.14.0135112- 4.29/06/2017).

amolda à locação residencial, conforme art. 4710 ou mesmo à locação por temporada, art. 48, Lei 8.245/91, pois tem o prazo de 90 dias e o oferecimento de serviços não está incluído no rol de direitos e deveres do locatário e do locador11 (Processo n° 001/1.14.0135112-4).

10 Art. 47 “Quando ajustada verbalmente ou por escrito e com prazo inferior a trinta meses, findo o prazo estabelecido, a locação prorroga-se automaticamente, por prazo indeterminado, somente podendo ser retomado o imóvel”.

11 “Art. 22. O locador é obrigado a:

I - entregar ao locatário o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que se destina; II - garantir, durante o tempo da locação, o uso pacífico do imóvel locado;

III - manter, durante a locação, a forma e o destino do imóvel; IV - responder pelos vícios ou defeitos anteriores à locação;

1. - fornecer ao locatário, caso este solicite, descrição minuciosa do estado do imóvel, quando de sua entrega, com expressa referência aos eventuais defeitos existentes;
2. - fornecer ao locatário recibo discriminado das importâncias por estes pagas, vedada a quitação genérica; VII - pagar as taxas de administração imobiliária se houver, e de intermediações, nestas compreendidas as despesas necessárias à aferição da idoneidade do pretendente ou de seu fiador;
3. - pagar os impostos e taxas, e ainda o prêmio de seguro complementar contra fogo, que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel, salvo disposição expressa em contrário no contrato;
4. - exibir ao locatário, quando solicitado, os comprovantes relativos às parcelas que estejam sendo exigidas;
5. - pagar as despesas extraordinárias de condomínio.

Parágrafo único. Por despesas extraordinárias de condomínio se entendem aquelas que não se refiram aos gastos rotineiros de manutenção do edifício, especialmente:

1. obras de reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel;
2. pintura das fachadas, empenas, poços de aeração e iluminação, bem como das esquadrias externas;
3. obras destinadas a repor as condições de habitabilidade do edifício;
4. indenizações trabalhistas e previdenciárias pela dispensa de empregados, ocorridas em data anterior ao início da locação;
5. instalação de equipamento de segurança e de incêndio, de telefonia, de intercomunicação, de esporte e de lazer;
6. despesas de decoração e paisagismo nas partes de uso comum;
7. constituição de fundo de reserva. Art. 23. O locatário é obrigado a:
8. - pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado ou, em sua falta, até o sexto dia útil do mês seguinte ao vencido, no imóvel locado, quando outro local não tiver sido indicado no contrato;
9. - servir *-* se do imóvel para o uso convencionado ou presumido, compatível com a natureza deste e com o fim a que se destina, devendo tratá *-* lo com o mesmo cuidado como se fosse seu;
10. - restituir o imóvel, finda a locação, no estado em que o recebeu, salvo as deteriorações decorrentes do seu uso normal;
11. - levar imediatamente ao conhecimento do locador o surgimento de qualquer dano ou defeito cuja reparação a este incumba, bem como as eventuais turbações de terceiros;
12. - realizar a imediata reparação dos danos verificados no imóvel, ou nas suas instalações, provocadas por si, seus dependentes, familiares, visitantes ou prepostos;
13. - não modificar a forma interna ou externa do imóvel sem o consentimento prévio e por escrito do locador;
14. - entregar imediatamente ao locador os documentos de cobrança de tributos e encargos condominiais, bem como qualquer intimação, multa ou exigência de autoridade pública, ainda que dirigida a ele, locatário; VIII - pagar as despesas de telefone e de consumo de força, luz e gás, água e esgoto;
15. - permitir a vistoria do imóvel pelo locador ou por seu mandatário, mediante combinação prévia de dia e hora, bem como admitir que seja o mesmo visitado e examinado por terceiros, na hipótese prevista no art. 27;
16. - cumprir integralmente a convenção de condomínio e os regulamentos internos; XI - pagar o prêmio do seguro de fiança;

XII - pagar as despesas ordinárias de condomínio.

O douto juízo confirmou o entendimento de contrato de hospedagem por ser uma relação jurídica atípica, que afeta tanto a seara administrativa como a tributária12. E o condomínio tem como objetivo a preservação da finalidade residencial estrita da unidade condominial (Processo n° 001/1.14.0135112-4).

A parte ré irresignada com a sentença, que julgou procedentes os pedidos da parte autora, apelou para a 19ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O relator da apelação o Desembargador Marco Antônio Ângelo votou por negar provimento à apelação. E os demais desembargadores presentes Mylene Maria Michel (Presidente) e Eduardo João Lima Costa acompanharam o voto13 do relator (Processo n° 70078971447).

§ 1º Por despesas ordinárias de condomínio se entendem as necessárias à administração respectiva, especialmente:

1. salários, encargos trabalhistas, contribuições previdenciárias e sociais dos empregados do condomínio;
2. consumo de água e esgoto, gás, luz e força das áreas de uso comum;
3. limpeza, conservação e pintura das instalações e dependências de uso comum;
4. manutenção e conservação das instalações e equipamentos hidráulicos, elétricos, mecânicos e de segurança, de uso comum;
5. manutenção e conservação das instalações e equipamentos de uso comum destinado à prática de esportes e lazer;
6. manutenção e conservação de elevadores, porteiro eletrônico e antenas coletivas;
7. pequenos reparos nas dependências e instalações elétricas e hidráulicas de uso comum;
8. rateios de saldo devedor, salvo se referentes a período anterior ao início da locação;
9. reposição do fundo de reserva, total ou parcialmente utilizado no custeio ou complementação das despesas referidas nas alíneas anteriores, salvo se referentes a período anterior ao início da locação.

§ 2º O locatário fica obrigado ao pagamento das despesas referidas no parágrafo anterior, desde que comprovadas a previsão orçamentária e o rateio mensal, podendo exigir a qualquer tempo a comprovação das mesmas.

§ 3º No edifício constituído por unidades imobiliárias autônomas, de propriedade da mesma pessoa, os locatários ficam obrigados ao pagamento das despesas referidas no § 1º deste artigo, desde que comprovadas.

Art. 24. Nos imóveis utilizados como habitação coletiva multifamiliar, os locatários ou sublocatários poderão depositar judicialmente o aluguel e encargos se a construção for considerada em condições precárias pelo Poder Público.

§ 1º O levantamento dos depósitos somente será deferido com a comunicação, pela autoridade pública, da regularização do imóvel.

§ 2º Os locatários ou sublocatários que deixarem o imóvel estarão desobrigados do aluguel durante a execução das obras necessárias à regularização.

§ 3º Os depósitos efetuados em juízo pelos locatários e sublocatários poderão ser levantados, mediante ordem judicial, para realização das obras ou serviços necessários à regularização do imóvel” ( Lei 8.245/91).

12 “DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. DISCUSSÃO SOBRE INCIDÊNCIA DE ISSQN. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA. CONTRATO DE HOSPEDAGEM. NATUREZA. LOCAÇÃO DE SERVIÇOS. A hospedagem, diferentemente da locação, pressupõe serviço; além da cessão de espaço em um bem imóvel e o uso de móveis, engloba um conjunto organizado de tarefas que vão desde a portaria e segurança, até a limpeza e arrumação do cômodo, troca de toalhas e de roupa de cama, serviços prestados pelo hospedeiro. Portanto, a atividade relacionada à hospedagem, que a Apelante tem como objeto social, submete-se a tributação por ISSQN seja por sua especial característica, a pressupor prestação de serviço como atividade preponderante, seja por constar expressamente da Lista Anexa às Leis Complementares mencionadas. Apelo desprovido. Unânime. (Apelação Cível Nº 70030257174, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 02/09/2009)”.

13 “Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam os Desembargadores integrantes da Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento à apelação. Custas

Após o julgamento da apelação, a parte ré interpôs recurso especial de n° 70078971447 e Agravo em Recurso Especial n° 70079869434.

A recorrente interpôs Resp14 n° 181.9075 cujo relator foi o Min. Luis Felipe Salomão, que foi processado e julgado pela 4ª Turma do STJ15·, foi conhecido o recurso, mas não provido por sua maioria. Entendendo que o condomínio pode proibir locações via *airbnb.*

## Conclusão

Diante dos casos analisados, era necessário um posicionamento acerca da locação via *airbnb* no cenário jurídico brasileiro. A controvérsia acerca da modalidade de locação se tornou se tornou tão flagrante que foi preciso dirimir a questão pelo STJ.

Conforme foi demonstrado com os casos concretos, a questão cinge sobre o locatário e o condomínio, colidindo a autonomia do primeiro e a incidência obrigatória da convenção condominial. Ambos os fatos relatados demonstraram a colisão de direitos que resultaram em condutas vedadas pela convenção e por consequência violação dos direitos do condomínio.

Nesse diapasão, cabe ressaltar que em ambos os casos relatados, houve a prevalência da convenção condominial em detrimento do direito do locatário, uma vez que ficou estabelecido que o negócio jurídico via *airbnb* configura contrato de locação comercial que normalmente é vedada em condomínios residenciais.

A chancela da tese acima defendida foi respaldada na decisão do STJ no Resp. 181.9075 a qual ratificou o entendimento de locação comercial já adotado pelos tribunais de primeiro grau quanto de segundo grau.

## Referências

BRASIL. [Código Civil (2002)]. Código Civil. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>>. Acesso em: 21 maio 2021.

BRASIL. Lei n 4591/64, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sôbre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm>>>. Acesso em: 21 maio 2021.

na forma da lei. Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **Des.ª Mylene Maria Michel (Presidente) e Des. Eduardo João Lima Costa”** (Apelação n° Processo n° 70078971447). 14 Sigla para Recurso Especial.

15 Sigla referente ao Superior Tribunal de Justiça.

BRASIL. Lei n 8245/91, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>> . Acesso em: 10 maio de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n 181.9075. Disponível em: < [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=01673567020148210001&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea) [termo=01673567020148210001&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=01673567020148210001&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea)

>. Acesso em: 15 maio 2021.

MORALES, Fernanda. **Airbnb: a história da startup que hoje vale 1 bilhão de dólares.** Disponível em: < [https://canaltech.com.br/curiosidades/Airbnb-Plataforma-de-](https://canaltech.com.br/curiosidades/Airbnb-Plataforma-de-de-hospedagens-traz-opcoes-para-todo-o-tipo-de-turista/) [de-hospedagens-traz-opcoes-para-todo-o-tipo-de-turista/](https://canaltech.com.br/curiosidades/Airbnb-Plataforma-de-de-hospedagens-traz-opcoes-para-todo-o-tipo-de-turista/)> . Acesso em: 15 maio 2021.

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 11ª Vara Cível do Foro do Centro da Comarca de Porto Alegre. Processo n: 001/1.14.0135112-4 Disponível em: < <https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index>>. Acesso em: 20 maio 2021.

PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 19ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo n: 70078971447. Disponível em: < <https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index>>. Acesso em: 20 maio 2021.

RODRIGUES, Renato Bezerra Rosado Cascudo; DE MORAIS, Rosangela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell. **Guerra dos aplicativos no mercado de locação.** Disponível em: < https://ibradim.org.br/guerra-dos-aplicativos-no-mercado-de- locacao/> . Acesso em: 10 maio 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n: 1005641- 92.2018.8.26.0010. 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: < [https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172773542/apelacao-](https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172773542/apelacao-civel-ac-10056419220188260010-sp-1005641-9220188260010/inteiro-teor-1172773556) [civel-ac-10056419220188260010-sp-1005641-9220188260010/inteiro-teor-](https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172773542/apelacao-civel-ac-10056419220188260010-sp-1005641-9220188260010/inteiro-teor-1172773556) [1172773556](https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172773542/apelacao-civel-ac-10056419220188260010-sp-1005641-9220188260010/inteiro-teor-1172773556)>. Acesso em: 05 maio 2021.

## CAPÍTULO 6

## O DIREITO À APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE PELOS SINTOMAS DECORRENTES DA COVID-19

*THE RIGHT TO PERMANENT RETIREMENT DUE TO THE SYMPTOMS ARISING FROM COVID-19*

Ana Carolina Boechat da Silva1 Sarah Arielle Santos de Abreu2

## RESUMO

O tema deste estudo é quais efeitos futuros serão causados pela COVID-19 no Brasil no âmbito previdenciário, e o objetivo é verificar os impactos na aposentadoria por incapacidade permanente dos segurados no Regime Geral de Previdência Social. Nesta sociedade atual vemos o crescente número de infectados pela COVID-19, e o grande problema que podemos enfrentar no mundo jurídico no futuro é com relação as sequelas graves deixadas pela COVID-19 que pode deixar as pessoas incapacitadas de exercer o seu trabalho. Então há uma questão para ser resolvida para os já segurados, mas também pra os novos segurados, que enfrentam outro problema decorrente da lei previdenciárias, o que veremos neste trabalho. Concluindo ao final do trabalho que há uma solução que está por vir de política pública e poderá trazer melhoras à saúde dos debilitados pela COVID-19.

**Palavras-chave:** Aposentadoria Permanente; COVID-19; Aposentadoria por invalidez.

## ABSTRACT

The theme of this study is what future effects will be caused by COVID-19 in Brazil in the social security scope, and the objective is to verify the impacts on retirement due to permanent disability of the insured in the General Social Security System. In this current society we see the growing number of people infected by COVID-19, and the major problem that we may face in the legal world in the future is in relation to the serious consequences left by COVID-19 that can leave people incapable of carrying out their work. So there is a question to be solved for the already insured, but also for the new insured, who face another problem arising from the social security law, which we will see

1 Especialista em Direito Processual Civil com ênfase nas relações privadas pela Universidade Federal Fluminense e especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes. Advogada atuante em Niterói. OABRJ 214.330. [Advogada.anaboechat@hotmail.com.](mailto:Advogada.anaboechat@hotmail.com)

2 Especialista em Processo Civil e Civil Pela Universidade Cândido Mendes e especialista em Processo do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Cândido Mendes. Advogada, OABRJ 214.961. [Sarahabreu.adv@gmail.com.](mailto:Sarahabreu.adv@gmail.com)

in this paper. Concluding at the end of the work that there is a solution that is to come of public policy and could bring improvements to the health of the debilitated by COVID- 19.

**Keywords:** Permanent Retirement; COVID-19; By disability retirement.

## INTRODUÇÃO

Vivemos sem dúvida um dos maiores acontecimentos das últimas décadas, a chegada de uma doença tão largamente difundida no mundo e capaz de mudar a realidade de muitas pessoas, seja ela quem for, e quando essa mudança ocorre no grau de afetar significativamente o seu trabalho, é nesse momento em que se deve observar os direitos dos trabalhadores e resguardá-los como forma de manter a dignidade humana.

É neste cenário em de mudanças constantes de realidade é que se encaixa o tema deste trabalho: a aposentadoria por incapacidade permanente dos afetados pela COVID- 19.

Veremos o porquê esse tema ter relevância nos presentes dias, em uma sociedade que clama por novos direitos em razão dos últimos acontecimentos, qual seja, a descoberta de sequelas graves em pessoas que se infectaram com o coronavírus.

O que a COVID-19 pode mudar no contexto previdenciário ao longo do tempo?

E o que isso representa aos novos segurados pelo Regime Geral de previdência social?

A lei previdência está de acordo com a sociedade atual em que estamos inseridos? O que é que pode ser mudado para que as pessoas que tiveram a COVID-19 possam recuperar a sua saúde e voltar ao trabalho, tendo em vista que se encontram/encontrarão inativas economicamente?

Este trabalho busca responder a essas perguntas a partir de uma metodologia bibliográfica analisando a doutrina e e as normas legislativas por meio de Portaria e leis previdenciárias.

Portanto, a seguir iniciaremos os estudos apresentando o tema a partir de uma perspectiva geral do benefício da aposentadoria por incapacidade permanente nos moldes atuais, perpassando pela identificação sobre como é possível identificar o que é acidente de trabalho sob o olhar dos professores Hugo Goes e Renata Brandão.

Já no segundo capítulo, veremos os aspectos da COVID-19 que podem acarretar sequelas graves nas pessoas a ponto de modificá-las em incapacitantes para o trabalho no percorrer da vida.

E mais, veremos que políticas públicas estão sendo criadas para resguardar as pessoas que tiveram o coronavírus por meio da PL 5026/2020 e PL 907/21.

## ASPECTOS GERAIS SOBRE A APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE

Quando pensamos sobre a concessão do benefício de aposentadoria por incapacidade permanente, logo vem à mente que o benefício é concedido as pessoas que tenham se tornado permanentemente inaptos para trabalhar.

Todavia, este entendimento é um tanto equivocado, pois tal inaptidão pode ocorrer enquanto durar a incapacidade, não se tendo prazo certo para que o trabalhador incapacitado tenha o benefício cessado.

O trabalhador terá o benefício concedido se comprovado por perícia técnica de saúde que ele tem, e necessita da aposentadoria, como é o caso das pessoas que têm alguma doença tais como doença de Parkinson, alienação mental, Esclerose Múltipla e entre outras reveladas no art. 151 da Lei nº 8.213/91, que trata dos benefícios previdenciários.

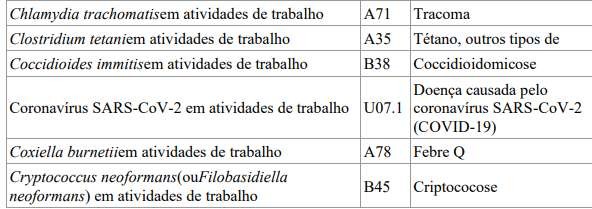
Ademais, a concessão do benefício poderá decorrer do acidente sofrido pelo empregado ou outros males indicados pelo Ministério da Saúde, e que são atualizados pelo Governo para que possa conceder à mais pessoas o direito ao benefício, como é apresentado pelo Governo Federal em site próprio (GOVERNO FEDERAL, 2020),

Considerando a obrigatoriedade de atualização trienal da lista de doenças aqui mencionada de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado, conforme dispõe o inciso II do Art. 26 da Lei nº 8.213/1991;

Diante desses esclarecimentos do Governo Federal, podemos identificar que há uma característica principal que pauta a concessão da aposentadoria por incapacidade permanente: o rol de doenças ensejadoras da aposentadoria é exemplificativo e portanto, é imperioso que o Executivo Federal apresente à sociedade periodicamente as doenças graves que dão o direito à população do benefício.

Tanto é que o Ministério da Saúde em 01 de setembro de 2020 publicou em Diário Oficial a extensão do rol de doenças relacionadas ao trabalho pela Portaria nº 2.309, de 28 de agosto de 2020, vejamos a alteração da norma:

QUADRO 1: PORTARIA Nº 2.309, DE 28 DE AGOSTO DE 2020.



Fonte: Ministério da Saúde/Gabinete do Ministro, 2020, p.52.

Assim, é de suma importância o art. 26 do mesmo diploma legal para o entendimento deste trabalho pois trata dos casos em que a aposentadoria por incapacidade permanente é concedida, então vejamos:

Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações: [...]

II - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao RGPS, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Previdência Social, atualizada a cada 3 (três) anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado;

Quando observamos mais detalhadamente a norma, percebemos que a interpretação deve estar alinhada ao entendimento da doutrina, pois a partir disso, podemos compreender melhor o texto da lei, e neste caso, temos a parte “aos acidentes de qualquer natureza ou causa”, em que pode dar ensejo a diversos entendimentos, então veremos as palavras de Hugo Goes (2018, p. 219) sobre o assunto,

Em casos de acidente, para que haja a dispensa da carência, não é necessário que seja acidente de trabalho. A lei refere-se a acidente de qualquer natureza ou causa. Entende-se como acidente de qualquer natureza ou causa aquele de origem traumática e por exposição a agentes exógenos (físicos, químicos ou biológicos), que acarrete lesão corporal ou perturbação funcional que cause a

morte, a perda ou a redução permanente ou temporária da capacidade laborativa.

Já no entendimento da professora Renata Brandão Canella (2019, n.p), o acidente de qualquer natureza tem relação única e exclusivamente com lesões físicas ou perturbação funcional, vejamos:

Da simples interpretação do texto normativo, é possível reconhecer que o acidente ocorrido no trajeto ou percurso do local do trabalho à residência ou da residência ao local de trabalho por qualquer tipo de locomoção, ou seja, transporte público, a pé, bicicleta e até mesmo em veículo de propriedade do segurado é equiparado ao acidente de trabalho, desde que provoque lesão corporal ou perturbação funcional que cause a perda ou redução – permanente ou temporária – da capacidade para o trabalho e, em última hipótese, a morte.

Este trabalho considera a doutrina de Hugo Goes em razão da viabilidade para se discorrer sobre as sequelas deixadas pela COVID-19 e a relação direta nas aposentadorias por incapacidade permanente no Brasil.

Pela análise de Hugo Goes, verificamos que o acidente de trabalho para fins previdenciários, é possível tanto no ambiente de trabalho quanto fora dele, no trajeto inclusive do trabalhador de sua casa até o trabalho.

Sendo que, em certos casos não é possível prever em qual circunstância ocorreu o evento, no art. 21 inciso IV alínea “d” da lei 8.213/91 prevê a equiparação dos acidentes de trabalho ocorridos no local de trabalho e no trajeto de locomoção do empregado, vejamos:

Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei: [...]

IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:

[...]

d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

Assim, a depender da atividade profissional, o acidente de qualquer natureza ou causa pode se dar pelo mero fato do profissional estar exposto no ambiente de trabalho, mesmo se utilizando de equipamento de proteção.

A exemplo das pessoas que trabalham em laboratórios colhendo sangue dos pacientes. Para esta categoria de profissionais, o acidente pode se dar por contaminação com agentes exógenos, o que pode acarretar uma das doenças previstas no art. 151 da lei 8.213/91.

Todavia, ainda, o profissional também no trajeto de sua casa até o trabalho e vice- versa é exposto à agentes exógenos, como é o caso da COVID-19, objeto desta pesquisa. Ao se utilizar de transporte público para a sua locomoção, está em risco, mas é necessário por se tratar de serviço essencial.

O que ocorre é que não se tem como saber ao certo em que momento exato que o empregado se contaminou e por isso, fica difícil de identificar se foi em decorrência do trabalho.

Assim, quando a incapacidade do trabalhador cessar, e o mesmo retornar à situação anterior com possibilidade de voltar a trabalhar, então o benefício será descontinuado e o trabalhador voltará ao seu trabalho ou remanejado para atividade compatível com suas habilidades atuais, vejamos os esclarecimentos do professor Hugo Góes (2018, p.216)

A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade, mediante exame médico-pericial a cargo da previdência social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança. Concluindo a perícia médica pela existência de incapacidade total e definitiva para o trabalho, a aposentadoria por invalidez será concedida. Todavia, havendo prognóstico de recuperação para a atividade anterior ou outra, o benefício a ser concedido deve ser o auxílio-doença.

## O NOVO DIREITO PREVIDENCIÁRIO EM DECORRÊNCIA À COVID-19

Antes de mais nada é preciso identificar o papel da Previdência Social na sociedade. Esta é uma contribuição necessária para que o trabalhador possa ter garantido vários benefícios que irão cumprir o seu papel social em promover a dignidade humana, vejamos o entendimento de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, (2017, n.p)

A Previdência Social é, portanto, o ramo da atuação estatal que visa à proteção de todo indivíduo ocupado numa atividade laborativa remunerada, para proteção dos riscos decorrentes da perda ou redução, permanente ou temporária, das condições de obter seu próprio sustento. Eis a razão pela qual se dá o nome de seguro social ao vínculo estabelecido entre o segurado da Previdência e o ente segurador estatal.

Assim, é de conhecimento geral que a previdência social é um direito em que todos que contribuem com parte da sua remuneração estipulada pelo governo, seja ele federal, estadual, municipal ou até mesmo em âmbito militar têm em algum momento da vida para utilizar quando necessitar, sendo este plenamente assegurado pela Constituição

Federal (CF/88), art. 6º caput. Já a aposentadoria é assegurada pelo art.7º, inciso XXIV da CF/88.

O que ocorre é que cada vez mais a ciência tem descoberto doenças capazes de deixar sequelas graves naqueles que tiveram o infortúnio de obtê-las, como é o caso da COVID-19. Este vírus ainda está em estudo pelo lapso temporal curto em que ele surgiu e se instalou na sociedade, sendo que no Brasil chegando à 1 ano avassalador de pessoas infectadas.

Fato é que novos direitos surgem no decorrer da história de acordo com os eventos ocorridos na sociedade, o que não seria diferente com a chegada do coronavírus no Brasil. A partir do momento em que a população demonstra a necessidade de se criar direitos aos mais necessitados, os governantes então devem promovê-los pois como representantes do povo, é a primordial função e ao qual foram incumbidos pela população em seus cargos. Temos ainda um questionamento a se fazer, e quanto aos novos trabalhadores segurados? Eles terão direito à aposentadoria por incapacidade permanente mesmo após ter sido infectado pela COVID-19? Se por uma fatalidade, a pessoa tiver ficado com sequelas leves, mas que no decorrer da vida, estas se agravaram? Nesse sentido, Hugo Goes (2018, p.218) esclarece que a lei é mandatória nesse ponto “a doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão (§2° do art.

42 da Lei 8.213/91).”

No entanto, o questionamento é válido quando observamos os números de infectados no país, e, por se tratar de uma doença tão amplamente difundida no mundo, e que milhares de pessoas no Brasil, estão ainda transmitindo nos dias presentes a carga viral. Então, é uma questão a ser resolvida considerando que a lei deve se adequar aos eventos atuais que ocorrem na sociedade.

Acontece que muitas das pessoas infectadas podem adquirir sequelas para o resta da vida, é o que é retratado em matéria da Universidade de Estadual de Campinas – UNICAMP (2020), é dito os efeitos futuros da infecção pela COVID-19 são preocupantes,

Apesar do impacto do Sars-CoV-2 nos pulmões ser precedente e assustador, impactos duradouros no sistema nervoso podem ser maiores e até mais avassaladores devido à difícil regeneração do tecido nervoso podendo resultar em incapacidades gerais já que o sistema nervoso coordena as funções do organismo como um todo.

Também é uma preocupação da Academia Brasileira de Neurologia (2020), que está percebendo sequelas graves em ex-infectados pelo coronavírus, vejamos o que foi apresentado por eles em site próprio,

São cada vez mais as certezas de que o novo coronavírus pode deixar sequelas em quem adoece com covid-19 e os afetados podem mesmo ser jovens e saudáveis. A maior preocupação é, porém, o facto de não se saber se os danos são reversíveis.

Cansaço, falta de ar, danos em órgãos vitais, fraqueza e atrofia muscular, distúrbios psicológicos, neurológicos ou cognitivos são as sequelas da covid-

19 conhecidas até ao momento numa larga percentagem de pacientes já recuperados.

Vemos com isso que tais sequelas podem desencadear problemas graves a ponto de afetar a vida profissional e pessoal das pessoas, tornando-as para certas atividades incapazes, como é o caso dos danos causados às vias áreas, se a profissão do trabalhador for diretamente ligado a sua condição física como atletas, profissionais de educação física, será mais complicado de seguir na carreira profissional.

Assim, a partir de uma visão mais ampla, o Estado trará para si a responsabilidade- dever de assegurar ao trabalhador a sua subsistência quando este não terá mais a capacidade para se manter com os seus próprios esforços, da sua profissão, e, portanto, torna-se economicamente inativo.

Ao revés desse acontecimento, temos dois Projetos de Lei idealizado pela Câmara dos Deputados, nº PL 5026/2020 e PL 907/21, o primeiro tratando da garantia de assistência integral à saúde dos indivíduos diagnosticados com COVID-19, sintomáticos ou não e no segundo, e apensado a este, em que trata da viabilidade de trazer para o Sistema Único de Saúde (SUS) competência para o tratamento das pessoas com sequelas da COVID-19 para promover uma melhor qualidade de vida.

Vemos com isso que, novos direitos estão para ser implementados diante da grande demanda da sociedade em procurar tratamento para as sequelas deixadas pelo coronavírus que obstaculiza às pessoas como num todo a voltar à vida normal.

## CONCLUSÃO

No capítulo primeiro pudemos observar os aspectos gerais da aposentadoria por incapacidade permanente, vimos as características primordial para entendermos o capítulo seguinte deste trabalho.

Pudemos identificar as normas mais importantes para este estudo no que tange as características sobre o significa acidente de trabalho e como ele é interpretado na doutrina quando tratado como direito decorrente do trajeto percorrido pelo trabalhador de sua casa até o trabalho e vice-versa, e percebemos com isso que há dois entendimentos diferentes sobre o assunto, porém um mais adequado ao caso.

Compreendemos que o acidente de trabalho pode ocorrer dentro do local de trabalho ou no trajeto de locomoção do empregado, e que se tratando de agentes exógenos, pode ser difícil de identificar em qual local o trabalhador se infectou como é o coronavírus.

Vislumbramos as doenças graves ensejadoras do direito à aposentadoria por incapacidade permanente elencadas no rol do art. 151 da lei nº 8.213/91 e identificamos que trata-se de um rol exemplificativo, podendo ser acrescentadas mais doenças graves pelo Ministério da saúde periodicamente por meio de Portaria, e com isso mais pessoas poderão se beneficiar da aposentadoria posto que necessitam dessa declaração para provarem que são merecedoras do direito à aposentadoria por este fundamento.

Já no segundo capítulo observamos a importância da previdência social na vida das pessoas e como ela garante a subsistência do trabalhador quando está impossibilitado exercer as funções normalmente.

Além disso, constatamos que com o passar do tempo, novos direitos vão surgindo, como é o caso da COVID-19 ter sido incluída no rol de doenças graves pelo Ministério da saúde. Essa inclusão permitirá que pessoas que permaneceram com sequelas após o coronavírus possam requerer a aposentadoria por incapacidade permanente.

No entanto fica o questionamento acerca dos novos segurados da previdência social. Pois a norma é transparente ao expor que aqueles que possuem doença preexistente não poderão requerer a aposentadoria pela incapacidade. Estes que por uma desventura, adquire sintomas leves do coronavírus, mas que ao longo do tempo percebe uma piora nas sequelas, terão direito à aposentadoria por incapacidade? Não temos a resposta ainda por se tratar de tema noviço no mundo jurídico.

Todavia, devemos considerar a importância do Estado na verificação de cada caso concreto para que a decisão de concessão do benefício da aposentadoria seja a mais assertiva possível.

Mas que isso, cabe ao Estado promover políticas públicas para resguardar as pessoas que tiveram o coronavírus, e para isso, por meio das PL 5026/2020 e PL 907/21,

criada pela Câmara dos Deputados, busca o tratamento dessas pessoas que permaneceram com sequelas, lhes impedindo de ter uma qualidade de vida.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE NEUROLOGIA**. Covid-19 pode deixar sequelas para o resto da vida.** Publicado em 01 de dezembro de 2020. Disponível em https:/[/www](http://www.abneuro.org.br/post/covid-19-pode-deixar-sequelas-para-o-resto-da-vida).[abneuro.org.br/post/covid-19-pode-deixar-sequelas-para-o-resto-da-vida.](http://www.abneuro.org.br/post/covid-19-pode-deixar-sequelas-para-o-resto-da-vida) Acesso em 27 de maio de 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 5026/2020.** Dispõe sobre a garantia de assistência integral à saúde dos indivíduos diagnosticados com COVID-19, sintomáticos ou não. Disponível em https:/[/www](http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2264664).[camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2264664.](http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2264664) Acesso em 28 de maio de 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 907/2021 e seus apensados apensado ao PL 5026/2020.** Assegura, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a reabilitação de pessoas com sequelas decorrentes da COVID-19 com recursos repassados pela União e dá outras providências. Disponível em https:/[/www](http://www.camara.leg.br/propostas-).[camara.leg.br/propostas-](http://www.camara.leg.br/propostas-) legislativas/2273907, Acesso em 28 de maio de 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Tratamento no SUS para pessoas com sequelas da Covid-19.** Disponível em https:/[/www](http://www.camara.leg.br/tv/760805-tratamento-no-sus-para-).[camara.leg.br/tv/760805-tratamento-no-sus-para-](http://www.camara.leg.br/tv/760805-tratamento-no-sus-para-) pessoas-com-sequelas-da-covid-19/. Acesso em 27 de maio de 2021.

CANELLA, Renata S. Brandão; CANELLA Sérgio (orgs.). **Direito previdenciário: atualidades e tendências.** E-book. Londrina, PR: Thoth, 2019.Não Paginado.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário.** 20. ed. rev., atual. E ampl. E-book. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Não paginado.

GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de direito previdenciário: teoria e questões**.14. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2018.

GOVERNO FEDERAL. **RECOMENDAÇÃO Nº 052, DE 14 DE AGOSTO DE**

**2020. Disponível em** [**http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1319-**](http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1319-) **recomendacao-n-052-de-14-de-agosto-de-2020. Acesso em 28 de maio de 2021.**

MINISTÉRIO DA SAÚDE/GABINETE DO MINISTRO. **Portaria nº 2.309, de 28 de**

**agosto de 2020.** P. 52. Disponível em https:/[/www](http://www.semesp.org.br/wp-).[semesp.org.br/wp-](http://www.semesp.org.br/wp-) content/uploads/2020/09/PORTARIA-N%C2%BA-2.309-DE-28-DE-AGOSTO-DE-

2020.pdf. Acesso em 28 de maio de 2021.

**Sequelas em pacientes recuperados de Covid-19 podem persistir por longo período.** Autora Eliane Comoli, publicado em julho/2020 pelo sítio eletrônico da UNICAMP. Disponível em https:/[/www](http://www.unicamp.br/unicamp/noticias/2020/07/24/sequelas-em-).[unicamp.br/unicamp/noticias/2020/07/24/sequelas-em-](http://www.unicamp.br/unicamp/noticias/2020/07/24/sequelas-em-)

pacientes-recuperados-de-covid-19-podem-persistir-por-longo-periodo. Acesso em 27 de maio de 2021.

## CAPÍTULO 7

## A FLEXIBILIZAÇÃO NAS CONDIÇÕES DA EXECUÇÃO CIVIL SOB REFLEXO DA COVID-19

*RELAXATION OF THE CONDITIONS OF CIVIL EXECUTION UNDER REFLECTION IN COVID-19*

Ana Adélia Sousa Cruz Carvalho1

Bruna Porfiro Marinho2 David Pereira Duarte3

Rayra Maria de Sousa Silva4 Luana da Cunha Lopes5

## RESUMO

O presente artigo busca explorar o procedimento da execução civil no decurso da pandemia causada pela Covid-19, ponderando o impasse da flexibilização nas condições da execução civil face à possibilidade de aplicação da Teoria da Imprevisão. Apoiado nisso, a pesquisa tem intenção de compreender a pandemia como um fato imprevisível, de modo que tal teoria equivalha a ferramenta jurídica destinada a ajustar, por ora, as medidas de constrição. Quanto ao mais, será elucidado o posicionamento doutrinário e jurisprudencial no tocante à fase de execução no contexto da Covid-19, servindo de espeque para uma nova concepção jurídica fundada na bivalência: dignidade humana/responsabilidade patrimonial. Feito isso, o trabalho perfaz-se abordando a análise e discussões dos resultados, seguido das considerações finais, com a utilização da metodologia de pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa e exploratória.

**Palavras-chave**: Execução civil. Imprevisibilidade. Pandemia da Covid-19. Teoria da Imprevisão.

1 Acadêmico de Direito da Cristo Faculdade do Piauí- CHRISFAPI ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0571-3646>

E-mail: [adeliaana840@gmail.com](mailto:adeliaana840@gmail.com)

2 Acadêmico de Direito da Cristo Faculdade do Piauí- CHRISFAPI ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7416-6244

E-mail: [brunaporanga2010@hotmail.com](mailto:brunaporanga2010@hotmail.com)

3 Acadêmico de Direito da Cristo Faculdade do Piauí- CHRISFAPI ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7701-9074

E-mail: [david.pereira.8000@gmail.com](mailto:david.pereira.8000@gmail.com)

4 Acadêmico de Direito da Cristo Faculdade do Piauí- CHRISFAPI ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9159-5569

E-mail: [rayra5678@gmail.com](mailto:rayra5678@gmail.com)

5 Docente do Curso de Direito da Cristo Faculdade do Piauí- CHRISFAPI ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9343-9685

E-mail: [luanahlopes@hotmail.com](mailto:luanahlopes@hotmail.com)

## ABSTRACT

This article seeks to explore the civil enforcement procedure in the course of the pandemic caused by Covid-19, considering the impasse in making civil enforcement conditions more flexible in view of the possibility of applying the Imprediction Theory. Based on this, a research aims to understand the pandemic as an unpredictable fact, so that such a theory is equivalent to a legal instrument to adjust, for now, the constriction measures. In addition, the doctrinal and jurisprudential positioning will be elucidated regarding the execution phase in the context of Covid-19, serving as support for a new legal concept based on bivalence: human dignity / patrimonial responsibility. Once this is done, the work is completed by addressing the analysis and discussion of the results, followed by the final considerations, using the bibliographic research methodology of a qualitative and exploratory nature.

**Keywords**: Civil execution. Unpredictability. Covid-19 Pandemic. Theory of Unpredictability

## INTRODUÇÃO

Ante a magnitude da Pandemia da Covid-19, oriunda do novo Coronavírus (Sars- Cov-2), nos últimos meses o mundo vem padecendo de um cenário atípico e preocupante de saúde pública, impondo enormes desafios, não só pela crise sanitária e econômica, mas também pela adaptação do Poder Judiciário em guiar os processos frente a essa imprevisibilidade.

A datar da primeira morte oficialmente reconhecida no Brasil, no dia 12 de março de 2020, coadunado a rápida disseminação, decretos de calamidade pública foram determinados pelos governos federais, estaduais e municipais, deliberando restrições de aglomeração como medida necessária para prevenir e evitar a propagação e o contágio do vírus.

Nesse ínterim, a pandemia da Covid-19 tem sido sinônimo de isolamento social, ao passo que a rotina de trabalho, reuniões, passeios e ensino presencial tornou-se, sem nenhum aviso prévio, impossibilitada pela fase emergencial da quarentena, em especial o funcionamento de atividades comerciais, excluindo a essa regra apenas aqueles ofícios considerados essenciais, como serviços de saúde e de segurança pública.

Diante disso, o impacto na vida social e econômica das pessoas foi irremissível, e para o Direito não seria diferente. A caracterização da Pandemia como calamidade

pública e seus efeitos no processo civil, como fato jurídico processual, levou o Poder Judiciário a refletir sobre as diversas repercussões envolvendo a impossibilidade no cumprimento daqueles títulos executivos – judiciais e extrajudiciais – que importam responsabilidade suprimida pela normativa extraordinária.

Posto isso, sobrevém a necessidade de abordar a interferência da Pandemia da Covid-19 na execução cível, como fato superveniente, inesperado ou inevitável, ponderando os efeitos desse evento sobre a satisfação da pretensão, que é objeto do processo executivo. Seguindo o raciocínio, ergue-se a problemática norteadora, que se refere: **A flexibilização nas condições da execução civil sob reflexo da Covid-19**.

Assim, o presente estudo buscou, como objetivo primário, compreender a aplicação da Teoria da Imprevisão no processo exequendo, conjecturando a pandemia como um fato imprevisível. Quanto aos objetivos secundários, o artigo aborda o rito executivo no contexto da Covid-19, examinando os impactos dessa imprevisibilidade e o posicionamento doutrinário e jurisprudencial em face desse novo cenário.

Em vista disso, para alcançar o domínio sobre o debate e os objetivos expostos, fora utilizado como metodologia a pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa e de cunho exploratório, a partir da análise de livros, artigos, pesquisas jurídicas, sites e legislação vigente sobre a temática.

## ACEPÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO

Segundo Donoso (2004), o Código de Hammurabi, escrito em pedra há mais de dois mil e quinhentos anos antes da nossa era, já trazia a importância da Teoria da Imprevisão, podendo se dizer que a sua origem histórica é identificada desde essa época. Outrora, a lei 48 do referido Código trazia a previsão de que:

Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta de água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano.

O desenvolvimento da teoria, contudo, deu-se na França, através da cláusula *rebus sic stantibus*, derivada do Direito Canônico, a qual permitia tornar flexível a rigidez obrigacional dos contratos quando necessário para a equivalência das prestações. Somado a isso, a ideia ganhou força após a primeira guerra mundial e o surgimento de novas ideologias sociais, que ensejaram o reexame da aplicação fiel e absoluta do *pacta sunt servanda*.

Com nova roupagem jurídica, a cláusula *rebus sic stantibus* desponta sob a denominação de Teoria da Imprevisão, que hoje tem previsão legal no art. 317 do Código Civil de 2002 e, no Direito Brasileiro, viabiliza o acerto do contrato. Consoante a explicação dos juristas e professores Elpídio Donizetti e Felipe Quintella, no Curso de Direito Civil (2020), são quatro os pressupostos da revisão contratual por aplicação dessa teoria:

* 1. que se trate de **contrato comutativo** de **execução diferida ou continuada**; (2) que, quando da execução, tenha havido **alteração das circunstâncias fáticas vigentes à época da contratação**; (3) que essa alteração fosse **inesperada e imprevisível** quando da celebração do contrato; (4) por fim, que a alteração tenha promovido **desequilíbrio entre as prestações**.

A de se considerar, portanto, que a pandemia do novo Coronavírus cumpre os requisitos da instabilidade inesperada e imprevisível, bem como ocasiona efeito gravoso no meio social, de modo a frustrar o cumprimento do que foi avençado antes do seu advento. Com isso, a finalidade da aludida teoria vem no sentido de dar plena e integral aplicação ao princípio da segurança jurídica e certeza do direito.

Em síntese, insta esclarecer que a observância da Teoria da Imprevisão não leva somente à resolução do contrato, mas também a sua reforma equitativa para que esse se convalesça, de sorte a permitir o adimplemento do acordo em harmonia com a ordem econômica e social vigente, considerada suscetível de desequilíbrio contratual.

## 2.1 POSSIBILIDADE DA SUA APLICAÇÃO AMPLIADA NA EXECUÇÃO CIVIL

Por certo, já existe julgados a favor da aplicação da Teoria da Imprevisão na revisão das obrigações contratuais, admitindo o ajuste do momento da execução à realidade fática do novo Coronavírus, por se tratar de caso claro e clássico de excepcionalidade que pode ser prontamente comprovada pelas necessárias políticas públicas para controle da disseminação do vírus.

Tal visão pode, inclusive, ser ratificada pela disposição contida no art. 317 do Código Civil, que diz:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

No entanto, o desempenho dessa teoria parece encontrar respaldo legal apenas em títulos executivos extrajudiciais - que são aqueles originados fora do Poder Judiciário, mas que possuem eficácia executiva por força de lei -, na medida em que autoriza não só a revisão, como também a resolução contratual com base na imprevisão, revalidada pelos arts. 478, 479 e 480, ambos do Código supracitado.

Nessa esteira, os juristas Ana Caroline Ferreira de Melo Brito e Gilberto Canhadas Filho, no artigo “A execução civil no contexto da Covid-19”, argumentam que as obrigações previstas em sentença também poderiam, a depender do caso concreto, ter o seu prazo estendido ou seu cumprimento modulado, atendendo a pandemia como fato extraordinário que também dificulta o cumprimento destas.

Assim dizendo, obviamente que os títulos executivos judiciais, formados mediante certidão de trânsito em julgado ou decisão interlocutória, não se sujeitam a resolução por efeito da pandemia, mas a imprevisão oriunda desse cenário insólito justificaria a flexibilização dos prazos ou o parcelamento do débito, dando efetividade ao procedimento da execução e à satisfação do direito do exequente.

Faz-se imperioso mencionar que o CPC/2015 prevê essa possibilidade de parcelamento em até 6 (seis) parcelas mensais, desde que seja depositado 30 (trinta) por cento do valor do débito pelo executado, incluindo as custas e honorários do advogado, previsto em seu art. 916:

Art. 916. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de trinta por cento do valor em execução, acrescido de custas e de honorários de advogado, o executado poderá requerer que lhe seja permitido pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês.

Em compensação, ainda no mesmo código, a lei passou a declarar vedação expressa da aplicação do referido artigo em sede de cumprimento de sentença, nos termos do art. 916, § 7º, que reza: “Art. 916. § 7º O disposto neste artigo não se aplica ao cumprimento da sentença”.

Contudo, a pandemia causada pelo novo Coronavírus é um fato real e inexorável, razão pela qual a interpretação do Código de Processo Civil deve levar em conta as peculiaridades imprevisíveis do caso concreto para, assim, de modo ampliativo e sistemático, minimizar as consequências jurídicas de caso fortuito ou força maior na execução.

Em face disso, não se entende plausível, tampouco razoável, o uso literal de um comando sem antes estudar os proveitos que a sua flexibilização poderia trazer, tanto para

o exequente como para o executado, sob o argumento de que este é o momento justo para requerer o parcelamento, haja vista a situação repentina de emergência que estamos vivenciando.

Afinal, a admissão do parcelamento nos títulos executivos judiciais e extrajudiciais, levando em conta o tempo de duração (que pode chegar até 06 meses), elevaria a economia processual e a duração razoável do processo, a cooperação entre as partes, e a satisfação do crédito, como assim pleiteia o exequente; suprimindo, ao menos durante esse cenário da pandemia, o dito óbice legal do § 7º.

No mesmo raciocínio, merece registro a reflexão sobre a possível formação de novas condições de execução civil, em que as próprias partes, por exemplo, convencionariam novo calendário processual, a impenhorabilidade de certos bens ou, ainda, a renúncia de juros moratórios, desde que satisfeitas as demais premissas legais para sua realização e de acordo com a aquiescência do exequente.

Por isso, temos que o momento presente está permitindo a instrumentalização de institutos jurídicos que possibilitam flexibilizar as condições do rito executivo, utilizando

o princípio da cooperação e o da boa-fé para se obter a solução do conflito de sorte a satisfazer o direito do exequente e não onerar excessivamente o executado.

## PANDEMIA COMO EVENTO IMPREVISÍVEL

Em concordância com todo o exposto, cumpre assimilar a crise decorrente do nomeado Coronavírus como fato indiscutível de extemporaneidade, ao passo que a propagação da doença se deu de forma súbita e inesperada ao redor do mundo e os efeitos atingem a sociedade como um todo. Como são visíveis e divulgadas de forma ampla pela mídia impressa, digital e televisiva, diversas medidas estão sendo adotadas, a fim de diminuir a proliferação do vírus, que vão desde o isolamento, a quarentena enfim.

Com isso, a Covid-19 elevou de um estágio de risco para um ambiente de indeterminação e incertezas, sendo um fato que prejudicou o desenvolvimento e movimentação da atividade empresarial. Como consequência, é previsto que muitas relações contratuais sejam descumpridas, suspensas ou até mesmo encerradas, devido a impossibilidade e/ou dificuldade da prestação de serviços.

Em contrapartida, essa crise também serviu para expor eventuais lacunas do nosso ordenamento jurídico. À vista disso, sob o prisma do Direito Processual Civil, a pandemia fez com que fosse possível reconhecer nitidamente a seguinte omissão: o Código de

Processo Civil não prevê soluções para minimizar os efeitos jurídicos de imprevisibilidade na execução.

Desse modo, em tempos como esse em que estamos vivendo, é importante a necessidade de ter cautela, compreensão e analisar cada caso, sendo crucial haver um diálogo sincero entre as partes, para facilitar que o cumprimento de obrigações seja ajustado dentro da nova realidade de cada um, em concordância com a colaboração, o bom senso e, principalmente, a boa-fé.

Insta dizer que cada situação necessita de uma investigação dos parâmetros para determinar o nexo causal. É importante a análise dos fatos, circunstâncias e comportamentos apresentados pelas partes que justifiquem suas ações e omissões em virtude da pandemia, corolário à inexecução involuntária da prestação por impossibilidade objetiva.

Assim, de acordo com a matéria exposta na revista Consultor Jurídico (2020), a caracterização de certa circunstância como evento imprevisível fica a depender da concreta incapacidade de cumprimento da obrigação, seja por impossibilidade do seu objeto, em virtude do evento externo inevitável; seja do sujeito, acometido pelo vírus que o incapacita de efetuar a prestação.

De outro modo, entende-se que há episódios completamente inviáveis de se evitar os impactos gerados pela pandemia, pois, muito embora ocorrido fora do processo e alheio à vontade daqueles atores que o integram, produz efeitos para dentro dele, então, deve-se tentar evitar o evento nocivo ou ao menos diminuir as suas consequências. Entretanto, em outros casos, o adimplemento da obrigação é possível e, caso não seja feito, não configura caso fortuito ou força maior.

Em suma, não existe uma resposta padrão na discussão quanto as implicações que o Coronavírus gera no âmbito da execução civil, mas existem medidas jurídicas modernas para preparar o exame dos casos concretos sem que haja o comprometimento da segurança jurídica em relação aos resultados. Assim, é certo que as circunstâncias atuais, mesmo que indique anormalidade, nem sempre impossibilita o desenvolvimento do processo.

## RITO EXECUTIVO CIVIL NO CONTEXTO DA COVID-19

Com o fito de endossar as recomendações de saúde, prevenindo o contágio do vírus, e assegurar a inafastabilidade da Jurisdição, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ),

por meio da Resolução 313, de 19 de março de 2020, instituiu o regime de plantão extraordinário, no qual reza em seu art. 1º, caput:

Art. 1º - Estabelecer o regime de Plantão Extraordinário, no âmbito do Poder Judiciário Nacional, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários e garantir o acesso à justiça neste período emergencial, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19.

Dessa maneira, muito tem se discutido a respeito das consequências da pandemia na execução civil, uma vez que, no âmbito do Direito Processual, o procedimento de execução é o que mais vem sendo abalado pelos efeitos econômicos da Covid-19, aflorando o debate sobre a tolerância dos pagamentos de obrigações contratuais e condenações judiciais.

Por essa razão, atendendo ao momento imprevisível de crise econômica, faz-se preciso a desenvoltura de mais cautela e compreensão diante do caso concreto, para que dessa forma seja possível alcançar a satisfação do crédito do executante e dar efetividade ao procedimento de execução, analisando quais as alternativas disponíveis para credor e devedor nesse espaço de singularidade.

Em vista disso, deve-se analisar quem “deu causa” à inadimplência da obrigação, já que em muitos casos pode não ser por culpa do executado, mas sim pela situação de desarranjo econômico instaurado com a pandemia. Por isso, é essencial que, caso o réu perceba que não poderá cumprir o acordo no prazo determinado, explique esta situação perante o juízo, comprovando a sua insolvência, ainda que momentânea, sob pena de sofrer constrições judiciais sobre os seus bens.

Convém ressaltar que a eclosão de uma atual calamidade pública, por si só, não justifica automática suspensão das obrigações financeiras, nem a paralisação dos processos judiciais, de modo que, para tais concessões, a parte apresente provas indicando o justo impedimento do feitio da obrigação, requerendo a prorrogação do prazo. Tal pedido, inclusive, está previsto no art. 222, § 2º, do CPC que estipula que os prazos processuais podem ser prorrogados em situações de calamidade pública.

Dentre as medidas realizadas pelo Poder Judiciário para enfrentamento dessas adversidades, a Teoria da Imprevisão tem sido constantemente acionada nas demandas que têm como pano de fundo o novo Coronavírus, fazendo-se necessário, portanto, investigar em que momento se revela viável e prudente o emprego de medidas executivas em face do executado.

Levando em consideração a experiência do magistrado Frederico dos Santos Messias, relatada na revista Consultor Jurídico (2020), a análise dos processos de

execução durante o trabalho remoto resultou na percepção de duas situações bem distintas, tais como: situações de inadimplência anteriores à pandemia e situações de inadimplência surgidas durante a crise do novo coronavírus.

Por certo, há quem se aproveite da urgência que a situação impõe como meio de subterfúgio processual. Portanto, na hipótese de descumprimento preexistente à pandemia, o devedor não pode se valer da exceção legal nem socorrer ao fato superveniente, imprevisível e invencível, como forma de se eximir da obrigação, salvo quando demonstrar algum feito novo intrinsecamente relacionado à crise.

Não obstante, torna-se possível a flexibilização nas condições da execução civil, desde que o incumprimento seja por circunstâncias invencíveis pelo devedor, surgida durante a pandemia ou em momento de crise econômica dela decorrente, e que a inadimplência esteja diretamente ligada com esse caso de excepcionalidade. Outrossim, ainda cabe ao devedor o ônus de comprovar o prejuízo financeiro proveniente do isolamento social.

Quanto ao mais, imperioso faz salientar que os meios consensuais de resolução de conflitos se destacam como o melhor caminho para se alcançar a satisfação da pretensão, bem como a aplicação do art. 916 do CPC com possibilidade de parcelamento em todas as formas de execução, seja na ação autônoma ou no cumprimento de sentença de obrigação de pagar quantia certa, a fim de que os atos expropriatórios sejam realizados apenas após o exaurimento das tentativas de autocomposição e da possibilidade de parcelamento.

Afinal, diante do momento sensível vivenciado em todo o mundo, o Direito Processual Civil deverá se reinventar e se adequar, assim como todos os outros ramos da sociedade, sendo certo que não há solução única, pois cada caso deve ser interpretado de acordo com a sua particularidade, tendo o princípio basilar da cooperação entre as partes como meio de mitigar o rito executivo e, de sorte, entregar a efetiva prestação jurisdicional.

## CRIVO HERMENÊUTICO E JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA

Não resta dúvida que as medidas de proteção contra a Covid-19 ensejaram instabilidade na economia do país, de modo a causar onerosidade excessiva na execução ou até mesmo afetar a possibilidade de cumprimento dos títulos executivos na forma

avença anterior à pandemia. Por isso, busca-se uma nova concepção jurídica fundada na bivalência: dignidade humana e responsabilidade patrimonial.

No entanto, não há o que se falar em presunção de dificuldade, uma vez que incumbe ao demandado demonstrar elementos de condição extraordinária que frustram a legitimidade dos atos de execução judicial e, nessa conformidade, a jurisprudência sobrevém no sentido de adequar a realidade fática à cada situação jurídica:

“Os efeitos da pandemia COVID-19, causada pelo vírus Sars-CoV-02, no que tange à redução de capacidade financeira em decorrência das medidas ditadas pelo Decreto Estadual nº 64.881, de 22 de março de 2020, demanda exame individual, cabendo ao devedor acionado comprovar, no mínimo, redução de ganho e comprometimento do orçamento para de aferir se do imprevisível resulta caracterizado fato extraordinário passível de ingerência no consenso bilateral, do contrário prevalecendo o negócio jurídico nos termos em que ajustado sem provocação e demonstração dos elementos exigidos resulta sem base legal obstar prática de atos de execução legítimos requeridos pelo credor”

– Decisão modificada. Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2099854-35.2020.8.26.0000; Relator (a): José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto; Órgão Julgador: 37º Câmara de Direito Privado; Foro de Paunília – 1ª Vara; Data do Julgamento:27/05/2020; Data de Registro: 27/05/2020).

Dando seguimento, as execuções civis fundadas em inadimplência de pensão alimentícia ganham notoriedade entre os doutrinadores e tribunais, dado que o meio coercitivo de prisão civil intriga o combate à Covid-19, por colocar o devedor em ambiente fechado, insalubre e potencialmente perigoso ao contágio. Diante disso, as primeiras decisões foram no sentido de que, enquanto vigente a Pandemia, a prisão civil seria cumprida em regime domiciliar, como reitera o julgamento a seguir:

**“**Consoante entendimento jurisprudencial, em processo de execução de alimentos, descabe a discussão acerca do binômio necessidade-possibilidade, devendo essa questão ser apreciada em demanda própria - ação revisional ou ação exoneratória de alimentos -, em processo de conhecimento. Caso em que a cobrança está amparada em título executivo líquido, certo e exigível, bem como foram observadas as formalidades legais. Por outro lado, não demonstrado pelo executado fato novo, superveniente, grave e excepcional, que justifique o inadimplemento momentâneo, involuntário e absoluto do encargo alimentar. Dessa forma, preenchidos os requisitos, cabível o decreto de prisão civil, nos termos do [art. 528,](https://modeloinicial.com.br/lei/CPC/codigo-processo-civil/art-528) [§ 7º,](https://modeloinicial.com.br/lei/CPC/codigo-processo-civil/art-528%2Cpar-7) do [CPC.](https://modeloinicial.com.br/lei/CPC/codigo-processo-civil) Contudo, em razão da pandemia causada pela COVID-19, excepcionalmente, fica autorizado o cumprimento da prisão civil em regime domiciliar. Precedente do STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.” (TJ-RS; Agravo de

Instrumento, Nº 70083031377, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Afif Jorge Simões Neto, Julgado em: 28-04-2020).

O exordial, porém, sofreu resistência em vários estados federativos, não se sustentando por muito tempo, sob a justificativa de não cumprir o mandamento legal, além de ferir, por linhas colaterais, a própria dignidade do alimento. Sendo assim, a 3ª Turma do STJ alterou seu entendimento, ratificando não ser plausível o cumprimento em

regime domiciliar, sob pena de condicionar o disposto no art. 528, § 4º do Código de Processo Civil, e, assim, estabeleceu a suspensão da prisão civil, durante o período pandêmico, vejamos:

“Afasta-se a possibilidade de prisão domiciliar dos devedores de dívidas alimentícias para apenas suspender a execução da medida enquanto pendente o contexto pandêmico mundial (...) A prisão civil suspensa terá seu cumprimento no momento processual oportuno, já que a dívida alimentar remanesce íntegra, pois não se olvida que, afinal, também está em jogo a dignidade do alimento, em regra, vulnerável.” (STJ; HC Nº 574.495; Órgão Julgador: Terceira Turma do STJ; Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Julgado em: 29/05/2020; Publicação: Dje 01/06/2020).

Ainda sobre a execução de alimentos, surge a apreciação sobre o emprego de medidas coercitivas atípicas retiradas do art. 139, inciso IV do CPC, levando em conta o Princípio da Atipicidade, debatendo-se a viabilidade jurídica da apreensão de passaporte ou de carteira nacional de habilitação (CNH) como ato de constrição nas ações de alimentos. Sob esse prisma, o renomado Dr. Flávio Tartuce (2020, p. 12) pondera que:

O meu entendimento doutrinário vinha sendo no sentido de que no caso dos alimentos familiares o debate ganharia especial magnitude, uma vez que é possível medida até mais severa, qual seja a prisão civil do devedor, em regime fechado. Sendo assim, se é viável o mais é possível o menos, ou seja, a apreensão de documentos com a consequente restrição de direitos, o que acaba sendo medida até menos onerosa e alternativa à restrição da liberdade, e deve ser buscado nestes tempos de COVID-19.

Sem dúvidas, há quem tire proveito da iminência desse cenário para requerer os mais diversos tipos de tutela jurisdicional perante o Judiciário.

Daí porque o Supremo Tribunal Federal tem priorizado avaliar a expectativa do direito antes mesmo da ameaça na demora envolvido, cumulando decisões no sentido de que o início de execução provisória fundada em acórdão alvo de recurso especial, mesmo em tempos de pandemia, não constitui justificativa suficiente para a concessão do efeito suspensivo ao recurso especial (EDcl na TP nº 2.680/PR, relatoria da Ministra Nancy Andrighi).

## ANÁLISE E DISCUSSÕES DOS RESULTADOS

A pesquisa, afinal, dedicou-se ao estudo das condições da execução civil e a possibilidade de sua flexibilização, em conformidade com o evento extraordinário causado pela pandemia da Covid-19. Para isso, foi explorado a funcionalidade da Teoria da Imprevisão e a possibilidade de sua aplicação no rito executivo, mediante a compreensão da pandemia como um fato inesperado e inevitável, do qual advém dadas

impossibilidades de implemento do título executivo. Ocorre que, observando os entendimentos majoritários ora citados, não há nenhuma resposta certa a essa problematização, tendo em vista a necessidade de se verificar o caso em concreto, suas causas e seus efeitos, de modo que, provado o comprometimento da capacidade financeira do executado em razão da crise pandêmica, haverá a possibilidade de flexibilizar o rito executivo; do contrário, entende-se não existir razão para inviabilizar a adoção de medidas executivas de constrição.

## CONCLUSÃO

Sabe-se que a execução do sistema jurídico nacional é de responsabilidade patrimonial, em observância ao princípio da Patrimonialidade da Execução. Quer dizer que, uma vez inadimplida a obrigação, o patrimônio do executado é quem responderá pelo seu cumprimento, para que seja assegurada a satisfação do exequente, mediante execução forçada.

Dessa forma, o impacto da pandemia do Coronavírus e suas consequências na economia mundial revela uma tensão de satisfatividade no procedimento de execução, dado que muitos devedores se viram com a sua capacidade financeira reduzida em virtude da restrição da atividade comercial, refletindo, portanto, na incapacidade de consumar os títulos executivos, judiciais ou extrajudiciais.

À priori, não existe regra clara a ser estabelecida quanto a possibilidade de mitigar o rito executivo, o que existe são posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais no sentido de adequar o caso concreto ao cenário de incerteza vivenciado, daí surge diversas celeumas quanto a viabilidade dos atos de constrição.

De toda forma, entende-se que as situações de inadimplência preexistente à declaração da pandemia, e que assim permaneceram na sua vigência, sujeitam-se a prova robusta de fato novo correlacionado as restrições do isolamento social, pois, decerto, não deverá prosperar o viés oportunista de fuga processual.

Noutro giro, nos casos de inadimplência surgidas durante a pandemia há de se ponderar a relativização da execução civil, contanto que o devedor comprove o nexo causal entre a situação de incumprimento e a declaração de pandemia, sempre averiguando a boa-fé do executado.

Por todo o exposto, conclui-se que a Jurisdição parece se passar nos domínios da transitoriedade e urgência, utilizando-se da façanha hermenêutica, bem como

principiológica, para elucidar as lacunas e obscuridades da lei frente à flexibilização nas condições da execução civil que, sem dúvida, suscita imensuráveis divergências, inevitáveis diante dos reflexos dessa pandemia.

## REFERÊNCIAS

VIEIRA, Eliasi. **Breves considerações sobre a teoria da imprevisão**. In.: Migalhas. 2 de set. de 2020. Disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/depeso/332777/breves-](https://www.migalhas.com.br/depeso/332777/breves-consideracoes-sobre-a-teoria-da-imprevisao) [consideracoes-sobre-a-teoria-da-imprevisao](https://www.migalhas.com.br/depeso/332777/breves-consideracoes-sobre-a-teoria-da-imprevisao)>. Acesso em: 14 de abr. de 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Algumas considerações sobre a Teoria da Imprevisão**. In.: Jus Navigandi. Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/2206/algumas-consideracoes-sobre-a-teoria-da-imprevisao>>. Acesso em: 14 de abr. de 2021.

LEITE, Carlos Alberto. **Teoria da Imprevisão – Coronavírus**. In.: Migalhas. 23 de março de 2020. Disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/depeso/322291/teoria-](https://www.migalhas.com.br/depeso/322291/teoria-da-imprevisao---coronavirus) [da-imprevisao---coronavirus](https://www.migalhas.com.br/depeso/322291/teoria-da-imprevisao---coronavirus)> Acesso em: 14 de abr. de 2021.

**DE** SOUZA, Júlio César Oliveira. **Covid-19: o impacto da imprevisibilidade sobre as obrigações decorrentes de contratos comutativos e de execução continuada à luz do código civil brasileiro**. In.: OAB ESA. Goiás 2020. Disponível em:

<[https://www.oabgo.org.br/esa/artigo-esa-goias/covid-19-o-impacto-da-](https://www.oabgo.org.br/esa/artigo-esa-goias/covid-19-o-impacto-da-imprevisibilidade-sobre-as-obrigacoes-decorrentes-de-contratos-comutativos-e-de-execucao-continuada-a-luz-do-codigo-civil-brasileiro) [imprevisibilidade-sobre-as-obrigacoes-decorrentes-de-contratos-comutativos-e-de-](https://www.oabgo.org.br/esa/artigo-esa-goias/covid-19-o-impacto-da-imprevisibilidade-sobre-as-obrigacoes-decorrentes-de-contratos-comutativos-e-de-execucao-continuada-a-luz-do-codigo-civil-brasileiro) [execucao-continuada-a-luz-do-codigo-civil-brasileiro](https://www.oabgo.org.br/esa/artigo-esa-goias/covid-19-o-impacto-da-imprevisibilidade-sobre-as-obrigacoes-decorrentes-de-contratos-comutativos-e-de-execucao-continuada-a-luz-do-codigo-civil-brasileiro)>. Acesso em: 14 de abr. de 2021.

MESQUITA, Arthur Ribeiro. **Comentários sobre as consequências da pandemia na execução civil**. In.: Jusbrasil. 2020. Disponível em:

<[https://ieadireito.jusbrasil.com.br/artigos/838234637/comentarios-sobre-as-](https://ieadireito.jusbrasil.com.br/artigos/838234637/comentarios-sobre-as-consequencias-da-pandemia-na-execucao-civel%3e.%20Acesso) [consequencias-da-pandemia-na-execucao-civel>. Acesso](https://ieadireito.jusbrasil.com.br/artigos/838234637/comentarios-sobre-as-consequencias-da-pandemia-na-execucao-civel%3e.%20Acesso) em: 14 de abr. de 2021.

MESSIAS, Frederico dos Santos. **Medidas de execução indiretas em tempos de pandemia**. In.: Consultor Jurídico. 10 de jul. de 2020. Disponível em: < [https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/medidas-execucao-indiretas-tempos-pandemia-](https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/medidas-execucao-indiretas-tempos-pandemia-covid-19) [covid-19](https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/medidas-execucao-indiretas-tempos-pandemia-covid-19)>. Acesso em: 14 de abr. de 2021.

BRITO, Ana Caroline de Melo; FILHO, Gilberto Canhadas. **A execução civil no contexto da Covid-19**. In.: Migalhas. 9 de abr. de 2020. Disponível em:

<[https://www.migalhas.com.br/depeso/324234/a-execucao-civil-no-contexto-da-covid-](https://www.migalhas.com.br/depeso/324234/a-execucao-civil-no-contexto-da-covid-19) [19](https://www.migalhas.com.br/depeso/324234/a-execucao-civil-no-contexto-da-covid-19)>. Acesso em: 14 de abr. de 2021.

FLÁVIO, Tartuce. **Direito e Pandemia**. Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal, 2020. Disponível em: <<https://s.oab.org.br/revista-direito-pandemia.pdf>>. Acesso em: 14 de abr. de 2021.

DONOSO, Denis. **Teoria da imprevisão no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. In.: Jus Navigandi. Teresina, ano 8, n. 269, 2 abr. 2004.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5030>>. Acesso em: 14 de abr. de 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume IV**: **contratos, tomo I: teoria geral**. 6.ed e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTO, Leandro; RIBEITO, Ana Gabriela Leite**. STJ: as primeiras decisões em tempos de pandemia**. In.: JOTA, 2020 .Disponível em:

<[https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-primeiras-decisoes-em-tempos-de-](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-primeiras-decisoes-em-tempos-de-pandemia-08072020#_edn10) [pandemia-08072020#\_edn10](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-primeiras-decisoes-em-tempos-de-pandemia-08072020#_edn10)>. Acesso em: 14 de abr. de 2021.

NETO, Antônio. **Possibilidade de parcelamento de débitos que estão em execução judicial**. In.: Mendonça & Crisanto advogados. Disponível em:

<https://mendoncaecrisanto.adv.br/artigo/possibilidade-de-parcelamento-de-debitos- que-estao-em-execucao-judicial#>. Acesso em: 14 de abr. de 2021.

QUINTELLA, Felipe. **A pandemia do coronavírus e as teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva**. In.: Jusbrasil, 2020. Disponível em:

<[https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/822994764/a-pandemia-do-coronavirus-e-](https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/822994764/a-pandemia-do-coronavirus-e-as-teorias-da-imprevisao-e-da-onerosidade-excessiva) [as-teorias-da-imprevisao-e-da-onerosidade-excessiva](https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/822994764/a-pandemia-do-coronavirus-e-as-teorias-da-imprevisao-e-da-onerosidade-excessiva)>. Acesso em: 14 de abr. de 2021.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato; DIAS, Antônio Pedro. **Contratos, força maior, excessiva onerosidade e desequilíbrio patrimonial**. In.: Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https:/[/www](http://www.conjur.com.br/2020-abr-20/opiniao-).[conjur.com.br/2020-abr-20/opiniao-](http://www.conjur.com.br/2020-abr-20/opiniao-) efeitos-pandemia-covid-19-relacoes-patrimoniais#author>. Acesso em: 14 de abr. de 2021.

TJSP; Agravo de Instrumento 2099854-35.2020.8.26.0000; Relator (a): José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto; Órgão Julgador: 37º Câmara de Direito Privado; Foro de Paunília – 1ª Vara; Data do Julgamento:27/05/2020; Data de Registro: 27/05/2020.

Disponível em: <[https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/924601050/processo-civel-](https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/924601050/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-agravos-agravo-de-instrumento-ai-345933920208160000-pr-0034593-3920208160000-acordao/inteiro-teor-924601060) [e-do-trabalho-recursos-agravos-agravo-de-instrumento-ai-345933920208160000-pr-](https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/924601050/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-agravos-agravo-de-instrumento-ai-345933920208160000-pr-0034593-3920208160000-acordao/inteiro-teor-924601060) [0034593-3920208160000-acordao/inteiro-teor-924601060](https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/924601050/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-agravos-agravo-de-instrumento-ai-345933920208160000-pr-0034593-3920208160000-acordao/inteiro-teor-924601060)>. Acesso em: 14 de abr. de 2021.

STJ; HC Nº 574.495; Órgão Julgador: Terceira Turma do STJ; Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; Julgado em: 29/05/2020; Publicação: Dje 01/06/2020. Disponível em: <[https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/868173449/habeas-corpus-](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/868173449/habeas-corpus-hc-574495-sp-2020-0090455-1/inteiro-teor-868173457?ref=juris-tabs) [hc-574495-sp-2020-0090455-1/inteiro-teor-868173457?ref=juris-tabs.](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/868173449/habeas-corpus-hc-574495-sp-2020-0090455-1/inteiro-teor-868173457?ref=juris-tabs)> Acesso em 14 de abr. de 2021.

TJ-RS; Agravo de Instrumento, Nº 70083031377, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Afif Jorge Simões Neto, Julgado em: 28-04-2020. Disponível em: <[https://modeloinicial.com.br/artigos/303/covid-veja-como-tribunais-estao-](https://modeloinicial.com.br/artigos/303/covid-veja-como-tribunais-estao-decidindo-sobre-tema) [decidindo-sobre-tema](https://modeloinicial.com.br/artigos/303/covid-veja-como-tribunais-estao-decidindo-sobre-tema)>. Acesso em: 14 de abr. de 2021.

## CAPÍTULO 8

## MULHERES TRANS, VIOLÊNCIA SIMBÓLICA E O RITO DE PASSAGEM DE INDIVÍDUO A SUJEITO TRANS NA PERSPECTIVA DE ALAN TOURAINE

*TRANS WOMEN, SYMBOLIC VIOLENCE, AND THE RITE OF PASSAGE OF THE INDIVIDUAL TO THE TRANS SUBJECT IN THE PERSPECTIVE OF ALAN TOURAINE*

Lucimary Leiria Fraga1 Juliani Borchardt da Silva2 Sandra Vidal Nogueira3 Serli Genz Bölter4

## RESUMO

Neste artigo abordam-se conexões entre violência simbólica, sujeito e transfeminismo como práxis emancipatória. A pergunta que norteia esta investigação é: a passagem de indivíduo a sujeito pode inibir a violência simbólica contra o segmento trans? Assim, num primeiro momento serão feitas considerações acerca da violência simbólica como forma de opressão as identidades trans. Num segundo momento, será abordada a busca por cidadania como uma afirmação do direito à diferença. Em seguida será discutida a definição do ser mulher e a constituição das transidentidades enquanto sujeitos, a partir de Alain Touraine. Por fim, é discutido o sujeito trans no movimento transfeminista e sua importância para a garantia dos direitos trans. Em nível metodológico, faz-se uma abordagem histórico-sociológica para compreender os aspectos sociológicos que

1 Mestranda em Desenvolvimento e Políticas Públicas (Universidade Federal da Fronteira Sul). Bolsista (UFFS). Mestra em Direito pelo PPG Stricto Sensu da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* de Santo Ângelo. Bacharela em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) Campus de Santo Ângelo. Instrutora de trânsito (URI). "Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito, Cultura e Religião: conexões e interfaces", o qual se vincula à linha de pesquisa Direito e Multiculturalismo, do Programa Stricto Sensu Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI Campus de Santo Ângelo-RS. Membro do Grupo de Pesquisa Novos Direitos em Sociedades Complexas, vinculado ao Programa Stricto Sensu Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI Campus de Santo Ângelo-RS (CNPQ). Pesquisa temas relacionados a mulheres Trans, identidade e diferença. E-mail: [lucimary23@hotmail.com.](mailto:lucimary23@hotmail.com)

2 Doutora em Memória Social e Patrimônio Cultural (UFPEL). E-mail: [juossette@hotmail.com.](mailto:juossette@hotmail.com)

3 Pós-Doutora em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões, *Campus* de Santo Ângelo/RS. Doutorado em Educação (PUC/SP). Servidora Pública Federal no Quadro do Magistério na Universidade Federal da Fronteira Sul (UFFS), *Campus* de Cerro Largo/RS. Profa. do Mestrado em Desenvolvimento e Políticas Públicas, dedica-se aos estudos sobre *“Estado, Sociedade e Políticas de Desenvolvimento”*. E-mail: [sandra.nogueira@uffs.edu.br.](mailto:sandra.nogueira@uffs.edu.br)

4 Pós-doutora em Direito (UFSC), Doutora em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS, 2013), Mestra em Educação nas Ciências Área Direito (UNIJUI). Professora da Universidade Federal da Fronteira Sul (UFFS). Professora do Programa de Pós Graduação em Desenvolvimento e Políticas Públicas (UFFS). Atua nas áreas da Teoria Geral do Direito e Sociologia do Direito, tendo como temas de estudo: fundamentos do direito; judicialização; movimentos sociais e direito ambiental. E-mail: [serli.bolter@uffs.edu.br.](mailto:serli.bolter@uffs.edu.br)

envolvem o processo do tornar-se sujeito e cidadão, além de possibilitar um olhar sobre a violência simbólica sofrida por este segmento. A compreensão complexa mostra-se pertinente, a fim de possibilitar um olhar sistêmico para as vivências Trans, tirando-as da (in)visibilidade social.

**Palavras-chave**: Trans. Violência simbólica. Indivíduo. Sujeito em Alan Touraine.

## ABSTRACT

In this article connections between symbolic violence, subject and transfeminism as emancipatory praxis are addressed. The question that guides this investigation is if the passage from individual to subject can inhibit symbolic violence against the trans segment? Thus, at first, considerations will be made about symbolic violence as a form of oppression of trans identities. In a second moment, the search for citizenship will be approached as an affirmation of the right to difference. Next, the definition of being a woman and the constitution of transidentities as subjects will be discussed, based on Alain Touraine. Finally, the trans subject in the transfeminist movement and its importance for the guarantee of trans rights are discussed. At the methodological level, a historical- sociological approach is taken to understand the sociological aspects surrounding the process of becoming subject and citizen, besides allowing a look at the symbolic violence suffered by this group. The complex understanding proves to be pertinent in order to enable a systemic look at the Trans experiences, taking them out of (in) social visibility. **Keywords**: Trans. Symbolic violence. Individual. Subject in Alan Touraine.

## Introdução

As temáticas envolvendo sexualidades, desejos e vivências de seres humanos que se auto identificam gênero-divergentes5 sempre acaloram as reflexões no meio acadêmico. No mesmo compasso, quando abordadas fora deste espaço, em muitos momentos são carregadas de tentativas disciplinadoras e morais, ou, de forma ainda mais retrógrada, são trazidas à tona pelo caráter meramente biológico. Todavia, tais reflexões necessitam mergulhar na seara dos direitos humanos, da liberdade de expressão, da alteridade e da não castração ao desejo e aos corpos Trans.

5 No entender da autora Letícia Lanz, gênero-divergentes são aqueles seres humanos que destoam das normas binárias de gênero (macho/fêmea), deste modo, o termo abarca todas as identidades que não se enquadram neste padrão. (LANZ, 2017).

Há que se transcender da abordagem patologizante e biológica quando se falar em Trans e homossexuais, compreendendo que a construção da sociedade se perfaz cada dia mais plural, não cabendo mais análises que não contemplem a multiplicidade de diferenças sociais construídas a partir de vivências e historicidades de cada ser humano ao longo da vida. Sendo assim, este ensaio reflete acerca do universo Trans, perpassando temas como violência simbólica, cidadania e diferença buscando entrelaçar tais debates com a perspectiva de indivíduo, sujeito e ator social em Alan Touraine. Por fim, busca compreender como os Movimentos Sociais, especificamente o Transfeminismo pode emancipar homens e mulheres Trans na busca pelo reconhecimento e pela cidadania, ou, ao menos, dar-lhes ferramentas para percorrer este caminho.

## Breves considerações acerca da violência simbólica

Ao se analisar a violência na sociedade, parte-se da premissa de não a compreender de forma simplória, imaginando que ela só se manifeste na forma física, pois suas facetas são inúmeras nas relações sociais. Conforme relembra Calderone “pensar la idea de violencia simbólica implica pensar, necesariamente, el fenómeno de la dominación en las relaciones sociales, especialmente su eficacia, su modo de funcionamiento, el fundamento que la hace posible. (CALDERONE, 2004, p. 1). ”.

Neste compasso, seguindo o mesmo entendimento de Calderone, em sua obra “Topologia da violência” o autor Byung-Chul Han preleciona que em diversas oportunidades a violência se encontra no cerne do sistema social, ou, ainda, no contexto sistêmico em que este se encontra. (HAN, 2017, p. 161). No mesmo caminhar, Bourdieu ao abordar a teoria do *habitus*, refere que os indivíduos ao adquirirem comportamentos habituado-repetitivos, por meio do inconsciente, podem sofrer formas de violência sem necessariamente compreenderem-nas como tal, ou, ainda, naturalizando-as.

Com isso, se observa que, inúmera vezes, pela ausência do caráter físico da violência, é na forma silenciosa que ela se enraíza na sociedade, onde o poder por meio de diversos contextos, passa a dominar indivíduos e grupos, o que pode ser considerado como meio de dominação (HAN, 2017, p. 162).

Assim, resta evidente que a violência, e, mais ainda, a simbólica, passa a anular a subjetividade e a alteridade nos indivíduos, o que muito se assemelha ao que Axel Honneth entende por reificação, ou seja, o processo de objetificação e coisificação dos sujeitos, processos que impedem o ser humano de sentir-se “ele mesmo”, anulando aquilo

que o diferencia dos demais. A reificação se dá de forma tão violenta, que o próprio indivíduo é capaz de se objetificar, seja pelo viés de seu trabalho, ou do próprio corpo (HONNETH, 2018).

Destarte, embora nas análises de Lukács a reificação tenha se dado direcionada ao caráter capitalista, em razão do período histórico de suas escritas, ela pode ser vista nas práticas cotidianas de diversas formas, nos momentos onde um ser humano vê o outro como mero objeto, ao passo que não o reconhece como sujeito. Desta forma, o observador não percebe o mundo, e quem está a sua volta como ser humano digno de direitos e cidadania (HONNETH, 2018, p. 86-87).

Por sua vez, Han defende que todas as espécies de violência e de não reconhecimento do outro, derivam do poder e da dominação, e tais processos atingem a sociedade, ainda que alguns indivíduos não possuam tal entendimento, e acabam soterrados pelas variadas formas de coerção social. Neste sentido, seja a violência em sua forma sistêmica, física ou simbólica, ela alimenta os sistemas de poder na sociedade, passando a figurar com um sistema de engessamento, englobando os indivíduos em teias de regras e normas como “presos” do sistema dominante, e por consequência, privados de suas subjetividades e desejos (HAN, 2017, p. 168).

Diz-se, com isso, que *a violência simbólica possui tamanha perspicácia e potência, que é capaz de engessar a sociedade e os corpos sem o uso da força* (em sua forma física), na medida em que a mera junção entre sociedade e sistema ressignificam práticas dominantes no decorrer da história, por meio de sistemas simbólicos de dominação, os quais em sua maioria são excludentes e negatórios de reconhecimento, de modo que o poder, ainda que de forma invisível, é extremamente eficiente, e têm produzido inúmeras situações de segregação social. Logo, no processo de análise da reificação, Honnet refere que esta deve ser analisada também nas formas cotidianas, mas, igualmente, como economicamente utilizável nas relações sociais (HONNETH, 2018, p. 11).

Na mesma seara da violência simbólica, portanto, os valores morais e culturais ultrapassados, fomentam situações discriminatórias, na medida em que estipulam padrões a serem seguidos para as vivências na sociedade, reduzindo os corpos a condição de meros objetos imersos em um sistema de anulação dos corpos, das sexualidades, da religiosidade, e de outras escolhas possíveis pelos indivíduos. É neste emaranhado de relações que a violência simbólica toma forma e é reproduzida no contexto sociocultural, o que acarreta na necessidade de uma profunda reflexão acerca de tais práticas, a fim de

se caminhar para um modelo de sociedade que não fomente tais situações, tampouco reproduza formas de dominação que busquem objetificar alguns sujeitos e grupos em prol do bem-estar social e moral de outros, contexto em que se inserem as mulheres Trans, as quais muitas vezes são marginalizadas e invisíveis diante de situações de objetificação e negação de suas identidades.

Afinal, esta dominação, e por consequência, uma castração poda de forma violenta desejos e vivências, surgindo muitas vezes como uma “falta de algo”, neste caso, a falta de uma vida com cidadania, liberdade e autonomia. (WARAT, 2004, p. 63). A castração, assim, anula as formas de expressão cotidiana, mirando nas mulheres Trans, as quais se sentem presas a padrões que não desejam obedecer, o que confirma o poder da castração, seja ela simbólica ou palpável, uma vez que este processo engole identidades e vontades em nome daquilo que não á aceito culturalmente. A castração, portanto, “*é uma armadilha preparada ao desejo, pelo pavor ao distinto, a tudo que não é conjuntamente verossímil [...].”.* (WARAT, 2004, p. 63). O que se busca romper, enfim, são as amarras que pretendem incansavelmente excluir a mulheres Trans dos espaços sociais, por meio de uma gênese de dominação, se buscando, em contrapartida a eliminação de uma unidade identitária que não mais tem espaço na sociedade atual, a qual é visivelmente plural, mas que insiste em se manter como ideal.

Por meio desta mudança de perspectiva em relação às mulheres Trans, e ao diferente como um todo, acredita-se que por meio do ***“vazio erótico”*** *que nos impulsiona a despojar-nos de todas as couraças, dogmas e vaidades que nos levam ao imobilismo”6,* seja possível que, quem diverge dos padrões ora referidos, passe a vislumbrar uma vida com maior liberdade no que concerne ao campo identitário e subjetivo. Defende-se o *vazio erótico* em razão de que, como preleciona Warat, este nos possibilita enxergar e sentir coisas outras que não nossos dogmas, na medida em que não mais há uma prisão àquilo que estava posto, e sim uma abertura para o que pode ser modificado.

## A busca por cidadania em meio à diferença

Em suas escritas, Bertaso pontua de maneira acentuada, que a sociedade complexa e multicultural é realidade fática, e que a multiplicidade de cores e identidades nela existente tende a seguir crescendo (o que deve ser visto como positivo). Na sociedade multicultural, portanto, podem e devem ser fomentados processos de reivindicação ou

6(WARAT, 2004, p. 65).

reconhecimento de diferenças existentes entre os seres humanos, os quais buscam, de forma individual, inserirem-se nos processos socioculturais (SANTOS, LUCAS, GHISLENI, 2019, p. 72). Juntamente com esta vasta composição plural, surge então, a diferença como traço significativo deste novo modelo de sociedade, onde o autor enfatiza a importância da cidadania, do reconhecimento, e da *fraternidade* social com base para se mudar as perspectivas sociais (BERTASO, 2012, p. 15).

Deste modo, pensar em cidadania na sociedade complexa e multicultural, requer uma compreensão de que sua concretização se dará na medida em que as relações coletivas alimentarem um viés de alteridade, onde o diferente seja visto como parte do todo, só assim se firma, por meio da cidadania, um compromisso com a dignidade humana (BERTASO, 2015, p. 15), se percebendo, de forma positiva, formas de emancipação dos sujeitos e um reconhecimento individual de cada um que busca a cidadania, reivindicando neste processo, dentre outras coisas, sua identidade, e se entendendo como ser único e portador de direitos, dentre eles a cidadania, a qual possui múltiplas nuances. Neste compasso, Bertaso defende que:

Ao pensar em sociedades de extremas desigualdades, como a nossa, antecipo um *primeiro manifesto*: uma ideia de cidadania que desde logo período legitima o controle social àqueles grupos dotados de poder e força, que seleciona, classifica e controla a conduta dos segmentos mais fragilizados, está perdendo seu sentido e sua força de controle diante da complexidade e da proporção numérica dos “desviantes”. [...] o contingente de desviantes aumenta na proporção em que aumentam os marginalizados e esquecidos da cota pessoal, que estão à mercê da riqueza produzida. (BERTASO, 2012, p. 16).

Resta evidente que Bertaso compreende a mudança social pelo viés da sensibilidade, e para tal, a sociedade deve se sustentar, reconhecendo as diferenças e a pluralidade que a compõem, sendo justamente esta multiplicidade que alimenta a cartografia cultural e humana, e que enriquece os espaços e as relações (BERTASO, 2012,

p. 16). Com isso, se observa que a alteridade necessita ser fomentada em todos os espaços de convivência, na medida em que a diversidade se faz presente em todos os contextos humanos, o que sinaliza para a urgência na criação de mecanismos que possibilitem a todos os indivíduos o acesso aos diversos campos sociais sem a privação de suas subjetividades e diferenças, o que está diretamente ligado à vida digna. Ainda acerca deste entendimento, o autor pontua:

A cidadania tende a ser entendida como um *locus* de vincularidades, de respeito, de proteção e de cuidados mútuos. Uma sociedade que sobrevive de

políticas sociais doadas, por uma classe política de profissionais, não viabiliza a formação de cidadania, mas a manipulação e a submissão do sujeito. (BERTASO, 2012, p. 16).

Por estas razões, a cidadania tomou a proporção de um processo em constante evolução e emancipação, tecendo fortes vínculos com os direitos humanos, eis que ambos firmaram o compromisso com a dignidade humana, o que a torna um traço buscado nas práticas socioculturais que visam o respeito ao diferente, ações que são próprias da aceitação da pluralidade evidenciada na sociedade complexa. De modo que *“a cidadania com vínculos nos direitos humanos não se vê restrita ao exercício do voto, à nacionalidade, ou à prestação obrigatória de alguns serviços, tais como o serviço militar ou eleitoral, entre outros.”* (BERTASO, 2015, p. 17).

Neste sentido, aqueles que não obedecem à normas impostas, essencialmente no que tange ao campo identitário e sexual, transitam em um limbo social, figurando como meros indivíduos, e não como sujeitos ou atores, diante dos fenômenos sociais, tal qual ocorre com as mulheres Trans, e com diversas minorias, as quais em diversos locais, são figuras simbólicas de representação, não exercendo em plenitude, o ideal de cidadania.

Em semelhante perspectiva, e buscando romper com realidades de exclusão e castração, por seu turno, Warat defende a ideia da construção urgente do *futurível7*, termo que defende a possível construção de uma nova realidade social, tendo como questionamento central: *que futuro está a nos esperar no que tange às subjetividades e desejos*?

Com isso, pelo *futurível*, questiona-se - sem esperar repostas engessadas, e sim buscando perspectivas para um futuro plural a ser construído - o afastamento de valores e padrões historicamente impostos, escapando de qualquer fronteira castradora de pensamentos, vivências e desejos. Mais que isso, o futurível é o compromisso umbilicalmente ligado com um amanhã a ser conquistado, e que deve ter o amor como premissa, o qual nos constitui como sujeitos, e como parte do todo (WARAT, 2004, p. 369-370).

Com isso se defende que os direitos humanos não mais se vistam de terno e gravata, hierarquizando-se, e ignorando aqueles que ainda não tiveram acesso a uma vida e liberdade e dignidade, na medida em que esta estrutura simbólica de exclusão, necessita urgentemente ser ressignificada (SÁNCHEZ, 2014, p. 29).Neste contexto, os direitos humanos, a visibilidade e o respeito às diferenças, devem se dar a partir do *futurível*

7 Ao abordar o futurível, o autor relembra as palavras de Bunge. (WARAT, 2004, p. 369).

*Waratiano*, buscando alternativas que fujam de determinismos e castrações de desejos, e se entrelacem à novas formas de se viver em sociedade, onde todos sejam dignos de reconhecimento e respeito, ainda que suas características o diferenciem dos grupos dominantes.

## O “ser” mulher e o rito de passagem de indivíduo à sujeito trans na perspectiva de Alan Touraine

O que é ser mulher? O que ou quem determina quem tem o direito de assim se reconhecer e transitar na sociedade?

Segundo o entender de Beauvoir, muitas foram às formas de identificar o que de fato definia uma mulher ao longo da história. Neste viés, a autora refere que, por lentes simplórias de análise, a mulher chegou a ser caracterizada meramente pelo caráter biológico, ou seja, era definida meramente como “fêmea”, o que, de maneira muito redutiva, engessou-a por vasto tempo ao caráter biológico e sexual, como se a figura de um óvulo fosse capaz de definir uma mulher em sua plenitude. (BEAUVOIR, 2009, p. 35).

Neste caminhar estanque no que se refere à caracterização da mulher, a autora afirma que o mundo e/ou a sociedade, sempre foram apropriadas pelos “machos”, os quais sempre buscaram dominar as “fêmeas” em diversas searas, desde o mundo animal às relações humanas. Por outro lado, pelo viés da psicanálise, Beauvoir afirma que:

A fêmea é uma mulher na medida em que se sente como tal. Há dados biológicos essenciais e que não pertencem à situação vivida. ]...[ não é a natureza que define a mulher: esta é que se define retomando a natureza em sua afetividade. (BEAUVOIR, 2009, p. 71).

Diante deste olhar estereotipado em relação as mulheres, seja pelo caráter biológico, ou por outras formas de dominação existentes, Touraine, compreendendo a importância das lutas feministas na emancipação feminina, aduz que tais lutas buscavam contrapor a ideia de uma natureza feminina de caráter meramente biológico, o que ensejava diversas formas de dominação e inferioridade. (TOURAINE, 2011, p. 15).

Neste contexto, o autor refere que, muito embora as mulheres tenham conquistado direito e avançado em alguns campos, dentre eles maior espaço no mercado de trabalho, parte da sociedade, ainda as visualiza muito presas à ideia de um mundo feminino criada historicamente, em especial os homens, no intuito da formação dos papéis de gênero, o qual ao longo do tempo lançou a binaridade como centro da sociedade (TOURAINE,

2011, p. 41). E, a ideia de sujeitos binários, quando segue engessada em antigos padrões de análise, não se abre para as discussões de gênero, identidade e pluralidade dos sujeitos, tornando-os fadados a uma vida oculta, ou, ainda, invisível.

Desse modo, para além da imagem histórica acerca do “ser mulher” os corpos femininos se tornaram objeto de estudo das mais variadas áreas do conhecimento, de modo que tais reflexões, passaram a analisar todos os lados destes corpos de forma objetiva e subjetiva, retirando muitas vezes das mulheres, a capacidade de interpretação dos próprios corpos, com isso, muitas análises em relação ao corpo feminino o apartaram dos múltiplos contextos em que as mulheres estão imersas na sociedade, como se a história e os corpos pudessem ser separados (LUCAS; GHISLENI, 2019, p. 95).

Em outras palavras, historicamente, se criaram modelos de verdades e regras que de forma cruel acabaram por sufocar as possibilidades dos corpos femininos de expressarem-se em plenitude, vivendo e sentindo aquilo que desejam (SANTOS; LUCAS; GHISLENI, 2019, p. 129), e esta castração adentra, de forma consistente, na seara dos corpos Trans, os quais incessantemente resistem, necessitando reafirmar a todo o momento que são “mulheres.”

Rumando, portanto, ao universo Trans, cabe salientar que mulheres e homens Trans são pessoas que não desejam viver de acordo com o sexo biológico, todavia, ainda que, nem sempre busquem alterá-lo por meio de procedimentos cirúrgicos, de modo que, ao contrário do imaginário do senso comum, a genitália não é o principal foco, sequer das mulheres e homens Trans, então, igualmente não deveria ser para critérios de análise de quem não se reconhece desta forma. Um dos principais pontos deste universo, é justamente a experiência negação do direito à sexualidade plena, ao ir e vir com segurança e respeito, logo, qualquer análise que fomente este estereótipo biológico, prejudica a luta por respeito e liberdade Trans.

Neste sentido, Santos, Lucas e Ghisleni, baseados no pensar de Burrillo acreditam que *“no labirinto das possibilidades que a sexualidade humana oferece, existem aqueles que encontram nela uma fonte de prazer, outros que a renunciam.”* (BURRILLO apud SANTOS; LUCAS; GHISLENI, 2019, p. 129). ” Sendo neste universo das castrações sexuais e identitárias, que estão inseridas as identidades que contrariam as normas de gênero socialmente estabelecidas (lógica binária). Em sendo assim, é essa constante transgressão das normas de gênero que identifica a mulher Trans na sociedade, o que não deixa de ser uma forma de ousar, de transcender um sistema de hierarquização dos sujeitos há muito tempo existente. (LANZ, 2017, p. 69).Sob esse enfoque, na visão de Martins:

Colocadas, geralmente, na miscelânea do termo trans ou transgêneros, as identidades transexuais e travestis se confundem em diversos discursos. A transgeneridade é a percepção que um indivíduo tem sobre a sua identidade de gênero, considerando aqui a binaridade de gêneros, na qual acompanha o sentimento de pertença a um gênero diferente do que aquele que seria o ideal pela lógica do sexo biológico. [...]. Nas pessoas trans, há uma complicação entre a percepção social do corpo e a percepção biológico-anatômica do elemento sexual identitário. (MARTINS, 2016, p. 34).

No Brasil, muito embora exista uma infinidade de homens e mulheres Trans e/ou gênero divergentes, as identidades mais conhecidas ainda são as travestis ou transexuais, eis que os movimentos sociais usualmente assim as denominam. Muitos destes indivíduos, deste modo, ainda resistem na adoção da nomenclatura “Trans” como uma espécie de guarda-chuva que abarque todas as transidentidades, seja pela influência dos MS8, ou por desconhecimento acerca dos significados destes termos.

Outra resistência neste sentido está no corte identitário existente na sociedade quanto a travestis e transexuais, o qual se dá na ordem econômica e cultural, onde a mulher financeiramente vulnerável é denominada travesti, enquanto aquela que tem acesso a bens, espaços e serviços, ou que possui status social, é chamada de transexual. Dito isso, importa salientar que toda mulher que assim se define (Trans) deve ser respeitada como tal, independentemente do caráter genital, da classe social e de demais características que sejam apenas excludentes.

Estas situações vexatórias de violência e segregação a que são submetidas mulheres Trans, que vão desde o não uso do nome social à homicídios (no Brasil só no corrente ano já são 96 homicídios tendo como motivação a “figura” Trans)9 estão muito atreladas a heteronormatividade10, eis que, ao longo do tempo, a heterossexualidade se apresenta como norma correta, impossibilitando os modos de vida diversos dos definidos biologicamente (BENTO, 2008, p. 51).

Tais imposições retrógradas acabam por influenciar o retrocesso social no sentido de não abarcar as múltiplas identidades existentes, de modo a invisibilizá-las, bem como, impedem uma maior reflexão acerca da construção identitária desses sujeitos, análise fundamental em uma sociedade plural.

8 Leia-se Movimentos Sociais.

9 Dados obtidos junto a Associação Nacional de Travestis e Transexuais-ANTRA.

10 Trata-se de um conjunto de normas que, historicamente, fazem da heterossexualidade uma espécie de monopólio da normalidade, estigmatizando e segregando os sujeitos que não vivem de acordo com tais normas, a exemplo das pessoas Trans. (LANZ, 2017).

Deste modo, mulher Trans aqui abordada, é a mulher divergente do padrão binário de gênero, não cabendo, portanto, análises baseadas em patologias ou perversões, o que cultural e historicamente é reproduzido, mantendo o diferente à margem da sociedade. Tampouco se reduz à orientação sexual, mas trata-se de uma construção de cada indivíduo que assim se reconhece e deseja viver (JESUS, 2012, p. 7). Neste caminhar, questiona- se: Em relação às mulheres Trans, como se perpassa do status de indivíduo a sujeito e ator na perspectiva de Alan Touraine?

Em um primeiro momento, se faz necessário compreender que, para o autor ora referido, existe uma diferença significativa entre indivíduo, sujeito e ator, de modo que ser sujeito, não significa ser ator, bem como, muitos são os indivíduos que não se tornam a atores, eis que não modificam o meio em que vivem se forma consistente, em outras palavras, não ousam modificar o que está naturalizado na sociedade. No entender de Veronese e Lacerda,

a relação existente entre esses dois aspectos, sujeito e indivíduo, apresenta-se como processo complexo de co-dependência. Dessa forma, não é possível pensar, ou mesmo teoricamente almejar, uma sociedade de plenos sujeitos. Podemos dizer que o indivíduo representa uma plataforma de manifestação do sujeito, assim como o sujeito garante maior ou menor espaço de atuação do indivíduo. (VERONESE; LACERDA, 2011, p. 422).

Já no entender de Touraine, *“sujeito é vazio é o olhar sobre o corpo individual, não-social, apenas vivo e sexuado.”* (TOURAINE, 2004, p. 34). Desse modo, o sujeito na percepção do autor evoca uma espécie de consciência de si, e estaria no íntimo de cada ser humano, podendo surgir como forma de resistência e audácia, embora nem sempre se possa ser sujeito, mas somente indivíduo. Para Touraine:

Só nos tornamos plenamente sujeitos quando aceitamos como nosso ideal reconhecer-nos – e fazer-nos reconhecer enquanto indivíduos – como seres individuados, que defendem e constroem sua singularidade, e dando, através de nossos atos de resistência, um sentido a nossa existência. (Touraine, 2006, p. 123).

Sob esta perspectiva, percebe-se que o sujeito é o imenso desejo de tornar-se ator, eis que o ator é social, e, por meio de suas ações, pode transformar significativamente os espaços em que transita, e a partir do momento em que se compreende como ator, o sujeito se torna pleno, ou seja, ambos estão interligados (TOURAINE, 2004, p. 35). Mas, será que é simples ser permanentemente sujeito?

Ser sujeito, para o autor, é diuturnamente, transcender o que está posto, ou, ainda, ousa criar, resistir e mudar a realidade, é desejar tornar-se ator, já o ator, transcende este processo, e concretiza tais premissas. Ocorre que, em muitos casos, por interferências da

sociedade (fator externo), este processo de tornar-se sujeito e/ou ator, é castrado. (TOURAINE, 2004, p. 34-35).

Logo, em relação às mulheres Trans, pode-se compreender que aquelas que estão marginalizadas e excluídas, podem, em algum momento da vida, possivelmente no seio familiar, (onde sofrem as primeiras rejeições) sentirem-se culpadas e responsáveis por não se enquadrarem nos padrões sexualmente criados na sociedade, e neste sentido, tornam lento o caminho entre sujeito a ator (atriz) social.

Para Touraine, tais situações trazem consigo uma espécie de *vergonha* a estas mulheres que, por diversas razões, não buscaram se comportar como sujeitos, o que pode se dar pela dificuldade no processo de compreensão de cada uma como mulher Trans, e não há como culpa-las por isso, na medida em que esta fragilidade pode em dado momento emancipa-las, acaso venha carregada de um desejo por mudança, ocasionando um rompimento com as amarras socialmente impostas. Ainda assim, estes processos paradoxais e carregados de historicidade no que se refere a constituição e transformação do sujeito, podem tanto afirmar novos sujeitos, como também os destruir (TOURAINE, 2004, p. 95-96).

Diz-se isso em razão de que, o universo Trans, diversas são as situações enfrentadas no que diz respeito a privações e preconceito, de modo que nem todos os lugares são para quem assim se reconhece. Prova disso são os inúmeros ataques a quem assim se identifica, bem como, a ausência destas pessoas junto ao mercado de trabalho, a espaços privados, educandários. É evidente que, o fato de não transitarem nestes locais não as torna inferiores, na medida em que nem sempre homens e mulheres Trans desejam neles se inserir. Ainda assim, pode que muitas mulheres Trans não vivenciem uma efetiva atuação social, imersas e presas a valores e práticas castradoras que a impedem de uma maior atuação como atrizes sociais.

Neste contexto, o caminhar de indivíduo e sujeito à ator/atriz social na seara Trans não é linear, haja vista as distintas realidades destas mulheres. “Só é ator quem se institui como sujeito de sua própria vida e seus atos” (TOURAINE, 2004, p. 108). Em relação às mulheres Trans, diante das inúmeras violações a que são submetidas, este processo nem sempre se completa, de modo que muitas passam a vida atreladas ao status de indivíduo, apenas. Na visão touraineana, as mulheres Trans passariam ao status de atrizes sociais, na medida em que, por meio da coletividade, passassem a buscar seus direitos, ou, ainda, quando por meio de suas ações impactassem outras vidas, a exemplo dos movimentos sociais, como o transfeminismo, que atua na busca por dignidade e cidadania em suas

pautas, fazendo do coletivo, pulsão e força (TOURAINE, 2004, p. 98). Logo, só se torna ator aquele sujeito que não se permite ser castrado naquilo que deseja, e ousa emancipar- se (TOURAINE, 2004, p. 34-35).

Na realidade Trans, portanto, onde a estimativa de vida não ultrapassa os 35 anos de idade, se torna assustador imaginar que muitas destas mulheres jamais chegarão ao status de sujeitas ou atrizes sociais, na medida em que a sociedade e suas práticas opressoras aniquilam suas existências antes deste processo de concluir. Urge, portanto, a necessidade de uma reeducação acerca de gênero, sexo e diversidade, a fim que as mulheres Trans sejam reconhecidas e respeitadas, podendo gozar de uma vida com dignidade e cidadania, realidade ainda distante na atualidade.

## Considerações finais

Rumando ao final deste ensaio, se pode compreender que os debates acerca de gênero, sexualidades, e, igualmente do universo Trans, ainda são alvo por valores morais, religiosos e sociais, o que torna lento qualquer avanço neste sentido. Urge, portanto, a necessidade da compreensão da pluralidade social em que estamos imersos, a fim de que se olhe o diferente como parte do todo, e como sujeito de direitos.

Não há mais como direcionar as pessoas gênero-divergentes um olhar patologizante e carregado de discriminação, o que muito é feito por meio da violência simbólica, mas, no mesmo passo, por formas de violência físicas, ocasionando muitas vezes mortes de quem assim se reconhece. Diz-se isso em razão de que, em meio à sociedade multicultural em que estamos imersos, não há mais como pensar que alguns grupos ou sujeitos possam dominar os demais, simplesmente por serem diferentes dos padrões historicamente estabelecidos no que tange a sexualidade e a liberdade dos corpos e desejos. Não é possível, tampouco aceitável que os corpos e desejos dos indivíduos sejam castrados ou pré-determinados por outrem. Em uma sociedade multicultural, cabe o fomento a diversidade e à cidadania aos indivíduos que se percebem segregados ou julgados por seu modo de ser e existir no mundo.

Nesta perspectiva, fomentando a luta por emancipação Trans, os MS figuram como importante ferramenta de luta, na medida em que empoderam quem assim se reconhece na luta por reconhecimento e liberdade. Por meio de coletivos organizados, torna-se maior o alcance social neste sentido, de modo que os homens e mulheres Trans passam a não mais sentirem-se tão sozinhos em suas demandas e anseios. Neste sentido, acredita-se que o futurível Waratiano sinalize uma perspectiva de mudança desta

realidade de segregação a este segmento, rumando para uma sociedade efetivamente plural e fraterna, onde os diferentes não sejam empurrados ao limbo social.

## Referências

ANGELIN**,** Rosangela.Direitos humanos das mulheres e movimentos feministas nas sociedades multiculturais: uma leitura a partir da perspectiva teórica do reconhecimento e da redistribuição de gênero em Axel Honnet e Nancy Fraser. In: **Anais do Congresso Internacional da Faculdades EST**. São Leopoldo: EST, v. 2, 2014. Disponível em: [http://anais.est.edu.br/index.php/congresso/article/view/248.](http://anais.est.edu.br/index.php/congresso/article/view/248) Acesso em: 30 out. 2020.

BERTASO, João Martins. Cidadania, reconhecimento e solidariedade: sinais de uma fuga. In: **Cidadania, diversidade e reconhecimento**. Org. João Martins Bertaso. 2 Ed. Santo Ângelo, FURI, 2012. (p. 13-33).

CALDERONE, Mónica. Sobre Violencia Simbólica en Pierre Bourdieu. In: **“La Trama de la Comunicación”** Vol. 9, Anuario del Departamento de Ciencias de la Comunicación. Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Rosario. Rosario. Argentina. UNR Editora, 2004.

HAN, Byung-Chul. **Topologia da violência**. Tradução de Enio Paulo Giachini. –

Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HONNETH, Axel; FRASER, Nancy. **Redistribuition or recognition?** A political-philosofical exchange. Tradução Joel Golb, James Ingram, Christiane Wilke. London; New Yourk: Verso, 2003.

HONNETH, Axel. **Reificação**: um estudo da teoria do reconhecimento. Traduzido por Rúrion Melo. São Paulo. Editora Unesp, 2018.

KOYAMA, Emi. **The transfeminist manifesto**. Eminism.org, 2001. Disponível em: [http://eminism.org/readings/pdf-rdg/tfmanifesto.pdf.](http://eminism.org/readings/pdf-rdg/tfmanifesto.pdf) Acesso em: 23 out. 2012

SÁNCHEZ, Davi Rubio. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Tradução Ivone Fernandes Morcilho Lixa, Helena Henkin. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2014.

SANTOS, André Leonardo Copetti. LUCAS, Doglas Cesar. GHISLENI, Pâmela Copetti. **Eros pede passagem**: corpo, amor e desejo no direito contemporâneo. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2019.

TOURAINE, Alain. KHOSROKHAVAR, Farhad. **A busca de si**: um diálogo sobre o sujeito. Tradução Caio Meira. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 2004.

TOURAINE, A. El sujeto. **Un nuevo paradigma para comprender el mundo de hoy**. Buenos Aires: Paidós, 2006.

VERONESE, Marilia Veríssimo; LACERDA, Luiz Felipe Barboza. O sujeito e o indivíduo na perspectiva de Alain Touraine. In: **Revista Soc. e Cult.**, Goiânia, v. 14, n. 2, p. 419-426, jul./dez. 2011.

WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade.

Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno das Ri Júnior e outros. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2004.

## CAPÍTULO 9

**TRABALHO INFANTIL NOS PROGRAMAS TELEVISIVOS: Ofensa direta ao**

## Direito da Criança e do Adolescente e aos Direitos Humanos

Leonardo Jensen Ribeiro1

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O artigo objetiva demonstrar que a eventualidade da participação de crianças e adolescentes em programas televisivos descrita e assim justificada pelas redes de televisão, com a finalidade de obter os alvarás de autorização para participação destas crianças e adolescentes é uma falácia, já que cumprem horários e regras determinadas e não poderiam estar em outro lugar senão naquele, durante o tempo que a rede de televisão determinar.

Ainda, demonstrará que o artigo 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente não se aplica nos presentes casos, que configuram exploração do trabalho infantil. Utiliza pesquisa documental e bibliográfica, no método hipotético-dedutivo, em forma de monografia.

## O Direito do Trabalho no Brasil, afinal, quem pode trabalhar?

Diz o artigo 32 do Decreto nº 99.710 nacional, que ratifica a Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas – ONU, que:

Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.

Sobre isso, reiteram Custódio e Chaves (2014, p. 17) que “entender o trabalho infantil como algo maléfico para o desenvolvimento da criança é uma tarefa ainda desafiadora em um país que possui uma cultura em que o trabalho é salvacionista, como no Brasil”.

1 Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (2020). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2018). Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Dom Alberto – FAVENI (2019). Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2012). Foi professor de Direito na Faculdade Dom Alberto FAVENI. Foi integrante do grupo de estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA/UNISC) em 2017 e 2018. Servidor público concursado do Poder Judiciário do estado do Rio Grande do Sul de 2013 até 2019. E-mail: [leojensenribeiro@hotmail.com](mailto:leojensenribeiro@hotmail.com)

Tendo isso em compreensão, vê-se que na sociedade “pouco mudou o dispêndio de cuidado com as crianças, antes, é possível dizer que a situação de exploração da criança, de sua mão de obra, agravou”. (VERONESE, 2013, p. 45). Aqui se entende por criança aquela compreendida na acepção do direito internacional, pessoa de até dezoito anos de idade incompletos.

O artigo terceiro da CLT, parte central da análise do presente trabalho, discorre sobre a eventualidade, e diz que não é considerado emprego a relação eventual entre as pessoas, e esse é o cerne das justificativas que acabam por abrir exceções para as crianças e adolescentes, expedindo alvarás para autorização e permanência em programas e ensaios televisivos, com base no artigo 149, I do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao falar de mitos é de se destacar um bastante latente, que fala que a criança ou o adolescente ao trabalhar está ajudando a família, ou até substituindo o papel dos pais, por vezes desempregados, sendo o responsável pelas contas da casa. Não há que se falar nesse tipo de inversão, os responsáveis pelo sustento da criança e do adolescente são os pais, e, na falta deles, tutor ou curador. (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 86 até 88)

O direito do trabalho evoluiu significativamente para fazer valer a legislação e coibir as violações de direitos de crianças e adolescentes, mas os resultados são insuficientes, “pois a criança, ainda hoje, em pleno século XXI, continua sendo explorada, vilipendiada em seus direitos.” (VERONESE, 2013, p. 46)

Estabelecer a Teoria da Proteção Integral como base do novo sistema jurídico pátrio demanda o reconhecimento da criança e do adolescente como pessoas em condições peculiares de desenvolvimento, mas, além disso, os valores presente e prospectivo da condição de infância e suas peculiaridades. (CUSTÓDIO; VERONESE, p. 111, 2009).

Portanto, é de extrema periculosidade a generalização da expedição de alvarás no que dispõe o artigo 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente, para entrada e permanência em espetáculos e seus ensaios, o que vem acontecendo de maneira irrestrita e sem freios, “prova do descaso do próprio judiciário para com a proteção concedida a crianças e adolescentes.” (CHAVES; CUSTÓDIO, 2014, p. 24)

## Os programas de competição televisivos, e a participação massiva de crianças e adolescentes *versus* o lucro das empresas e a ofensa à saúde

Um dos exemplos que surgiu do programa Raul Gil é o caso da adolescente Maísa da Silva Andrade, agora com quinze anos de idade, que desde muito cedo foi submetida às pressões da televisão, primeiro no programa referido, depois diretamente no SBT com o apresentador e proprietário da rede de televisão Silvio Santos. A menina Maísa se tornou apresentadora de um programa diário, antes mesmo dos 5 anos de idade. Exposta publicamente, teve crises de choro, ao vivo, durante um programa em que debatia com seu patrão [...] (CHAVES; CUSTÓDIO, 2014, p. 23)

A última das humilhações aconteceu há pouco tempo, em 2017, quando abandonou a gravação de um programa do SBT em razão do amonte de humilhações que sofria, isso também já havia acontecido com ela quando criança, quando o apresentador Silvio Santos se aproveitou de alguns medos da criança para fomentá-los no palco, ao vivo, para assustá-la e, com isso, ignorando que a criança caía aos prantos, divertir a plateia nas custas do sofrimento da criança. (ESTADÃO, 2017)

Os adultos criam empatia com o programa, pois as crianças carregam as músicas com emoção, já que são movidas mais por emoção do que razão pela tenra idade. A mídia sabe disso e enquanto a população lacrimeja os olhos, as emissoras e os patrocinadores lucram montantes absurdos diariamente com estes programas (ESCOLA DA CONTRACULTURA, 2016).

Não há nas crianças maturidade emocional e psicológica, o que acarreta as sequelas que acompanharão estas crianças e adolescentes pelo resto de suas vidas. O não para sua habilidade vocal, a recusa de seu prato, por mais bem elaborados que estejam, por um julgamento subjetivo que envolve uma enormidade de fatores, o fato de tornar-se uma celebridade e não saber lidar com esse contato direto com desconhecidos, há uma sequência de problemas a serem elencados. (REIS, 2015, p. 93)

## A responsabilidade das redes de televisão na eliminação da exploração do trabalho infantil – a ruptura da falácia da eventualidade

O direito escrito diz claramente sobre as proibições e restrições para o trabalho, mas “há um perpétuo aproveitamento afrontoso ao uso da mão-de-obra do adolescente menor de 16 anos, desconsideradas as normas da Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho.” (ARAGÃO; VARGAS, 2005, p. 76)

Se uma criança aparece todos os dias em uma novela, não há mais eventualidade nessa circunstância, há uma clara relação de trabalho, que com certeza a prejudica nos seus direitos primordiais, de lazer, brincadeiras e estudo, pois embora o programa vá ao ar em um determinado horário, suas gravações duram horas, e, se o programa for diário, as gravações também o serão, e em horários diversos, para representar a temporalidade no programa (noite, tarde, manhã, madrugada).

É necessário que exista uma conscientização, que pode parecer utópica num sistema capitalista que envolve outros fatores, mas, principalmente, vislumbra o lucro sem qualquer filtro, no entanto, “a sensibilização e a mobilização social em todos os níveis são componentes cruciais de qualquer esforço efetivo para eliminar o trabalho infantil”. (ONU, 2002, fl. 109)

Essa conscientização enfrenta o problema da falta de um concreto conceito jurídico do que é trabalho em meios de comunicação, que atualmente permite interpretações múltiplas, e, por sua vez, equivocadas, indo contra os dispositivos de lei que consagram o ordenamento jurídico do país. Um exemplo dessa circunstância é a massiva autorização para o trabalho com base no artigo 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente, contrariando a legislação pátria e também os tratados internacionais, pois a vedação é para qualquer que seja a situação ou atividade, se configurado trabalho. (REIS, 2015, p. 103)

Os empregadores, as redes de televisão, segundo a OIT “têm uma função chave a desempenhar na luta contra o trabalho infantil, mobilizando-se e mobilizando seus membros em todo o mundo (as redes) para que se unam a esta batalha”. No entanto, a luta por audiência parece vencer essa necessária conscientização. (ONU, 2002, p. 99)

Acontece que não respeitar a legislação pátria nesse sentido é, além de desobedecer o Estatuto da Criança e do Adolescente, tratados internacionais, a Constituição Federal e a Consolidação das Normas do Trabalho, também o princípio da dignidade, que é o que identifica o ser humano como tal, mas que acaba relegada a segundo plano pelas empresas e prejudicada como em diversos julgados e na própria expedição de alvarás de autorização pelo artigo 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente. (SACHS, 2000, p. 173)

Trata-se, acima de tudo, de uma violação de direitos humanos, visto que o trabalho infantil demonstrou ser uma das formas mais cruéis de negar futuro ao ser humano. Sem a infância, com a incumbência do auxílio no sustento da família, a criança perde seus direitos mais básicos, o direito de brincar, de ter lazer, perde a sua cidadania, e torna-se

incapaz de enfrentar os desafios mais significativos da vida adulta, pois não foi preparado adequadamente para ela, sempre como mão-de-obra e nunca como reivindicador de direitos. (AZEVEDO; HUZAK; PORTO, 2003, p. 05)

A ruptura da eventualidade se observa bastante límpida quando se verifica diariamente uma criança apresentando um programa de televisão, mas é mais difícil de observar quando a participação é de uma vez por semana, e por isso a grande dúvida acerca da aplicação dos mesmos dispositivos legais nessa circunstância, mas, é bastante fácil observar essa quebra da eventualidade quando se analisam os fatos.

Eventual seria ir até um programa de televisão, demonstrar um talento, como o de cozinhar, ou de cantar, ser aplaudido, ter seu talento reconhecido e aí ter visibilidade para poder continuar, ter fomento e possibilidade de continuar estudando e partir para uma escola de música ou de culinária, á partir da demonstração de um talento, que não demandasse em um concurso complexo, cheio de fases, julgamentos subjetivos e pressões dos familiares.

Um programa de quatro meses de duração, com exibição uma vez por semana, por exemplo, demanda que se gravem de quatro a cinco programas a serem exibidos por mês, se o programa for de culinária, e como é um concurso, a criança ou o adolescente tem de participar de todas as fases da preparação do alimento sozinha, pois isso é parte da competição. Ou seja, primeiro deve preparar os instrumentos cortantes, as pesadas panelas, aquecer água a níveis muito altos de calor, aquecer fornos, utilizar micro-ondas, e isso com idades a partir de oito, nove anos.

Essas circunstâncias, além de uma destruição psicológica da criança ou do adolescente, demonstram que está compromissado com aquela tarefa, que não é básica, não é de auxílio na louça para os pais, nem de arrumar a cama, é um contrato com uma rede de televisão, que deve cumprir horários, estar no dia marcado, no horário estabelecido, passar por sessões de maquiagem, preparações com os diretores do programa sobre o roteiro e o esquema do programa e aí sim, por fim, apresentar-se.

As televisões podem argumentar o que quiserem acerca de eventuais proteções das crianças e adolescentes, como a presença de um psicólogo depois que a criança é submetida a humilhação da eliminação perante milhões de pessoas e vê seu sonho destruído e provavelmente enterrado em sua psique, mas não há como fugir do argumento de que estabelecem um contrato de trabalho e tiram total proveito das crianças e adolescentes.

O valor obtido com os programas, na casa de centenas de milhões de reais não é dividido entre os participantes dos programas, as crianças e adolescentes, muitos deles saem sem absolutamente nada, têm custeadas suas idas (deslocamentos dos seus estados para o estado onde se localiza a rede de televisão), sua alimentação e do familiar acompanhante e também seus gastos com hotéis e deslocamento para o estúdio para gravações, e só. Mas é a participação dessas crianças e adolescentes por meio da demonstração de seus talentos que gera esse tamanho lucro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização de crianças e adolescentes em programas de competição, com o objetivo claro de aumentar a contagem do IBOPE, medição de quantos lares veem cada programa, é uma clara exploração do trabalho infantil e não se encontra nenhuma outra explicação para a existência de tais programas.

Eles não demonstram a existência ou o objetivo de realizar sonhos, já que de todas as crianças que tentam a participação, apenas uma será vencedora, e o prêmio, que é em regra único, para o primeiro lugar, fica muito aquém dos ganhos diários da rede televisiva, haja vista a lucratividade das emissoras de televisão por dia de transmissão do programa na relação direta com o prêmio alcançado.

As demais serão julgadas, por semanas e meses, em regra eliminando uma criança por semana, tendo que cumprir compromissos legais e horários, ficando ausente de suas casas, cidades e estados, pois os programas são nacionais e em regra tentam chamar o maior número de participantes de regiões distintas para atingir àquelas populações com a exibição dos programas.

Se uma criança e adolescente é privado de brincar, estudar, fazer qualquer coisa que esteja em sua vontade, se tem de cumprir horários e regras estabelecidos por terceiros, objetivos descritos pelas emissoras, se sua produção culinária ou artística não é levada em consideração, mas sim avaliada com o fito de desconstituir umas em favor da produção das outras, e se isso gera um lucro massivo para as empresas sem qualquer ou com parca contrapartida para as crianças e adolescentes envolvidos, está clara a exploração do trabalho infantil, como foi aqui demonstrado.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Selma Regina; VARGAS, Angelo Luis de Sousa. *O Estatuto da criança e do adolescente em face do novo Código Civil:* cenários da infância e juventude brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005

AZEVEDO, Jô; HUZAK, Iolanda; PORTO, Cristina. *Trabalho infantil:* o difícil sonho de ser criança. São Paulo: Ática, 2003

BRASIL. *Constituição Federal de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

BRASIL. Decreto n.º 99.710. *Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança.*

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452 de 1º de maio de 1949. *Consolidação das Leis do Trabalho.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-> lei/Del5452.htm

BRASIL. Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente.*

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>

CHAVES, Patrícia Adriana; CUSTÓDIO, André Viana. Trabalho infantil artístico: a ilegalidade oculta pelos mitos culturais. *In:* CUSTÓDIO, André Viana; DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Suzéte da Silva (orgs). *Direitos Humanos de crianças e adolescentes e políticas públicas.* Curitiba: Multideia, 2014

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. *Exploração sexual comercial de crianças e adolescentes:* reflexões contemporâneas no contexto do Brasil, da Argentina e do Uruguai. Curitiba: Multideia, 2015

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. O programa bolsa família: transferência de renda condicionada no contexto do modo de produção capitalista contemporâneo no Brasil. *In:* GIACOBBO, Guilherme Estima; LIPPSTEIN, Daniela; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa (orgs.). *Políticas Públicas, espaço local e marxismo.* Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças Esquecidas:* o trabalho infantil doméstico no Brasil. Curitiba: Multidéia, 2009

ESCOLA DA CRIATIVIDADE CONTRACULTURA. *The Voice Kids é trabalho infantil?.* Matéria virtual, de 31/05/2016. Curitiba. Disponível em: https:/[/www](http://www.escolacontracultura.com/single-post/2016/05/31/The-Voice-Kids-).[escolacontracultura.com/single-post/2016/05/31/The-Voice-Kids-](http://www.escolacontracultura.com/single-post/2016/05/31/The-Voice-Kids-)

%C3%A9-trabalho-infantil

IBOPE. Disponível em: <http://www.ibopeinteligencia.com/>

O Estado de S. Paulo. Estadão. *Maisa abandona programa de Silvio Santos aos prantos após encontro surpresa com Dudu Camargo.* Publicação virtual do periódico. São Paulo: 27/06/2017. Disponível em: [http://emais.estadao.com.br/noticias/tv,maisa-](http://emais.estadao.com.br/noticias/tv%2Cmaisa-) abandona-programa-de-silvio-santos-aos-prantos-apos-encontro-surpresa-com-dudu- camargo,70001866982

ONU. Organização Internacional do Trabalho. *Un futuro sin trabajo infantil.* Genevra, 2002

REIS, Suzete da Silva. *Ações e estratégias de políticas públicas para o enfrentamento da exploração do trabalho infantil nos meios de comunicação no marco da teoria da proteção integral aos direitos da criança e do adolescente.* Tese de doutorado.

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Santa Cruz do Sul, 2015. Disponível em: https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/831/1/Suzete- Tese%20vers%C3%A3o%20final.pdf

REDE BANDEIRANTES. *Masterchef Júnior Brasil.* Disponível em: <http://entretenimento.band.uol.com.br/masterchef/junior/2015/>

REDE GLOBO. *The Voice Kids Brasil.* Disponível em: https://gshow.globo.com/realities/the-voice-kids/

SACHS, Michael. *Verfassungsrecht II – Grundrechte.* Berlin-Heidelberg-New York: Springer, 2000

SANTOS, Tânia Coelho dos. *Fazer arte não é trabalho infantil:* consequências psicológicas e cognitivas do trabalho precoce. Comissão de Educação, Cultura e Esporte. Brasília: Senado Federal. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/CE/AP/Ap20081008_Psicologa_Tania.pdf>

SISTEMA BRASILEIRO DE TELEVISÃO (SBT). *Programa Raul Gil.* Disponível em: https:/[/www](http://www.sbt.com.br/raulgil/inscricoes/).[sbt.com.br/raulgil/inscricoes/](http://www.sbt.com.br/raulgil/inscricoes/)

SOUZA, Ismael Francisco de. *O reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI):* estratégias para a concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil. Tese de doutorado. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2016. Disponível em: https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1304/1/Ismael%20Francisco%20de%2 0Souza.pdf

VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da Criança e do Adolescente no Direito brasileiro. *In:* Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, v. 79, n.º 1, jan/mar 2013, 38-54

## CAPÍTULO 10

## MIRADAS SOBRE UM DIREITO DO AMANHÃ

*LOOKS AT A TOMORROW’S LAW*

Roberto Magno Reis Netto1 Wando Dias Miranda2

## RESUMO

O presente estudo se dignou à demonstração de como a literatura, uma das mais antigas e prestigiadas tecnologias de comunicação, pode ser utilizada, mesmo nos contextos mais escassos de recursos, como mecanismo para estimular um pensamento que alinhe o direito às transformações da sociedade 4.0, no processo de ensino-aprendizagem jurídica. Utilizando-se da técnica de relato de experiências, pautada em exemplos utilizados na prática docente dos autores e escolhidos em debates prévios, o estudo demonstrou, por meio de exemplos, como a literatura, para além de muitas tecnologias, instrumentos e plataformas da atualidade, pode se tornar um relevante instrumento para a prática de metodologias ativas que permitam, de maneira criativa, o estímulo ao pensamento inovador dos discentes da área jurídica.

**Palavras-chave:** Direito Digital e Inovações tecnológicas. Literatura. Prática docente.

## ABSTRACT:

The present study deigned to demonstrate how literature, one of the oldest and most prestigious communication technologies, can be used, even in the most scarce resource contexts, as a mechanism to stimulate a way of thinking that aligns law to transformations in society 4.0, in the legal teaching-learning process. Using the technique of reporting experiences, based on examples used in the teaching practice of the authors and chosen in previous debates, the study demonstrated, through examples, how the literature, in

1 Doutorando em Geografia pela Universidade Federal do Pará (Dinâmicas territoriais na Amazônia, com ênfase em geografia e segurança pública). Mestre em segurança pública. Especialista em Atividade de inteligência e gestão do conhecimento, Docência Superior e Direito Processual Civil. Pós-graduando em direito digital e gestão da inovação, design thinking e docência superior e metodologias ativas. Bacharel em Direito. Professor (Faculdade da Amazônia) e pesquisador (LABGEOV-CRIM/UEPA, GPGSP/UFPA, CROM, ÉRGANE, GUIA/FAAM). Oficial de Justiça do TJPA. [Bob\_reis\_ufpa@yahoo.com.br.](mailto:Bob_reis_ufpa@yahoo.com.br)

2 Doutor em Ciências pelo Núcleo de Altos Estudos da Amazônia - NAEA/UFPA; Mestre em Ciência Política pelo PPGCP/UFPA; Especialista em Gestão Estratégica em Defesa Social e em Atividade de Inteligência e Gestão do Conhecimento. Bacharel e Licenciado em Ciências Sociais - IFCH/UFPA. Atualmente pesquisador do Observatório de Estudos de Defesa da Amazônia – OBED; do Projeto Metrópole, voltado à identificação e mapeamento de vulnerabilidades socioambientais e Defesa Civil; do CROM – Ciência, Segurança e Gestão Pública e do GUIA/FAAM; Assessor da Secretária de Segurança Pública e Defesa Social – SEGUP/PA e Membro do Instituto Histórico e Geográfico do Estado do Pará, cadeira 70 de Mario Barata. E-mail: [wandomiranda@outlook.com.](mailto:wandomiranda@outlook.com)

addition to many technologies, instruments and platforms today, became a relevant instrument for the practice of active methodologies that allow, in a creative way, the stimulus of a innovative thinking by the students of the legal area.

**Keywords:** Digital Law and Technological innovations. Literature. Teaching practice.

## Introdução

Certamente, qualquer profissional jurídico já ouviu, em algum momento de sua formação, o brocardo que afirma que o *direito caminha a passos curtos, enquanto a sociedade se desenvolve a passos largos*. O dito em questão, é normalmente utilizado como uma forma de se descrever a relativa demora no tratamento normativo de certos fenômenos, dignos de tutela jurídica, em face da velocidade de desenvolvimento das novas práticas e costumes (e, até mesmo, ilícitos) sociais.

Em verdade, tem-se que as transformações havidas, especialmente, a partir do início do Século XXI e da implementação de formas cada vez mais eficazes de comunicação e conexão entre os indivíduos e instituições (PECK. ROCHA, 2018), aceleraram de uma maneira inimaginável o processo de desenvolvimento tecnológico, alterando profundamente uma série de práticas inerentes aos organismos sociais.

Contratos passaram a assumir uma faceta digital e automatizada (PECK et al, 2019), antes inconcebível pelos ditames formalistas de períodos positivistas. A inteligência artificial colocou em cheque a capacidade argumentativa do poder judiciário, especialmente, no que toca à estabilidade de suas decisões e eventuais desvios injustificados de interpretação de fenômenos jurídicos (SOUZA, OLIVEIRA, 2019). Relacionamentos das mais diversas naturezas, inclusive, familiares e/ou dirigidos pela ideia de afetividade, passaram a conferir relativa vida e cor, à anterior frieza do ambiente virtual.

E, na mesma velocidade, a noção de territorialidade pública, arregimentada pela lei, mesmo nos estados-nação com os melhores aparatos de combate ao crime, passou a sofrer um processo de diluição de suas fronteiras e instituições historicamente bem estabelecidas (BAUMAN, 2001), transformando o território num campo de incertezas decorrentes de sua vinculação a uma nova fronteira não tão bem delimitável pela lei: a internet (GOODMAN, 2015).

O fato é que a realidade atual, sobretudo, após a massiva aceleração do uso de tecnologias registrado com a pandemia de infecções por SARS-CoV-2, ocorrida a partir

do ano de 2020, passou a exigir do direito uma postura adaptável aos ditames da era da informação, capaz, assim, de resguardar mínimos graus de segurança jurídica aos cidadãos e instituições, sem muita demora em sua capacidade regulatória, no sentido de permitindo-lhes *liberdade* para transitar de forma confiável na selva de gigabytes que se impõe aos olhos da geração presente.

E, para além da realidade das normas jurídicas, este mesmo direito passou a elenca outras técnicas de atuação, como a mediação e conciliação agora ambientadas on line, a figura do *Sandbox* (FEIGELSON; SILVA, 2019), a aplicação de técnicas como o *design thinking* (PEREIRA; MONTEIRO, 2019) e o *user experience (UserX)*, dentre outros. Ou seja, o direito tornou-se *transdisciplinar*, o que abalou mais ainda as próprias certezas a respeito de seu objeto de estudo, enquanto suposta ciência e, assim, passou a exigir uma maior incursão de profissionais noutras áreas de conhecimento totalmente diferenciadas das práticas corriqueiras dos juristas comuns.

No âmbito acadêmico, por sua vez, o conjunto de transformações exigiu uma adaptação por parte das instituições de ensino, no sentido de incluir em seus currículos disciplinas externas às competências e habilidades básicas, passando a admitir conteúdos de gestão e *compliance*, neurociência, e, sem dúvida alguma, cadeiras como a de direito digital e das inovações tecnológicas, legal design, Jurimetria, dentre outras, que progressivamente surgiram (e ainda surgem) de acordo com os diferentes níveis de desenvolvimento regional e capacidade de inserção digital dos profissionais locais.

Igualmente, os educadores e pesquisadores do direito, ou, simplesmente, *os juristas* (como são corriqueiramente chamados), passaram a ter que ampliar seus antes restritos leques de conhecimento, para não serem arrastados para o passado pela *maré* da sociedade 4.0.

E, nesse contexto, surgiu o desafio de *lecionar* um *direito do amanhã*, ou seja, um direito diretamente vinculado a um espírito de inovação dos atuais acadêmicos do direito, capaz de conectar o ensino de conteúdos tradicionais às transformações sociais em curso, de modo que as novas disciplinas, acima referidas, não surjam apenas como curtos momentos na formação curricular, mas como verdadeiros pontos de interligação entre o tradicional e o novo.

A missão, portanto, reside em criar habilidades e competências que permitam ao futuro profissional estudar institutos, fenômenos e normas do presente, pensando-as diante de realidades futuras, que ainda sequer existem, mas cujos sinais surgem a todo tempo na sociedade em que os profissionais se encontram inseridos. Exige-se, portanto,

uma inovação no processo de ensino-aprendizado e na postura dos docentes e pesquisadores em relação à formação e produção acadêmica, bem como, em relação a sua própria forma de interagir com o direito e a realidade.

Contudo, esta capacidade de inovar encontra óbices de diversas naturezas, que variam desde o próprio desinteresse de instituições em investir nestas novas áreas do conhecimento jurídico à falta de condições materiais ou intelectuais de se promover o ensino destes novos conteúdos e campos de atuação jurídica. Para muitas instituições públicas ou privadas, portanto, este *direito do amanhã* ainda é um absoluto (e temido) estranho à porta.

Nesse sentido, buscando oferecer alternativas aos docentes do direito que gostariam de explorar o potencial de inovação de seus discentes, colaboradores de grupos de pesquisa, participantes de projetos, etc., o presente estudo se dignou à demonstração de como a literatura, uma das mais antigas e, certamente, a mais prestigiada tecnologia de comunicação existente na história, pode ser utilizada, mesmo nos contextos mais escassos de recursos, como mecanismo para estimular um pensamento que alinhe o direito às transformações da sociedade 4.0, no processo de ensino-aprendizagem jurídica. Em verdade, o estudo engloba uma troca de experiências vivenciadas pelos autores (enquanto professores que, dentre outras cadeiras, ministram disciplinas vinculadas ao direito digital, inovação tecnológica e áreas congêneres) na realização de metodologias que permitiram a comparação de tecnologias imaginadas em romances literários com problemas da atualidade, no sentido de permitir um *flash* de visão do amanhã, e, por meio deste, a exploração do potencial inovador de acadêmicos do direito

do agora.

Num contexto onde a sociedade precisa de respostas mais eficientes aos problemas à porta, e, na qual as metodologias ativas as vezes são equivocadamente associadas ao uso de plataformas, tecnologias avançadas e custosas e ambientes virtuais disruptivos (MORAN, 2017), a relevância da pesquisa residiu, justamente, em provar que o uso de instrumentos clássicos e substancialmente mais baratos, os livros, podem liberar

o potencial inovador de discentes do direito, de maneira muito mais eficiente e simples, tornando-os profissionais, ao menos em parte, iniciados neste *direito exponencial*, um *direito do amanhã*.

## Desenvolvimento Contornos metodológicos

O presente estudo se caracterizou como um relato de experiências (MARTINS, THEÓPHILO, 2016), assim compreendido como uma descrição de práticas, metodologias, técnicas, etc., passíveis de reprodução noutros contextos históricos locais, que expressam um tratamento voltado a um problema específico, no caso, o ensino do direito e sua relação com a sociedade 4.0.

Especificamente, o relato expôs a abordagem de determinadas temáticas inerentes à cadeira de direito digital, por meio do uso de romances que permitiram aos discentes vivenciar fenômenos tecnológicos abstratos, imaginados pelos escritores, que embora, num primeiro momento, parecessem muito distantes da realidade atual, ainda assim, guardavam relação direta com problemas presentes que, certamente, se revelarão ainda mais complexos nos próximos anos e, portanto, constituirão temáticas que conclamarão a atuação de profissionais do direito e saberes jurídicos.

O estudo se valeu, por conseguinte, de uma análise documental debruçada sobre diários de classe e demais relatórios produzidos ao longo da prática dos autores, em sua atuação concreta em disciplinas diretamente ligadas à tecnologia e comunicação, como o direito digital e da inovação tecnológica, cadeiras da área da atividade de inteligência e contrainteligência, disciplinas vinculadas ao tratamento legal de informações (Lei Geral de Proteção de dados -LGPD - e Lei de Acesso à Informação - LAI), etc., ministradas ao longo de sua experiência profissional em diversas instituições. Além disso, o trabalho foi desenvolvido à luz de debates conjuntos firmados pelos autores anteriormente à elaboração do texto deste artigo.

Do material analisado e pontos chave destacados nos debates, restou escolhido um conjunto de obras pertencentes ao romancista John Scalzi, referência na área da ficção científica, e que, por sua criatividade, restou anteriormente utilizado e indicado pelos autores deste texto em diversos exemplos e debates sobre temas como o direito e a tecnologia, técnicas de investigação, operações e regras de inteligência e contrainteligência, crimes tecnológicos, problemas decorrentes das novas formas de interação humana e sua mediação pela tecnologia, entre outros.

As obras escolhidas foram: a) Encarcerados (SCALZI, 2018); b) A guerra do velho (SCALZI, 2016), c) A brigada fantasma (SCALZI, 2017), e, d) A última colônia (SCALZI, 2019), estas três últimas, componentes de uma trilogia.

Em seguida, foram elencados determinados temas essenciais à cadeira de direito digital e da inovação tecnológica, os quais, foram debatidos à luz de trechos das obras do referido romancista, mostrando a possibilidade de ensino de uma temática disruptiva, sobretudo, para uma área tradicional como o direito, por meio de ilustrações presentes em instrumentos simples e fáceis de serem obtidos, disseminados e utilizados: os livros. Os resultados-exemplo, se encontram expostos na seção seguinte.

## Resultados e Discussões

**Um conceito para o *direito do amanhã***

Como é comum ocorrer em diversas disciplinas jurídicas, um dos primeiros problemas que se aponta em relação ao direito digital, diz respeito à própria nomenclatura atribuída a essa cadeira jurídica.

Em linhas simples, há um embate doutrinário em torno das nomenclaturas *direito virtual* (que se referiria a algo em realização, ou em potencial), *direito digital* (que se refere à dígitos, sistemas tecnológicos binários da atualidade, em contraponto ao sistema analógico) e *direito cibernético* (atinente ao estudo comparativo dos sistemas e mecanismos de controle automático, regulação e comunicação nos seres vivos e nas máquinas) (GUIMARÃES; GUIMARÃES, 2017), no sentido de se definir qual seria a mais apropriada para designar esse novo ramo jurídico, apontado por outros autores, simplesmente, como um *direito exponencial* (FEIGELSON; SILVA, 2019), por dizer respeito a problemas da atualidade, do período histórico em curso.

Para auxiliar na discussão, pode-se lançar mão de ilustrações da trilogia Guerra do Velho (SCALZI, 2016, 2017, 2019), que contrapôs diversas raças alienígenas à raça humana, das quais, algumas detinham tecnologias muito mais evoluídas em comparação aos sistemas digitais humanos (na obra, citou-se o povo *Consu*, de alto desenvolvimento tecnológico e características religiosas ligadas à ideia de honra).

O exemplo, de pronto, permitiria conceber uma certa preferência pelos termos *virtual* ou *cibernético*, haja vista o *digital* ser apenas um *momento tecnológico da história* do ser humano, que poderia ser modificado diante do esbulho tecnológico de outras raças ou, mais provavelmente, da evolução tecnológica natural.

De outro lado, a *noção de virtualidade*, como algo que existe em teoria, por meio de simulação, não se referiria necessariamente à tecnologia real, já existente. Em segundo lugar, tem-se que o direito é uma ciência que cria, imagina, ou seja, virtualiza, situações

a partir do poder de abstração de seus estudiosos, para hipotetizar de situações futuras na busca pela regência de normas do presente. Ou seja, o direito já seria *virtual* por natureza, prescindindo de qualquer vínculo com a tecnologia ou inovação para seu enquadramento como tal. Restaria assente, nessa toada, que o *direito cibernético* seria a nomenclatura mais apropriada. Isso, se a obra não trouxesse mais informações relevantes à reflexão.

Scalzi (2016, 2017 e 2019), ainda, imaginou e descreveu uma série de possíveis interações entre o corpo humano e surpreendentes mecanismos tecnológicos: um sangue composto por nano robôs com diversas funções protetivas e curativas, uma pele criada por uma melanina adaptada a contextos mais hostis, olhos que permitiam uma visibilidade muito mais eficiente, a integração de um sistema tecnológico comparável aos smartphones de hoje, ao cérebro humano, operado diretamente pelo pensamento e integrando a razão ao que hoje se denomina de *internet*. Essa integração entre o homem e a tecnologia, para propiciar uma vida (ou uma sobrevivência) cada vez melhor, colocaria o humano numa condição híbrida, tornando mais apropriada a nomenclatura *direito biocibernético*, ao conjunto de normas responsável por sua (futura) regência.

E, àqueles que refutariam a assertiva acima, sob a alegação de que essa realidade ainda é distante da atual história humana, deve-se lembrar que o funcionamento do coração de maneira híbrida, por exemplo, com o auxílio de intervenções tecnológicas (como o marca-passo) é uma realidade desde a década de 1950, bem como, que hoje o ser humano consegue sobreviver por intermédio de tecnologias como pulmões artificiais (o ECMO).

Logo, essa integração entre o homem e a máquina não se afigura tão distante assim quanto se imaginaria, pelo que os autores deste trabalho também destacam essa nomenclatura ao longo das discussões (REIS NETTO; MIRANDA, 2021), exemplificando-a, justamente, a partir das obras de Scalzi.

## O humano, por meio da máquina

Para além do ser humano híbrido já descrito acima, tem-se que a obra *Encarcerados* (SCALZI, 2018) trouxe à baila uma outra ilustração mais interessante ainda: após uma pandemia de uma gripe (triste coincidência existente na obra) capaz de deixar o corpo absolutamente inábil, porém, com a mente totalmente funcional (daí o termo, encarcerados), muitas pessoas se viram capazes de voltar à convivência comunitária por intermédio de máquinas, literalmente, robôs controlados por conexões

instaladas diretamente em seus cérebros. De maneira interessante, o escritor construiu uma realidade para além de um ser humano híbrido: um ser humano que só consegue viver e conviver por intermédio de uma máquina.

E, o mais interessante: todas as interações sociais, o exercício de atos da vida civil, e, até mesmo, a vivência da intimidade, eram realizados por intermédio das máquinas idealizadas no romance, as quais, de diversas formas, eram adaptáveis para melhor expressar a personalidade do respectivo dono. Porém, a própria noção de *dono da máquina* foi progressivamente descontruída na estória: elas permitiam que seu usuário convivesse e exercesse sua afetividade. Ao passo, os mesmos mecanismos de integração cerebral poderiam ser usados para se ligar mental e fisicamente a outros seres humanos específicos (chamados de integradores), que permitiam que os encarcerados sentissem novamente prazeres físicos, dores, dentre outros. A partir dessa ideia, Scalzi (2018) construiu até mesmo uma verdadeira teoria da responsabilidade penal perante aqueles que causassem injusto mal a uma das máquinas (respondendo por homicídio, eventualmente). Em verdade, elimina-se ou confunde-se, em muito, a fronteira entre pessoa e máquina, coisa (*res*) e pessoa.

E, muito embora essa realidade ainda se afigure distante deste início de Século XXI, de outro lado, não se pode negar que a teorização em questão é riquíssima para se pensar a respeito de normas regentes do uso de tecnologias da atualidade que, controladas remotamente por um ser humano, podem promover interações reais entre este, pessoas e locais, ou, até mesmo, permitir que um ser humano elimine outra vida por meio desses dispositivos (como os *drones*) (BAUMAN, 2013).

Além disso, em muito se discute como máquinas remotamente tripuladas poderiam promover uma maior integração entre as pessoas e comunidades, permitindo- lhes ver e compreender seu espaço de convivência e vivência sob outras perspectivas. Nesse sentido, há experimentos pelos quais comunidades pobres passaram a compreender melhor os limites e a ter outros olhares sobre seu território e local de convivência (SOTO, 2018), por intermédio do uso de drones artesanais.

Outra questão que se levanta, a partir da obra, é a capacidade de interação e construção de vínculos cada vez maiores por meio de tecnologias da comunicação. Por meio de redes sociais, cada vez mais, a personalidade é (des)construída e exercida, inclusive, com papel determinante no cenário político. Em Encarcerados (SCALZI, 2018), há uma rede exclusivamente criada para as pessoas acometidas pela doença criada no romance, nas quais, até mesmo pessoas que nunca viveram experiências com seus

corpos materiais estabeleciam relações absolutamente diferentes das que hoje se concebem.

Diante disso, questiona-se sobre a legalidade da construção de um personagem paralelo à vida (como os *avatares* dos dias de hoje), com direitos e bens paralelos ao da pessoa real que os conduz, como, cada vez mais se observa em relação ao mundo paralelo dos jogos e sua economia. Um caso interessante nesse sentido, seria o estudo de questões autorais referentes à banda *GorilaZ*, cujos componentes são criações virtuais, tendo sido mantida em sigilo, por anos, a real identidade de seus componentes. Certamente, são questões que podem ser muito bem ilustradas e pensadas a partir do romance construído por Scalzi (2018).

## O animal social e o direito de viver conectado

Outro exemplo muito significativo, extraído da trilogia da Guerra do Velho, mais especificamente, da obra *As brigadas fantasma* (SCALZI, 2017), diz respeito à necessidade cada vez maior de *estar conectado* os impactos reais que essa necessidade gera nos indivíduos e grupos sociais.

O problema é ilustrado pela alegoria do pelotão especial *Brigada Fantasma*, composto por indivíduos que, desde seu nascimento (de forma muito peculiar, aliás, como comentado à frente), se encontram automaticamente conectados entre si e com o mundo por meio de seus *Braimpalms* (os já referidos equipamentos de conexão do cérebro com a rede). Contudo, em determinado momento crítico do enredo, o equipamento foi *hackeado* e desligado, desconectando o pelotão que, neste momento, se revelou absolutamente dependente da tecnologia, a ponto de seus indivíduos não conseguirem sequer pensar ou agir diante de sua inoperância.

Novamente, trata-se de uma construção fictícia que, trazida para os tempos atuais, serve para problematizar claramente o problema da *dependência* tecnológica e das redes sociais, e como, progressivamente, estas se tornam essenciais para o exercício da cidadania, direitos da personalidade, relacionamentos, e, sobretudo após a pandemia iniciada em 2020, para o exercício de atividades laborais.

A obra também ilustra bem como a *desconexão*, simplesmente, pode inabilitar grandes contingentes em relação ao exercício de diversas atividades cotidianas, como, certamente, ocorreu em episódios reais em que a justiça brasileira determinou a suspensão de aplicativos de mensagens operantes no território nacional (FOLHA DE SÃO PAULO,

2016). De outro lado, o exemplo também ilustra os possíveis prejuízos ou desvantagens vivenciados pelos 20% da população brasileira que, conforme o IBGE (2019), vivem absolutamente alijados de qualquer acesso à internet.

## Meu corpo, minhas regras

Por fim, como último exemplo, traz-se o primeiro mistério revelado pela obra *Guerra do Velho* (SCALZI, 2016), que ganha, novamente, ampla significância no enredo de *A última colônia* (SCALZI, 2019): a possibilidade de livre disposição completa sobre o próprio corpo. Na obra, o corpo humano poderia ser simplesmente descartado e substituído, por um processo de transmissão de mentes, para outro geneticamente adaptado ou melhorado. Além disso, o processo de alistamento à força que permite o acesso à esse milagre tecnológico, pressupunha a concessão dos direitos sobre o patrimônio genético da pessoa que, acaso viesse a morrer antes da transferência, teria seus genes utilizados para criação de um novo indivíduo adulto, que integraria o já referido pelotão *brigada fantasma*, com uma nova consciência e uma infância iniciada já sob uma composição biológica madura.

Se, na atualidade jurídica não é possível a livre disposição do próprio corpo, de outro lado, seria possível se falar dessa disposição, no futuro, diante de um avanço tecnológico que permitisse, como discutido no primeiro tópico, a substituição de partes do corpo por um simulacro artificial que exercesse funções de maneira equivalente e sem riscos. Assim, a cláusula da indisponibilidade sobre partes do próprio corpo, certamente, ganharia novas roupagens e significados, de modo presumir um tratamento (a ser regrado pelo direito futuro, obviamente) da possibilidade de alienação (talvez onerosa, embora isso seja eticamente questionável sob diversos sentidos) de órgãos e tecidos, dentre outros.

Para além disso, a livre disposição do corpo sempre foi analisada de maneira rasa, preconceituosa e obscura pelo direito, discriminando-se os limites da disposição ou liberdade sobre o corpo, por exemplo, em relações como a prostituição, o que, certamente, contribui para a precarização das pessoas que sobrevivem à custa dessa atividade e a deixa à margem de uma regulação legal. O mesmo se diga a respeito de abusos em relações familiares, onde nem sempre o sexo é consentido (gerando clara hipóteses de estupro), ignoradas em decorrência de um tratamento patriarcal dos direitos e deveres relativos às relações afetivas, como o casamento e a união estável.

Mais ainda, o direito ainda parece alheio à realidade de práticas de prazer por intermédio da dor, utilizadas em contratos ocultos e de fronteiras de validade pouco claras entre usuários, como nas relações sadomasoquistas, ou, da deformação do corpo como exercício de direitos da personalidade, como em práticas como da *body modification*. Novamente, a falta de discussão e tratamento dessas questões, nas cadeiras das academias, colocam seus praticantes em situações de marginalidade e desamparo quanto à eventuais abusos e lesões.

Da situação ilustrada na obra, portanto, nascem inúmeros outros questionamentos típicos do tempo presente e que, num futuro próximo, requisitarão a participação de profissionais do direito para resolução de novos problemas.

## Considerações Finais

Ao fim deste trabalho, é possível perceber como a literatura, para além de muitas tecnologias, instrumentos e plataformas da atualidade, pode, unindo-se ao natural poder de abstração exigido dos profissionais do direito, tornar-se um relevante instrumento para a prática de metodologias ativas que permitam, de maneira criativa, o estimulo ao pensamento inovador dos discentes, sobretudo, em disciplinas como a de direito digital e inovações tecnológicas, dentre outras, nas quais cabe pensar sobre normas, institutos e práticas futuras, ou seja, a respeito de um *direito do amanhã*.

Mesmo sendo uma das mais antigas tecnologias de comunicação, tem-se que os livros ainda são um mecanismo insuperável, relativamente barato e acessível, sobretudo, por meio de seus novos suportes (eletrônicos ou de áudio), que democratizam, ainda mais, seu uso por uma população com desiguais direitos e possibilidades de aquisição de tecnologias em geral (inclusive, os próprios livros).

Assim, o uso de obras como as de Scalzi (2016, 2017, 2018, 2019), pode ser fundamental para auxiliar a abstração a respeito de problemas do presente e do futuro, auxiliando no desenvolvimento de competências e habilidades dos discentes quanto à resolução de problemas e ao desenvolvimento de teorias e estudos. Mais ainda, tem-se que a literatura pode auxiliar os (por vezes estagnados) docentes no desenvolvimento de sua criatividade e poder de abstração, permitindo-lhes, intuitivamente, a formulação de novas metodologias e formas de encarar o direito, para além do técnico e tradicional estudo normativo.

Por fim, citando-se Scalzi (2017), na frase que anuncia o livro *Brigada Fantasma* em sua *quarta capa*, tem-se que: “a tecnologia humana era boa, mas a arma que mais importa no fim das contas é aquela que fica atrás do gatilho”. Numa paráfrase conclusiva, ousa-se dizer que a tecnologia humana atual, até pode ser boa, mas o profissional que mais importa no fim das constas, é aquele que fica atrás da *caneta*. Aquele que, independentemente da tecnologia (secular ou hodierna), se mostra capaz de ser criativo, transformar e inovar.

## Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

. **Vigilância líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

FEIGELSON, Bruno. SILVA, Luiza Caldeira Leite. *Sandbox:* um olhar prospectivo sobre a tutela da regulação... *In:* MALDONADO, Viviane Nóbrega; FEIGELSON, Bruno. **Advocacia 4.0**. São Paulo: RT, 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Presidente do STF suspende bloqueio do WhatsApp no Brasil.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/07/1793291- presidente-do-stf-suspende-bloqueio-do-whatsapp-no-brasil.shtml>. Publicado em: 26.07.2016. Acesso em: 16.05.2021. 2016.

GOODMAN, Marc. **Future Crimes**. São Paulo: HSM Editora, 2015.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **PNAD Contínua TIC 2018**. Disponível em: <https:/[/www](http://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-).[ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-](http://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-) continua.html?=&t=resultados>. Acesso em: 01.04.2021. 2019.

MARTINS, Gilberto de Andrade; THEOPHILO, Carlos Renato. **Metodologia da investigação científica para as ciências sociais**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAN, José. Educação Híbrida: um conceito-chave para a educação, hoje. *In:* BACICH, Lilian; TANZI NETO, Adolfo; TRAVISANI, Fernando de Mello. **Ensino híbrido**: Personalização e tecnologia na educação. Porto Alegre: penso, 2017.

PECK, Patrícia; ROCHA, Henrique. **Advocacia digital**. São Paulo: RT, 2018. PECK, Patrícia; WEBER, Sandra Tomazi; OLIVEIRA NETO, Antonio Aves de.

**Fundamentos dos negócios e contratos digitais**. São Paulo: RT, 2019.

PEREIRA, Felipe; MONTEIRO, Marisa. *Legal design*: instrumento de inovação legal e de acesso à justiça. *In:* MALDONADO, Viviane Nóbrega; FEIGELSON, Bruno.

**Advocacia 4.0**. São Paulo: RT, 2019.

REIS NETTO, Roberto Magno; MIRANDA, Wando Dias. **Material base da disciplina direito das inovações tecnológicas**. Ananindeua: FAAM, 2021.

SCALZI, John. **As brigadas fantasma**. São Paulo: Aleph, 2017.

. **A última colônia**. São Paulo: Aleph, 2019.

. **Encarcerados**. São Paulo: Aleph, 2018.

. **Guerra do Velho**. São Paulo: Aleph, 2016.

SOTO, Pablo de. #dronehacademy: contravisualidade aérea e ciência cidadã para o uso de vants como tecnologia social. *In:* BRUNO, Fernanda; CARDOSO, Bruno; KANASHIRO, Marta; GUILHON, Luciana; MELGAÇO, Lucas. **Tecnopolíticas da vigilância**: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; OLIVEIRA, Jordan Vinícius. Sobre os ombros de robôs? A inteligência artificial entre fascínios e desilusões. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. **Inteligência artificial e Direito**: Ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: RT, 2019.

## SOBRE O ORGANIZADOR

Leonardo Jensen Ribeiro - Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz - UNISC, na linha de pesquisa de Políticas Públicas de Inclusão Social. Possui graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2012). Atualmente é professor de Introdução ao Direito na Faculdade Dom Alberto, para os cursos de Administração e Ciências Contábeis. Foi servidor do Poder Judiciário (posse em 2013 - exoneração em 2019) - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em várias Comarcas do estado. Tem experiência na área jurídica, atuando em diversos setores do Poder Judiciário, bem como do Ministério Público, Tribunal Regional Eleitoral e AGU na Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS. Foi mediador e conciliador junto ao CEJUSC Santa Cruz do Sul. Também é especialista em Docência do Ensino Superior pelo Grupo FAVENI - Faculdade Dom Alberto.

## ÍNDICE REMISSIVO

# A

Adolescentes, 119, 120, 121, 123, 124, 125, 126

*Airbnb*, 69, 70, 78

Alan Touraine, 105, 106, 111, 114

Aposentadoria, 79

Autoridade, 11, 12, 75, 76

# B

Benefício, 19, 65, 80, 81, 84, 88

# C

Capitalismo, 26, 32

Ciência, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 127

Cientistas, 19

Condomínio, 69, 72, 74

Conservadorismo, 26

Constitucional, 8, 9, 14, 15, 16, 17, 29, 31, 37, 42, 44,

45, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58,

60, 62, 63, 66, 67, 68

Constitucionalidade, 8, 17

Constitucionalização, 33, 34, 35, 37, 41, 43, 44, 45,

46

Constituição, 9, 10, 13, 15, 17, 24, 29, 33, 34, 35, 36,

37, 38, 41, 43, 44, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 55,

57, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 85, 122, 125

Coronavírus, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 101, 102

COVID-19, 79, 80, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 96, 99,

100

Crianças, 119, 120, 121, 123, 124, 125, 126

# D

Democrático, 36, 37, 43, 64

Digital, 127, 128

Direito, 5, 10, 13, 14, 18, 21, 28, 29, 31, 33, 34, 36,

37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 49, 52,

57, 59, 61, 62, 63, 66, 67, 73, 74, 77, 81, 84, 85,

87, 88, 93, 94, 95, 100, 102, 103, 104, 111, 112,

117, 119, 120, 121, 122, 127, 128, 129, 130, 131,

132, 133, 135, 136, 137, 138, 140

Direito, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18,

19, 20, 23, 24, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37,

38, 39, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51,

52, 53, 54, 55, 56, 58, 60, 62, 63, 66, 67, 68, 69,

73, 74, 78, 79, 88, 90, 91, 92, 95, 97, 98, 99, 102,

103, 104, 119, 126, 127, 139

Doença, 80, 81, 82, 84, 85, 87, 95, 134

Dominante, 19, 25, 27, 29, 30, 107

**E**

Emenda, 29, 47, 48, 49, 52, 53, 55, 57, 58, 65, 66, 67

Estado, 5, 7, 10, 11, 12, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23,

24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 36, 37, 42, 43,

44, 51, 52, 53, 56, 60, 64, 76, 78, 86, 88, 104, 126,

127

Estatuto da Criança e do Adolescente, 119, 120, 122,

125

Ético, 13, 58

Execução, 22, 42, 76, 90, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98,

99, 100, 101, 102, 103

# F

Flexibilização, 29, 90, 92, 94, 98, 100, 101

# G

Gestão, 25, 26, 127, 129

Governante, 22, 27

# H

Habilidade, 121

Hans Kelsen, 8, 9, 10, 12, 18, 35

Hermenêutico, 24, 33, 35

# I

Imprevisibilidade, 90

Inaptidão, 81

Incapacidade, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 96, 101

Inovações, 127

Invalidez, 79, 82, 84, 85

# J

Judiciais, 15, 16, 66, 91, 94, 95, 97, 101

Jurídicas, 12, 19, 20, 33, 35, 36, 39, 41, 43, 60, 69,

92, 94, 96, 129, 132

Jurídico, 5, 6, 7, 10, 12, 14, 18, 20, 34, 35, 36, 37, 38,

39, 40, 41, 43, 44, 48, 60, 63, 64, 70, 73, 74, 77,

79, 87, 91, 95, 99, 101, 120, 122, 128, 130, 132

Jurisprudencial, 33, 35, 44, 49, 59, 90, 92, 99

Juristas, 9, 19, 92, 94, 129

# L

Legislativa, 46, 50, 71

Legitimidade, 44, 56, 61, 69, 70, 99

Lei, 15, 19, 20, 21, 22, 36, 48, 56, 60, 63, 72, 77, 79,

80, 82, 83, 84, 85, 87, 92, 93, 94, 101, 122, 125,

128

Literatura, 127

Locação, 69, 74

# M

Mão-de-obra, 121, 123

Monopólio, 26, 113

# N

|  |  |
| --- | --- |
|  | 108, 109, 110, 113, 115, 116, 117, 128, 129, 134, |
| Norma, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 20, 30, 32, | 135, 138 |
| 34, 35, 36, 37, 40, 47, 49, 51, 56, 57, 58, 59, 60, | Sociedade, 5, 11, 20, 22, 23, 24, 25, 27, 30, 48, 56, |
| 66, 81, 82, 87, 113 | 59, 65, 79, 80, 81, 84, 85, 86, 95, 98, 105, 106, |
| Norma, 8 | 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, |
| Normativismo, 11 | 117, 120, 127, 128, 129, 130, 131 |

**R**

Revisão, 47, 48, 54, 58, 66

# S

Simbólica, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 116

Sociais, 19, 20, 21, 23, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 36, 41,

43, 47, 48, 51, 58, 60, 62, 76, 92, 104, 106, 107,

# O

Obrigações, 33, 34, 37, 38, 45

# P

Pandemia, 90, 91, 92, 99, 102

Política, 5, 13, 14, 20, 21, 22, 26, 27, 28, 31, 36, 59,

60, 62, 71, 79, 109

Políticos, 19, 62

Previdenciárias, 75, 76, 79, 80

Processo, 10, 11, 13, 15, 23, 29, 35, 36, 37, 39, 43,

44, 47, 49, 54, 55, 56, 58, 61, 62, 65, 66, 78, 91,

92, 95, 96, 99, 103, 104, 106, 107, 108, 109, 110,

114, 115, 116, 127, 128, 130, 136

Supremo Tribunal Federal, 35, 36, 47, 61, 63, 67, 100

# T

Tecnologias, 127, 128, 130, 132, 133, 134, 137

Televisão, 119, 121, 122, 123, 124

Televisivos, 119, 120, 121

Trans, 104, 105, 108, 110, 112, 113, 114, 115, 116

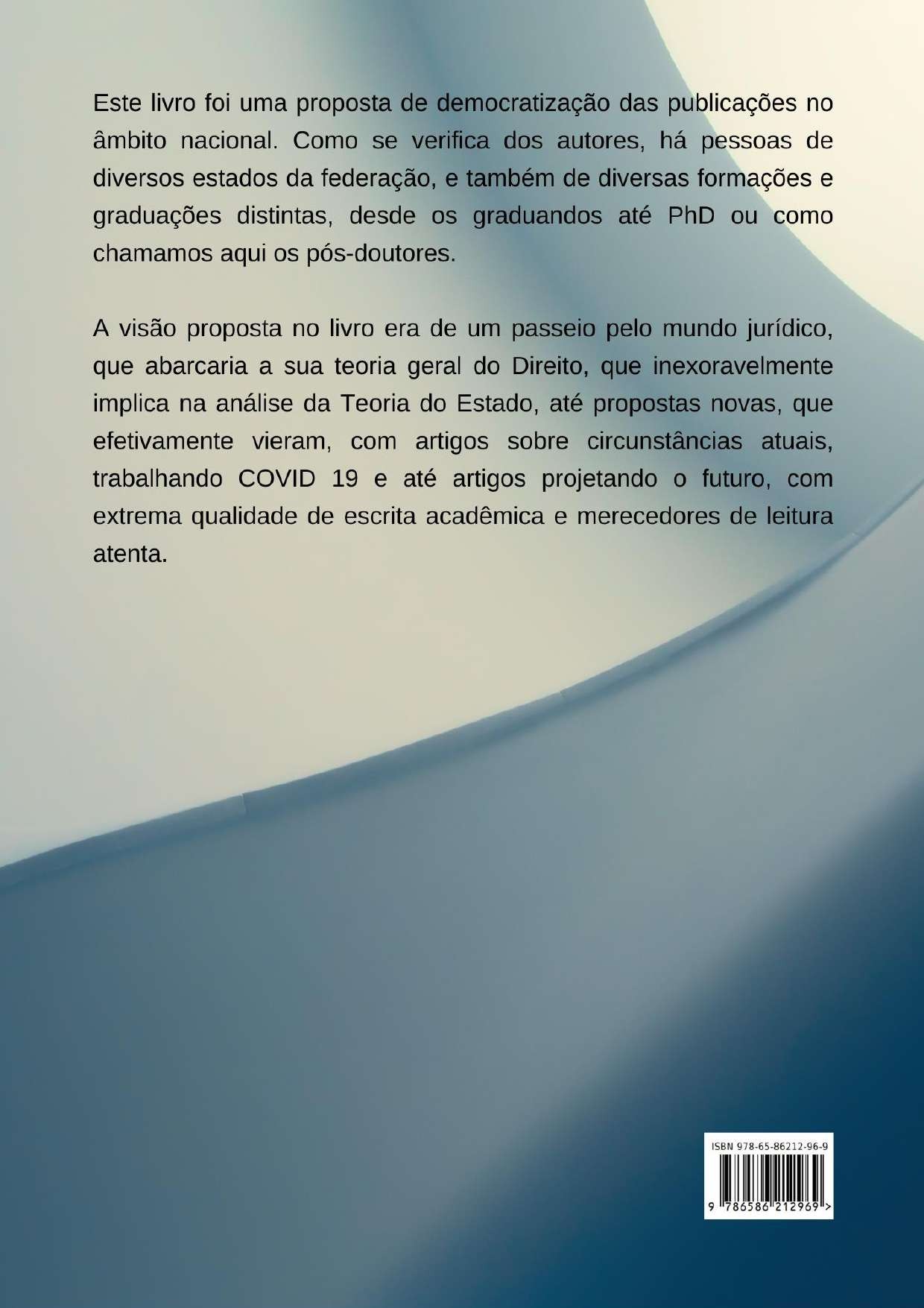
Transfeminista, 104

Transidentidades, 104, 113

# V

Valorização, 33, 35, 36

Violência, 26, 56, 104, 106, 107, 113, 116, 117

**DA TEORIA GERAL AOS NOVOS DIREITOS: UM PASSEIO JURÍDICO DIMENSIONAL**

144