

ANO XII
VOLUME XX
SEMESTRE 2-2019
ISSN:2178-3519



DIKÉ

Revista Eletrônica de Direito,
Filosofia e Política
do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito

Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito

Editoração: Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito

Ano 12, nº XX, 2º semestre de 2019

ISSN:2178-3519

Conselho Editorial:

Prof. Doutor José Carlos Henriques (UNIPAC) Prof. Doutor Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-Milton Campos), Prof. Doutor Bruno Camiloto Arantes (UFOP), Prof. Doutor José Luiz Furtado (IFAC/UFOP), Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho (USP), Prof. Doutor Sebastião Trogo (UFMG), Prof. Doutor Ramon Mapa da Silva (UNIPAC Itabirito), Prof. Mestre Guilherme Henrique Lage Faria (UNIPAC - Newton Paiva); Prof. Doutor Antônio Sá da Silva (UFBA)

Editores Responsáveis:

Dr. José Carlos Henriques, Dr. Ramon Mapa da Silva, Dr. Bernardo Gomes Barbosa Nogueira, Ms. Guilherme Henrique Lage Faria, Ms. Luiz Carlos Garcia e Dr. Raphael Furtado Caminate

Corpo de Pareceristas:

Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho (USP); Prof. Doutor José Carlos Henriques (Unipac Itabirito), Prof. Doutor Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-Milton Campos); Prof. Doutor Ramon Mapa da Silva (UNIPAC), Prof. Doutor Bruno Camilloto Arantes (UFOP), Prof. Rodrigo Ferreira (UNIPAC), Prof. Mestre Guilherme Henrique Lage Faria (UNIPA - Newton Paiva).

Linha Editorial

Direito, Filosofia e Política.

Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.

Diretor Geral: Luciano Barbosa

UNIPAC-ITABIRITO

Rua Cecília de Almeida Rocha, nº 291 - Novo Itabirito, Itabirito - MG, 35450-000

E-mails: josehenriques@unipac.br; ramonmapa@unipac.br; bernardonogueira@unipac.br; luizgarcia@unipac.br

SUMÁRIO

- 1. Direito e intersubjetividade: mundo da vida, alteridade e ordem do con-viver** - José Carlos Henriques 4

- 2. Pela mais-valia política: o declínio da esfera pública em Habermas e Schmitt** - Ramon Mapa da Silva. 17

- 3. “E eu...o que faço com esses números?”** - Bernardo Gomes Barbosa Nogueira. 35

- 4. O conceito de natureza de Whitehead e os princípios da prevenção e da precaução: aproximações e perspectivas** - Gustavo Marcel Filgueiras Lacerda..... 53

- 5. Direito civil contemporâneo e relações poliafetivas – paradoxos de efetivação de direitos** - Luiz Carlos Garcia, Leonardo Salgado Resende e Fábio Augusto Pereira Dos Santos..... 71

- 6. A justiça restaurativa nos crimes sexuais** - Marcos Boechat Coelho Costa e Guilherme Dutra Marinho Cabral 87

- 7. Direito ao esquecimento: desafios para sua aplicação na contemporaneidade** - Louise Francisco Leite e André Rodrigues Santos 102

Direito e intersubjetividade: mundo da vida, alteridade e ordem do con-viver

José Carlos Henriques¹

Resumo

Este trabalho retoma temas que já compareceram em reflexões anteriores, cuja publicação, em anuário colombiano, restou pouco acessível, motivo pelo qual ora é novamente republicado. O direito, como possibilidade ordenadora do conviver, não esgota, e nem poderia esgotar, a necessária condição relacional entre sujeitos, seus construtores e destinatários. Na raiz, a reflexão ética, cuja temática se afina com a complexidade do agir humano, deve também dizer algo sobre o coexistir, campo em que se insere todo agir direcionado ao outro. Decorre, então que, se a pergunta (a questão) é mais originária do que as respostas que para ela se oferecem, uma adequada resposta para as relações entre ética e direito deverá ser antecedida por um olhar sobre o problema que lhes é comum: a intersubjetividade. Pretende-se pensar, a partir da perspectiva da denominada ética da alteridade (Levinas), a seguinte questão: se, no horizonte elementar da intersubjetividade, a resposta jurídica poderia (ou deveria) ser transpassada pela resposta ética. Ao final, restará a convicção de que o direito, ao menos, se enriquece ao se confrontar com uma resposta eticamente fundada sobre o agir humano, terreno comum entre o ético e o jurídico.

Palavras-chave: intersubjetividade. Direito. Ética da alteridade. Levinas.

Derecho y intersubjetividad: mundo de la vida, alteridade y la orden del con-vivir

Resumen

Este trabajo retoma temas que ya han aparecido en reflexiones anteriores, cuya publicación, en un anuario colombiano, quedó poco accesible, por lo que ahora se vuelve a publicar. El derecho, como la posibilidad de ordenar, no se agota, y no podía correr hacia fuera, el tema condición relacional entre sujetos, sus constructores. En el fondo, la reflexión ética, cuyo tema se une a la complejidad de la actividad humana, también debería decir algo acerca del co-existir, un campo en el que opera todas las acciones dirigidas al otro. Se deduce entonces que, si la pregunta es anterior a las respuestas, una respuesta adecuada a la relación entre la ética y el derecho debe ser precedida por una mirada en el problema que les es común: la intersubjetividad. La intención es, desde la perspectiva de la llamada ética de la alteridad (Levinas), dar una

¹ Doutor em Direito pela UFMG, Mestre em Filosofia e em Direito. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito. Professor e coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito Público a Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito.

respuesta la siguiente pregunta: si, en el horizonte de la intersubjetividad primaria, la respuesta jurídica podría (o debería) ser traspasada por una respuesta ética. Al final, vamos a estar convencidos de que el derecho se enriquece cuando se enfrenta a una respuesta ética, comprensión de la conducta humana, un terreno común entre la ética y lo jurídico.

Palabras clave: Intersubjetividad. Derecho. Ética de la alteridad. Levinas.

1. Intencionalidade e intersubjetividade: o direito como mediação de sujeitos ativos em relação

Como temos sempre partido de uma abordagem do direito a partir das contribuições da fenomenologia, novamente aqui tentaremos frequentar esta via. É o primeiro dos esforços que faremos para pensar o direito agora apontando para uma compreensão que, certamente, é também devedora da perspectiva fenomenológica: a chamada ética da alteridade. Este primeiro esforço apenas apresenta os marcos iniciais de uma reflexão que, conforme projetamos, deverá continuar.

Um conceito central da fenomenologia, por certo, não apenas do pensamento de Edmund Husserl mas, de resto, de todo o movimento fenomenológico, é aquele de intencionalidade.

A idéia de intencionalidade pode ser pensada no contexto de uma tentativa de reconhecer, sempre mais, os limites da modernidade que, como se tem firmado, fundou-se essencialmente no dualismo sujeito-objeto.²

Assim, um pensamento elaborado a partir da noção de intencionalidade, compareceria como tentativa de superação do paradigma dicotômico que, ao longo da história da filosofia, veio a opor, ou pelo menos a separar em demasia, estes dois pólos: sujeito e objeto.

Dentro do próprio movimento fenomenológico a idéia de intencionalidade é contada entre as principais contribuições de Husserl para a filosofia. A partir desta noção

² DUFRENNE, Mikel. *Jalons*. La Haye: Martinus Nijhoff, 1966. p. 16.

fundamental pode ser pensada não mais a distância, característica da modernidade, mas a proximidade, e mesmo a co-substancialidade existente entre homem e mundo, entre sujeito e objeto. “Toda consciência é consciência de algo” dirá Edmund Husserl, partindo de inícios reflexivos colhidos a partir da frequência a motivos teóricos cultivados pelo mestre, Franz Brentano.³

De fato, a noção de intencionalidade, já pensada por F. Brentano, foi revisitada por Husserl, para quem se apresentou como achado inspirador, em muito colaborando para configurar sua nova postura filosófica diante do problema da relação entre subjetividade e objetividade. Para ele, “a palavra intencionalidade nada significa senão essa particularidade fundamental e geral que a consciência tem de ser consciência de alguma coisa, de portar, em sua qualidade de cogito, seu *cogitatum* em si mesma.”⁴

A noção de intencionalidade, sempre recolocando o problema das relações que se travam entre sujeito e objeto, recebeu variadas interpretações no âmbito do movimento fenomenológico, prestando-se como inspiração e esteio para a construção de perspectivas que, uma vez adotadas, promoveram a construção de amplas e diversificadas direções do pensamento. A idéia foi tão polêmica e provocadora a ponto de se construírem diferenças significativas a seu respeito, gerando pensamentos originais em seu entorno.

Por exemplo, para Dufrenne, a idéia de intencionalidade induz a superação do paradigma dicotômico, uma vez que há, no sujeito, um projetar-se do objeto. Entre sujeito e objeto há recíproca solidariedade e mútua transcendência. De fato, para ele, “a análise do cogito revela, por um lado, que o sujeito é transcendência, quer dizer, projeto do objeto: a análise do intencional revela, por outro lado, que o aparecer do objeto é sempre solidário da intenção que visa este objeto”.

³ Veja-se, dentre muitíssimas outras, as referências à intencionalidade contidas nas *Conferências de Paris*.

⁴ HUSSERL, Edmund. *Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia*. Trad. de Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001. p. 51. Grifos no original. A passagem citada encontra-se no famoso parágrafo 14 das *Meditações* que trata da corrente das *cogitaciones – cogito e cogitatum*. Não podemos prosseguir inventariando as passagens nas quais Husserl trata da noção de intencionalidade, nem tampouco podemos seguir perseguindo a interpretação husserliana deste fundamental conceito. Isto exigiria, por si só, um trabalho específico e árduo. Apenas colhemos em Husserl a referência à noção de intencionalidade para buscar na fonte uma idéia que, na fenomenologia francesa, receberá tratamento algo diverso de sua origem.

Em Heidegger, os desenvolvimentos das intuições contidas na idéia de intencionalidade teriam conduzido sua fenomenologia, pelo menos em um primeiro momento, nas trilhas da elaboração de uma ontologia fundamental.

De outro lado, a juízo de Dufrenne, por exemplo, a interpretação ontológica da idéia de intencionalidade, tal como conduzida por Heidegger, não se sustentaria vez que, por esta via, “extenua-se a ontologia no seu esforço de ida ao fundamento”. A este respeito, escreve Dufrenne:

A analítica do *Dasein* é, em *Sein und Zeit*, a ontologia fundamental. Esta ontologia não atinge o Ser senão no mistério da sua relação com o *Dasein*. Mas não capta o próprio Ser, porque se não identifica com essa relação como Hegel a identifica à mediação, pretende-se captada por ele. Nada pode dizer do Ser senão que o Ser se diz. Perdido o conteúdo tradicional, recusado o conteúdo hegeliano, a apoteose da ontologia parece ser a sua morte por inanição. E não seria sem interesse confrontar o seu destino com o da arte contemporânea, que um mesmo desejo de pureza e de autenticidade coloca na via da abstração onde ela se arrisca a perecer pensando realizar-se; porque a ontologia extenua-se no seu esforço de ‘ida ao fundamento’: ela não pode senão afirmar a sua própria possibilidade.⁵

Ainda na tentativa de interpretar os desenvolvimentos da idéia de intencionalidade promovida por Heidegger, dirá Dufrenne que “a intencionalidade significa no fundo a intenção do Ser que se revela – e que não é outra coisa senão a sua revelação – e que suscita o sujeito e o objeto e o objeto para se revelar. O objeto e o sujeito, que não existem senão no seio de uma mediação que os junta, são assim as condições do advento de um sentido, os instrumentos de um Logos. Heidegger, se bem que sem integrar a dialética na ontologia, identifica este Logos ao Ser”.⁶

Denuncia-se a extenuação da ontologia, resolvendo-se esta na simples afirmação de sua própria possibilidade, não podendo prosseguir rumo à sua constituição, permanecendo como uma espécie de promessa que, embora anunciada, somente se mostrasse como possível, sem decidir dizer mais, ou sem poder fazê-lo. É o que parece ter ocorrido no

⁵ DUFRENNE, Mikel. *Esthétique et philosophie*. Vol. I. Paris: Editions Klincksieck, 1967. p. 53.

⁶ DUFRENNE, Mikel. *Brève note sur l'ontologie*. In: *Esthétique et philosophie*. Vol. III. Paris: Editions Klincksieck, 1976. p. 41.

pensamento de Heidegger, num segundo momento, em que teriam diminuído as convicções desfiladas em *Ser e Tempo* em relação ao esclarecimento da questão do ser, a partir de uma analítica do *Dasein*

Mas o debate em torno da idéia de intencionalidade apresentou-se intenso também entre outros fenomenólogos.

De fato, dentre outros desenvolvimentos, a noção de intencionalidade, mostrou-se fundamental para Sartre, foi decisiva para Merleau-Ponty, no contexto de uma fenomenologia da percepção e foi tida por Mikel Dufrenne, como um conceito fundante.⁷

Interessaria, para uma compreensão da juridicidade, verificar a via frequentada por Heidegger. O caminho de Martin Heidegger na fenomenologia é por ele mesmo descrito em um pequeno texto intitulado precisamente “O meu caminho na fenomenologia”.⁸

Ali, rememora-se o percurso intelectual percorrido por Heidegger, desde os primeiros e decisivos contatos com a fenomenologia, em especial com o texto das *Investigações Lógicas*, de Edmund Husserl, até a elaboração de um pensar característico e próprio, desenvolvendo intuições e programas suscitados pelas possibilidades de pensamento desencadeadas pela fenomenologia, sua inspiração.

Como se sabe, para Heidegger, pelo menos em um primeiro momento, a questão fundamental do ser, esquecida na tradição do Ocidente poderia ser evidenciada, arrancada do velamento, por meio da elucidação do ente que se interroga sobre o Ser, aclarando-se a incontornável diferença ontológica entre ente e ser.

Esta é a direção inicial adotada pelo pensamento de Heidegger que muito interessou a Gerhart Husserl. Isto é, no contexto de uma analítica da faticidade do *Dasein*, intentar descobrir qual o locus do direito é tarefa cumprida por Gerhart Husserl com apoio em Heidegger, atendendo sobretudo à descrição dos existenciais heideggerianos, mormente

⁷ DUFRENNE, Mikel. *Estética e filosofia*. Trad. de Roberto Figurelli. São Paulo: Editora Perspectiva, 1972. p. 79.

⁸ Tivemos acesso ao texto na tradução de Ana Falcato: HEIDEGGER, Martin. *O meu caminho na fenomenologia*. Coleção – Textos clássicos de filosofia. Covilhã: Universidade Beira do Interior, 2009.

aquele conhecido como ser-com, *Mitsein*, de óbvio interesse para a compreensão da co-existência entre sujeitos.

Posteriormente, a pretensão de se construir uma ontologia fundamental, a partir de uma analítica do *Dasein*, para Heidegger, se revelou insuficiente. O Ser, após a famosa *Kehre* – Virada – deixar-se-ia evidenciar como clareira, sendo o homem seu pastor. Esta última direção heideggeriana, voltada para o deslinde da questão do ser agora a partir de outros registros, mais afetos aos limites da condição do *Dasein* como seu intérprete, segundo parece, não teria encontrado acolhimento no pensamento de Gerhart Husserl.

Fala-se, aqui, de um último Heidegger sem, contudo, adentrar na já longa disputa travada na historiografia filosófica sobre a existência, no pensamento heideggeriano, de uma virada. Seja como for, para nós, contidas as idéias em gérmen já nos primeiros escritos, aqueles gestados até o início da década de 1930, nos escritos posteriores a este período, Heidegger passa a enfatizar que, em atenção à pergunta fundamental sobre o ser, cabe ao *Dasein* uma atitude de escuta, de acolhimento e, no máximo, de tentar dizer poeticamente o que acolhe, ou melhor, deixar que o ser se diga na linguagem.

A mudança de direção no pensamento de Heidegger que, para nós, permanece enfrentando a mesma questão,⁹ a problemática do ser, mas agora a partir da compreensão de que o ser se manifesta de sua iniciativa, não teria despertado interesse dos juristas, dentre eles Gerhart Husserl, por conter registros de relevância distantes e mesmo, quiçá, desnecessários para a compreensão do direito.

Assim, não comparece nos textos de Gerhart Husserl esta direção última do pensamento de Heidegger, o que o seduziu foi mesmo a analítica do *Dasein*, compreendida como descrição existencial da faticidade humana.

⁹ Subscrevemos, neste passo, a interpretação gadameriana da *Kehre* segundo a qual há uma continuidade em Heidegger do pensamento acerca da questão do ser, a questão realmente essencial. Ocorre que, em um primeiro momento, Heidegger acredita que, interrogando o ente que se interroga sobre o ser, para este se encontraria resposta. Ao passo que, em um segundo movimento, extenuada esta possibilidade, o *Dasein* não diz o ser, mas o escuta, o ser em que se diz, o dizer sobre ele pode ser o poético que é mais escuta que dizer. A respeito, com nuances, ver GADAMER, Hans Georg. *Hermenêutica em retrospectiva. Vol I – Heidegger em retrospectiva*. Petrópolis: Vozes, 2007. Sobretudo, as passagens em que Gadamer se refere à viragem heideggeriana como uma “virada para trás”, como um retorno, sempre visando a questão fundamental: a interrogação sobre o ser. Conferir, pp. 109 e seguintes.

Mais que se interessar pelo problema central enfrentado por Heidegger, a questão do ser, Gerhart Husserl se apodera dos instrumentos fenomenológico-descritivos de Ser e Tempo, buscando compreender o lugar do direito na regulação factual do necessário encontro entre sujeitos. Isto é, interessou-se em especial pelo instrumental utilizado por Heidegger, não propriamente pela questão que este se propunha pensar.

O quanto aqui dissemos se funda em percepções e interpretações feitas dos escritos gerhartianos e nisto em nada fomos, explicitamente, ajudados pelo autor vez que, como já se afirmou, em tais escritos aparecem raras citações, seja de Heidegger ou de outros autores, em razão do peculiar estilo adotado: livremente escrever, adotando direções presentes na tradição filosófica de base sem, contudo, indicar ao leitor suas fontes, procedimento que, de resto, é adotado por Gerhart Husserl na quase totalidade de suas obras.

Não podemos afirmar que Gerhart Husserl tenha conduzido seu pensamento para o interior de uma intensa reflexão acerca da idéia de intencionalidade ou mesmo que se tenha empenhado, como outros fenomenólogos, a exemplo do debate que acima ilustramos, em pensar novos contornos para as noções de sujeito e objeto – as relações entre estes existentes - a não ser em um contexto próprio de adaptação à compreensão do fenômeno jurídico.

Isto é, no pensamento gerhartiano o debate sobre a intencionalidade, orquestrado em torno das idéias de subjetividade, objetividade e intersubjetividade, resolve-se na exata medida de interesse para a compreensão do direito, ou seja, o interesse se volta para a compreensão destas idéias no âmbito jurídico, sem avançar daí para uma teoria geral, uma filosofia pura, invadindo campos investigativos ontológico-gnoseológicos.

Que a idéia de intencionalidade, que comporta em si um debate sobre a noção de sujeito, tenha significado também para uma compreensão do direito, parece acertado afirmar. Afinal, mesmo os juristas ou os filósofos do direito, em algum momento, “acabam sempre com o dever de fazer as contas o eu. Husserlianamente, com um eu empenhado em justificar a si mesmo como eu transcendental puro intencionalmente

composto”.¹⁰

Enfim a intersubjetividade, categoria necessária à compreensão do direito, é intencionalmente construída, ressentindo-se do mútuo reconhecimento entre sujeitos, perpassando hermeneuticamente as intenções interpretativas das normas e sustenta a reciprocidade de interação que o direito supõe e a qual ele pretende regular ou resolver. Deste modo, de um ponto de vista jurídico – e também político - se mostra profícuo o projeto fenomenológico. Para dizer com Cristin, “voltando à relevância jurídica (e política) do projeto fenomenológico, na teoria da intersubjetividade se encontra a motivação transcendental da idéia de direito: o fundamento do direito consiste, de fato, no reconhecimento do outro, que vem a partir da consciência de si na empatia e na interação recíproca”.¹¹

Assim, a idéia de intersubjetividade que toma conta do pensamento jurídico de Gerhart Husserl, tornando-se uma noção central o encontro entre sujeitos, mediado pelo mundo da vida, horizonte de fundo constituído e constituinte dos sujeitos em relação.

É pensando esta idéia, em âmbito transcendental, apropriando-se de seus limites, condições de posição e estrutura necessária ao direito que Gerhart Husserl se insere entre aqueles que, voltando às coisas do direito, pensam a estrutura jurídica como um dos extratos de sentido da intersubjetividade.

Tem razão Cristin, para quem, “sendo um dos fenômenos fundamentais de cada cultura, o direito não pode vir descurado pela reflexão fenomenológica, sob pena de queda em um horizonte de sentido vazio e estéril. O problema do sentido, que representa um dos eixos do discurso fenomenológico, é também um problema de conteúdo, e se se ilide a dimensão jurídico-institucional da comunidade intersubjetiva, priva-se esta última de uma parte de seus conteúdos, ou de uma parte de seu sentido. Isto demonstra que a teoria fenomenológica da intersubjetividade, articulando-se como âmbito transcendental das relações intersubjetivas, inclui a questão da estrutura jurídica como um de seus

¹⁰ STELLA, Giuliana. *I giuristi di Husserl: interpretazione fenomenologica del diritto*. Milano: Giuffrè Editore, 1990. p 207.

¹¹ CRISTIN, Renato. *Presentazione*. In: HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998. pp. XXIV.

extratos de sentido”.¹²

Por isto, a filosofia jusfenomenológica desenvolvida por Gerhart Husserl intenta pensar o direito no contexto maior de discussão sobre o sentido da intersubjetividade. Claro se este sentido somente se pode ler na história, não é difícil compreender porque o pensamento de Heidegger teria tanto chamado a sua atenção. É que o *Lebenswelt*, em que se radica o mundo da ação e da cultura, funda-se sobre um existente seu construtor, o homem. Interessar-se pelo *Dasein*, em sua condição mundanal e em seu ser-com – *Mitsein* – não poderia ser um horizonte de investigação descurado, neste contexto hermenêutico. Nele se revelaria o direito como integrante de um mundo regulatório das relações intersubjetivas.

Daí, passar-se à estrutura institucional, característica do direito, é possível a partir do reconhecimento da conexão originária entre vida humana e direito, fundamento da socialização, na história. Ou como se expressou Cristin, “a comunidade intersubjetiva entra na história quando interioriza aquela conexão conferindo-lhe uma estrutura institucional”.¹³

Enfim, a compreensão fenomenológica do direito, também em Gerhart Husserl, parte do reconhecimento do outro frente ao eu, numa relação entre sujeitos que, institucionalizada, regula a necessária reciprocidade humano-relacional.

Na dupla transitabilidade da relação intersubjetiva se sustenta a formação de um ordenamento jurídico concebido não apenas como superestrutura que regula relações sociais, sempre mais complexas, mas como estrutura fundamental que individua, na relação de obrigatoriedade (de responsabilidade) entre o eu e os outros, o núcleo de qualquer reciprocidade humana. Eis, afinal, porque há sempre que se fazer as contas com o eu e com o eu frente a outros em relação.

Neste horizonte de compreensão, a consciência intencional visa o outro e a si, em um movimento que reconhece a reciprocidade na pluralidade de sujeitos em relação. A

¹² CRISTIN, Renato. Presentatione. In: HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998. pp. XXVII.

¹³ CRISTIN, Renato. Presentatione. In: HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998. pp. XXIII.

partir daí, pensa-se o direito como enraizamento e regulação desta reciprocidade, não como mera estrutura de regulação social, mas como mediação inter-relacional de sujeitos em ação. Por isto, vale registrar: o direito é mediação de sujeitos ativos em relação.

2. A provocação da ética da alteridade: o outro, *a priori* ético, para além do direito?

Percorremos este longo caminho para, agora, fazer desaguardarem as aquisições em um oceano de problemas dos quais pretendemos cuidar doravante, em estudos posteriores. Aqui apontaremos apenas as provocações. As respostas pretendemos oferecer ao longo de estudos futuros sobre a compreensão do direito, em confronto com a proposta filosófica da ética da alteridade.

De um ponto de vista fenomenológico, a procura por um fundamento último, pelo originário da experiência jurídica, pode fomentar a elaboração de uma ciência dos fundamentos apriorísticos do direito, uma eidética jurídica, reduzindo o fenômeno a sua idéia, pela variação, à maneira de Husserl.

Uma tentativa de assim proceder, faz pensar que há, no direito, um *a priori* significativo e facilmente identificável: o direito se ergue sobre a relação entre homem e mundo, relação que sempre se trava no encontro de sujeitos em relação, de outros empenhados em interação. Ou seja, há um antecedente originário, condição de possibilidade de todo direito possível: o outro. A noção de *a priori* aponta para a condição fundante e originária da relação homem mundo. E, segundo temos pensado até agora, *a reflexão sobre o outro assume as cores de fundamento de toda experiência possível do direito.*

Então, questões de relevo devem ser colocadas. No Ocidente, o direito foi – e segue sendo – uma resposta histórica possível para a ordenação da convivência, das relações intersubjetivas. Mas será a resposta mais originária? Afinal é via de necessidade ou possibilidade apenas? Enfim, poderiam as relações intersubjetivas encontrar fundamento mais originário no apelo ético a que o outro sempre nos convoca? Seria este fundamento o reino do ético?

A proposta de Emmanuel Lévinas, que compreende a ética enquanto filosofia primeira, parece apontar exatamente nesta direção de superação do direito ou, ao menos, o situa no campo das possibilidades. Mas, mesmo que possível, a partir das perspectivas trazidas pela ética da alteridade, segundo pensamos, o direito segue sendo desafiado pela originária convocação do outro, enquanto apelo que fala e cala, diz e é dito nas relações intersubjetivas. Enfim, o direito poderia ser pensado como instaurador de uma ordem ali mesmo onde a ordem ética teria encontrado seus limites? Ou seria o direito resultado de uma compreensão ainda insuficiente da ética, compreendida esta como filosofia segunda, não como filosofia primeira, exatamente como pretende firmar o pensamento de Lévinas. Eis os problemas, quanto às soluções talvez digamos depois. Contudo, desde já é possível compreender que a proposta da ética da alteridade relança ao direito uma velha e sempre renovada questão: dar conta de si mesmo e dizer, então, uma resposta para a indagação: o que é o direito?

REFERÊNCIAS

ALLIEZ, Éric. *Da impossibilidade da fenomenologia*. Tradução de Raquel de Almeida Prado e Bento Prado Jr. São Paulo: Editora 34, 1996.

ARTHUR KAUFMANN. *Filosofia del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

BRITO, José de Souza e. *Fenomenologia do direito e teoria egológica*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina, 1963.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos, e MELLO, Cleyson de Moraes, *O Fundamento do Direito*. Estudos em homenagem ao Professor Sebastião Trogo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

COTTA, Sergio. *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*. Roma: Giuffrè, 1991.

CRISTIN, Renato. Presentatione. In: HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998.

DEPRAZ, Natalie. *Compreender Husserl*. Petrópolis: Vozes, 2007,

DUFRENNE, Mikel. *La notion d' "a priori"*. Paris: PUF, 1959.

DUFRENNE, Mikel. *Phénoménologie de l'expérience esthétique*. Vol. I – L'objet esthétique. Paris: Presses Universitaires de France, 1953.

DUFRENNE, Mikel. *Phenomenologie de l'expérience esthétique*. Vol. II - La perception esthétique. Paris: Presses Universitaires de France, 1953.

GADAMER, Hans G. *Hermenêutica em perspectiva – Heidegger em retrospectiva*. Vol. I São Paulo: ed. Vozes, 2007.

GRONDIN, Jean. *Kant et le problème de la philosophie: l' "a priori"*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1989

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 1989.

HUSSERL, Edmund. *A filosofia como ciência de rigor*. Coimbra: Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina, 1952.

HUSSERL, Edmund. *Conferências de Paris*. Lisboa: Edições 70, 1992.

HUSSERL, Edmund. *Investigações lógicas: sexta investigação*. Trad. de Zeljko Loparic e Andréa Maria Altino de Campos Loparic. In: "Os Pensadores". Abril Cultural: São Paulo, 1975.

HUSSERL, Edmund. *Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia*. Trad. de Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001.

HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998.

HUSSERL, Gerhart. *Person, Sache, Verhalten*. Frankfurt: Klostermann, 1969.

HUSSERL, Gerhart. *Recht und Welt. Rechtsphilosophische Abhandlungen*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1964.

HUSSERL, Gerhart. *Recht und Zeit: fünf rechtsphilosophische Essays*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1955.

KELSEN, Hans. *Una teoria fenomenológica del diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1990. Collana Diritto e Cultura. A cura di Giuliana Stella.

LEVINAS, Emmanuel. *Descobrindo a existência com Husserl e Heidegger*. Tradução de Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

LYOTARD, Jean-François. *A fenomenologia*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Do primado da percepção e suas conseqüências filosóficas*. Campinas: Papyrus, 1990.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Phénoménologie de la perception*. Paris: Gallimard, 1987.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito: estado da questão*. São Paulo: ed. Saraiva, 1995.

RICOUER, Paul. *A noção de “a priori” segundo Mikel Dufrenne*. In: *Leituras 2: a região dos filósofos*. Tradução de Marcelo Perine e Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 1996. pp. 242-254.

SPIEGELBERG, Herbert. *The Phenomenological Movement – a historical introduction*. London: Martinus Nijhoff the Hague/Boston, 1982.

STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia. Um estudo do modelo heideggeriano*. Porto Alegre: Movimento, 1983.

STELLA, Giuliana. *I giuristi di Husserl: interpretazione fenomenologica del diritto*. Milano: Giuffrè Editore, 1990.

VAN BREDA, H. L. *Problèmes actuelles de la Phénoménologie - Actes du colloque international de phénoménologie, Bruxelles, avril 1951 – Paris: Desclée de Brouwer, 1952*.

PELA MAIS-VALIA POLÍTICA:

O declínio da esfera pública em Habermas e Schmitt

Ramon Mapa da Silva¹

RESUMO: O presente trabalho continua a investigação iniciada no artigo *Contra a mais-valia política: sobre a formação da esfera pública em Habermas e Schmitt*, focando no processo de declínio da esfera pública na sociedade burguesa.

Palavras-chave: direito, política, esfera pública, sociedade, declínio.

ABSTRACT: The present paper continues the research initiated in the paper *Contra a mais-valia política: sobre a formação da esfera pública em Habermas e Schmitt*, with focus on the process of decline of the public sphere in the bourgeois society.

Keywords: law, politics, public sphere, society, decline.

Introdução

Como visto no artigo anterior, os pensamentos de Habermas e Schmitt apresentam similitudes e desavenças em relação à formação da esfera pública nas sociedades carentes de formas tradicionais de representação, após o declínio dessas formas com o fim da Idade Média. Destaca-se, no presente texto, como a abordagem de Habermas sobre as críticas de Schmitt acerca do esvaziamento da esfera pública se aproxima dessas críticas ao mesmo tempo que se compromete em desqualificá-las.

“Na medida em que ocorre a mediação da intimidade, que permite a consideração do homem enquanto humanidade e não como proprietário, apenas” (GHETTI, 2006, p. 93) o modelo de uma esfera pública parece permitir, desde que se

¹ Doutor pela UFMG, Mestre pela PUC Minas, Professor na UNIPAC de Itabirito.

mantenha pública, uma reprodução da vida subjetiva que termina por pautar os questionamentos acerca das formas políticas estatais, sobretudo às que fundamentaram o absolutismo. Todo o conluio, o segredo, as relações políticas de bastidores, por não participarem da mediação da intimidade são condenadas e o monopólio do político que restava nas mãos do Estado, como Schmitt entendia que sempre deveria ser, acaba por se desfazer, na medida em que a esfera pública se torna também uma esfera política.

O intercâmbio das esferas privadas que compõem o público, pelo desenvolvimento voraz do mercado² no século XVIII quebra as últimas formas de institucionalização da esfera pública pelo Estado. A racionalidade que se acreditava inerente ao livre-mercado deveria pautar agora a esfera pública, até o mercado ser percebido em uma complexidade que clamava por regulação legal. A esfera pública burguesa toma para si a competência legislativa para poder regular o mercado (GHETTI, 2006, p. 95), institucionalizando uma nova relação entre opinião pública e legislação, uma relação de interdependência que atingiria uma nova dimensão com o sufrágio universal e a conversão da sociedade burguesa dos séculos XVIII e XIX na sociedade de massas do século XX.

Para Schmitt tais alterações são trágicas para a clássica separação entre Estado e sociedade. Se em um primeiro momento a generalidade e abstração da lei pareciam suficientes para garantir essa separação, com o irromper do pluralismo no cerne da sociedade se desenvolve uma nova busca por uma relação substancial entre Estado e sociedade, uma vez que os grupos plurais demandavam necessidades que lhe eram específicas diante do Estado, não partilhadas pela generalidade do público, o que ia de encontro ao tradicional formalismo que garantiria a neutralidade da legislação e do próprio Estado perante a sociedade.

Weber viu no embate entre as demandas de grupos particulares e o formalismo da legislação um “conflito insolúvel”, mais um vislumbrar da manifestação desses deuses “beligerantes da Modernidade” (MCCORMICK, 1997, p. 244). Tanto Schmitt quanto Habermas tentaram solucionar esse problema pela via da democracia. O que os separa é justamente o conceito de democracia. Schmitt quer resgatar uma noção substancial de democracia, fundada em uma homogeneidade social e no monopólio

² “Tal sociedade determinada apenas pelas leis do mercado-livre se apresenta não só como uma esfera livre de dominação mas, sobretudo, como livre de poder.” (HABERMAS *apud* GHETTI, 2006, p. 95)

estatal do poder político. A aclamação “democrática” unificaria “todas as demandas sociais pluralísticas por intervenção estatal substantiva”³ (MCCORMICK, 1997, 244), impedindo que o Estado fosse rachado de dentro para fora. Habermas já enxerga os direitos como conquistas da esfera pública, de forma que a democracia só pode ser mantida pela abertura radical dessa esfera a uma racionalidade comunicativa capaz de conciliar as demandas plurais perante o Estado através do consenso. Há uma autonomia da sociedade perante as forças administrativas do Estado, uma “formação política horizontal da vontade, que depende de entendimento ou consenso obtido comunicativamente” (HABERMAS, 1997, p. 333) e que “deve ter a primazia, tanto do ponto de vista genético quanto normativo.” (HABERMAS, 1997, p. 333). A democracia radical de Habermas pressupõe a procedimentalização das estruturas de reprodução social reafirmando a importância da legitimação procedimental e racional do mando, o que entra em conflito com a aclamação pública homogênea que Schmitt enxerga como a parte que cabe ao público na construção da democracia:

Schmitt, por sua vez, endossa uma democracia que acentua não o poder popular, mas precisamente a carência dele. Weber observou o quão a democracia partidária de massas envolve carisma intrapartidário (do líder do partido) e um plebiscitarianismo intrapartidário (controle hierárquico autocrático). Esse fenômeno engendra um “desalmar” do séquito partidário, uma proletarianização intelecto-espiritual. A tentativa de Schmitt de converter todos os carismas e plebiscitarianismos particulares dos diversos partidos em um único escritório do *Reichspräsident* resulta na proletarianização da nação como um todo – uma democracia de massas sem alma.⁴ (MCCORMICK, 1997, p. 245)

As questões da representação, da aclamação popular e da procedimentalização da esfera política retornam na discussão que Habermas traça acerca dos problemas de legitimidade da jurisdição constitucional retomando criticamente as concepções de Schmitt acerca desses temas expostas em *O Guardiã da Constituição*.

³ “(...) *all the pluralistic social demands for substantive state intervention.*”

⁴ “*Schmitt, for his part, endorses a democracy that accentuates not the people’s power but precisely their lack of it. Weber had observed how mass-party democracy entailed intraparty charisma (of the party leader) and intraparty plebiscitarianism (autocratic hierarchical control). The phenomena engender a “soullessness” among the party following, an “intellectual – spiritual” proletarianization. Schmitt’s attempt to convert all the particular charisms and plebiscitarianisms of the many parties into the single off of the Reichspräsident entails the proletarianization of the nation as whole – a soulless mass democracy.*”

O Bode e o Jardineiro: sobre a legitimidade da jurisdição constitucional

Da relação estabelecida pela interdependência entre esfera pública e legislação a análise de Habermas passa para o problema da proteção da esfera pública e dos direitos conquistados historicamente por ela. Para tanto ele enfrenta a questão dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos e da legitimidade dos tribunais constitucionais para decidir conflitos normativos pela ótica da teoria do discurso. Uma vez que a prática da interpretação construtiva do direito decorrente do redimensionamento da hermenêutica jurídica pela teoria do discurso precisa enfrentar o âmbito da separação de poderes, presente nas constituições modernas, Habermas se pergunta “de que modo tal prática de interpretação, que procede construtivamente, pode operar no âmbito da divisão de poderes do Estado de direito, sem que a justiça lance mão de competências legisladoras?” (HABERMAS, 1997, p.297)

De acordo com Habermas a análise tradicional da separação de poderes, baseada no modelo liberal de Estado fundamenta as críticas à prática de decisão pelo tribunal constitucional⁵ (HABERMAS, 1997, p. 298). Tais críticas apontam para a inconstitucionalidade das ações do Tribunal Constitucional, que ao decidir estaria, em verdade, legislando. Ainda que perigosa, para Habermas a ampliação das funções do Tribunal Constitucional, incorporando prerrogativas legislativas, é inevitável (HABERMAS, 1997, p. 298). Ao lado dos Tribunais Federais, o Tribunal Constitucional constituiria uma espécie de órgão máximo que assumiria tarefas de reflexão e autocontrole constitucional (HABERMAS, 1997, p.299). É preciso destacar o fato de que Habermas não aceita de forma cabal a legitimidade do judiciário em exercer o controle de constitucionalidade. De fato, numa análise sistemática sublinha-se no pensamento habermasiano uma divisão de poderes distinta do equilíbrio da teorização liberal e que se configura assumidamente assimétrica em favor do poder legislativo:

Na visão da teoria do discurso, a lógica da divisão de poderes exige uma assimetria no cruzamento dos poderes do Estado: em sua atividade, o executivo, que não deve dispor das bases normativas da legislação e da justiça, subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a

⁵ “No modelo liberal, a ligação estrita da justiça e da administração à lei resulta no clássico esquema da divisão de poderes, que deveria disciplinar, através do Estado de direito, o arbítrio do poder estatal absolutista. A distribuição das competências entre os poderes do Estado pode ser entendida como cópia dos eixos históricos de decisões coletivas: A prática de decisão judicial é entendida como agir orientado pelo passado, fixado nas decisões do legislador político, diluídas no direito vigente; ao passo que o legislador toma decisões voltadas para o futuro, e a administração controla problemas que surgem na atualidade.” (HABERMAS, 1997, p. 305)

possibilidade de uma inversão dessa relação, ou seja, uma supervisão dos outros dois poderes através do executivo. Por isso, quem segue Carl Schmitt e proclama o presidente do Reich, ou seja, o ponto mais alto do executivo como o “guardião da constituição”, transforma o sentido da divisão de poderes no Estado democrático em seu contrário. (HABERMAS, 1997, p. 300)

O ideal seria a incorporação das funções do Tribunal Constitucional pelo poder legislativo, que poderia organizar uma comissão parlamentar que incluísse juristas especializados (HABERMAS, 1997, p. 300), uma vez que o “controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador” (HABERMAS, 1997, p. 301) e que o exercício do controle constitucional pelo legislativo levaria a um sensível “incremento da racionalidade do processo de legislação” (HABERMAS, 1997, p.300). Entretanto, a separação dos poderes do Estado ainda segue o padrão instituído pelo pensamento liberal, tentando afastar a assimetria proposta por Habermas. Mesmo que o sistema de freios e contrapesos não funcione em sua plenitude na maior parte dos Estados e pelas razões mais diversas, é fato que qualquer “invasão” de competência entre os poderes é repelida com veemência pelo pensamento jurídico. Considerando que situações em que existem interpretações conflitivas da constituição entre os poderes necessitam de resposta por um poder neutro a concepção clássica do Tribunal Constitucional estaria fundamentada, uma vez que, de acordo com essa concepção, famosa com Kelsen, “atribuir a um órgão o simples poder de controlar a constituição não é o mesmo que fortalecer ainda mais o poder de um dos dois portadores principais do poder, conferindo-lhe a constituição.” (KELSEN *apud* HABERMAS, 1997, p.302)

Tal afirmação de Kelsen mostra que sua justificativa para o controle de um Tribunal específico sobre a constituição se dá “lançando mão de argumentos políticos, compreensíveis para a época de então, e de argumentos da teoria do direito” (HABERMAS, 1997, p. 302), esses últimos explorados em menor quantidade que os primeiros, já que Kelsen se preocupa mais com os sujeitos do conflito normativo do que com o próprio conflito que determinaria a guarda da constituição. Obviamente, Schmitt não abre mão dos argumentos políticos, o que não teria razão para fazer, uma vez que ao contrário de Kelsen, nunca condenou o uso jurídico de tais argumentos e sempre defendeu a impossibilidade de se separar política e direito em questões constitucionais (SCHMITT, 1996), mas também se apóia em argumentos da teoria do direito. Enquanto que para Kelsen o problema principal reside no fato de que parlamento e governo já possuem uma quantidade considerável de poder que se tornaria muito maior com o

controle constitucional para Schmitt o que impossibilita o controle constitucional por parte de uma instância judiciária seria a inexistência de fatos subsumidos a normas, no exercício desse controle, uma vez que, existindo esses fatos, não se trataria de guarda da constituição, mas de simples e direto exercício da jurisdição. Por isso seria um equívoco alcunhar os tribunais em guardiães da constituição ao examinarem a coerência material entre as leis ordinárias e a constituição (SCHMITT, 2007, p. 19):

Apenas enquanto a determinação da norma constitucional possibilitar, pelo seu conteúdo, uma subsunção correspondente ao tipo, calculável e mensurável, do caso a ser decidido é que ela interessa para o caso de conflito, pois um conflito desse tipo pressupõe, como todo conflito autêntico, uma *identidade* das determinações colidentes. Para princípios e máximas gerais, autorizações e simples determinações de competência, o caso é bem diferente do que para subsunções correspondentes ao tipo. Apenas a subsunção ao fato típico do regulamento da norma constitucional possibilita o juiz (não privar a lei ordinária de validade, mas, sim, como se expressa o tribunal do Reich) negar aplicação à lei ordinária ou, mais precisamente, subsumir, em vez de a seus fatos típicos, a aqueles da lei que tem primazia e, assim, decidir o caso presente. Na verdade, isso não é uma abjudicação da validade, mas uma não aplicação da lei ordinária ao caso concreto ocorrida devido a aplicação da norma constitucional. (SCHMITT, 2007, p. 24)

Não seria descabida uma leitura que filiasse a postura de Schmitt exposta na última citação a ideias liberais. De fato, a vinculação à lei, como mostrou Habermas, é a responsável pela separação de poderes e o que Schmitt intenta aqui é mostrar que qualquer ação do Poder Judiciário que transcenda a subsunção de fatos a normas seria extrapolação de suas devidas competências. Sob o paradigma do Estado liberal, funções que não se resumam à aplicação de normas não poderiam pertencer à esfera jurisdicional, uma vez que conferir ao poder judiciário tais prerrogativas lançaria por terra o sistema clássico de separação de poderes.

O objetivo de Schmitt pode ser lido, portanto, como diametralmente oposto ao de Habermas, ainda que a teoria do discurso negue ao judiciário o uso de argumentos de fundamentação, o que levaria Habermas a concordar com Schmitt sobre a competência do judiciário se reduzir à aplicação de normas, mas, enquanto o pensador da Escola de Frankfurt busca apresentar os argumentos de legitimidade do Tribunal Constitucional e discutir seu cabimento dentro das perspectivas construídas pela teoria do discurso, a meta de Schmitt é desmontar qualquer tese que confira a esse Tribunal a guarda da constituição. Habermas também condena o fato de o Tribunal Constitucional ter criado

uma doutrina da ordem dos valores, criando uma confusão nociva entre normas e valores (GHETTI, 2006, p. 158),⁶posição já constante no pensamento de Schmitt, sempre preocupado com a capacidade destrutiva da unidade política do Estado que poderia advir do pluralismo de valores e visões de mundo, como mostra seu artigo *A tirania dos valores*. Como a relação entre constituição e valor se mostra fundamental para a compreensão da tese schmittiana sobre a jurisdição constitucional é recomendável uma exposição desta.

Para Schmitt a Constituição é o Estado. Ela expõe como o Estado se coloca perante os demais, quais os valores constituem a Nação. A Constituição não é um mero conjunto normativo distinto da legislação ordinária por seu processo de positivação ou alteração. Ainda que, sua interpretação enquanto *norma* abra espaço para a confusão entre *Constituição* e *lei constitucional* é importante ressaltar que elas são de natureza bem distinta. A declaração do Brasil enquanto República Federativa se caracteriza como parte da Constituição, as determinações sobre competência tributária por seu turno, fazem parte da legislação constitucional, mas não dizem nada sobre o que é o Brasil, sobre seu *status*.

A Constituição é, portanto, dependente de uma unidade política em cujos valores se baseia e, ao mesmo tempo, é a própria configuração dessa unidade:

Uma Constituição, no sentido de um *Status* idêntico à situação total do Estado, nasce naturalmente com o Estado mesmo. Não é emitida nem convencionada, senão que é igual ao Estado concreto em sua unidade política e ordenação social. Constituição em sentido positivo significa um ato consciente de configuração desta unidade política, mediante o qual a unidade recebe sua forma especial de existência. Se várias unidades políticas e sujeitos independentes do Poder constituinte adotam em comum, por si mesmos, uma tal decisão, que fixa um *Status* político e, claro, em concorrência, então temos uma Constituição pactuada ou uma Constituição convencionada. (Ambas as palavras, pacto e convenção (*Vereinbarung*), estão aqui sem diferenças, se bem que não cabe desconhecer a singularidade

⁶ No sistema de Alexy os princípios são vistos como um tipo especial de normas, constituindo, mais propriamente, mandados de otimização, o que possibilita sua inclusão na prática judiciária enquanto argumentos de fundamentação, mormente nos *hard cases* em que a subsunção do fato à norma não parece ser suficiente. Uma vez que Habermas nega ao poder judiciário a possibilidade de lançar mãos de argumentos de fundamentação ele vai contra à teoria de Alexy, defendendo que os juízos dos magistrados devem se ater unicamente ao senso de adequação subsumindo-se aos argumentos de fundamentação conferidos pelo legislativo. Sobre a posição de Habermas acerca da teoria de Alexy ver GHETTI, 2007, p. 159 e HABERMAS, 1997, p. 270.

que Binding e Triepel hão dado do conceito de convenção [convenção como fusão de distintas vontades de igual conteúdo].⁷ (SCHMITT, 1996, p.67)

Até o presente momento, a investigação do pensamento de Carl Schmitt demonstrou que sua maior preocupação reside no conceito de unidade política. Todos seus temas principais podem ser colocados sob o pálio desse conceito-chave. A Constituição, para ele, é a configuração da unidade política, concretizada em uma ordem a ser velada pelo soberano. A própria soberania, o tema mais controverso da obra de Schmitt, só encontra completo sentido quando vista como um poder destinado a proteger a unidade política. A suspensão da ordem constitucional pelo soberano durante o Estado de exceção apresenta a natureza de um ato extremo de proteção da unidade política. Colocar a Constituição sob o alvedrio do Judiciário representaria, em última instância, uma segunda faceta do “jogo de prestidigitação” que se processa no Estado de Direito com o fim de retirar do soberano seu monopólio sobre a autoridade do Estado. Se em um primeiro momento o jogo se dá ao projetar na lei a soberania, como queriam Kelsen e os normativistas contemporâneos a Schmitt, no segundo momento se transfere para o Judiciário o poder de decisão sobre a unidade política. Isso descaracterizaria não só a soberania, mas a natureza do próprio Poder Judiciário, concebido para aplicar a lei, não para decidir, único ato capaz de defender a Constituição e a unidade política, e, como já vimos, marca da soberania.

Schmitt enxerga nessa descaracterização do Judiciário o fruto de uma confusão sobre a natureza do Estado de Direito. “É natural conceber a resolução judicial de todas as questões políticas como ideal do Estado de Direito” (SCHMITT, 2007, p.33), o que não faz, evidentemente, que o Poder Judiciário consiga solucionar essas questões mantendo-se nos limites estritos da jurisdição. O que ocorre, em verdade, é uma inversão, até certo ponto leviana, da questão. Não se considera o Tribunal Constitucional como aquele que enfrenta os conflitos constitucionais, mas se consideram conflitos constitucionais tudo aquilo que o Tribunal Constitucional enfrenta:

⁷ “Una Constitución, en el sentido de un Status idéntico a la situación del Estado, nace naturalmente con el Estado mismo. Ni es emitida ni convenida, sino que es igual al Estado concreto en su unidad política y ordenación social. Constitución en sentido positivo significa un acto consciente de configuración de esta unidad política, mediante el cual la unidad recibe su forma especial de existencia. Si varias unidades políticas y sujetos independientes del Poder constituyente adoptan en común, por sí mismos, una tal decisión, que fija un Status político y, por cierto, en concurrencia, entonces hay una Constitución pactada o una Constitución convenida. (Ambas palabras, pacto y convención (Vereibarung), quedan aquí sin diferenciar, si bien no cabe desconocer la singularidad que Binding y Triepel han dado del concepto de convención [convención como fusión de distintas voluntades de contenido igual])”

Não mais haverá dificuldades e dúvidas objetivas se todas as diversidades objetivas puderem ser descuradas, se as diversidades objetivas entre Constituição e norma constitucional, lei no sentido do conceito de lei no Estado de Direito e lei no sentido do conceito de lei formal, isto é, político, puderem ser ignoradas, assim como a diversidade entre lei e sentença judicial ou a diferenciação fundamental de Triepel entre decisão de litígio e conciliação de interesses. *Tão logo se transforme o direito em justiça e, depois, novamente se formalize a justiça ao denominar de justiça tudo o que for feito por uma autoridade judicial*, o problema do Estado de Direito será rapidamente solucionado e o mais simples seria se deixassem definir as diretrizes da política pela boa-fé do tribunal do Reich, a fim de ultimar o Estado de Direito no sentido formal. (SCHMITT, 2007, p.33-34, grifos nossos)

O Tribunal Constitucional se converte, assim, no centro político do Estado, com claro prejuízo à sua função jurisdicional, uma vez que não se procede à “uma juridicização da política, e, sim, uma politização da justiça” (SCHMITT, 2007, p.33). O soberano, que ao contrário do que diz o conceito que o abarca, já tem poderes severamente limitados pela atividade legislativa torna-se, nesse modelo, inteiramente atado às decisões da corte acerca da validade de seus atos. Na lógica de um Estado de “dupla legitimação”, a própria ideia da declaração, por parte do soberano, de um estado de exceção se vê seriamente prejudicada, uma vez que o ato mesmo de suspensão da ordem constitucional teria que passar pela revisão do Judiciário, que se faz, “por direito”, seu guardião. A inversão de papéis com a criação do Tribunal Constitucional é, para Schmitt, clara, o que o leva a aduzir à sarcástica expressão de Hugo Preu sob essa inversão que segundo ele resultava em “fazer do bode o jardineiro”⁸ (SCHMITT, 2007, p.34)

Fica evidente que tal questão é, para Schmitt, fruto do *Zeitgeist*. A Alemanha de sua época teria, em sua visão, sido infestada pelos poderes paralelos que resultaram em uma apropriação indevida da forma política, antes monopólio do Estado e do soberano como seu protetor. Tal situação se apresenta em três fenômenos que se ligam por uma

⁸ Na passagem em que Preu cunha a referida expressão há uma clara acusação do Tribunal Constitucional como um tribunal de exceção: “Agora querem os senhores eleger uma alternativa (frente ao direito de exame judicial geral) ao privarem o tribunal do direito de exame, mas, em compensação, criando um tribunal de exceção (!) que pode entrar em atividade com o requerimento de 100 membros do parlamento. Esta é uma regulamentação, pela qual – queiram me desculpar os membros do parlamento – até um certo limite, faz-se do bode o jardineiro (...). Isto não é um complemento pela proteção legal que se retira de todo cidadão ao privar o juiz ordinário de uma de suas mais importantes tarefas.” (*apud* SCHMITT, 2007, p. 34-35, nota 2.

“oposição em comum, uma oposição a uma unidade estatal fechada” (SCHMITT, 2007, p. 105):

Com a palavra *federalismo*, procura-se expressar aqui apenas a justaposição e a cooperação, existentes dentro de uma organização federal de uma maioria de Estados encontra-se, aqui uma pluralidade de formas *estatais* sobre base *estatal*. *Pluralismo*, em contrapartida, designa uma maioria de complexos *sociais* de poder, solidamente organizados e estendendo-se pelo Estado, *i.e.*, tanto pelas várias áreas da vida estatal, quanto pelas fronteiras dos Estados e pelas corporações territoriais autônomas, esses complexos de poder como tais se apoderam da volição estatal, sem deixar de ser um produto apenas social (não-estatal). Por fim, a *policracia* constitui-se numa maioria de detentores da *economia* pública, juridicamente autônomos, em cuja autonomia a vontade estatal encontra limite. Sobre a primeira diferenciação provisória pode ser a seguinte confrontação: o pluralismo designa o *poder* de várias grandezas sociais *sobre a volição estatal*; a policracia é possível com base em uma *retirada* do Estado em uma autonomização *perante* a vontade estatal; (...). (SCHMITT, 2007, p.106)

O receio de Schmitt em relação a essa *autonomização perante a vontade estatal* fundamenta não só sua crítica ao parlamentarismo e ao controle jurisdicional da constituição como todas suas posições políticas nos anos de Weimar. Habermas, ao contrário, defende tal autonomização bem como formas que asseguram seu incremento, enxergando na proteção de direitos fundamentais pelo Tribunal Constitucional uma forma de garantir que a autonomia da sociedade perante o Estado permaneça, mas em moldes distintos dos direitos negativos próprios do paradigma liberal. Para Habermas, é possível que a sociedade se emancipe das formas de controle estatal e mercadológica através de uma relação entre a esfera pública e a sociedade civil, responsável por “garantir à prática do entendimento dos cidadãos sua força de integração e autonomia.” (HABERMAS, 1997, p. 333). Ao se emancipar do mercado o poder comunicativo se abre para uma religação com o poder administrativo resultando em um novo conceito de cidadão, pensado além dos direitos negativos pensados em relação ao Estado e aos concidadãos, como no modelo liberal, em que os direitos políticos são vistos como liberdades positivas.

Eles não garantem a liberdade em relação à coação externa, porém a possibilidade da participação numa prática comum, através da qual os civis podem fazer de si mesmos o que desejam – autores politicamente autônomos de uma comunidade de livres e iguais. (HABERMAS, 1997, p.335)

Para Habermas, essa nova concepção do cidadão impediria aquilo que Schmitt também condenava e via como próprio do Estado liberal, a apropriação do Estado por interesses privados. Uma vez que no Estado liberal os direitos eram vistos como liberdades negativas perante o Estado, baseado em uma ideia de proteção do cidadão perante o poder administrativo, eles proporcionariam aos cidadãos a possibilidade de fazer valer de tal modo seus interesses privados que com a formação do governo e do parlamento através do sufrágio universal “eles se agregam com outros interesses privados, formando uma vontade política que influencia a administração” (HABERMAS, 1997, p.334). Na perspectiva liberal, os “direitos políticos não têm apenas a mesma estrutura, mas também o mesmo sentido que os direitos privados subjetivos” (HABERMAS, 1997, p.334), favorecendo o uso do Estado para a satisfação de interesses privados, ainda que se “aja no âmbito de limites traçados por leis” (HABERMAS, 1997, p.334).

Conclusão

Tal semelhança entre o pensamento de Habermas e Schmitt não é suficiente para criar uma identidade entre os projetos de ambos. Isso decorre do fato de que esses projetos nascem de pontos de partida diametralmente opostos. Schmitt prega a proteção do Estado contra a sociedade plural do século XX, Habermas a proteção da sociedade autônoma através de uma nova forma de Estado, republicana e formada pelo consenso comunicativo da sociedade. Pela lente de Habermas, a defesa schmittiana do emprego temporário e ditatorial do artigo 48 da Constituição de Weimar, com vistas a superar a crise do Estado prussiano levaria necessariamente a um Estado totalitário (HABERMAS, *in* SCHMITT, 2009, p.XII).

Por sua perspectiva a unidade política da Nação deve ser construída pelo consenso atingido comunicativamente através de uma sociedade laicizada e autônoma. Já em Schmitt a autonomia da sociedade é vista com desconfianças porque, uma vez que política, tal autonomia ameaça fagocitar o poder político do Estado, se utilizando do mesmo para manter seus interesses, ainda que seja a própria autonomia. Pode-se argumentar que o que Schmitt teme é a autonomia social pensada em moldes liberais, uma vez que a separação entre Estado e sociedade sempre lhe foi cara. Contudo, é preciso ter em mente que para Schmitt a sociedade não passa de uma dimensão negativa

do Estado (o que o aproxima perigosamente de uma posição liberal). A sociedade existe ali onde o Estado não está. A religação do poder do Estado com a sociedade possível pelo agir comunicativo em Habermas permitiria que a sociedade “puxasse” o Estado para lugares onde ele não deveria estar, inclusive, e, segundo Schmitt, lamentavelmente, para o âmbito do não-político.

Sua posição não é liberal porque Schmitt quer proteger o Estado da sociedade, e não o contrário. A forma republicana pensada por Habermas conduz a uma primazia da sociedade sobre o Estado, mas pressupõe um uso social dele, que envolve desde a mediação das relações comunicativas da sociedade pelo direito à proteção das garantias de autonomia social em relação ao mercado pela relação a ser retomada entre o poder administrativo do estado e o poder comunicativo da esfera pública. Ainda que de forma distinta do paradigma liberal, há uma apropriação do Estado pela sociedade. Se considerarmos que a forma de consenso e solução de conflitos pela teoria do discurso permanece ainda num plano ideal temos que encarar o fato de que as forças plurais da sociedade se digladiam para impor tal ou qual interesse privado. Por mais que se insista na diferença entre o Estado republicano e o Estado liberal ambos conduzem a um amálgama entre sociedade e Estado. Em suma, pela ótica de Schmitt, é o pensamento de Habermas que conduziria a um Estado total.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodore; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Iluminismo**, in Os Pensadores – Adorno, Editora Nova Cultural Ltda, São Paulo, 1999.

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

ALONSO, Marta García. **Carl Schmitt o la imposibilidad de una política secularizada**, UNAM, Madrid, 2005.

ARENDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios**, Companhia das Letras, São Paulo, SP, 1987.

BAKUNIN, Michael Alexandrovich. **Textos Anarquistas**, L&PM Editores, Porto Alegre, Brasil, 2008.

BAUDRILLARD, Jean. **A troca impossível**, Ed. Nova Fronteira, 2002.

BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e Simulação**, Ed. Relógio D’água, 1991.

- BAUDRILLARD, Jean. **As estratégias fatais**, Rio de Janeiro, Rocco, 1996.
- BAUDRILLARD, Jean. **A sombra das maiorias silenciosas**, Rio de Janeiro, Rocco, 2005.
- BALAKRISHNAN, Gopal. **The enemy: an intellectual portrait of Carl Schmitt**, Verso, London, 2000.
- BENJAMIN, Walter. Zur Kritik der Gewalt in **Walter Benjamin Gesammelte Schriften**, vol. II.1, herausgegeben von R. Tiedemann e H. Schweppenhäuser, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1999, S. 179-204.
- BENJAMIN, Walter. Crítica da Violência – Crítica do Poder in **Documentos de Cultura Documentos de Barbárie (escritos escolhidos)**, Editora Cultrix, São Paulo, SP, 1986, pg. 160 – 175.
- BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt e a tentativa de uma revolução consevadora, in **Pensamento Alemão no Século XX**, Jorge Almeida e Wolfgang Bader (orgs) São Paulo, Cosacnaif, 2009, 69-96.
- BERMAN, Marshall. **Tudo o que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade**, São Paulo, SP, Companhia das Letras, 1986.
- BERNARDO, Fernanda. **Para além do Cosmopolitismo kantiano: Hospitalidade e “altermundialização” ou a Promessa da “nova Inter-nacional” democrática de Jacques Derrida**, in Revista Portuguesa de Filosofia, vol. 61, Braga, Portugal: 2005.
- BORON, Atílio A. Pelo necessário (e demorado) retorno ao marxismo, in **Teoria Marxista Hoje: problemas e perspectivas/compilado por Atílio A. Boron; Javier Amadeo; Sabrina Gonzáles – 1ª Ed. Buenos Aires: Conselho Latinoamericano de Ciências Sociais – CLACSO, São Paulo: Expressão Popular, 2007).**
- BRAVO, Ramón Campderrich. **Derecho, Política y Orden Internacional en la obra de Carl Schmitt**, Madrid, 2006.
- CATTONI, Marcelo. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte, 2004.
- CORTÉS, Juan Donoso. **Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo, considerados en sus principios fundamentales**, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1851.
- DE MAN, Paul. **Alegorias da Leitura**, Editora Imago, Rio de Janeiro, 1996.
- DERRIDA, Jacques; VATTIMO, Gianni et al. **A Religião**, Relógio D’água, Lisboa, 1997.
- DERRIDA, Jacques. **A força da lei**, o fundamento místico da autoridade, Martins Fontes, São Paulo, 2007.

FERREIRA, Bernardo. O nomos e a lei, considerações sobre realismo político em Carl Schmitt, in **Revista Kriterion**, nº 118, Belo Horizonte, UFMG, 2008, 327-366.

GALUPPO, Marcelo. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, 195-206.

GALVÃO JR. João C. **Passagens dos Cristãos (Do fascismo em Schmitt e Lacan)**, UFF, Rio de Janeiro, 2008.

GARCÍA, Antônio Regalado. The Counterrevolutionary Image of the World, in **Yale French Studies**, nº39, Yale University Press, 1967.

GHETTI, Pablo Sanges. **Direito e Democracia sob os Espectros de Carl Schmitt: Contribuição à Crítica da Filosofia do Direito de Jürgen Habermas**, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2006.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2000.

GRÜNER, Eduardo. Leituras culpadas: Marx(ismos) e a práxis do conhecimento, in **A teoria Marxista Hoje: problemas e perspectivas**/compilado por Atílio A. Boron; Javier Amadeo; Sabrina Gonzáles – 1ª Ed. Buenos Aires: Conselho Latinoamericano de Ciências Sociais – CLACSO, São Paulo, Expressão Popular, 2007.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**, São Paulo, Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **El discurso filosófico de la modernidad**, versión castellana de M. Jiménez Redondo, Taurus, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**, V1, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**, São Paulo, Loyola, 2002.

HEIDEGGER, Martin; SARTRE, Jean Paul. **Os Pensadores**, 1ª edição, Setembro, Abril Cultural, 1973.

HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o Humanismo**, 6ª ed. Guimarães Editores, Lisboa, 2007.

HITLER, Adolf. **Mein Kampf**, Eher-Verlag, München, 1943.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**, Editora Abril Cultural, São Paulo, SP, 1999.

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**, Martins Fontes, São Paulo, 2006.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**, 26ª Ed. Companhia das Letras, São Paulo, 2005.

HORVAT, Bárbara Valle. **A politização da “mera vida” em Walter Benjamin**, Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2006.

JEWETT, Robert, LAWRENCE, John Shelton. *Captain America and the crusade against evil: the dilemma of zealous nationalism*, Eerdmans Publishing Co., Michigan, 2003.

KELSEN, Hans. **A justiça e o Direito Natural**, 2ª edição, Arménio Amado – Editor, Sucessor, Coimbra, 1979.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**, Martins Fontes, São Paulo, SP, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Martins Fontes, São Paulo, SP, 1999.

LE BRAZIDEK, Gwéanel. **René Capitant y Carl Schmitt frente al parlamentarismo: de Weimar a La quinta república**. 2002.

MARRAMAIO, Giacomo. **O mundo e o ocidente hoje, o problema de uma esfera pública global**, texto apresentado no seminário “Direito, política e tempo na era global”, 06 e 07 de junho de 2007, tradução de Flaviane de Magalhães Barros, PUC – Minas, Belo Horizonte, 2007.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**, Martins Fontes, São Paulo, SP, 1998.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**, Martins Fontes, São Paulo, SP, 2007.

MCCORMICK, John P. **Carl Schmitt’s Critique of Liberalism Against Politics as technology**, Cambridge University Press, 1997.

MELO, Eduardo Rezende. **Nietzsche e a Justiça: crítica e transvaloração**, Editora Perspectiva, São Paulo, SP, 2004.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**, São Paulo, Martins Fontes, 2006.

NEUMANN, Sigmund. The rule of the Demagogue, **American Sociological Review**, vol.3, n.4, American Sociological Association, 1938, p.487-498.

NIETZSCHE, Friedrich. **Vontade de Poder**, Contraponto, Rio de Janeiro, 2008.

NIETZSCHE, Friedrich. **Acerca da Verdade e da Mentira**, Editora Rideel, São Paulo, 2005.

ODYSSEOS, Louiza. *Über die Linie? Carl Schmitt and Martin Heidegger on the line(s) of cosmopolitanism and the war on terror*, **The International thought of Carl Schmitt**, University of London Press, London, 2004.

RIBEIRO, Fernando J. Armando. **Conflitos no Estado constitucional democrático**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ROBINSON, Maurice A. e PIERPONT, William G., Southborough. **The New Testament in original greek**, Chilton Book Publishing, London, 2005.

ROSA, José Maria Silva. **Monoteísmo, Trindade e Teologia Política**, Universidade da Beira Interior, Corvilhã, 2008.

ROSSI, Luis Alejandro. «El mito más fuerte reposa sobre lo nacional»: Carl Schmitt, Georges Sorel y *El concepto de lo político*, **Revista Internacional de Filosofía Política**, RIFP, Buenos Aires, 1999, p.147-166.

SABINE, George H. **Historia de La Teoria Política**, Fondo de Cultura Economica, Panuco, México, 1963.

SCHMITT, Carl. Coloquio sobre el poder y sobre el acceso al poderoso, **Estudios y Notas**, Madrid, 1969.

SCHMITT, Carl. **El crimen de Guerra de agresión en el Derecho Internacional y el principio nullum crimen nulla poena sine lege**, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.

SCHMITT, Carl. **The Crisis of Parliamentary Democracy**, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, and London, 2000.

SCHMITT, Carl. Foreword to Hamlet and the Scottish succession, *in Telos Special Issue: Carl Schmitt's Hamlet or Hecuba: The intrusion of time into the play*, Telos Press Publishing, New York, 2010, p.164-177.

SCHMITT, Carl. **Hamlet or Hecuba: The irruption of time into play**, Plutarch Press, Oregon, 2006.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**, Del Rey, Belo Horizonte – MG, 2006.

SCHMITT, Carl. **Sobre los três modos de pensar la ciencia jurídica**, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, Espanha, 1996.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade**, Del Rey Editora, Belo Horizonte, MG, 2007.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**, Alianza Editoria, S.A. Madrid, 1996.

SCHMITT, Carl. **Roman Catholicism and Political Form/The Visibility of Church**, Greenwood Press, London, 1996.

SCHMITT, Carl. **The Leviathan in State Theory of Thomas Hobbes: meaning and failure of a political symbol**, The University of Chicago Press, Chicago, 2008.

SCHMITT, Carl. **El Leviathan en la Teoría del Estado de Thomas Hobbes**, Editorial Struhart e Cia, Argentina, 2002.

SCHMITT, Carl. **Estructura del Estado y Derrubamiento del Segundo Reich, La vitoria del Burgués sobre el Soldado**, Editorial Reus, Madrid, 2006.

SCHMITT, Carl. **O conceito do Político/Teoria do Partisan**. Belo Horizonte:,Del Rey, 2009.

SCHMITT, Carl. **The Concept of the Political**, Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

SCHMITT, Carl. **Teólogo da Política**, org.ÁGUILAR, Héctor Orestes, Fondo de Cultura Economica do México, Ciudad del México, 2001.

SCHMITT, Carl. **Donoso Cortés, Interpretato in Una Prospettiva Paneuropea**, Adelphi Edizioni, Milão, 1996.

SCHMITT, Carl. **El Nomos de la Terra**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

SCHMITT, Carl. **O Guardiã da Constituição**, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. **La Dictadura**, Revista de Occidente, Madrid, 1968.

SCHMITT, Carl. **Escritos de Política Mundial**, Ediciones Heracles, Buenos Aires, 1996.

SCHMITT, Carl. **Ex Captivitate Salus, Esperienze Degli Anni 1945-47**, Adelphi Edizione, Milão, 2005.

SCHMITT, Carl. **Carl Schmitt Risposte a Norimberga a cura di Helmut Quaritsch**, Editori Laterza, Roma, 2000.

SCHWAB, George. Carl Schmitt: Political Opportunist?, *in Intellect*, vol. 103, n° 2363, 1975.

SILVA, Ramon Mapa, O Diáfano e o (I)legível: Sobre Derrida leitor de Benjamin, *in Constituição e Processo: a resposta do Constitucionalismo à banalização do terror*, Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. 501-514.

SOUZA, Ricardo Timm de. A ordem dos tempos – por uma crítica da razão opaca, *in Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol I, n° 5, IHJ, Porto Alegre, 2007.

SOREL, George. **Reflexiones sobre la Violencia**, Editorial La Pléyade, Buenos Aires, 1978.

STRAUSS, Leo. **Jerusalém e Atenas**, trad. Mario Miranda, USP, São Paulo, 1967.

SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito**, 1ed. Martins Fontes, São Paulo, 2007.

TAUBES, Jacob. **Die Politische Theologie des Paulus**, Wilhelm Fink Verlag, München, 2003.

TRUYOL E SERRA , Antonio. **Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado – De los orígenes a baja Edad Media**, cuarta edición revisada y puesta al día, Manuales de la Revista de Occidente, Bárbara de Braganza, 12, Madrid.

TUCHMAN, Barbara. **A Torre do Orgulho**, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1990.

WEBER, Max. **Ciência e Política: Duas Vocações**, 2ª ed. Martin Claret, São Paulo, 2008.

VILLACAÑAS, José L.; GARCIA, Román. Walter Benjamin y Carl Schmitt: Soberanía y Estado de Excepción, *Δαιμον*, **Revista de Filosofía**, n.13, 1996, 41-60.

ZIZEK, Slavoj. Bem-vindo ao deserto do real, Boitempo Editorial, São Paulo, 2008.

ZIZEK, Slavoj, SANTNER, Eric. L., REINHARD, Kenneth. **The neighbor: three inquires in political theology**, The University of Chicago Press, Chicago, 2005.

“E eu...o que faço com esses números?”¹

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira²

Resumo: Este ensaio pretende estabelecer uma leitura crítica e propositiva do papel da mediação privada de conflitos, como forma adequada de solução de conflitos, a partir de uma estrada que quer apresentar este território como estratégia disruptiva em face do poder judiciário historicamente constituído. Para tal, dialoga com Derrida e Agamben, trazendo as dimensões de *hospitalidade*, *acontecimento*, *profanação* e uma especial leitura a partir de uma canção da banda Pouca Vogal que inspira o texto para a relação de Direito e Literatura.

Palavras chave: mediação, disrupção, Derrida, desconstrução, Agamben.

Resumen: Este ensayo pretende establecer una lectura crítica y proposicional del papel de la mediación privada de conflictos, como forma adecuada de resolución de conflictos, desde un camino que quiere presentar este territorio como una estrategia disruptiva frente al poder judicial históricamente constituido. . Para ello, dialoga con Derrida y Agamben, trayendo las dimensiones de la hospitalidad, el acontecimiento, la profanación y una lectura especial a partir de una canción de la banda Pouca Vogal que inspira el texto para la relación entre Derecho y Literatura.

Palabras clave: mediación, disrupción, Derrida, deconstrucción, Agamben.

É isso é uma introdução?

Faz tempo que estou a meditar acerca de um tema. Um tema que se impõe a mim com a mesma força que os ponteiros digitais e cibernéticos invadem meus sonhos. Não irei falar de sonhos. Os sonhos, como *fogos fátuos*, atuam hoje a dizer de um devir que logo somos, e que, na mesma moeda, logo abandonamos, quando se abre outra caixa de mensagens. Uma mensagem de WhatsApp pode causar um tsunami instantâneo que tem a mesma duração de um beijo doado por um beija-flor. Encantados, não demoramos mais, o encanto sedutor é da ordem de um piscar de olhos. Também não irei repetir a litania de Bauman acerca da liquidez das relações. Ahhh...

¹ Texto escrito originalmente para acompanhar o curso “Mediação e Disrupção” no Instituto de Mediação Aplicada - IMA.

² Doutor em Teoria do Direito pela PUC/MG. Professor das Faculdades Milton Campos. Professor da UNIPAC/Itabirito. Professor da UNIVALE.

Como são arrogantes os pais do tempo que nos dizem a todo tempo: *na minha época*. E por aí mais um sem fim de imposições de poder com cheiro de poeira. Tenho alergias imensas, melhor evitar. Não resta mais essa chance. Os castelos, sejam eles, amorosos, políticos, jurídicos, se mostram tão sólidos como o tempo de vida de uma borboleta. E daqui penso que já podemos partir para nossa prosa. Eu prometo:

-Ela não demora mais que o tempo necessário.

Eu já sei que vocês podem estar cansados com essa introdução, ela nem se queria assim. Mas é que usei o termo meditar, pratico *yoga*, leio um texto de Umberto Eco a dizer do *zen* na cultura ocidental, leio trechos de canções *hippies*, vejo o rosto do mago Paulo Coelho, ao mesmo tempo, uma monja anuncia um curso de filosofia. Como é *cult* ser *zen*. Como é fugaz ser *zen*. Como os termos *cult* e *fugaz* são moedas dos tempos contemporâneos. Lipovetsky os chama de *hipermodernos*. Mosé nos diz de um tempo *em rede*. Talvez aqui seja oportuno dizer que nossa prosa quer aliar *disrupção* e *mediação*, mas assim, vamos combinar, não estamos inventando a roda, basta ver o que significa dizer de um pensamento disruptivo, basta ver em que solo se deita a mediação; ambos os termos que se quisermos, podem namorar com o pensamento sempre lúcido de Agamben quando nos ensina acerca da *profanação*.

Talvez seja lícito também dizer que o texto pode ser dividido em partes, algo como Descartes em seu discurso do método, e usaríamos uma fórmula consagradíssima na academia ordinária, que, por consagrar tanto seus métodos, acaba por se deslocar para um altar onde alguns iniciados professam idiomas desconhecidos das pessoas de quem normalmente falam. Bel Hooks com sua pedagogia transgressora nos ajuda com essa problematização. Mas não é disso que se trata, não iremos usar essa metodologia de escrita. Aliás, como é só mais um escrito autobiográfico, o que é também, ademais, só mais uma obviedade sendo confessada.

Além da Máscara

Atrever-me-ei a conversar a partir de uma canção da banda *Pouca Vogal*, nome bem alusivo aos tempos que queremos trabalhar, miremos: Gessinger e Leindenker sobem ao palco munidos cada um de seus instrumentos e oferecem uma experiência musical que se estiver de olhos fechados aduz ao espetáculo de uma banda. Seria possível uma

banda de rock formada apenas por dois integrantes? Mas e o baixo, os acordes da guitarra de base, a bateria que inflama - como ficam os sólidos argumentos acerca da formação ideal? Parece que os arquétipos platônicos não cabem mais na rede. Ela, por conceito, não permite a solidez vertical que sustentou as relações de certo ocidente. E por aqui gostaria já de deixar uma brevíssima reflexão, na verdade, duas: dizer que deixaremos uma brevíssima reflexão é já uma indicação destes tempos, nem tristes, nem felizes, apenas tempos, vida, diria Nietzsche: advertir sobre uma reflexão, afirmar que ela será breve, tudo isso aduz a nosso tempo, não afeito à demora; o termo *demorar*, em longa reflexão derridiana nos irá conduzir à questão da morada, e hoje, como o tempo não pode ser tocado, o espaço é virtual, parece-nos, a própria concepção moderna de casa, de propriedade privada, talvez deva ser revisitada: é possível demorar em um país no qual variadas gentes têm apenas o céu como morada? Seria poético, se não fosse canalha.

Bom, de outro lado, advertir sobre a demora é já demorar, estamos escravos do tempo quando queremos dele nos desvencilhar. O tempo de agora, o único possível neste momento, de tão disponível, nos enreda em sua rede, como um amante compulsivo, que de tanto amar, agrilhoa a pessoa amada em suas demandas de “doação”. Parece outra vez que atender a construções idealistas e algo ligadas à crenças em paraísos nos conduz a uma das armadilhas mais complexas: os que creem no amanhã ideal, que vivem sempre na esperança da chegada da felicidade ideal, parece caírem na armadilha platônica do *mundo das ideias*, e quase sempre quem vive na crença do paraíso se aproxima bastante de uma existência paranoica.

Temos a impressão que a composição da banda Pouca Vogal permite uma reflexão interessante dentro do contexto a que nos propusemos: o conceito de *profanação* em Agamben nos parece intimamente correlato ao que supostamente vem sendo chamado de pensamento disruptivo. De um lado, o autor italiano nos vai dizer que *profanar* significa retirar as coisas do altar, a sermos mais precisos, *profanar* também poderia ser dito como algo que confere a objetos, conceitos, funções distintas daquelas a que sempre foram consagradas. Daí que a banda *Pouca Vogal* pode ser lida como uma profanação da formação consagrada de uma banda de rock, ou seja, dois músicos, multi-instrumentistas sobem ao palco e profanam os instrumentos, profanam a própria noção do que seria uma banda, profanam as sensações

do público uma vez que como simbolicamente aparece na capa do álbum ao vivo da banda, os dois integrantes se multiplicam, fazendo soar o sentido que estamos a empregar nessa leitura. A ideia de disrupção tende a se encontrar com a noção de *profanação*, ora, ao meditarmos sobre a noção de disrupção trazemos juntos, por conceito, a ideia de ruptura, de deslocamento, de mudança de posições, portanto, uma postura disruptiva é uma postura que *profana* a ordem esperada, seja do tempo, do pensar, ou do modo de agir ou conceber algo.

Um verso de uma canção da banda alude de forma interessante a costura da nossa reflexão: *a onda agora é outra onda*. Assim, a disrupção, como a *profanação*, comporiam, a nosso sentir, formas mais democráticas de construção do saber, de um lado, por não se agarrarem a conceitos cristalizados, verticais e hierárquicos, vez que se constroem dentro de uma estrutura horizontal, em rede; de outro, trata-se de formatos que privilegiam o Outro, ou seja, tanto uma como outra, atendem sempre um chamado que vem do impassível mistério que é a alteridade, diferente do pensamento regular e ordinário, que é impositivo e habitualmente atende a reclames egológicos e calcados em argumentos fundados em uma modernidade que de há muito não se adequa ao tempo que vem: o agora!

A disrupção e a profanação tiram o *eu* do centro da atenção, vez que, como nos permite reconhecer Derrida, em reflexão acerca da *invenção*, esta, se há, só pode ser uma *invenção* magnetizada pelo Outro, para não incorrer na falácia da repetição de regras que dizem criar. Adiante falaremos mais disso.

A canção nos ensina sobre a necessidade de ver além da máscara, contudo, ao mesmo tempo em que nos indica essa imperiosidade, voltar à algo como essência ou coisa assim, parece retornar a algo que quando acessado já não é mais. Daí retomamos a velha discussão acerca de uma relativização das relações, de *liquidez*, de uma certa ausência de formas acabadas, prontas e inalteradas. Tudo isso somado a uma sociedade que se comunica em rede e que já não respeita mais os padrões que eram tidos como únicos, necessários e insubstituíveis. Não estamos a dizer nada de novo dentro do pensamento filosófico, a não ser pelas relações que propomos; neste sentido, tenho a impressão que se abre um vale para o pensamento quando percebemos que a questão não estaria posta no entulhamento proposto pelo pensamento conteudista, de algum modo, se não erramos, acredito que saber hoje seria saber relacionar. E isso envolve todas as

dimensões do humano: a relação entre saberes, assim como a relação entre as pessoas e a relação das pessoas com os saberes. Ouço vindo de Coimbra as inspirações do nosso professor de sempre Boaventura de Sousa Santos com sua *ecologia dos saberes*. Deixamos pistas, que é, como penso, a chance de não obnubilar o *outro* com nossa intenção totalizante de dizer a ele como, quando, de que maneira, por onde ir ou não. Há de se ver que perseguir o conhecimento é algo que ao se dar, necessariamente, há de romper com suas bases para que se dê aquilo que importa, ou seja, a *invenção*. E é possível *disrupir* sem inventar?

Além da máscara: *invenção e disrupção*

Além do que é sabido, além do que é sentido, ver além da máscara

Não é possível disrupção sem invenção. Seria reconhecidamente uma *contradictio in terminus* admitir a chance de um pensamento e/ou ação disruptiva que não viesse acompanhada de uma inventividade como sua condição de possibilidade de existência. A essas afirmações iremos somar os argumentos derridianos acerca da invenção. Miremos, não há como inventar algo sem que *isso* não esteja ali, ou seja, apenas podemos inventar o que é impossível inventar. Talvez seja importante ressaltar a questão do impossível; o pensamento derridiano, chamado desconstrutivista, tem como mote necessariamente a noção da alteridade, ou seja, é um pensamento que para além das amarras conceituais que revestem grande parte da herança filosófica do ocidente, inscreve sua reflexão em uma dimensão de alteridade que reveste seu ideário por uma afecção ao que vem, um respeito, em melhores palavras. Isso a significar que o impossível seria a face da alteridade, que por assim o ser, não se deixa captar de maneira *a priori*; assim, o pensamento, assim, qualquer ação, magnetizadas pelo outro, tornam-se em uma concepção de impossível, que por uma dimensão ética, antes de querer dizer da rota a ser seguida, se entrega ao caminho.

Um pensamento assim indica que o impossível, termo, aliás, com uma carga de alergia muito grande em tempos de inúmeras e ao mesmo tempo, questionáveis fórmulas prontas, parece se apresentar bem próximo da noção de disrupção a que nos propusemos a discutir. Os impossíveis dentro do pensamento derridiano são fendas abertas pela vinda do outro, que como estrangeiro, novidade, insinuação e não determinação, abala a ordem presente, nos fazendo lembrar diretamente da canção do *Clube da Esquina*, “sei

que nada será como antes...” Tão poucas palavras, tão precisas e verdadeiras, ora, o experimento, a ação de experimentar, trazem em clara acepção, tanto o contato com o outro, como o contato com a disrupção. Há talvez a hipótese de uma hora marcada para o encontro, porém, a partir daí, tudo é *acontecimento*, e a previsibilidade ante ele pode fazer surgir uma segurança fugaz que dura apenas o tempo de um acorde e tem a mesma espessura das gotas de orvalho.

Assim, a noção de invenção não pode estar alicerçada em um conjunto de regras para tal. Uma invenção só o é se for da ordem daquilo que está para além das possibilidades que a antecedia; de alguma maneira, nos parece evidente que essa afirmação nos impede de cairmos em uma tautologia, ora, se inventamos aquilo que pode ser inventado, em verdade, não fazemos nada além de reproduzir um padrão determinado. Daí que seja talvez até mesmo necessário reconhecer que a palavra disrupção nos chegue sempre em uma dimensão de por vir. Assim, entraremos em outra dimensão do pensamento derridiano, que ademais, se não erramos, é um pensamento da disrupção. A ver...

Desconhecemos alusão ao pensamento da desconstrução de Derrida utilizando o termo disrupção, portanto, sentimos ser interessante essa prosa. Assim, a *estratégia* da desconstrução atua sempre a partir da percepção de terrenos metafísicos que se querem fundamentais, perenes, naturais até. Neste sentido, mostra que ao invés de um fundamento último a partir donde se alicerça todo um edifício de saber, como quis se entender o pensar de um certo ocidente a partir de Sócrates, ocorre uma leitura deste sob uma posição ainda não considerada.

Podemos auscultar a desconstrução a acontecer quando permitirmos uma mirada ética, portanto, devotada ao outro, face um conceito, um pensamento ou uma teoria. Daí podermos entender a *desconstrução* como algo que ocorre e não como algo que se busca; em tese, se acaso a desconstrução fosse tomada como um método, nome que o próprio autor rejeita, cairíamos no mesmo abismo egológico no qual grande parte da moldura ocidental se formulou. Ao invés de um método, indica-se pensar a desconstrução sob a alcunha de uma estratégia, e além, uma estratégia que não admite-se senão em trânsito, ou seja, na esteira do neologismo *différance*, é importante perceber que a estratégia da desconstrução, surge enquanto posições, as quais, por força da movência do mundo, não se podem encerrar em *standards* ou mesmo conceitos cristalizados; Derrida é preciso ao nos ensinar que a desconstrução sempre acontece no

seio da metafísica, que não há mundo fora da linguagem, portanto, entender que há posições é perceber que a desconstrução é um movimento que se desdobra ao infinito, vez que um pensamento magnetizado pela alteridade.

Assim, a disrupção, tal qual a *desconstrução*, parece se apresentar como um movimento, mais que um momento dado, marcado por um conceito, a *disrupção*, a nosso sentir, seria uma maneira de dizermos da invenção, que habita, por sua vez, no próprio cerne do pensamento da desconstrução. Logo, não haveríamos de dizer da disrupção como algo que ocorreu ou que está por acontecer, a disrupção atuaria na senda deixada por Derrida, qual seja, o *por vir*. Aquilo que não significa necessariamente um tempo futuro, pois, o futuro pode ser apenas um presente ou um passado rearranjado; o *por vir* se marca por uma dimensão de alteridade, de abertura ao que vem, sem, contudo, existir uma estrada determinada a indicar esse caminho.

À medida do *por vir*, vemos a disrupção, como algo que não pode ser previsto, sob pena de deixar de sê-lo, assim, apresentando-se apenas como aquilo que é da ordem do *acontecimento*. A disrupção ou o pensamento disruptivo de uma só tacada é aquilo que é impossível ser e ao mesmo tempo se alimenta desse impossível para acontecer. Sentimos que dizer da disrupção é uma tarefa ética, pois, aquilo que desconhecemos, o que nos traz insegurança, medo, dor - o outro - é também aquilo pelo que nos apaixonamos, ora, não há amor no cálculo do sentimento, da mesma forma, não podemos admitir a hipótese da disrupção ante aquilo que já estava sendo esperado.

A instância da disrupção, nestes termos, acaba por se mostrar como a chance da vinda do outro, que sem chance de ser antecipado, requer uma espécie de hospitalidade para que possa vir. A disrupção é ética na medida em que se orienta, “cegamente”, pelo que vem; e este, se uma ideia, uma pessoa, um animal, guarda em si, por força existencial, conceitualmente, diria em linguajar mais amodernizado, o germe do segredo. Por isto, não há invenção digna desse nome, sem segredo que a porte, que ela porte; ao mesmo tempo, não há disrupção sem abertura a essa dimensão de *acontecimento*, o qual, ao vir, não poderá respeitar as amarras que sustentavam o próprio edifício que o antecedeu – o outro espera de maneira inescapável com o punhal da dúvida, da impassividade que o conceito quer domar.

Como a canção da banda *Pouca Vogal* nos ajuda a refletir, a disrupção abala os arredores tornando-os outros, requer algo que esteja para além do particípio do verbo saber, além do particípio do verbo sentir, que se põem desde já como algo passivo de ser apreendido na medida do *eu*, que sabe, que sente, eliminando a alteridade, a invenção, a disrupção - nomes distintos para uma nova gramática que não dispõe do *eu* para querer dizer do outro, a saber, uma forma de saber que se alia a uma forma de receber, de se deixar invadir, de colocar em xeque a soberania do pensamento que sabe de si, do sabido. Este mesmo que impede o evento, talvez o gozo, impedindo assim a vida: a disrupção é um pensamento do *sim*, por isso, e mais uma vez, um pensamento da hospitalidade.

Disrupção como hospitalidade

De alguma forma já anunciamos essa prosa. A hospitalidade que iremos trabalhar aqui, que é um tema ao qual diuturnamente recorreremos, não como forma de reafirmar apenas uma ideia, mas sim, como forma de afirmar nossa própria condição existencial. Como sabemos, *sem amor, nada seríamos*, da mesma forma, sem hospitalidade, não há que se falar de amor, da mesma maneira, sem esse mesmo amor, a vida seria uma estranha agenda com dias riscados e dias ainda por riscar. Sugerimos colorir os dias. Sugerimos que os dias sejam recebidos em sua totalidade, de maneira incondicional. Isso é já uma forma de trazer você que lê esse texto para dentro da prosa. Mire:

Derrida comete dois tipos de *hospitalidade*, uma condicional e outra incondicional; aquela a nos dizer das regras que sustentam um ato de hospitalidade, portanto, uma hospitalidade ditada por regras, por comandos, sejam jurídicos, convenções sociais, culturais, etc. Uma hospitalidade que ainda possui a marca do *eu* soberano, de uma certa filosofia da presença, que insiste em se sustentar em uma matriz *racio-proprietária*, patriarcal, e, portanto, excludente. Para essa matriz de pensamento, que ainda vige, parece, se não erramos, o tempo está a expirar, restando ainda os laivos de um passado distante mas que ainda traz rumor ao tempo de agora.

De outro lado, Derrida nos diz de uma *hospitalidade incondicional, pura, poética*, que exatamente pela força de sua condição frágil e ao mesmo tempo vital, abala a estrutura de uma maneira de existir pautada em regras de obediência. Com Manoel de Barros:

INFANTIL

O menino ia no mato / E a onça comeu ele / Depois o caminhão passou por dentro do corpo do menino / E ele foi contar para a mãe / E mãe disse: Mas se a onça comeu você, como é que o caminhão passou por dentro do seu corpo? / É que o caminhão só passou renteando meu corpo / E eu desviei depressa. / Olha, mãe, eu só queria inventar uma poesia. / Eu não preciso de fazer razão.

A *hospitalidade incondicional* traz um assombro às regras da hospitalidade, ela as assedia com sua insustentável, intocável e inconceituável forma de existir; diria o próprio autor que *só pode ser poético um ato de hospitalidade*, portanto, a poesia da existência humana estaria dada em um momento no qual o *eu* deixa de ser soberano e, por assim dizer, se deixa habitar pelo que vem. A *hospitalidade incondicional* é um comando excessivo, incômodo, que faz franzir o cenho dos mais *éticos* dos humanos. Isso pois ele atua em uma outra ordem do pensar, do existir, que não se pauta exclusivamente pelas regras da propriedade, que, como sabemos, trazem sempre a necessidade da dominação, sugerem que as regras devam ser cumpridas e, de forma perversa, se valem das mesmas para esconder seus atos os mais reprováveis. Assim, a *hospitalidade incondicional* seria uma maneira de fazer a hospitalidade ir além de suas regras pré-concebidas, isso em razão simples de perceber, ora, quem chega não pode ser antecipado pelas regras, a chegada do outro não pode ser antecipada, ele trará abalo, ele refunda a ordem antes experimentada - e não é sobre abalos e movimentos que falamos quando tratamos sobre disrupção?

Logo, aliar esses pensamentos não parece tarefa complexa. É necessária uma deposição do *eu* para que haja invenção. Para que haja *hospitalidade* e para que haja enfim disrupção. Seria como dizer que a disrupção não pode ser acolhida com as regras condicionais da hospitalidade, que ela reclamaria uma abertura incondicional. Essa exigência se dá exatamente por não haver disrupção que não seja magnetizada pela vinda de um outro que nem não já poderia existir. Daí que se trata de um pensamento da hospitalidade, ou seja, a romper com as vestes condicionantes de um pensamento calcado nas leis da hospitalidade, anunciando a partir de sua vinda novas leis - leis que por sua vez serão desconstruídas e assim sucessivamente.

O pensamento que ora propomos tem seu lastro na ideia de *incondicionalidade* derridiana pelo fato de ser um pensamento outro, um pensamento do outro, permitido tão somente por ele, anunciado sem anúncio, chegada sem hora marcada. Como se o

autor do pensamento disruptivo admitisse a necessidade de dar lugar a ele. A disrupção assim anuncia o novo tempo, da ideia, do pensamento, e, por conseguinte, daquele que com ela se relaciona. Uma criação requer *hospitalidade incondicional* para nascer. Parece que é isso que Caetano Veloso conta sobre Dorival Caymmi: “Por exemplo, o Dorival Caymmi fala assim – eu acho que não sou eu que faço. Já ouvi ele falar isso em conversa. Quando é agora, numa das canções mais recentes dele (...) ele começa dizendo: “quando se for esse fim de som / doida canção que não fui eu que fiz...” (VELOSO, 1976)

Então, na verdade, o que ocorre é que o hospedeiro da ideia, aquele que a concebe, acaba por se tornar em seu hóspede, quer dizer, não pode haver controle sobre o que vem pelo fato de que se há controle, nada vem. O outro não chega, não há assim disrupção quando impera sobre ela uma lei que a antecedia. Não se pode dizer disrupção hoje com um conceito de ontem, com as regras de ontem; por seu turno, a noção de hospitalidade que estamos a trazer mostra isso, que o outro, se se quer assim, se se quer novo, não pode ser antecipado, assim, ele, em verdade, nunca chega! Percebamos, a *hospitalidade* se converte em um estado de *chegância* onde o outro nunca pode ser encerrado nas leis do eu. Ele deve permanecer em segredo para que se mantenha outro, para o bem da hospitalidade, para o bem da disrupção, que se percebida sob esse argumento, mantém-se sempre viva, portanto, disruptiva! O que é disruptivo nunca é, mantém-se em constante estado de por vir...

A disrupção não pode ser encerrada em um conceito, senão, feito pássaro na gaiola, ela fenece. Arrefece a necessária efervescência que é marca de si – o segredo é um elemento necessário à disrupção, ao portá-lo ela se mantém sempre em *estado de*, quer dizer, a disrupção não pode ser captada, ela necessita estar para além da *máscara* trazida na canção, sob pena de encerramo-la, como o outro, na masmorra conceitual do mesmo – à maneira como foi constituído o pensamento filosófico ocidental, pelo menos até Lévinas. A disrupção não pode ser medida pelo eu, senão, não é disrupção. O outro não se dá pela medida do eu, senão não é outro. A hospitalidade necessita transbordar para que não venha a ferir de morte aquele que chega. Como nos disse Veloso sobre Caymmi, faz-se necessário uma espécie de arrebatamento, de perda do eu para a vinda do outro.

Disrupção como acontecimento

Nos valeremos do termo *acontecimento* tal qual estudado por Derrida; no rumo que o autor nos propõe, o termo acaba por se assemelhar em muito ao tema da disrupção, pois, como um ato imprevisível, inantecipável, o *acontecimento* é um evento da ordem do excepcional, daquilo que extrapola as margens, que inaugura novas margens com a distância daquilo que limita e a proximidade com aquilo que acolhe. A disrupção, como o *acontecimento*, são eventos que de alguma maneira transbordam os limites e tornam nova a novidade. Um *acontecimento*, na ordem de reflexão proposta, é aquilo que exsurge sem que fosse esperado vir. Logo, antes da necessidade da sabedora razão, que tudo quer apreender, para além dos conceitos fixados e fixadores de tempo, o *acontecimento* irrompe donde não se poderia esperar vir. É uma chegada sem anúncio. Iremos nos deter um pouco sobre isso...

Miremos: não é possível, aliás, seria uma contradição, a simples hipótese de dizer o que é ou se é possível dizer de um *acontecimento*, ora, se algo ocorre enquanto *acontecimento*, há de vir sem que possa ser anteriormente categorizado ou inventariado; não é difícil perceber por onde nos direciona o pensamento de Derrida. Se supomos que algo acontece, isso deve ser de uma ordem outra que ainda não pode ser vista. *Ver além da máscara* é um convite que nos faz a banda *Pouca Vogal*, essa maneira de ver, se não erramos, estaria intimamente relacionada com a noção derridiana de *acontecimento*, ou seja, em poucas palavras, só o impossível acontece, pois, aquilo que é da ordem do possível, do cálculo, do previsto, do antes mencionado, daquilo que segue um caminho, de há muito se afastou do *acontecimento*, tornando-se em um enfadonho movimento de notas já sabidas.

A vinda do outro requer que algo ali seja da ordem do desconhecido – sugerimos junto de Derrida que aquilo que acontece, se é possível dizer, vem sempre como algo que exsurge para além *do que é sabido, além do que é sentido*, portanto, a disrupção é um *acontecimento* na acepção precisa do termo, como aquilo que aponta para o impossível, tornando-o possível: o *acontecimento como disrupção* ou *disrupção como acontecimento* é a expressão que cunhamos para mostrar que um ato disruptivo é um *acontecimento* se quisermos respeitar um e outro. Só pode ser disruptivo aquilo que sugere o impossível, senão, é apenas mais uma re colocação em termos antigos de algo que se quer novo. Se algo é imperativo aqui, é que só o impossível acontece. E essa

frase se explica se tivermos em conta a relação ética que perpassa todo a sorte do ideário derridiano, pois, como o autor tem em sua *hipótese* sempre a perspectiva do outro, o imperativo é que o centro, o eu, aquilo que quis sempre dizer a filosofia ocidental, deixa passar a frente o que vem, e o que vem e quem vem, só se mantém como tal, quer dizer, como acontecimento, se não pretendermos adiantá-lo em nosso desejo de posse e propriedade, é dizer, o acontecimento serpenteia o tempo, namora com ele, seduz, se quisermos, e assim, em um golpe absolutamente inesperado, surpreende.

Desta feita, a vinda do acontecimento não pode ser prevista, como na invenção, não há nada que se invente com respeito às regras que antecedem essa vinda. O outro requer que o deixemos em estado segredoso de si, sem que haja na base do pensamento a vontade - a mais das vezes antiética – de tentativa de apreensão. O *acontecimento* que se quer com esse nome, deve ser mantido sob segredo, uma vez mais afirmamos, o outro se mantém como tal se assim permitirmos, quer dizer, não há respeito à alteridade quando queremos dizer dela, não há o novo, não há, portanto, o *acontecimento*; quando isso pode ser dito, visto, avistado, já estamos na seara do ego, isso que impede o próprio acontecer.

Como um ato de invenção, tudo que acontece, é da ordem do impossível, assim como, o outro, se queremos ser respeitosos com esse termo, também se mantém na ordem do impossível que é. Impossível às nossas capacidades de entendimento, impossível à nossa necessidade egocêntrica e possessória de medi-lo, impossível ante um conjunto de regras pré-concebidas, tudo que acontece, ao fim, nunca pode acontecer, senão, sob a alcunha da sua impossibilidade mesma, na intensa, ética e imagética imagem do por vir que é a senha da disrupção.

Essa experiência não se deixa facilmente assimilar previamente em uma ontologia ou em um *logos* qualquer: a experiência do pensamento é uma experiência sem carta ou mapa geográfico, uma experiência exposta ao acontecimento [...] isto é, à vinda do outro, do radicalmente outro, do outro não aproviável. **Quando se está em relação com o outro, quer se trate de um quem ou de um quê, quando se está em relação com outro cuja própria prova consiste em fazer a experiência do fato de que o outro não é apropriável, há aí experiência: não posso assimilar o outro a mim, não posso fazer do outro parte de mim mesmo, não posso capturar, tomar, apreender, não há antecipação. O outro é o inantecipável. Estamos lidando com outro conceito de experiência, diferente daquele que permanece dominado pelo ente enquanto ente (ente quer dizer presente).** (DERRIDA, 2012, p. 80, grifo nosso)

Disrupção como profanação

Deixando um pouco o pensamento derridiano e nos apoiando em Agamben, mais propriamente sob sua reflexão acerca dos atos de profanação, podemos confeccionar mais uma reflexão acerca do pensamento disruptivo tendo como sustentação teórica outra vez as ideias de Agamben sobre atos de profanação. A *profanação* para este autor opera como um subterfúgio para que nos desvencilhemos de amarras históricas, conceituais e/ou metafísicas que supõe natural aquilo que existe como construto cultural.

A dimensão que Giorgio Agamben empresta ao termo sagrado em oposição ao profano, parte de uma análise que ele empreende e que mostra que aquilo que é determinado como sagrado estaria indisponível ao humano. Ou seja, uma coisa, um nome, uma lei tornam-se sagradas por sua pertença a uma esfera que sobrepõe-se ao livre uso humano. Uma coisa sagrada é aquela que exerce uma soberania ante as demais, ela está desprendida do uso comum. Uma coisa sagrada estaria fora-da-lei, distinguida, suspensa do livre uso, no altar.

Sagradas ou religiosas eram as coisas que de algum modo pertenciam aos deuses. Como tais, elas eram subtraídas ao livre uso e ao comércio dos homens, não podiam ser vendidas nem dadas como fiança, nem cedidas em usufruto ou gravadas de servidão. Sacrílego era todo ato que violasse ou transgredisse esta sua especial indisponibilidade, que as reservava exclusivamente aos deuses [...] E se consagrar (*sacrare*) era o termo que designava a saída das coisas da esfera do direito humano, profanar, por sua vez, significava restituí-las ao livre uso dos homens. “Profano” – podia escrever o grande jurista Trebácio – “em sentido próprio denomina-se àquilo que, de sagrado ou religioso que era, é devolvido ao uso e à propriedade dos homens”. (AGAMBEN, 2007, p. 65)

Assim, a *profanação*, para Agamben, seria o ato em que as coisas, conceitos, ideias e objetos são retiradas do altar, ou seja, desativando o dispositivo de poder da sacralização, que significa retirar do livre uso democrático, as coisas deveriam ser profanadas na medida em que esse ato permitiria uma libertação conceitual, uma espécie de disrupção.

A profanação implica, por sua vez, uma neutralização daquilo que profana. Depois de ter sido profanado, o que estava indisponível e separado, perde sua aura e acaba restituído ao uso. Ambas as operações são políticas, mas a primeira tem a ver com o exercício do poder, o que é assegurado remetendo-o a um modelo sagrado; a segunda desativa os dispositivos do poder e devolve ao uso comum os espaços que ele havia confiscado. (AGAMBEN, 2007, p. 68)

Vejamos que a ideia de Agamben é mostrar que o ato de profanar, é um ato que se assemelha ao que as crianças fazem com os objetos, tendo Nietzsche com inspiração, poderíamos dizer que a terceira transformação do espírito, que é exatamente a criança, atua de maneira a desobstruir o peso da história, da tradição, inaugurando em gestos comuns e corriqueiros, novos conceitos, novos espaços para ideias e coisas que se entendiam presas à sorte histórico-conceitual que para elas foi criado.

Retirar do altar, portanto, seria uma libertação democrática para a construção de sentidos novos. Nesta linha de profanação, parece-nos que um ato de disrupção pode ser medido sob a régua da profanação, a mais das vezes, um ato disruptivo é um ato que rompe com a cadeia de hierarquia, uma vez que põe em xeque os comandos conceituais que o antecediam, nesta toada, ao profanar, ao retirarmos as coisas do altar, estamos a devolvê-las ao livre uso, conferimos aos conceitos novos usos.

Assim, profanar é um ato disruptivo na medida em que desloca a necessidade conceitual para o jogo histórico da invenção. Ou seja, há uma abertura de poros para outras margens, e como não perceber que as margens são, elas também, lambidas pelas águas do rio, que assim, nesse ir e vir, da margem ao rio, do rio à margem, oferecem a cada momento novas paisagens. A margem é o termo do rio ou seu início? O rio é quem serpenteia a margem ou é ela que o envolve em suas direções? Mas, e o transbordamento, e quando o rio sai do leito, profana o curso de si e oferece inundação?

Dentro desta sorte de reflexões, a profanação seria aqui um ato que toca tanto a disrupção como a mediação – e esse é um ponto culminante de nossa reflexão. A mediação como foram adequada à resolução de conflitos, traz para a o conceito de decisão do conflito um ato de profanação, ora, enquanto no poder judiciário convencional a decisão de um conflito esta resguardada pela figura do juiz, na mediação, as pessoas envolvidas têm a oportunidade de tocarem na solução, profanando-a.

Em verdade assistimos a um novo uso da decisão, pois, se por um lado, o poder judiciário tem um aparato cristalizado pelas regras do ordenamento jurídico que garantem a legitimidade da decisão, por outro, a mediação privada, resguarda aos envolvidos a chance de profanar a decisão tocando-a, fazendo com que haja uma desconstrução do dispositivo de poder resguardado anteriormente ao poder judiciário –

a mediação enquanto profanação restitui o conflito ao livre uso dos envolvidos, sem que estejam sacralizados pelos ritos do poder judiciário.

Neste sentido, longe de propormos críticas e/ou quaisquer discussão com a jurisdição e os métodos ordinários de solução de demandas, nossa proposta vai aqui com os mais sinceros sentimentos de que os atos de profanação realizados na mediação privada fortalecem os próprios sentimentos democráticos, uma vez que as pessoas engajadas na solução de seus próprios conflitos têm a oportunidade de conferir às soluções codificadas novas perspectivas, restabelecendo seus laços interiores de autonomia e, ao mesmo tempo, com a oportunidade de restabelecimento de laços perdidos com o início do conflito, perspectiva que o poder judiciário se mostra absolutamente inócuo. Logo, a partir dos princípios da mediação (art. 2º, lei 13.140/ 2015), podemos desvelar a aplicação de nossas ideias. A informalidade será aqui nosso mote para orientar o enlace das ideias. O enlace proposto quer responder às seguintes questões:

Por que a mediação é uma profanação?

a mediação é uma profanação pois ela inverte o polo decisório dos conflitos e alça ao patamar de autonomia os indivíduos que estavam sempre à mercê das regras pre-estabelecidas pelo poder judiciário. Ela permite um novo uso da decisão, que agora, ao invés de colocar termo à lide processual, atua a perscrutar também a lide sociológica, tornando aquilo que era considerado acessório, como principal – estamos a nos referir aos sentimentos dos envolvidos em um conflito. Isso já é argumento bastante para ver que a mediação profana o próprio poder judiciário conferindo novos usos ao fim do direito, que de mero regulador social, agora se converte em construtor de uma sociedade mais autônoma e, portanto, menos vítima e dependente do pai que diz qual a solução. Há aqui uma profanação pedagógica, pois, quando os polos da relação conseguem construir a solução para seu conflito, elas ao mesmo tempo se re-constroem na medida em que se veem atores e não meros expectadores de sua própria vida. Profanar mediando faz nascer o novo, não apenas da decisão, mas também, das pessoas que por ali passam. O palco sagrado do poder judiciário é, por assim dizer, democraticamente levado para a rua, efetivando assim um dos postulados da mediação, a autonomia e a informalidade. Nada mais profano que a rua, nada mais profano que a informalidade, nada mais justo que as próprias pessoas decidam sobre si, sabendo de si, desconstruindo-se, reinventando-se.

Por que a mediação é disruptiva?

daí que a disrupção da mediação se apresente na medida em que ela retira do território ordinário de solução de conflitos o poder coativo da figura estatal. Ela profana a história do direito com um artifício disruptivo, ou seja, ela traz para a cena principal as pessoas, colore com suor e lágrimas, sorrisos também, a maneira como os conflitos devem ser repensados. Assim, a disrupção da mediação se dá na maneira mais ética, mais cuidadosa e mais humana de resolver as questões, ora, deslocar as pessoas com suas questões mais íntimas, trazer para a cena principal os próprios partícipes do conflito, é uma atitude altamente disruptiva uma vez que abala os próprios alicerces de resolução de conflitos ordinário. Ou seja, permite-se aqui a novidade, a invenção, o acolhimento do outro a partir de uma inversão: ao invés de um debate fundado na fala há um processo de reinvenção fundada na escuta, ressignificação do conflito na medida em que os atores atuam conjuntamente para este fim. A principal disrupção da mediação se daria na medida em que ela não aponta para o fim do conflito como maneira única de solução, ao contrário, as pessoas é que são o fim do processo de mediação, e colocar a pessoa como centro e não estar disposto a *tudo* para o alcance da solução é uma atitude ética e ao mesmo tempo disruptiva em relação aos modelos ordinários de solução de demandas. Como nos ensina Warat, ao mediar, é necessário que as pessoas, as partes, estejam quentes, isso para que o conflito possa ser alçado a um outro estado: assim, a disrupção da mediação mostra que o conflito não possui apenas uma face negativa, ele, em verdade, se mostra como a chance que anunciamos em sede do pensamento derridiano. O conflito, agora integrado pelas pessoas que participam com suas vidas dele e nele, se mostra como uma mirada nova para a existência dos mediandos e indiretamente por todos aqueles que os rodeiam - a mediação se estribe na cultura da paz. Ao invés de resolver conflitos, parece, há uma sua profanação, conferindo ao que era apenas negativo, novas oportunidades de se mostrar. O outro, reclamado por Derrida, comparece na medida da profanação – na mediação, estamos sempre à espera desse outro, que vem em sede de invenção, que não é pré- meditado, pois, pela informalidade que a principia, a abertura toma o lugar da previsão – profananda a segurança, permite-se a invenção, categoria que ademais, diz do humano, essa a imensa disrupção da mediação.

Por que a mediação é hospitalidade?

A hospitalidade, conforme anunciamos junto de Derrida, comparece na mediação como ato disruptivo na medida em que diferentemente do processo ordinário de resolução de conflitos, a mediação está alicerçada em uma outra *racionalidade*, qual seja, uma racionalidade circular, não hierárquica e definitivamente mais ética porque sustentada em um processo que privilegia a escuta, neste sentido, nada mais afeito à hospitalidade do que uma forma de resolução de conflitos que alicerçada na escuta e não no dizer, ou seja, o outro, este que nunca pode ser descrito pelo eu, tem na mediação uma oportunidade mais evidente de chegar, ora, se de um lado o poder judiciário tem em sua forma, seus ritos, sua racionalidade, uma lógica fundada no *logos*, na disputa e na noção de vitória e derrota, de outro, a mediação se apresenta com uma sintonia mais afinada com a horizontalidade, com a rede, com a co-construção das estradas, e, por isso mesmo, no tom da hospitalidade que dissemos. A chegada do outro é uma relação aliada ao termo invenção, ou seja, o Outro, como é segredo, como é mistério, como é infinito, só pode chegar se na mesma dimensão de sua chegada, as regras, as formas, também sejam elas refundadas – em verdade essa chegada denuncia a violência do hospedeiro e o obriga a se deslocar para o lugar de hóspede, ao mesmo tempo, a mediação desloca a fala e põe em seu lugar a escuta, neste sentido, quando há esse jogo de inversões, a própria lógica de solução de conflitos ordinária se perde, pois, não há quem vença e quem seja vencido, mas sim, a espera da invenção, que é, em nossa leitura, a chance de vinda e de vida do outro – não há invenção que não seja invenção do outro. A mediação é hospitalidade porque depende da inventividade que só se compõe quando o mistério do outro se apresenta em forma de dádiva do tempo. Uma criação que requer espaço para nascer. Uma obra de arte, diria, composta pela escuta, pela porta mantida aberta – pela vinda do impossível – o outro.

Por que a mediação é um acontecimento?

É acontecimento pois sua construção não é da ordem da previsibilidade, não esbarra em formalismos que impediriam sua efetivação. A invenção na mediação está em sua base existencial. A co-construção da solução ou transformação do conflito se dá exatamente pelo fato de que não há, no processo da mediação, decisões pré-estabelecidas, precedentes, súmulas ou OJ's. O que se realiza na mediação é uma verdadeira arquitetura do consenso inventado, que significa um respeito à singularidade e à

alteridade, no sentido de que nenhuma dimensão do conflito é rejeitada e todos os argumentos importam, inclusive aqueles que não se sustentam na *doutrina* mais aclamada. O que estamos a querer mostrar é que o processo de mediação é um *acontecimento* pois como dissemos acima, ele não requer um respeito à regras que porventura tenham sido criadas antes dessa relação. Nesse sentido, todo o processo é um processo de *acontecimentos* contínuos, sem que haja a necessidade de garantir qualquer previsão, qualquer regulamentação anterior que não seja aquela inventada pelos participantes. De maneira inventiva os mediandos deixam vir a alteridade, pois, cada ato de mediação é um ato inventivo, vez que a mediação se estriba na noção de alteridade, de acolhida, características necessárias à vinda do outro, do evento, do acontecimento, da invenção – que enquanto mediação, faz em diálogo, ponte, *médium*, entre um mundo que foi e o novo que vem, feito rasgo no tempo: invenção e acontecimento. Nomes outros para a criação de humanos mediados, além da máscara.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. Tradução e apresentação de Selvino José Assman. São Paulo: Boitempo, 2007.

DERRIDA, Jacques. **Pensar em não ver**: escritos sobre as artes do visível (1979-2004); organização Ginette Michaud; Joana Masó; Javier Bassas. Tradução de Marcelo Jacques de Moraes; revisão técnica João Camillo Penna. Florianópolis: Ed. Da UFSC, 2012.

DUFOURMANTELLE, Anne. Convite. In: DERRIDA, Jacques. **Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar da hospitalidade**. Tradução de Antonio Romane e revisão técnica de Paulo Ottoni. São Paulo: Escuta, 2003.

VELOSO, Caetano. **Alegria, Alegria Uma Caetanave organizada por Waly Salomão**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Pedra Q Ronca Edições e Produções Artísticas Ltda, 1977.

O CONCEITO DE NATUREZA DE WHITEHEAD E OS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO: APROXIMAÇÕES E PERSPECTIVAS

Gustavo Marcel Filgueiras Lacerda¹

I - Introdução

É fato notório a crise ambiental mundialmente vivenciada. Assim, a discussão comprometida sobre o tema é fundamental, visto que a antiga compreensão utilitarista do uso dos recursos naturais, de modo irrestrito e sem grandes preocupações com a continuidade dos mesmos, não mais pode subsistir; isto porque a escassez destes recursos, a cada dia mais, tem se tornado uma realidade bastante presente.

A alarmante verificação acima descrita enseja a inauguração de uma nova práxis, um novo jeito de agir e de ser em relação à natureza. No entanto, para que essa nova práxis seja inaugurada, é necessário rever o modo como a humanidade, no decorrer da sua história, construiu a relação homem-natureza; bem como a compreensão desenvolvida acerca do conceito de natureza. Neste sentido, uma importante contribuição foi dada pelo filósofo e cientista britânico contemporâneo Alfred North Whitehead (1861-1947), em sua obra "O conceito de Natureza".

Porém, antes de nos atermos ao conceito cunhado por Whitehead, necessário se faz entender o contexto no qual o filósofo está inserido; ou seja, é preciso compreender o marco teórico no qual o pensador está imerso. Whitehead bebe da seguinte herança: o pensamento científico moderno. Portanto, é preciso entender como surge este eixo de pensamento e como este se dá na contemporaneidade do pensador.

II - O projeto da modernidade e a razão científica

Longe de ser uma melhoria das condições de vida dos povos e de, simplesmente, uma modernização tecnológica, a Modernidade se constitui na concretização de um novo paradigma na ordem mundial; o que caracteriza seu projeto como algo dotado de

¹ Mestre em Direito Privado, na linha de pesquisa de Direito do Trabalho, Modernidade e Democracia, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com bolsa CAPES. Licenciado em Filosofia pelo Instituto Santo Tomás de Aquino e bacharel em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Membro do grupo de pesquisa Retrabalhando o Direito (RED) da PUC-MG. Professor da Pós-graduação *Latu Sensu*. Advogado.

originalidade e legitimidade. Porém, antes de verificarmos o que foi o projeto da modernidade, faz-se necessário uma rememoração do caminho que levou à sua constituição.

Segundo o pensamento clássico, estendendo-se pela Idade Média, por trás da multiplicidade deste mundo, existia uma força ordenadora, externa, que garantia a realidade e era responsável pelo ordenamento do *cosmos*; ou seja, nesta concepção teleológica, a preservação do universo acontece de forma heteronômica. Assim, o indivíduo afirma sua identidade ao ocupar o seu lugar na natureza, pois é parte desta totalidade harmonicamente ordenada e deve trabalhar em prol desta harmonia. Daí que, por exemplo, podemos citar a concepção de justiça cunhada por Platão em sua obra "A República", no livro IV: cada um ocupando o seu lugar na *polis* em prol do bem comum. Esse "lugar" é um papel ontológico dado a cada um pelo seu nascimento. Assim, por exemplo, o escravo deve exercer o trabalho braçal para que o cidadão da *polis* não necessite de fazê-lo e possa ir para a *ágora* (praça), a fim de dedicar-se a vida política e filosófica. Cada ser é uma peça do mecanismo que é a cidade grega. Isso porque a harmonia da *polis*, deve ser reflexo da harmonia do *cosmos*.

Os gregos consideravam o mundo um *cosmos*. O mundo era concebido como uma totalidade belamente ordenada, da qual o indivíduo derivava a própria identidade. O indivíduo possui a sua identidade própria ao tomar seu lugar na ordem da natureza. Assim sendo, a auto-identidade era caracterizada, em primeiro lugar, pela conformidade com a ordem das coisas, por uma lei natural, presente na natureza de todas as coisas e, em segundo, pela contemplação da harmonia presente no *cosmos*, que, na visão grega, constitui a forma mais elevada de conhecimento. Por isso, os gregos condenaram Prometeu por ter roubado o fogo dos deuses para dá-lo à humanidade. Ao agir assim, Prometeu ultrapassou a ordem estabelecida do *cosmos*, selando a sua própria condenação e ruína. (SOUZA, 2005, p. 21-22)

A tradição judaico-cristã, tendo seu auge na Idade Média, dá continuidade a tal concepção ao atribuir essa força ordenadora externa a Deus; e o percurso da história, sua teleologia, seu fim, culminando na obra salvífica, personificada no Messias, que será o grande redentor da humanidade. Os cristãos deram o nome a esse Messias: Jesus, o Cristo (*KRISTOS*, no grego, quer dizer "o ungido"). Este, no último dia, virá julgar a todos, recompensando-os ou castigando-os pelo bom/mal trabalho em prol da harmonia do *cosmos*.

O cristianismo deu um nome àquele que deveria cumprir as expectativas do povo escolhido e restaurar Israel. O Messias é visto e reconhecido na pessoa e nas obras de Jesus de Nazaré. Ele é o Cristo, o senhor da história. Assim, a mensagem cristã possui uma reivindicação universal. Seu apelo se estende a toda humanidade em todo o tempo. Judeus e cristãos, todavia, ainda partilham em comum a mesma esperança e expectativa de uma futura e definitiva restauração e reconciliação. Para ambas as tradições, o tempo é dotado de uma expectativa futura.

A teologia da história, assim concebida, dá conta de um sentido último da história como tal. Existe uma ação providencial de Deus no mundo que pode ser percebida e interpretada à luz de Sua fidelidade à raça humana. Os eventos da história, concebidos linearmente, possuem uma nova e positiva dimensão: sentido e esperança. (SOUZA, 2005, p. 23)

Com o advento da modernidade, tais concepções começam a sofrer duros golpes em sua segurança. A matematização do universo e a quantificação da natureza, pilares da ciência moderna, fazem com que uma nova forma de racionalidade seja inserida. A grande revolução copernicana, a proposta de um conhecimento objetivo do mundo pela aplicação de métodos matemáticos feita por Galileu, as leis de Newton, entre outros; passam a questionar essa forma heteronômica e a perceber o universo como um mecanismo, com leis próprias, que regem seu curso. Assim, era necessário colocar tudo em dúvida para, de fato, buscar uma verdade sustentável da qual não se pode ter restrições. Neste sentido, Descartes foi o "herói" da modernidade.

Ao instaurar sua dúvida metódica, visando a certeza indubitável, Descartes descobre na racionalidade, no *cogito*, no sujeito (não empírico, mas transcendental), na afirmação-do-self, a segurança tão almejada. Estabelece-se, portanto, a afirmação do *self* como fundamento da ciência e, assim, da realidade. Desta forma, uma nova metafísica da alma se constitui como *locus* da guinada moderna; onde a busca pela autonomia, autopreservação e a contradição (donde se origina as mudanças a partir de sua força), em detrimento de uma ordem estruturada na heteronomia, caracterizará o novo paradigma.

O *cogito* cartesiano é o princípio de certeza que faz frente à ameaça de ceticismo, estabelecendo um fundamento seguro para a nova ciência que emerge. A certeza do *cogito* é tão óbvia e clara que não pode ser negada. Consequentemente, apesar de não ser anti-religiosa como tal, a nova concepção de verdade da modernidade representa um profundo questionamento e, paulatinamente, uma rejeição das escrituras cristãs como fonte de autoridade. Assim sendo, a modernidade rejeita tanto uma teleologia inerente ao mundo e

ao ser das coisas como a autoridade fundada numa *matrix* teológica, encontrando na razão um novo princípio e o fundamento da racionalidade do mundo. Até mesmo o século XVIII não se opôs unanimemente ao cristianismo, ficando a oposição mais acirrada num grupo limitado de intelectuais, *lesphilosophes*. (SOUZA, 2005, p. 42)

Segundo o filósofo Hans Blumenberg, a constituição do *self* moderno acontece a partir de duas "crises epocais" na história do pensamento antigo e medieval. A primeira é a chamada crise epicurista. Nesta, corrente clássica já se encontra indícios da autopreservação e autonomia, na busca pelo prazer. Porém, não era uma busca do prazer pelo prazer, individual, mas simplesmente para fugir da dor. Portanto, reafirmou-se a *ataraxia*, mas não se afirmou o *self* como base de todas as coisas (grande preocupação da Modernidade).

(...) a crise epocal do mundo antigo não gerou uma consciência auto-afirmativa, cujo projeto de dominação da natureza dá sentido ao mundo ao impor sobre ele sua própria lógica e racionalidade. Na concepção epicurista, o mundo é concebido como algo já estabelecido, que oferece ao homem uma sensação de segurança (*ataraxia*). Essa concepção exclui, evidentemente, a ideia de criação como princípio racional de explicação, e a origem do mundo é relegada ao acaso, embora a um acaso que contém em si mesmo suas próprias garantias (BLUMENBERG, 1983, p. 152 e 182). (SOUZA, 2005, p. 106)

A segunda crise elencada por Blumenberg, ocorre na Idade Média; é a crise epocal Voluntarista. Esta encontra sua base no nominalismo de Ockham. Este, estabelece Deus como potência ordenadora, ou seja, comprometido com a ordem da salvação e como potência absoluta. Nesta compreensão, Deus pode tudo, exceto incorrer em contradição lógica. Assim, Deus passa a ter um compromisso unicamente com a Sua vontade; até mesmo seu comprometimento com a ordem da salvação está subjacente à Sua vontade. Aqui se dá a ruptura, pois, a partir desta afirmação de Ockham, o mundo como *cosmos* não é mais confiável, pois está fundado numa vontade absoluta divina; que pode ser boa ou má, dependendo do "humor divino". Deus pode, inclusive, nos enganar (Gênio maligno cartesiano). Assim, a realidade pode ser manipulada. É preciso, portanto, colocar este paradigma em dúvida (dúvida metódica - Descartes) e buscar um outro fundamento mais confiável, no qual se possa fundar a ciência. Descobre-se o *self*, ou seja, posso ser enganado sobre tudo, mas de uma coisa não me engano: que eu duvido. Se duvido, penso. Se penso, existo.

A ênfase dada à *potentia absoluta* de Deus, e que caracteriza o pensamento a partir do fim da Idade Média, representa uma mudança na compreensão que o homem ocidental tem de si mesmo. Ao tentar preservar a liberdade última de Deus em relação ao mundo, o homem deixa de ocupar o coração da criação; e esse fato o força a concentrar mais e mais seus esforços no desenvolvimento de suas próprias potencialidades. Esse fato abre caminho para a afirmação-do-eu como projeto existencial: *Cogito ergo sum*. (SOUZA, 2005, p. 110)

É importante ressaltar que a modernidade não nega a Deus, porém, O coloca como algo fora do mecanismo - *Deus exMachina*. A partir da modernidade, as explicações necessárias para se fundar um saber científico sobre a multiplicidade do real, são retiradas do próprio mecanismo; não precisando de uma externa que o faça, pois, este mecanismo, é auto-explicativo. É a troca da causalidade final aristotélica pela causalidade eficiente.

Tal concepção permitiu o homem a se enxergar como agente ativo da história. Sua ação é, de fato, capaz de influenciar o decurso da história e, até mesmo, de determiná-la. Por meio da superação da autoridade normativa do passado, este foi capaz de, em seu momento histórico, conceber a ideia de progresso. Sua ciência, sua arte, entre outros, não mais se caracterizam pela soberania do passado e a frustração com o presente, mas se fundam na perspectiva do novo, na força da afirmação do *self*, de sua autonomia e o produto da contradição. Assim, o homem moderno proclamou um novo homem, pioneiro, sem precedentes, que pela força da razão, de seu *cogito*, tem em suas mãos a sua própria história.

A idade moderna deve ser entendida como a tentativa de se justificar para si mesma tendo por base a afirmação-do-eu. Ela não necessita de qualquer base teológica para justificar sua legitimidade. Uma análise dos fundamentos da modernidade, além de necessária, é profundamente reveladora. A empreitada blumenberguiana, ao contestar a tese da secularização, recupera o projeto da modernidade em sua legitimidade própria. (...) A modernidade se desviou de seu curso original e o sujeito moderno se encontra em uma lamentável angústia. Contra todos os pesares, Blumenberg mantém uma visão positiva sobre as descobertas da ciência moderna e faz uma vigorosa defesa da novidade radical e da legitimidade da idade moderna. O projeto da modernidade se autolegitima. A modernidade é uma resposta à dissolução da síntese medieval, com a crise do absolutismo teológico da Idade Média. (SOUZA, 2005, p. 126-127)

Na contemporaneidade, mais precisamente, do século XIX aos dias de hoje, esse projeto da modernidade encontrou sua complexificação, na junção da técnica e do *logos*, formando a *tecnologia*. Esta gerou um amplo desenvolvimento e crescimento da razão científica, ampliando, mais ainda, a ideia de progresso. Assim, o século XIX gera uma inabalável confiança no saber científico, ou seja, na capacidade da ciência e da técnica controlarem a natureza. Inclusive, novas áreas do conhecimento surgem, tais como a psicologia, sociologia, pedagogia, entre outras. O encantamento com o projeto da modernidade, parecer, atingir o seu auge na idade contemporânea.

No entanto, a filosofia do século XX, coloca em cheque este projeto da "razão triunfante", principalmente com a ascensão dos regimes totalitários (nazismo e stalinismo) e fascista. Nestes, a ciência, a razão, o conhecimento, fora utilizado para a promoção da barbárie. Portanto, a grande decepção está em perceber que a razão, não necessariamente, torna o humano "alguém melhor". Desta forma, filósofos da Escola de Frankfurt (Marcuse, Horkheimer, Adorno, entre outros), na Alemanha, produziram uma *teoria crítica*, cujo objetivo é demonstrar que os avanços da produção humana, que geram modificações na vida social, política e cultural, só podem processar se tiverem por objetivo a emancipação do homem; e não o domínio da natureza e da sociedade pela técnica e saber científico.

A ideia de progresso humano como percurso racional sofreu um duro golpe com a ascensão dos regimes totalitários, como o nazismo, o fascismo e o stalinismo. O desencanto tomou o lugar da confiança que existia anteriormente na ideia de uma razão triunfante.

Para fazer face a essa realidade, um grupo de intelectuais alemães elaborou uma teoria que ficou conhecida como *teoria crítica*. Um dos principais filósofos desse grupo é Max Horkheimer. Ele pensou que as transformações na sociedade, na política e na cultura só podem se processar se tiverem como fim a emancipação do homem e não o domínio técnico e científico sobre a natureza e a sociedade.

Esse pensamento distingue a razão instrumental da razão crítica. O que seria a razão instrumental? Aquela que transforma as ciências e as técnicas num meio de intimidação do homem, e não de libertação. E a razão crítica? É a que estuda os limites e os riscos da aplicação da razão instrumental. (STRECKER, 2006)

Neste ensejo, Whitehead, apesar de não ter acompanhado com veemência a discussão acima apontada, pois faleceu em 1947 (dois anos após o fim da II Grande Guerra), é herdeiro deste projeto moderno. Whitehead possui uma visão positiva da ciência e em sua função de fundamentação da realidade no saber racional.

A ciência moderna impôs à humanidade a necessidade de locomoção. O seu pensamento e a sua tecnologia progressivos fazem a transição através do tempo de geração a geração, uma verdadeira migração em ignotas praias de aventura. O verdadeiro benefício da locomoção é ser perigosa e necessita de habilidades para advertir os males. É de esperar, portanto, que o futuro revele os perigos. É próprio do futuro ser perigoso. E está entre os méritos da ciência equipar o futuro para os seus deveres. As prósperas classes médias que governaram o século XIX deram valor excessivo à placidez da existência. Recusaram-se a enfrentar as necessidades de reforma intelectual imposta por novos conhecimentos. O pessimismo da classe média sobre o futuro do mundo veio de uma confusão entre civilização e segurança. No futuro imediato, haverá menos segurança que no passado imediato, menos estabilidade. Deve-se admitir que há um grau de instabilidade incompatível com a civilização. Mas, em conjunto, as grandes épocas foram épocas instáveis. (WHITEHEAD, 2006, p. 254)

A contribuição de Whitehead como cientista e filósofo é inegável. Esta o levou a tornar-se um dos principais filósofos da ciência contemporânea. Desta forma, estudar sua compreensão sobre o conceito de natureza é optar por uma percepção técnica do assunto, a partir das ciências empíricas. Essa contribuição é fundamental, tendo em vista que a emergência que vivenciamos possui transformações importantíssimas nos âmbitos natural, cultural, social e político-jurídico. Assim, as implicações físico-químicas-biológicas devem ocupar lugar fundamental em nossa atenção, pois elas constituem os fatores determinantes para a possibilidade de vida e são delas que resultarão as transformações essenciais no modo de ser e agir individual e social, para a proteção ambiental.

III - O conceito de Natureza de Whitehead

Whitehead, diferentemente das tradicionais compreensões metafísicas ofertadas pela tradição filosófica, assevera que a Natureza "é aquilo que observamos pela percepção obtida através dos sentidos" (WHITEHEAD, 1993, p.7). Através desta afirmação, o filósofo entende que a natureza deve ser encarada como algo exterior à mente humana, onde, para conhecê-la realmente, é preciso que se pense algo diferente do próprio pensamento.

Tal afirmação fica mais clara quando, em sua obra, Whitehead faz uma diferenciação nas formas de se pensar sobre a natureza, a saber: *homogeneamente* ou

heterogeneamente. Nas palavras do próprio filósofo, pensamos *homogeneamente* quando pensamos "sobre a natureza sem pensar sobre o pensamento" (WHITEHEAD, 1993, p. 7) e, *heterogeneamente*, quando pensamos "na natureza conjuntamente com o pensamento sobre o fato de a natureza ser alvo do pensamento" (WHITEHEAD, 1993, p. 7-8). Trata-se de uma diferença fundamental, pois, na primeira modalidade a natureza é pensada como algo totalmente externo ao pensamento e que se doa à apreensão sensível; enquanto que, na segunda modalidade a natureza já está transformada, interpretada, construída, dentro do pensamento; enfim, inebriada de seus conceitos e determinismos. Para Whitehead, a ciência, inclusive, deve dedicar-se exclusivamente aos pensamentos homogêneos.

Vale dizer que o pensamento e a apreensão sensível não são sinônimos. Apreensão sensível, aqui, é entendida como a relação da mente com a natureza, excluído o pensamento. Já este último é um produto da mente, algo que é fruto da atividade intelectual.

III.1 - Fato, fatores, entidades e o pensamento heterônomo da tradição filosófica

Segundo o filósofo, três são os elementos envolvidos no conhecimento da realidade: o fato, os fatores e as entidades. Por "fato" entende-se "o termo diferenciado da apreensão sensível" (WHITEHEAD, 1993, p. 19); ou seja, é a própria natureza, que se apresenta à apreensão sensível. Os "fatores" são "termos da apreensão sensível, diferenciados enquanto elementos de fato" (WHITEHEAD, 1993, p. 19). Isso significa dizer que, os fatores, são elementos presentes no fato geral [a natureza em sua totalidade], capazes de serem diferenciados pela apreensão sensível, tais como uma pedra, uma cor, um rio etc. Já as "entidades são fatores em sua função enquanto os termos do pensamento. As entidades assim referidas são entidades naturais" (WHITEHEAD, 1993, p. 19); ou seja, essas entidades naturais são a maneira, a forma, como os fatores estão presentes no pensamento. Whitehead os chama de entidades naturais, pois, como o pensamento é mais abrangente que a natureza, existem outros tipos de entidades que não são naturais (cf. WHITEHEAD, 1993, p. 19).

Conforme o filósofo,

Quando falamos da natureza como um complexo de entidades inter-relacionadas, o "complexo" é fato enquanto entidade do pensamento, a cuja individualidade pura e simples é atribuída a propriedade de abarcar, em sua complexidade, as entidades naturais. É nosso propósito analisar essa concepção; no curso

da análise, o espaço e o tempo deverão se manifestar. Evidentemente, as relações existentes entre as entidades naturais são por si mesmas entidades naturais, ou seja, são também fatores de fato, ali presentes para a apreensão sensível. Nesse sentido, a estrutura do complexo natural jamais pode ser completada em pensamento, da mesma forma como os fatores de um fato jamais podem ser exauridos na apreensão sensível. A inexauribilidade é um caráter essencial de nosso conhecimento da natureza. Ademais, a natureza não exaure a matéria destinada ao pensamento, ou seja, existem pensamentos que não ocorreriam em nenhum pensamento homogêneo sobre a natureza. (WHITEHEAD, 1993, p.19-20)

Desta forma, Whitehead demonstra que a natureza não pode ser entendida como um conjunto de entidades interrelacionadas, pois as relações entre estas entidades constituem, apenas, "por si mesmas, entidades naturais". Para o autor, a natureza deve ser entendida como aquilo que, imediatamente, se apresenta à apreensão sensível, ou seja, um contínuo fluxo de uma totalidade complexa; sendo, portanto, inexaurível. Nas palavras do autor: "o fato imediato para a apreensão sensível é a ocorrência da natureza em sua totalidade. É a natureza enquanto evento presente à apreensão sensível e essencialmente passageiro"(WHITEHEAD, 1993, p. 20).

A compreensão da natureza como um complexo de entidades naturais não está imersa à sua imediatez. Muito pelo contrário. Essa concepção insere na natureza elementos que lhe são estranhos; ou seja, mistura-se o produto do pensamento com o que fora dado na apreensão sensível, como um método para lidar com real imediato. Nesse ponto está, para o pensador, o grande erro do pensamento da tradição filosófica ocidental quando conceitua a natureza:

[...] num primeiro momento, a filosofia transformou ilicitamente a entidade pura e simples, que não passa de uma abstração necessária ao método do pensamento, no substrato metafísico desses fatores na natureza que, sob vários aspectos, são consignados a entidades enquanto seus atributos; e [...], num segundo passo, os cientistas (incluindo filósofos que eram cientistas), ignorando consciente ou inconscientemente a filosofia, tomaram esse substrato como pressuposto, *qua* substrato de atributos, como, não obstante, existente no tempo e espaço. (WHITEHEAD, 1993, p. 27)

Ou seja, o que a apreensão sensível oferece são as propriedades e relações dos fatores pertencentes ao fato complexo [a natureza]. "O pensamento organiza isso em torno de propriedades e atributos, mas isso não quer dizer que haja na própria realidade um elemento simples anterior às propriedades e relações que sirva de fundamento a elas" (GABOARDI, 2011). Assim, temas pertinentes à metafísica, como essência,

matéria simples, tempo, espaçoetc, são apenas abstrações e não estão imersas na imediatez do fato complexo.

No que se refere ao espaço e tempo, Whitehead os compreende como entidades separadas, existindo, apenas, a passagem da natureza. A noção de tempo e espaço, assim, compreendidos, são mera abstração.

Observe-se que há também uma referência às noções de tempo e espaço. Whitehead é defensor de uma visão relacional, não absoluta, do espaço e do tempo. Ou seja, eles não existem enquanto entidades separadas. Na realidade, o que há é a passagem da natureza. A noção de tempo é uma abstração desse fato fundamental. Da mesma forma, as relações extensivas entre os elementos da natureza permitem gerar a noção de um espaço individual. Mas ele também é uma abstração. O filósofo, inclusive, afirma que o postulado de uma entidade última é uma necessidade lógica imposta pelo pensamento, não uma adequação aos fatos (WHITEHEAD, 1993, p.30). (GABOARDI, 2011).

Whitehead entende, então, que a noção de tempo e espaço, sendo abstração, não é a própria passagem da natureza em si. O espaço é encontrado nas mútuas relações estabelecidas entre os eventos no fato geral imediato, que é a natureza. Estes eventos estão relacionados pelas relações de extensão e congregiência² imersos no evento singular, que é a natureza presente. Já as relações de outros eventos com a totalidade da natureza, formam o "tecido do tempo".

Para o filósofo, o tempo visto de forma mensurável é uma abstração da qual a teoria científica é dependente. Inclusive, para ele, uma teoria do tempo que não o demonstre de forma mensurável é inválida. Porém, em relação à realidade da natureza, o que há é, apenas, a sua passagem; mediante a qual não há explicação possível para essa característica da natureza. Assim, o tempo, em relação à apreensão sensível, diz respeito à mente; embora, o tempo mensurável seja uma abstração da natureza.

A natureza é um processo. A exemplo de tudo quanto é diretamente demonstrado na apreensão sensível, não há explicação possível para essa característica da natureza. Tudo o que se pode fazer é empregar uma linguagem capaz de demonstrá-lo especulativamente, bem como expressar a relação que esse fato da natureza guarda com outros fatores. O fato de cada duração ocorrer e passar constitui uma demonstração do processo da natureza. O processo da natureza também pode ser denominado "a passagem da natureza". Evito deliberadamente, no presente estágio, o emprego da palavra "tempo", porquanto o tempo mensurável, da ciência e da vida civilizada, em geral demonstra apenas

²COGREDIÊNCIA: É a relação entre um acontecimento e um ponto de vista. (cf. MORA, 2000, p. 28)

alguns aspectos do fato mais fundamental da passagem da natureza. Acredito estar de acordo com Bergson, embora ele empregue o termo "tempo" para se referir ao fato fundamental que denomino "a passagem da natureza". A passagem da natureza, ainda, é igualmente demonstrada pela transição especial e pela transição temporal. É em virtude dessa passagem que a natureza está sempre em movimento. O significado dessa propriedade de "movimento" envolve o fato de que não apenas qualquer ato de consciência sensorial é tão-somente aquele ato e nenhum outro, como o termo de cada ato é também único e não constitui o termo de nenhum outro ato. A apreensão sensível agarra sua única chance e apresenta para o conhecimento algo exclusivamente destinado a ele. (WHITEHEAD, 1993, p. 67)

Disso implica, por exemplo, que aquilo que seja considerado presente, passado ou futuro para a mente, não necessariamente o é para a passagem da natureza. Isso porque a mente não está no tempo e espaço em igual sentido aos eventos da natureza. Ela encontra-se em um tempo e espaço peculiar a si mesma. Estes são derivados da afinidade de sua passagem com a da natureza, pois é abstração de parte dessa passagem (cf. WHITEHEAD, 1993, p. 67-69).

Assim, conforme o filósofo, a correta e adequada abordagem da natureza, deve desfazer dos pressupostos da filosofia grega, de modo a se possibilitar o pensamento *homogêneo*; não impondo à natureza as entidades, ou seja, "um artifício criado pelo pensamento ao lidar com os fatores da apreensão sensível" (GABOARDI, 2011). Desta forma, pensar homogeneamente a natureza não deve ser encarado como uma definição da mesma, até mesmo porque, como acima demonstrado, esta é inexaurível. Mas sim, como uma consequência necessária da forma, do modo como a mente se relaciona com o real.

IV - A contribuição de Whitehead para uma nova práxis ético-jurídica-ambiental, a partir dos princípios da prevenção e precaução

O conceito de natureza de Whitehead, indiretamente, suscita uma importante discussão: se a natureza, como fato geral, é impossível de ser conhecida em plenitude, teria o homem um conhecimento real, exaustivo, acerca do alcance dos seus atos sobre a mesma? Teria o homem o conhecimento pleno, exaustivo, das consequências que seu impacto sobre o meio ambiente pode acarretar?

Tais questionamentos adquirem grande relevância quando se observa, como já exposto anteriormente, que o ser humano é fator deste fato complexo; portanto,

totalmente imerso e dependente do mesmo. Desta forma, se torna fundamental pensar na proteção ambiental, na preservação das condições de vida, a fim de permitir que a potencialidade de vida humana e dos demais fatores, possa continuar a existir ao longo do tempo.

Assim, diante do conceito de natureza cunhado por Whitehead, percebe-se que o humano se relaciona com a mesma numa dimensão de mistério. Este, sem qualquer conotação metafísica, mas como algo que se experimenta sem que o conhecimento lógico-racional consiga compreender a totalidade de sua extensão, nos coloca numa posição de humildade frente ao fato complexo. O desconhecimento exaustivo deste, dificulta que uma resposta positiva seja dada aos questionamentos acima formulados. É impossível à racionalidade humana compreender a totalidade dos encadeamentos da relação causa-efeito no universo.

Aristóteles, filósofo grego, dizia, em sua obra "Física", que as substâncias são formadas por quatro causas: material (do que algo é feito), formal (a forma em que se manifesta), eficiente (a rede de causa-efeito que o origina) e final (o *telos*, ou seja, a finalidade deste ser). No entanto, acrescenta que os fatos podem acontecer por *acidente* na natureza, cujas causas não são possíveis de serem determinadas: "Coisas deste tipo, então, quando acontecem por acidente, dizemos que são por acaso." (Física II, 5, 196b 25). Assim, para o filósofo, o acaso não é algo que surge do nada, sem causa, pois o nada não pode gerar algo; mas é um encadeamento de causas inesperadas, desconhecidas. Desta forma, desde a antiguidade se evidencia a impossibilidade do conhecimento pleno do homem sobre a rede causal do universo.

Diante desta constatação, à guisa da proteção da existência da própria espécie, em verdadeiro comprometimento com as gerações presentes e futuras, necessário se faz cunhar um sistema de proteção ambiental. Neste ensejo, o Direito ocupa um papel fundamental, como meio propício à garantia da coexistência.

A Constituição Federal, em seu art. 225, estabelece o meio ambiente equilibrado como direito fundamental; sendo o poder público e a coletividade, ou seja, dever de todos, concorrer para a sua preservação. Assim, institui um sistema de proteção ambiental, com princípios e normas específicas para o correto exercício de atividades antrópicas que gerem impacto ambiental; bem como para a promoção da educação ambiental nos diversos setores da sociedade, visando o desenvolvimento econômico em harmonia com a preservação ambiental e a equidade social, requisitos básicos ao "desenvolvimento sustentável".

Entre os princípios regentes deste sistema de proteção, dois se destacam diante da discussão proposta neste artigo: os princípios da Precaução e da Prevenção.

IV.1 - Princípio da Precaução

O Princípio da Precaução se constitui numa garantia contra os potenciais riscos que a atividade de impacto ambiental pode causar que, no entanto, o estado atual do conhecimento humano ainda não pode identificar com precisão. (cf. SILVA, 2015, p. 68)

Este princípio, que passou a ser reconhecido como princípio autônomo no âmbito internacional em 1987 (Segunda Conferência Internacional sobre proteção do Mar do Norte), visa o emprego de adequadas e melhores tecnologias a fim de minimizar os possíveis danos da atividade de impacto ambiental nos oceanos, dos quais não se há certeza científica. Porém, somente com a ECO 92, no Rio de Janeiro, é que este princípio teve a sua efetiva consolidação dentro do sistema internacional de proteção ambiental; sendo o princípio de número 15 da Declaração do Rio 92

Princípio quinze da Declaração do Rio 92 – Com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério da precaução de acordo com suas capacidades. Quando haja perigo de dano grave e irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para postergar a adoção de medidas eficazes para impedir a degradação do meio ambiente.

Segundo Romeu Faria Thomé Silva (2015, p. 69), “este princípio afirma que no caso de ausência de certeza científica formal, a existência do risco de um dano sério ou irreversível requer a implementação de medidas que possam prever, minimizar e/ou evitar este dano.” Assim vem entendendo a jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MEIO AMBIENTE - EXPLORAÇÃO INTENSA DE MINÉRIOS COM POSSIBILIDADE DE GRANDE IMPACTO AMBIENTAL - AUSÊNCIA DE LICENÇA AMBIENTAL - PRETENSÃO DE CONTINUIDADE - PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO - POSICIONAMENTO DO STJ. Na esteira do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o princípio da precaução, consagrado formalmente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - Rio 92 (ratificada pelo Brasil), a ausência de certezas científicas não pode ser argumento utilizado para postergar a adoção de medidas eficazes para a

proteção ambiental, sendo que na dúvida, prevalece a defesa do meio ambiente, especialmente no caso dos autos, onde malgrado a agravante exerça atividades que acarretam grande impacto ambiental negativo, se encontra amparada apenas por uma simples AAF - Autorização Ambiental de Funcionamento. Não provido. (TJMG, AgIn1.0034.14.005500-4/001, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. JudimarBiber, julgado em: 26/11/2015, publicado em: 18/12/2015)

Desta forma, a ausência de certeza científica não deve ser motivo para postergar a implantação de medidas que minimizem as consequências da atividade de impacto ambiental, mas é, antes de tudo, uma exigência de sua adoção imediata. Portanto, a incerteza corre em benefício do meio ambiente, devendo ao empreendedor demonstrar que sua atividade não constitui risco ao meio ambiente. Assim, em casos de incerteza científica, presume-se o nexos causal e inverte-se o ônus da prova, impondo ao potencial autor do dano a necessidade de demonstrar que seu empreendimento não será lesivo. (cf. SILVA, 2015, p. 69 - 70).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA
 - - PROVA PERICIAL - DIREITO AMBIENTAL -
 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - POSSIBILIDADE.
 - O ônus da prova, em regra, incumbe, ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, conforme a regra expressa do artigo 333 do Código de Processo Civil.
 - Em se tratando de ação civil pública envolvendo proteção ambiental, observando o princípio da precaução, impõe-se a inversão do ônus da prova. (TJMG, AgIn 1.0024.06.271133-8/002, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. DárcioLopardi Mendes, julgado em: 05/05/2016, publicado em: 05/05/2016)

Importante ressaltar que há menção expressa do princípio da precaução na legislação brasileira, tais como o art. 1º da lei de Biossegurança - lei nº 11.105/2005:

Art 1º - Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

O art. 3º, *caput*, da Lei de Política Nacional de sobre mudança do Clima - lei nº 12.187/2009 - faz menção expressa, nos seguintes termos:

Art. 3º - A PNMC e as ações dela decorrentes, executadas sob a responsabilidade dos entes políticos e dos órgãos da administração pública, observarão os princípios da precaução, da prevenção, da participação cidadã, do desenvolvimento sustentável e o das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, este último no âmbito internacional, e, quanto às medidas a serem adotadas na sua execução, será considerado o seguinte: (...)

O princípio da precaução, portanto, evidencia o necessário cuidado ao privilegiar a ação humana que minimiza a possibilidade de gerar dano ambiental, ainda que potencial.

IV.2 - Princípio da Prevenção

Já o Princípio da Prevenção, *a contrariu sensu* do anterior, é aplicado quando há possibilidade de certeza científica acerca do potencial lesivo do empreendimento ao meio ambiente (atividades sabidamente perigosas); como por exemplo, as consequências da atividade de mineração. (cf. SILVA, 2015, p. 72)

Por força deste princípio, o empreendimento de impacto ambiental eivado de certeza científica acerca de seu risco ao meio ambiente equilibrado, evidenciado em Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), exigência do art. 225, §1º, CF/88, deve adotar meios adequados a minimizar as possibilidades de ocorrência do dano e/ou do agravamento de seus efeitos. Conforme jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região,

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CAUTELAR DO MEIO AMBIENTE. PRODUÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE "LODO DE ESGOTO" OU "BIOSSÓLIDOS". ATIVIDADE POTENCIALMENTE DANOSA AO MEIO AMBIENTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA MANTIDA.

I - A tutela constitucional, que impõe ao Poder Público e a toda coletividade o dever de defender e preservar, para as presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, feito bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*), já instrumentaliza, em seus comandos normativos, o princípio da prevenção (pois

uma vez que se possa prever que uma certa atividade possa ser danosa, ela deve ser evitada) e a consequente precaução (quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação), exigindo-se, assim, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade (CF, art. 225, § 1º, IV). (TRF1, AI 200301000096950, 6ª Turma, Rel. Des. Federal Souza Prudente, julgado em: 06/12/2004, publicado em: 01/02/2005).

Desta forma, diante do desconhecimento pleno do homem acerca da totalidade do fato geral, conforme exposto por Whitehead, as medidas de precaução e prevenção ocupam um importantíssimo lugar na realização de empreendimentos que podem resultar em impacto ambiental. Isso porque, no fundo, mesmo a certeza científica qualificada no princípio da prevenção, nos termos do exposto pelo filósofo inglês, não abrange a totalidade de consequências que a rede causal de determinada atividade antrópica pode causar na natureza.

Nesta ótica, em que pese a objetividade necessária ao ambiente jurídico para delimitar uma diferenciação básica entre os dois princípios, a fim de dar-lhes aplicabilidade, no fundo, o que há é tão somente o princípio da precaução. Isso porque fica evidente a necessidade do homem de adotar uma posição minimizadora das consequências negativas de seu empreendimento, de forma mais veemente; pois, em última instância, o que se impera é a ignorância efetiva.

V - Conclusão

A compreensão empirista de Whitehead, ao mesmo tempo que rechaça qualquer forma de se pensar a natureza metafisicamente ou valorativamente, conforme ele demonstra em toda a sua obra; coloca-nos numa relação de mistério com a mesma. Mistério é aqui entendido como algo desconhecido, mas que está aí, presente no fato apresentado à apreensão sensível, em sua complexidade; é empírico e sem qualquer conotação metafísica. Assim, a natureza é inexaurível, com processos dos quais não sabemos o quanto conhecemos realmente, se muito ou pouco. Desta forma, se faz mais necessário ainda uma nova práxis que surja de uma relação diferenciada entre homem-natureza, uma vez que nós mesmos somos fatores desse fato complexo; portanto, dependentes do mesmo. A prática de ações sustentáveis, nessa ótica, surge como

verdadeiro respeito ao mistério no qual estamos imersos e, conseqüentemente, experimentando de suas conseqüências.

Referências Bibliográficas:

WHITEHEAD, Alfred North. **O conceito de natureza**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993. 236p.

_____. **A ciência e o mundo moderno**. Coleção Philosophica. 1ª ed. São Paulo: Ed. Paulus, 2006. 264p.

ARISTÓTELES. **Física**. Guillermo R. De Echandia. Madrid: Editorial Gredos, 1998.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.**

_____. **Lei nº 11.105**, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 03/06/2016.

_____. **Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112187.htm. Acesso em: 03/06/2016.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento 1.0034.14.005500-4/001. 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Judimar Biber. 18 de dezembro de 2015**. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0034.14.005500-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 03/06/2016.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento 1.0024.06.271133-8/002. 4ª Câmara Cível. Relator: Des. DárcioLopardi Mendes. 05 de maio de 2016**. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.06.271133-8%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 03/06/2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Agravo de Instrumento 200301000096950. 6ª Turma. Relator: Des. Federal Souza Prudente. 01 de fevereiro de 2005.** Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=65288020034010000&pA=200301000096950&pN=65288020034010000>. Acesso em: 03/06/2016.

GARBOARDI, Ediovani Antônio. **O pensamento da natureza e a natureza do pensamento:** um possível debate entre Hegel e Whitehead. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/semanadefilosofia/VIII/1.29.pdf>. Acesso em: 15/09/2015.

MORA, J. Ferrater. **Dicionário de Filosofia:** A a D. Tomo I. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2000. 791 p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.** Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 03/06/2016.

SILVA, Romeu Faria Thomé. **Manual de Direito Ambiental.** 5ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015. 905p.

SOUZA, José Carlos Aguiar. **O projeto da modernidade:** autonomia, secularização e novas perspectivas. 1ª ed. Brasília: Liber Livro Editora, 141p.

STRECKER, Heidi. **Filosofia Contemporânea (2):** fenomenologia, existencialismo. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/disciplinas/filosofia/filosofia-contemporanea-2-fenomenologia-existencialismo.htm>. Acesso em: 22/02/2016.

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO E RELAÇÕES POLIAFETIVAS – PARADOXOS DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Luiz Carlos Garcia¹

Leonardo Salgado Resende²

Fábio Augusto Pereira Dos Santos³

1. INTRODUÇÃO

Diante da nova ordem inaugurada pela Constituição de 1988 no Brasil, o direito das famílias ganhou novos contornos, sendo governado por paradigmas estruturados nos valores propugnados pelo texto constitucional. Saliente-se que o giro hermenêutico proposto pela alteração semântica do título desse ramo do Direito – passando de Direito de Família para Direito das Famílias – já prenuncia e indica os horizontes a serem buscados.

Retira-se a ideia de julgamentos morais, ou seja, a expressão “de família” que ainda é usada no sentido de dizer que alguém é bom ou ruim aos olhos da sociedade de acordo com determinadas condutas e também que restringe e faz menção a um fenômeno familiar, da espaço a ideia “das famílias”, de modo não só a retirar esse julgo moral/religioso que a expressão anterior carrega, mas também de ampliar, pluralizar as possibilidades de instituições familiares.

Nessa nova perspectiva, a família, objeto de tutela estatal diferenciada, passa a ser encarada como o ambiente propício ao livre e pleno desenvolvimento da personalidade de seus integrantes. Essa nova entidade, agora funcionalizada é fundada, precipuamente, no valor liberdade. Sobre tal pano de fundo, desponta um novo direito das famílias, que deve ser hábil a acolher os novos arranjos familiares, dando azo ao comando constitucional pelo reconhecimento da pluralidade dessas entidades. E nesse contexto a discussão acerca das relações poliafetivas ganha espaço e propriedade para serem reconhecidas e ter todas as implicações jurídicas devidas.

¹ Doutorando em Direito pela UFMG. Mestre em Direito. Professor dos Cursos Graduação e Pós-graduação em Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito- Unipac-Itabirito.

² Advogado.

³ Acadêmico do Curso de Administração do IFMG.

Isso é a expressão da constitucionalização do Direito Civil e do reconhecimento do princípio da Dignidade da Pessoa Humana nas relações privadas. Em que pese todo o Direito ser necessariamente constitucional, sabe-se que durante muito tempo não houve um movimento no sentido de uma interpretação que fosse realizada de fato a luz dos preceitos constitucionais.

Assim, qualquer tentativa de imposição vertical de um único modelo, que não mais se coaduna com os novos valores e princípios adotados, numa manobra para sufocar as “novas famílias”, figura-se ilegítima, inconstitucional e não pode prosperar. Os novos contornos sociais, que, indubitavelmente, encontram guarida na Constituição são merecedores de tratativa equivalente àqueles tradicionais, daí a *ratio* para proteger e amparar relações afetivas de toda natureza, seja mono ou poliafetivas.

2. PLURALIDADE DE ENTIDADES FAMILIARES

Transformações intensas e profundas de valores, de comportamentos e de identidades estão cada vez mais perceptíveis e latentes na contemporaneidade, especialmente à luz do paradigma familiar. Parte-se de um pressuposto de destaque da instituição para o destaque do indivíduo. Enquanto durante muito tempo perdurou o prestígio em torno do que a família representava – um laço formal e religioso – que tornava o indivíduo aceito ou não no seio social, atualmente pensa-se em uma instituição que existe e é reconhecida/protegida pelo Direito, entretanto desde que cumpra seu papel para com o indivíduo.

Aquela está a serviço deste e não o contrário. Esse verdadeiro giro conceitual faz toda diferença no que tange não só a propagação dos novos arranjos familiares e sua defesa na sociedade, mas também em como as instituições estatais – principalmente jurídicas – compreendem e decidem acerca da temática.

2.1 O novo conceito de família e sua evolução

Embora o ordenamento pátrio não adote um conceito explícito do que seja “família” esta assume múltiplas facetas; o que alcança não apenas sua concepção como instituição de origem biológica - que transforma organismos biológicos em seres humanos, mas também como ferramenta de construção social, à medida que propicia um ambiente apto ao livre desenvolvimento da personalidade de seus membros (DIAS, 2008), independente do arranjo familiar ou da forma como se estruturam.

Dessa maneira, vale os ensinamentos de Maria Helena Diniz (2008), ao discorrer sobre o sentido amplíssimo, lato e restrito de família. No primeiro caso, os indivíduos estão vinculados pela consangüinidade ou pela afinidade. No segundo caso, por sua vez, a acepção *lato sensu* do vocábulo faz alusão aos parentes em linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro), além dos cônjuges ou companheiros e de seus filhos. Finalmente, o sentido restrito limita a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a respectiva filiação.

Nesse íterim, o instituto familiar não pode ser dimensionado exclusivamente enquanto instituição jurídica, afinal, tem também indiscutível importância social, na reconstrução de valores, de interações intersubjetivas e no fortalecimento da pluralidade e sua inclusão democrática na sociedade.

Não obstante, muitos fatores contribuem para dar relevo ao reconhecimento da família em suas múltiplas formações e dinâmicas. E, parte considerável delas decorre efetivamente de ações do Estado – no cumprimento adequado de suas atribuições enquanto um Estado Democrático de Direito - nas políticas públicas de inclusão, nas edições de textos legais que interfiram na vida doméstica, bem como através de ações afirmativas que desconstruam os papéis de homens e mulheres dentro e fora do núcleo familiar ao qual estão inseridos (LOBO, 2011).

2.2 A cláusula aberta de entidades familiares

Com a alteração trazida pela CRFB/1988, há uma mudança radical na maneira de conceber a família. Se antes era claramente demarcado quais eram as entidades familiares tuteladas pelo direito, agora o artigo 226 da Carta Política (BRASIL, 1988) é uma cláusula aberta de entidades familiares. Com a supressão da expressão “constituída pelo casamento”, abre-se um novo espaço para abarcar todas as muitas maneiras de se viver em família que de fato já existiam.

Os modelos que estão listados nos parágrafos que seguem no artigo supracitado não são uma restrição, trata-se de rol exemplificativo, pois não faria nenhum sentido que após a colocação de norma ampla no caput, repudiando a exclusão que anteriormente vigia, em seguida viesse novamente restringir. O que interessa na atualidade para a identificação do vínculo familiar é muito mais as relações de afeto que ligam seus membros que outras questões que podem ser encaradas como menores, como se oriunda de casamento ou não, o sexo de seus membros. O reconhecimento das

demais entidades familiares existentes é uma forma de efetivar os direitos humanos e promover a democracia (FACHIN, 2001).

Desta forma não há nenhum fundamento jurídico para se negar ou obstar qualquer formação familiar, esteja ela dentre os exemplos trazidos pela lei ou não. O enfoque que a constituição da no que diz respeito à proteção da família é totalmente diferente do que ocorria antes. Se nos diplomas legais anteriores havia uma preocupação em defender a família enquanto instituição, exatamente por ser revestida de significado econômico, como base produtiva e também influenciada por questões religiosas, hoje a proteção se dá na medida que a família é o espaço para o desenvolvimento da personalidade das pessoas e para a construção de sua dignidade.

4 MONOGAMIA E POLIGAMIA

A monogamia é concebida como o comportamento atribuído ao indivíduo que se relaciona apenas com um único par durante toda a sua existência ou a longo prazo, relacionando-se intrinsecamente a valores culturais e religiosos pela história.

É possível distinguir a prática em alguns tipos, dentre os quais releva mencionar a monogamia civil ou marital, que está diretamente vinculada ao matrimônio, dizendo respeito à situação do sujeito que “escolhe” casar-se com apenas uma pessoa; a social, que remete àqueles indivíduos que vivem conjuntamente, corroborando para a consecução de suas necessidades básicas, e ainda a monogamia sexual, entendida como aquela em que o sujeito escolhe ter apenas um parceiro para praticar sexo.

A espécie que interessa ao direito e sobre a qual deve recair o foco deste trabalho é essencialmente a monogamia civil, pois, tendo como objeto o casamento, e encontrando a família como plano de fundo, é alvo da intervenção estatal.

Com relação à poligamia, analisando-a de antemão pela ótica do direito, trata-se da prática que compreende o casamento entre duas ou mais pessoas. Sendo amplamente aceita e praticada no oriente médio e no continente africano, por exemplo, a poligamia esteve, ao longo dos tempos, relacionada precipuamente a motivos de ordem econômica.

A palavra poligamia que também vem do grego, é formada pelo vocábulo *poli* e pelo termo *gamia*, que se refere a vários matrimônios. A poliginia é a relação poligâmica em que figuram um homem e várias mulheres, todos casados, é o conhecido harém. Já a poliandria, na qual se observa uma mulher e vários homens, é mais rara na

sociedade, sendo muitas vezes rotulada como um desvio, o que, diga-se, é um preconceito.

Logo, tecidas as noções basilares acerca desses dois arranjos comportamentais, passa-se à análise sob o plano de fundo do ordenamento jurídico, notadamente quanto à monogamia, peça chave para atingir os fins propostos.

4.1 A monogamia no ordenamento pátrio: Princípio ou moral?

Para definir o espaço ocupado pela monogamia no ordenamento jurídico é imprescindível definir a sua natureza jurídica. A monogamia seria uma regra, um princípio, um dever moral?

A análise deve partir do que enuncia o art. 226 da Constituição: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” (BRASIL, 1988). Não é difícil perceber que a família, enquanto instituição é objeto da tutela estatal. Obviamente, é do interesse do poder público que ela se mantenha sólida, pois, constituindo verdadeiro berço da sociedade, uma família bem estruturada é fundamental para a construção de qualquer nação.

Historicamente, o casamento é concebido como a instituição que engendra a família. Assim, franquear a poligamia em detrimento da monogamia no seio do matrimônio, certamente carrearia problemas de ordem religiosa e econômica, implicando na ruína da própria família. Religiosa, porque a monogamia é o dogma pregado pela igreja católica, que ainda é a religião dominante no país, em que pese os fartos exemplos de poligamia presentes, inclusive, no livro sagrado. Econômica, porque a poligamia é altamente propensa a conduzir à dissipação do patrimônio angariado pelo casal durante a sociedade conjugal, além de impactar severamente no plano sucessório, podendo onerar o Estado e gerar complicações no rateio do que couber aos herdeiros.

O psicológico David Barash e a psiquiatra Judith Eve Lipton, ambos estadunidenses, em obra recentemente publicada, na qual a monogamia é qualificada como um mito a ser desconstruído, discorrem acerca do fenômeno em humanos, buscando a sua verdadeira *ratio*: “É um mingau fervido com muitas doses de preceitos religiosos (catolicismo a granel), um bocado de pragmatismo econômico (como a necessidade de regular o direito à propriedade privada) e um toque de ingredientes sociais (reconhecimento da prole). E – claro – um punhado de comodismo” (SARMATZ, 2015).

A blindagem erigida pelo sistema entorno da monogamia é tão marcante que o Código Penal chega a criminalizar a bigamia. Nos termos do art. 235 do diploma repressivo é defeso ao sujeito casado a formalização de um novo matrimônio, salvo se anulado aquele preexistente. De acordo com o professor Rogério Greco:

A instituição do matrimônio, relativa ao casamento monogâmico é o bem juridicamente protegido pelo delito de bigamia. No entanto, busca-se também, proteger a família com a incriminação da bigamia, haja vista que o tipo penal em exame encontra-se inserido no Título VII do Código Penal, que prevê os chamados crimes contra a família. (...) O objeto material do delito de bigamia é o casamento, conforme esclarece Guilherme de Souza Nucci, acrescentando, ainda, que “o objeto jurídico é o interesse estatal na preservação da família como base da sociedade e do casamento monogâmico, eleito como a forma mais estável de constituição familiar (2010).

Com isso, se a bigamia é tipificada, a *fortiori* também é a poligamia, que é forma do crime em concurso, que se dá quando o indivíduo casado, contrai novos matrimônios concomitantemente com o preexistente.

A descriminalização do adultério, operada em 2004, revela ainda que o interesse do Estado não é (e nem poderia ser) de impor determinado dever de fidelidade aos particulares, uma vez que se tratando de mera norma interna aos cônjuges, um conselho moral, é proibido ao poder público imiscuir-se e forjar alguma regulação. A atuação é dirigida a proteger a família através da preservação do matrimônio, portanto, o objetivo é zelar pela monogamia civil, reprimindo as condutas que atentem contra ela.

Delineados os pressupostos essenciais, já é possível perquirir acerca do *status* da monogamia no sistema jurídico. Como cediço, o ordenamento é formado a partir de normas jurídicas que constituem a própria materialização do Direito, remetendo a instrumentos para a realização e concretização das prescrições da ordem jurídica. Atualmente, a doutrina alça as normas jurídicas como gênero, do qual são espécies as regras e os princípios, sendo certo que esses últimos nem sempre ocuparam tal patamar, dantes eram relegados à mera fonte secundária.

Regras são prescrições normativas que indicam determinadas condutas, padrões comportamentais dirigidos aos integrantes de determinada ordem jurídica, almejando viabilizar a vida em sociedade. Os princípios refletem mandamentos basilares de um sistema jurídico. Dessa maneira, revelam diretrizes para a concepção, interpretação e aplicação dos comandos do legislador, sendo, portanto fontes de Direito. Em seu

conteúdo, os princípios cristalizam valores fundantes, assim consagrados por determinada coletividade. Por sua vez, o dever moral compreende a obrigação imposta por um valor cultivado pela sociedade.

Ora, tanto as regras como os princípios são dotados de sanção, ou seja, a eles estão vinculadas consequências estabelecidas pela lei visando o estrito cumprimento de suas prescrições. O descumprimento do dever moral não é sancionado pela lei, em que pese o ser socialmente. O desrespeito à prescrição de permanecer monogâmico, no âmbito civil, é alvo da reprimenda estatal. Nesse sentido, vinculando um dever ser, dotada de imperatividade, conclui-se que a monogamia é norma jurídica, comportando-se ora como regra, quando se observa *e.g.* a repressão à bigamia, ora como princípio, quando atua em prol de suposta manutenção da estrutura familiar. Pode ser entendida também como um dever moral, eis que, no geral, as famílias que emergem a partir de relações poligâmicas são discriminadas e relegadas à margem da sociedade.

Não obstante, a professora Maria Berenice Dias rechaça a classificação da monogamia no rol das normas jurídicas, especificamente como princípio. Esclarece que não se está diante de um princípio insculpido na constituição, mas tão somente um mandamento moral que serve mais as questões econômicas que já basearam as relações familiares que qualquer outra coisa. “Trata-se de mera convenção decorrente do triunfo da propriedade privada sobre o estado condominial primitivo.” Não se está negando que a sociedade ocidental se funda em relações monogâmicas, mas não cabe ao Estado agir enquanto um proibidor daqueles que destoem desse sistema (2015).

A questão é que, hodiernamente, a monogamia, se afeiçoa como norma jurídica, considerando essencialmente as consequências imputadas a quem não se coaduna com o respectivo *modus operandi*. É o que acontece quando a pauta é a monogamia no contexto do casamento, dita civil. Já no contexto da monogamia social ou sexual, o comportamento parece tecer a forma de um dever moral, eis que em regra não se observam sanções incindíveis sobre aqueles que não são fiéis aos seus parceiros, desde que não se casem na pendência de matrimônio não anulado.

Mas afinal, apesar de figurar com as vestes de norma jurídica no que diz respeito àqueles que já são casados, mereceria mesmo a monogamia continuar ostentando tal *status* diante dos novos paradigmas do direito das famílias.

4.2 Superação da monogamia como norma jurídica

No atual cenário jurídico, tendo como plano de fundo o casamento, a monogamia se apresenta como uma norma jurídica, seja regra, seja princípio, haja vista gozar de aplicabilidade cogente, sendo punida a conduta subversora. Todavia, tendo em vista o novo contexto em que está inserido o direito das famílias, norteado a cada vez mais pelo valor liberdade, que finca suas bases sobre uma constituição cidadã, democrática e plural, a monogamia enquanto norma jurídica é um preceito que deve ser superado.

Não é de hoje que a imposição de cima para baixo do agir monogâmico, em nome da proteção da sagrada família constituída pelo casamento, presta desserviço à sociedade. Ocorre que o arranjo, da forma como concebido, tem servido para mascarar preconceito, discriminação e ódio, sem precedentes.

De acordo com Marcos Alves da Silva:

O princípio foi e continua sendo utilizado como forma de controle da sexualidade feminina e como a discriminação jurídica às famílias que se formam paralelamente ao casamento que perdura durante séculos (...) muitas mulheres intituladas concubinas, sem nome, porque são “a outra”, criam filhos, e por longos anos assumem responsabilidade pela casa, formam efetivamente uma família, reconhecida como tal sociologicamente, mas são condenadas à invisibilidade jurídica (2015).

A superação da monogamia como norma jurídica encontra fincas na diretriz da pluralidade de entidades familiares que se destaca no art. 226 da Constituição. Impera atualmente a chamada cláusula geral de entidades familiares, de maneira que merece salvaguarda estatal não só a família originada do casamento, mas quaisquer outras que possíveis sejam. Nesse sentido, continua Alves da Silva: “a superação da monogamia como princípio, constitui questão de cidadania. Num Estado plural e laico, todos devem ter espaço para a livre constituição de família (2015).” Não cabe ao Estado, obedecendo princípios ou normas que não se adéquem ao contexto vivido e principalmente tornam-se vetores de segregação.

Portanto, não é dado ao Estado e/ou a qualquer maioria a imposição unilateral de um dado modelo de família. O espaço para constituir família como lhe aprouver deve ser franqueado a todos que habitem um Estado dito Democrático de Direito. A isonomia material pressupõe o direito à diferença. A família atual é funcionalizada, eudemonista e tem a pluralidade como decorrência dessa ideia. Decerto, a felicidade só tem razão de

ser quando edificada livremente, nos exatos meandros da liberdade dos membros de uma família.

5 RELAÇÕES POLIAFETIVAS

O Brasil vive o avanço de uma onda conservadora. O cenário social e político corrobora e aponta caminhos que endurecem conceitos e trazem para o campo da política e conseqüentemente do direito, valores morais caracterizados por princípios religiosos e extremismos ideológicos.

De modo que, neste cenário torna-se ainda mais complicada a discussão e o reconhecimento de relações que fogem ao modelo dito tradicional. Mesmo nos casos de relações e arranjos familiares cujo reconhecimento já ocorreu – pelo menos em sede do Poder Judiciário – como é o caso das famílias homoafetivas, ainda há movimentos que acenam no sentido de deslegitima-las e bani-las da tutela protetiva do Estado e do reconhecimento de seus direitos.

Portanto debater e problematizar a legitimidade e o reconhecimento das relações poliafetivas, ou poliamor como é chamado por muitos é tarefa complicada no atual contexto. Mas que merece debate sério e estudo detalhado do ponto de vista jurídico. Haja vista que, trata-se de situação real e recorrente no Brasil e que fica muitas vezes camuflada, o que na prática se consubstancia na negativa de direitos a muitos indivíduos.

O poliamor caracteriza-se pela relação afetiva que se consubstancia em laços familiares e de afeto entre mais de duas pessoas, ou seja, o poliamorismo permite a coexistência entre pessoas de maneira consciente e concordante naquele modelo de relação (BRAGA, 2013). Nessa relação pode haver ou não contato sexual entre todos os membros que a compõe ou apenas entre parte destes, pois o que é maior caracterizador da relação poliamorista é exatamente a convivência consentida entre os membros que a compõe, especialmente se esta se vê imbuída e permeada de afeto.

5.1 A afetividade enquanto formadora de laços jurídicos

O papel do afeto nas relações familiares bem como este vem sendo visto e entendido pelo Direito é algo ainda em construção. Alguns autores vão defendê-lo enquanto um princípio jurídico – nesta linha pode-se citar Paulo Netto Lôbo e Maria

Berenice Dias – e outros dirão que não, que não há essa acepção de princípio. Fato é que, trata-se de aspecto inegável e amplamente reconhecido enquanto formador de laços jurídicos.

A ideia de socioafetividade se apresenta, por exemplo, como elemento principal e definidor de relações de parentesco. Num contexto de diversidade de entidades familiares – união estável, casamento, família monoparental, homoafetiva – o afeto toma um lugar de destaque. Trata-se de um verdadeiro processo de desbiologização do Direito no que tange os laços familiares (DIAS, 2012). Quando se vislumbra que as relações pautadas e caracterizadas pela socioafetividade são capazes de alterar – seja criando, modificando ou extinguindo – situações jurídicas que antes eram definidas quase que unicamente pela consanguineidade, *a fortiori* esta mesma afetividade tem o condão de criar relações que independem de laços biológicos, como seria as relações de formação familiar, como a conjugalidade.

O afeto possui diversos sentidos, para a filosofia, para a psicologia, antropologia, cada ramo da ciência da ao afeto, a afetividade um cunho muito próprio. Interessa-se no presente trabalho pelo sentido jurídico emprestado ao afeto. Segundo Mauricio Cavallazzi Póvoas:

Neste sentido, o afeto deve ser reconhecido como a relação de carinho, amor, cuidado e atenção mútuos entre pessoas, tenham elas relação parental ou conjugal, esta num sentido mais amplo da palavra, abrangendo, além do casamento civil nos moldes preconizados na legislação ordinária, também a união estável, seja ela entre pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes (2012).

Na atualidade a consideração do afeto, dentro da nova conformação da família tornou-se o meio mais eficaz para a resolução de diversos problemas. A própria lei ao definir o parentesco como sanguíneo e civil, nada está fazendo além de colocar a afetividade como criadora de laços jurídicos (LOBO, 2011). Neste sentido, aponta Rolf Madaleno, ao falar da filiação que os filhos são resultado de um movimento de carinho construída diariamente. Ou seja, a filiação vem de uma escolha do coração, um laço de amor estabelecido entre os pais e os filhos por meio da afeição (2004).

Ou seja, não resta dúvidas das consequências jurídicas trazidas pela afetividade. Assim, pensar o afeto dentro do atual sistema jurídico vigente, especialmente no campo do Direito das Famílias, é necessariamente reconhecer neste um elemento presente de suma relevância em muitos arranjos familiares.

Não se trata de elencar o afeto enquanto princípio ou mesmo como essencial para a caracterização da família – em que pese haver diversos doutrinadores que advogam em ambos os sentidos – mas independente desta celeuma jurídico-doutrinária, pacífico já é que, o afeto é sim causador e promotor de fatos jurídicos. Ou seja, pode haver questionamentos da necessidade da sua presença para caracterizar uma relação familiar, mas quando este está presente e resulta na composição de laços, como o de conjugalidade, deve ser reconhecido e prestigiado.

5.2 A inserção do Poliamorismo no contexto civil constitucional

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 226 e parágrafos que o compõe, estabelece o que é amplamente chamado pela doutrina de Clausula Aberta de Entidades Familiares. Ou seja, trata-se de norma que traz uma tipicidade aberta acerca do reconhecimento das entidades familiares, não se trata de rol taxativo.

Neste diapasão, não há que se falar em uma verdadeira “caixa” na qual rotule-se o que é e o que não é família. Especialmente quando se tem em vista que o não reconhecimento significa negar direitos das mais variadas ordens. Ou seja, o não reconhecimento de determinadas entidades como família além de ser fragrantemente inconstitucional – frise-se que o entendimento aqui trazido já fora acampado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ação que enfrentou e decidiu pela equiparação da união estável homoafetiva à heteroafetiva – considerando-se a dicção do artigo 226, é também contrário as diretrizes do Ordenamento Jurídico pátrio atual que tem como premissa a construção e efetivação da Dignidade da Pessoa Humana.

Na lógica da proteção da família, o que se protege não é um determinado arranjo, mas o espaço que se considera a ideia de família. Ou seja, aquele *locus* indispensável ao adequado desenvolvimento da personalidade das pessoas que compõem aquele núcleo familiar específica. Ainda que se defenda de maneira embasada a monogamia enquanto princípio jurídico – o que já fora debatido acima, e como demonstrado cabe questionamento acerca dessa acepção – no caso concreto é mister no momento de analisar o reconhecimento ou não, a ponderação pois é clara que tem-se o confronto de princípios, quais sejam, monogamia, se assim encarado, e a dignidade da pessoa humana, daqueles que compõe esses núcleos. De modo que, negar às relações

poliafetivas a proteção enquanto família, é frustrar de forma clara um compromisso constitucional de promoção da dignidade da pessoa humana.

5.2.1 Poliamorismo e os Princípios Constitucionais

Quando da análise dos princípios constitucionais, em especial aqueles que versam sobre o Direito das Famílias, alguns chamam especial atenção no tema em questão, como a igualdade, a liberdade, a intimidade, o pluralismo de entidades familiares e o livre planejamento familiar.

Quando se pensa na ideia de igualdade é fundamental se ater a diferenciação básica entre igualdade formal e material. Na primeira acepção pensa-se no Direito objetivo, na premissa liberal de que todos são iguais perante a lei. Já na segunda vislumbra-se uma igualdade material, ou seja, que a ideia de igualdade seja trazida para a realidade das pessoas, que estas sejam tratadas de maneira equitativa. No caso em tela, só se pode falar em igualdade se considerar-se que todos sem qualquer espécie de distinção são portadores de direitos subjetivos – dentre eles o de escolher com quem e com quantas pessoas – vão se relacionar.

Como já trazido acima a CRFB/1988 quando estabelece a família como ente que merece especial proteção do Estado, o faz de maneira ampliativa. Ou seja, trata-se de uma cláusula de inclusão em relação aos múltiplos arranjos familiares. Assim sendo, qualquer espécie de distinção que implique em redução de direitos – em qualquer esfera – ou discriminação pejorativa é eivada de clara e incontestável inconstitucionalidade.

De modo geral invoca-se o princípio do livre planejamento familiar para se pensar e justificar o direito que tem os pais em escolher os critérios de filiação. A forma e como terão seus filhos. Entretanto, para o presente estudo analisar-se-á o referido princípio pelo viés da liberdade que a carta constitucional assegura a todos os cidadãos de escolher a forma como irão se constituir enquanto famílias. Ou seja, cabe ao indivíduo como corolário necessário do seu direito a intimidade a escolha de com quem, considerando aqui aspectos por exemplo de orientação sexual, e no campo já coletivo cabe aos membros da relação estabelecer – com base na liberdade de planejamento familiar – como viverão sua relação. Sobre o tema veja-se:

Desde que não afetados princípios de direito ou o ordenamento legal, à família reconhece-se a autonomia ou liberdade na sua organização e opções

de modo de vida, de trabalho, de subsistência, de formação moral, de credor religioso, de educação dos filhos, de escolha de domicílio, de decisões quanto à conduta e costumes internos. Não se tolera a ingerência de estranhos – quer de pessoas privadas ou do Estado -, para decidir ou impor no modo de vida, nas atividades, no tipo de trabalho e de cultura que decidiu adotar a família. Repugna admitir interferências externas nas posturas, nos hábitos, no trabalho, no modo de ser ou de se portar, desde que não atingidos interesses e direitos de terceiros”. Dentro do âmbito da autonomia, inclui-se o planejamento familiar (RIZZARDO, 2006).

Desta feita, é clara a proteção constitucional a toda e qualquer formação familiar. Do mesmo modo, é fácil o enquadramento das relações poliafetivas enquanto entidade familiar e, portanto capaz de gozar de toda a proteção estatal no contexto constitucional brasileiro.

5.3 Reconhecimento das relações poliafetivas e suas implicações jurídicas

Uma vez estabelecida a possibilidade legal da constituição das relações poliafetivas, diante de uma análise constitucional do Direito Civil e da exegese do próprio texto da carta constitucional, bem como da construção jurisprudencial pátria à luz do novo conceito e feição que a família assume e busca pela efetivação da dignidade da pessoa humana. É importante considerar as muitas implicações que o reconhecimento ou não de tais relações pode trazer.

Há uma situação fática inquestionável: Pessoas convivem e vivem de maneira poliafetiva. Coexistem projetos de vida, que em comum acordo e de maneira harmônica, seguem a margem do reconhecimento do Direito. Obviamente isso não se enquadra no plano ideal num Estado que se diz Democrático de Direito.

Algumas perguntas são de grande relevância no momento de analisar as implicações jurídicas do poliamor. Se há uma convivência duradoura, pública, ostensiva, por que não permitir a formalização desta? E os efeitos previdenciários, em caso de uma relação com três membros, apenas um terá direito ao benefício? Nenhum terá? E no caso da sucessão, com o falecimento de um dos indivíduos, apenas um dos sobreviventes será considerando companheiro para fins de meação e herança? Os dois? Nenhum deles? O direito real de habitação, a guarda de possíveis filhos – já que a filiação socioafetiva já é realidade amplamente aceita – ficará com quem? Para

responder a essas perguntas e a outros questionamentos que é fundamental visualizar o reconhecimento destas relações enquanto entidades familiares e portanto dar a elas todos os direitos que toda e qualquer família possui.

Deste modo fica claro que é necessário o entendimento que em relação aos impactos jurídicos, deve ser reconhecido aos companheiros – independente do numero, sexo, orientação sexual destes – todos os direitos que cabe a esta figura dentro do Direito das Famílias. Obviamente respeitando as peculiaridades de cada caso concreto, entretanto sem desconfigurar ou descaracterizar o que de fato estas pessoas estabeleceram entre si, uma relação familiar.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos estudos levantados, bem como da análise dos dispositivos legais e de como vem sendo visualizado o moderno Direito das Famílias reconhece-se a pluralidade das entidades familiares enquanto principio jurídico e como mandamento que impõe o reconhecimento de toda e qualquer entidade familiar e a consequente proteção estatal a estas.

Vislumbra-se que a monogamia ainda que tenha sido visualizada como principio jurídico, modernamente esta acepção é amplamente questionável e ainda que seja encarado sob este viés, quando se faz a ponderação no momento da aplicação concreta, este pode ser afastado para o prestígio e proteção de outros valores. A monogamia pode ser encarada enquanto valor, mas dar a este força cogente e impor a todos esse enquanto única opção de projeto de vida, implica em necessário desrespeito aos preceitos constitucionais.

Nesta mesma esteira, é nítida a possibilidade do enquadramento das relações poliafetivas dentro do novo conceito de família que tem como cerne a construção do espaço adequado para o adequado para que seus membros possam se desenvolver de maneira ampla e desembaraçada. Ou seja, não justifica uma defesa da família que tem como premissa a exclusão e uma seleção do que seriam boas ou más formações familiares.

Assim sendo, é mister o reconhecimento das relações poliafetivas enquanto entidades familiares, dando a essas toda a proteção estatal e as garantias que toda e qualquer família merecem. Isso torna efetivo e material as diretrizes e mandamentos

constitucionais, bem como o real espírito que o Ordenamento Jurídico Brasileiro adota e pugna em todas as esferas.

REFERÊNCIAS

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. Saraiva, V. 5. São Paulo, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4ª Ed. Saraiva. Cerqueira César, SP. 2011.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SARMATZ, Leandro. **Monogamia – Monotonia?** Revista Superinteressante nº 170, 11/2011. Disponível em: <<http://www.revistalola.com.br/mundo-animal/monogamia-monotonia-442466.shtml>> Acesso em: 13 ago. 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Especial**. Vol. III. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

SILVA, Marcos Alves da. **Uniões simultâneas, monogamia e dever de fidelidade**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5153/Uni%C3%B5es+simult%C3%A2neas,+monogamia+e+dever+a+fidelidade>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

BRAGA, Gustavo Leite. **Direito Civil, Poliamorismo**. Disponível em <<http://fidithemis.blogspot.com.br/2013.06/direito-civil-poliamorismo.html>> Acesso em: 01 ago 2015.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito e a Justiça**. 5ª Ed. Revista dos Tribunais. Barra Funda, SP. 2012.

PÓVOAS, Mauricio Cavallazzi. **Multiparentalidade: A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos.** 1ª Ed. Conceito Editorial. São Paulo, SP. 2012.

MADALENO, Rolf. **Filhos do coração.** In: Revista brasileira de direito de família, n.23. Porto Alegre: Síntese, abril/maio, 2004.

ALEXY, Robert. **Constitutional Rights, balancing and rationality.** Ratio Juris.v. 16. N. 2.jun.2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES SEXUAIS

Marcos Boechat Coelho Costa¹

Guilherme Dutra Marinho Cabral²

RESUMO

A justiça restaurativa pode ser utilizada para a solução de conflitos penais, trazendo alternativas às penas privativas de liberdade. Todavia, a sua viabilidade deve ser analisada com cautela ao se tratar de delitos de natureza sexual. Para tanto, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a viabilidade da justiça restaurativa, apresentando o seu conceito amoldado aos crimes sexuais, além de abordar o confisco estatal do conflito penal através de uma análise histórica e verificar, através do ordenamento jurídico, a persecução penal desses crimes e quais as formas alternativas de solução do conflito. Como forma de auxiliar o presente trabalho, foram utilizadas pesquisas bibliográficas, com o intuito de demonstrar como o Estado trouxe para si a titularidade da vítima dentro do conflito penal, gerando uma busca burocrática pela solução, quando, na verdade, há meios mais eficazes que proporcionam uma ressocialização comprovadamente mais adequada, gerando, por consequência, a redução de ilícitos penais.

PALAVRAS-CHAVES: Direito 1. Justiça restaurativa 2. Métodos alternativos.

1 INTRODUÇÃO

Nota-se que os conflitos penais existem desde os primórdios da humanidade. Diante deles, os seres humanos percorreram diversos caminhos até chegar à possível solução do crime, culminando no atual direito penal existente, o qual prevê como solução principal o encarceramento.

Nesse sentido, é notória a falência da solução proposta pela pena privativa de liberdade, que demonstra péssimos resultados quando se fala no propósito do direito penal, tais como o alto índice de reincidência e alto custo estatal para sua manutenção. Nesse cenário, a justiça restaurativa busca uma forma alternativa de solucionar essa questão.

Ao se falar de crimes sexuais, o direito penal também se apresenta bastante falho, ao passo que a justiça restaurativa aparenta ser a medida mais eficaz para prestar

¹ Graduando em Direito pela UNIVALE.

² Professor do Curso de Direito da UNIVALE.

a real assistência à vítima, bem como ao réu e à sociedade que ambos estão inseridos. Não obstante, a proposta da justiça restaurativa deve ser analisada com cautela, sobretudo diante da extrema gravidade de alguns crimes, razão pela qual ela deve ser focada, inicialmente, nas necessidades da vítima, o que não é levado em conta pelo código penal.

O presente trabalho propõe a análise da viabilidade da justiça restaurativa como solução alternativa à pena corpórea representada pela prisão. Além disso, busca demonstrar que a satisfação estatal em punir deve ser secundária à vontade e sentimento de justiça das partes, levando-se em conta o envolvimento dos envolvidos e suas necessidades.

Para tal, foi necessária a realização de pesquisas feitas em doutrinas, em legislações, em projetos de lei e em dados oficiais.

A importância do tema consubstancia-se nas necessidades que surgem aos envolvidos após o delito sexual. Muito embora a vítima seja a principal assistida pela justiça restaurativa, o ofensor também deve ser amparado, com a finalidade de entender o real motivo de tê-lo levado a cometer determinado crime para evitar futuras condutas parecidas, o que, por consequência, tornaria a sociedade mais segura.

Tal resultado não está sendo alcançado com o direito penal, que se traduz no monopólio estatal em punir o ofensor, deixando de lado a vítima e a sociedade. Essa preocupação somente na condenação e no encarceramento tem-se mostrado insuficiente ao fortalecimento da sociedade, tendo em vista que mais e mais crimes ocorrem.

2 CONFISCO DO CONFLITO PENAL

Não de hoje, a sociedade procura formas que solucionem os litígios existentes entre as partes que a compõem. Nesse sentido, podemos verificar na história alguns acontecimentos que consubstanciaram a forma como alguns conflitos – em especial o penal – são solucionados.

Durante o decorrer da história, depreende-se que há duas formas de solução. A primeira, bastante arcaica, consistia em um desafio realizado entre as partes, chamadas de “guerreiros”. O vencedor da disputa travada é quem seria o detentor do direito (FOUCAULT, 1973)

Essa forma de solução não se preocupava com a verdade, ou seja, sobre descobrir o real detentor do direito, sendo marcado pela ausência de juiz e da sentença. Confiava-se o encargo de decidir não a quem disse a verdade, mas em quem sobressaía ao outro após a ocorrência do desafio.

Outra característica dessa forma de solução é a ausência da ação pública, considerando que havia somente a figura daquele que acusa e daquele que defende, não havendo a participação da coletividade inserida nesse contexto histórico, salvo os casos de traição ou homossexualidade (FOUCAULT, 1973).

Tal forma era bastante presente no velho direito germânico, e apresentava algumas condições, conforme cita Foucault. A primeira: a existência de somente duas pessoas, não três. A segunda: a resolução do conflito pelo judiciário seria uma forma da continuação da luta dos indivíduos. E por fim, a terceira: a possibilidade de comum acordo entre os envolvidos.

Em outras palavras, o direito seria um ritual de guerra, em que duas pessoas, vale dizer, a vítima e a causadora do dano, se desafiavam, sendo a atuação do judiciário apenas para subsidiar esse desafio instalado. Quando muito, atuava quando houvesse comum acordo entre as partes, que, geralmente, se dava por meio patrimonial.

Já a segunda forma de solução de conflito, utilizada no império romano introduz, inicialmente, a figura da testemunha. Esta figura contemporânea trazia à baila da solução aspectos visuais de quem presenciou o conflito. Desse modo, a segunda forma apresentada pelo autor representa uma grande conquista à democracia, uma vez que seria possibilitada a oposição da verdade outorgada, por exemplo, por governantes (FOUCAULT, 1973)

Surge, a partir desse momento, um movimento em prol da busca pela verdade, com vistas na elaboração de uma verdade jurídica. Percebeu-se, com isso, a necessidade de formalizar os diversos procedimentos oriundos do saber filosófico, retórico e empírico que buscavam a verdade, culminando, igualmente, na criação do inquérito.

Não obstante a presença do direito germânico e o direito romano, pode-se notar que, não raras as vezes, ambos entraram em conflitos, dos quais sairia como vencedor, em primeiro momento, o direito germânico, que marcaria todo o período feudal. Todavia, após esse período há maior destaque no direito Romano, marcado pela maior participação estatal na solução de conflitos criminais, através dos inquéritos.

Essa maior participação estatal que daria início ao confisco do conflito penal. Explico: Durante o fim do período feudal, surgiu a figura do procurador, que vai se apresentar como representante do rei. A sua atuação era bastante curiosa, tendo em vista que o procurador atuava por trás daquele que deveria dar a queixa (FOUCAULT, 1973). Ou seja, uma vez comprovado o dano e o direito do lesado, entendia-se que o causador do dano infringiu uma lei do rei, pessoa que também foi lecionada.

Ainda nesse momento, também houve a concepção da infração, que seria uma ofensa praticada pelo indivíduo causador do dano, surgindo a necessidade de reparação, tanto para a vítima, quanto para o soberano.

Dessa forma, o soberano, na figura de seu procurador, atuava de forma mais ativa na busca da solução do conflito, superando até mesmo a atuação da real vítima, ao passo que o inquérito policial, peça fundamental ao descobrimento da verdade, tornou-se meramente um exercício de poder (FOUCAULT, 1973).

A partir desse entendimento, qual seja, que todo conflito entre particulares afetava diretamente o Estado, surgiu, na sociedade contemporânea, a chamada “sociedade disciplinar” (FOUCAULT, 1973). Nesse cenário, tal sociedade passou a entender que criminoso é aquele que a danifica e a perturba, sendo um inimigo social, razão pela qual surge ao estado a necessidade de punição.

Inclusive, durante esse período, muito se preocupava em determinar qual seria o tipo de punição. Ocorre que toda a penalidade existente no século XIX consistia na periculosidade do agente, e não era baseada em fatos. Outrossim, a periculosidade consistia na virtuosidade do comportamento do indivíduo, surgindo, assim, a necessidade de controle dos indivíduos.

Esse controle era realizado através de poderes laterais à justiça, tais como a polícia e as instituições psiquiátricas. Tal fato demonstra que o século XIX ficou marcado pela preocupação estatal em corrigir as virtualidades do agente, e não punir a infração (FOUCAULT, 1973). Em outras palavras, ficou consignado o controle social pelo Estado.

Por outro lado, em contrapartida ao controle social, surgiu um pequeno grupo de burgueses na Inglaterra, os “Quakers” que visava escapar desse controle social. Para tanto, entre seus membros era proibida qualquer conduta que permitisse a intervenção do poder público. Ocorre que, com o passar do tempo, a ideologia desse grupo começou

a ganhar espaço nas demais castas sociais, chegando às mãos de quem exercia o poder de fato.

Depreende-se, pelo exposto acima, que a vítima da lesão era somente um objeto que dava ensejo à participação do soberano/Estado. Esse sistema punitivo exercido pelo Estado não se preocupa com a vítima, ou seja, não é considerada a pessoa lesionada, mas sim um signo da possibilidade de intervenção do poder das agências do sistema penal, que intervém quando quer, assim como atua sem levar em conta a vontade do lesionado ou vítima (BATISTA E ZAFFARONI, 2017) Atuando assim, o Estado não leva em conta que a vontade da vítima, mormente quanto à proporcionalidade da pena aplicada.

A tendência, portanto, era publicizar toda a conduta tida como criminosa, a fim de ampliar a atuação estatal. Por isso, a solução do conflito foi confiscada pelo Estado, o qual, adotando o sistema punitivo, passou a ter mais protagonismo que a vítima.

Atualmente, vemos com clareza esse protagonismo estatal nas relações conflituosas entre particulares. Analisando com atenção o ordenamento jurídico, mormente com relação ao arcabouço penal e processual penal, verifica-se a atuação estatal na quase totalidade dos casos, com as ações públicas incondicionadas promovidas privativamente pelo Ministério Público.

Esse protagonismo é total quando se fala de crimes sexuais, tendo em vista que não é dada à vítima a condição de manifestar sua real vontade. Tal cenário demonstra, também, que o ofendido é visto apenas como meio de prova.

3 CRISE DE LEGITIMIDADE DA PENA E JUSTIÇA RESTAURATIVA

A evolução da busca pela solução do conflito pode ser observada em fatos históricos, que ao transcorrer do tempo levou à criação das matérias penais e das penas e suas funções. E por pena entende-se ser a sanção do Estado com a finalidade de reprimir o crime praticado, preservando a ocorrência de novos por meio da retirada do indivíduo do meio social enquanto necessário. Além disso, com a pena procura-se reeducar o delinquente, bem como intimidá-lo. (NUCCI, 2009).

Surge, outrossim, a ideia que somente o direito penal e sua pena levará à solução do conflito penal. É comum a crença que, diante de um comportamento criminoso de

excepcional natureza, é necessário a utilização do sistema penal com suas medidas excepcionais. E quando se fala na pena propriamente dita, a maioria entende que se deve colocar tais pessoas separadas das demais, legitimando, portanto, o encarceramento, quando, em verdade, essa não é a verdadeira forma de solucionar o problema (HULSMAN, 93).

É necessário, por mais delicado que seja, que se fale das necessidades do réu. Fato é que, por maior que seja a hediondez do crime, o autor, um dia, retornará à sociedade. Retornará, pois, em alguns casos, terá a liberdade de locomoção tolhida em ambientes carcerários. E qual a realidade desses ambientes?

Privar a liberdade de um indivíduo, por si só, já representa um mal bastante significativo. Se não bastasse, as unidades prisionais representam verdadeiros castigos físicos, tais como lesões corporais, privação de ar, de sol, de luz, e espaço, em contrapartida às disposições constitucionais, e reforçam as desigualdades sociais.

Esses males acarretam outros, que são introduzidos no âmbito familiar e social, o que quase impossibilita a restauração do indivíduo. Isso porque as regras que prevalecem na prisão são de passividade-agressividade e de dependência-dominação, que praticamente não deixam qualquer espaço para a iniciativa e o diálogo (HULSMAN, 93). Nesse cenário, diante de tamanhas consequências, o indivíduo encarcerado indagará acerca da justiça, colocando-a em descrédito.

Isso, por si só, acarreta um mal para a sociedade que já está devidamente comprovado. Explico:

O ambiente carcerário é propício à formação de organizações criminosas, como, por exemplo, o Primeiro Comandado da Capital (PCC), atuante em todo o Brasil. Por estarem abandonados nas prisões, em situações bastante precárias, os internos não encontram alternativas senão se alistarem nas diversas organizações criminosas. Ou seja, aquele indivíduo cuja probabilidade de restauração era aceitável, agora retornará à sociedade aliado às quadrilhas.

E esse retorno não será positivo para a sociedade, visto que o índice de reincidência no Brasil apresenta níveis elevados (Conselho Nacional de Justiça, 2020).

Nesse ponto, por mais difícil que seja (por se tratar de crimes sexuais), é necessária a atuação da comunidade na busca da restauração do indivíduo, fornecendo condições para tanto.

É certo que os membros da comunidade também sofrem com os abusos sexuais, principalmente os familiares da vítima. No entanto, é necessário que essa ofereça condições de retorno do indivíduo, evitando-se o cometimento de novos abusos. Isolá-lo não evitará a ocorrência de males futuros, levando em conta que, após o encarceramento, as chances de reincidência são ainda maiores.

No entanto, mesmo diante dessas consequências, o sistema penal se interessa apenas por um acontecimento, sem levar em conta aspectos anteriores ou posteriores. Tal sistema não leva em conta as pessoas e suas singularidades, operando de forma abstrata ao supor que, por exemplo, toda vítima possui a mesma necessidade (HULSMAN, 93).

Nesse cenário, para se evitar os danos causados por aquele que diz prezar pela proteção, a justiça restaurativa surge. É necessário destacar que, mesmo questionando a pena e suas funções, não se deve rejeitar qualquer medida coercitiva, tampouco eximir de qualquer responsabilidade o causador do dano. Todavia, é necessária a análise da possibilidade dessas medidas em solucionar o conflito e reparar o dano (HULSMAN, 93).

Atuando nesse viés, a justiça restaurativa apresenta fundamentos que pretendem buscar a adequada busca da solução do conflito, tais como promover a participação integral, o consenso entre os envolvidos, restaurar o laço quebrado, buscar a adequada responsabilização do ofensor e fortalecer a comunidade de forma a evitar danos futuros (ELLIOT, 2018).

Busca-se com a justiça restaurativa focalizar no dano e nas consequências decorrentes do delito, e como as partes possuem obrigações e necessidades nessa relação conflituosa. É proposto, para tanto, que em vez de indagar acerca de qual lei foi violada, ou como punir o agressor e dar a ele o que é merecido dentro do atual sistema penal, se indague quem sofreu o dano e quais suas necessidades (ZEHR, 2020).

3.1 SOLUÇÃO ALTERNATIVA DO CONFLITO NO JUIZADO ESPECIAL E TRANSAÇÃO PENAL

O Juizado especial retira sua legitimidade da própria Constituição Federal, a qual, em seu artigo 98, inc. I, prevê que:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

A Lei n.º 9.099/95, que disciplina sobre o Juizado Especial criminal, estabelece que, para sua aplicação, o crime não poderá ter pena máxima superior a 02 (dois) anos, ou ser o fato abrangido pela lei de Contravenções Penais, caso que não será levado em conta a quantidade da pena.

Vale destacar que o próprio legislador excluiu a incidência dessa lei nos casos de violência doméstica. Assim, mesmo havendo crime, de menor potencial ofensivo ou não, não será aplicado o rito do Juizado Especial Criminal.

Dentre os princípios que regem o Juizado Especial Criminal, é possível perceber que ambos levam a entender que a preocupação do legislador era evitar um processo burocrático estatal. Para atingir esse ideal, a lei estabeleceu diversas medidas despenalizadoras que buscam dar maior celeridade ao *ius puniendi* do Estado.

A primeira medida despenalizadora, composição civil dos danos, concede ao réu a possibilidade de ressarcir o prejuízo causado à vítima, justamente o que se propõe com a Justiça Restaurativa. Já a segunda medida, transação penal, trata acerca da possibilidade da aplicação imediata da pena restritiva de direito, que serão especificadas na proposta feita pelo Ministério Público, a qual poderá conter a restituição de eventual dano. Nesse caso, evita-se todo o processo, já passando para a fase do cumprimento das penas restritivas de direitos.

4 JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES SEXUAIS

Eis o desafio enfrentado pela justiça restaurativa: Atender as reais necessidades da vítima, do réu e da comunidade, de forma a equilibrar responsabilização e apoio. Não se pode olvidar que a vítima de abuso sexual experimentará consequências terríveis e infelizes, que abalarão, em alguns casos, o seu convívio em sociedade. A proposta, portanto, seria a assistência à vítima de forma adequada, capacitando-a ao retorno do convívio social.

Outrossim, o ordenamento jurídico prevê vários crimes cujo bem jurídico tutelado é a dignidade sexual. O Código Penal expressa uma série de crimes sexuais, os quais podem ser cometidos através de violência ou grave ameaça para conseguir a conjunção carnal ou ato libidinoso, inclusive contra pessoas mais vulneráveis, ou mediante fraude para se atingir o mesmo objetivo.

Nesse mesmo rol de crimes sexuais, há de se mencionar os crimes que não preveem a conjunção carnal, tampouco o uso de violência ou grave ameaça, mas somente a ação criminosa do agente para atingir o seu objetivo, tais como a importunação sexual e o assédio sexual.

Ademais, dentre os crimes sexuais previstos, há aqueles que são cometidos apenas contra crianças e adolescentes, tais como a corrupção de menores, satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, esses previstos do Código Penal, e submeter criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual, previsto no mesmo *Códex* e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao se olhar para as vítimas desses crimes, somente a punição do infrator não será suficiente (OUDSHOORN, AMSTUTZ E JACKETT, 2019). Nesse sentido, pergunta-se: Quais as necessidades das vítimas de crimes sexuais? Considerando o vasto rol de crimes sexuais, tem-se diversas. Deve-se considerar também que as necessidades devem ser vistas individualizadas, tendo em vista a particularidade de cada um.

Primeiramente, é necessário que se garanta a segurança dos ofendidos, fazendo cessar os abusos sexuais o quanto antes, além de garantir boa condição física e emocional. Não se pode olvidar que, além de carregar as consequências do ato em si, a vítima suporta a chamada vitimização secundária, que resulta da busca estatal em apurar e punir o crime. É dizer, após o crime, a vítima terá que se descolar até uma delegacia,

prestar seu depoimento, se submeter ao exame de corpo delito e diversas diligências que serão realizadas conforme a discricionariedade da autoridade policial.

Outra necessidade importante, que deve ser atendida, é dar crédito às palavras da vítima. Na grande maioria das vezes, vítimas de crimes sexuais não ocultam a verdade (OUDSHOORN, AMSTUTZ E JACKETT, 2019). Além disso, é necessário conceder-lhes emponderamento em suas falas. Isso porque, em maioria, os abusos ocorrem de forma vertical, ou seja, o autor exerce poder sobre a vítima (OUDSHOORN, AMSTUTZ E JACKETT, 2019). Empoderá-las fará com que haja um sentimento de reconquista do controle da própria vida.

Ainda nesse sentido, é comum o sentimento de vergonha daquele que sofreu o abuso, o que, por consequência, gera o silêncio. Empoderá-las em suas falas garantirá maior segurança e confiança para denunciar o agressor.

Destaca-se, também, a necessidade de ajuda às vítimas, tendo em vista o grande abalo mental, de modo a proporcionar-lhes resiliência. Nesse cenário, existem diversos centros e redes de apoio para sobreviventes de abusos sexuais que prestam um excelente serviço de terapia em grupo ou individual, bem como auxiliam na criação de segurança pessoal e assistência em procedimentos legais.

Inclusive, o próprio ordenamento jurídico brasileiro, com vistas a prestar uma assistência adequada às vítimas, instituiu formas de atendimento dessas. Nesse sentido, é direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados (BRASIL, 2006).

Nos casos envolvendo crianças e adolescentes, é possível a escuta especializada ou depoimento especial, que são medidas realizadas por profissionais qualificados em ambiente e infraestrutura acolhedores e compatíveis com a natureza do ato.

Ademais, considerando a necessidade de reparação do dano, tem-se que os caminhos da justiça criminal estão disponíveis às vítimas. Entretanto, ao se levar ao conhecimento estatal a prática de um crime, esse se preocupará em levantar o maior número de fatos e provas possíveis, sendo o réu inocente até que se prove ao contrário. Durante esse levantamento, é necessário que a vítima receba assistência de modo a pormenorizar as consequências do abuso.

Como visto com o passar das evoluções históricas, a vítima foi sendo deixada de lado na busca pela solução do conflito. E isso decorre da falha do sistema penal, que não

escuta realmente as pessoas envolvidas, tendo em vista que, ao se introduzir o conflito no judiciário, lhes é tirado o domínio do fato que foi vivido por ambas.

Por sua vez, o que se busca com a justiça restaurativa é o equilíbrio na relação entre réu e vítima criminal. Todavia, nessa equação, as vontades da vítima devem ser colocadas em primeiro lugar (OUDSHOORN, AMSTUTZ E JACKETT, 2019).

Não obstante, é possível, antes mesmo de se olhar as vontades das vítimas, se pensar numa estrutura a fim de evitar os males decorrentes de práticas delituosas. É nesse cenário que a Justiça Restaurativa surge, propondo uma estrutura que visa recuperar seres humanos, relacionamentos e comunidades.

Vale destacar que não se pode confundir justiça restaurativa com excludente de responsabilidade penal. O causador do dano deve ser responsabilizado pelo crime sexual que comete, o qual transpassa o íntimo da vítima física e atinge vários outros indivíduos, como a sociedade e a própria família. Cabe à justiça restaurativa atender às necessidades desses participantes.

Quanto ao ofensor, percebe-se que, da mesma que ocorre com a vítima, o direito penal importa-se somente com o fato, e não com a pessoa e sua vida anterior. Vale dizer, é comum que o agressor esteja refletindo os abusos sexuais que sofreu em casa ainda quando criança.

Para a justiça restaurativa, deve-se fazer a distinção entre o crime e a pessoa que o cometeu, fazendo com que ela possa se restabelecer, e não se afaste ainda mais da humanidade.

4.1 PERSECUÇÃO CRIMINAL NOS DELITOS SEXUAIS

Entende-se por persecução criminal o período compreendido entre a instauração do inquérito policial até o trânsito em julgado da decisão judicial (LOPES, 2020).

Em virtude do vasto rol de crimes sexuais contidos no Código Penal, tem-se que o resultado pode variar a depender do crime em concreto. Todavia, fato é que todos os crimes dessa natureza serão processados sem levar em conta a vontade da vítima em representar contra o infrator. Em outras palavras, a natureza da ação pública será incondicionada.

Dada a natureza da ação penal pública incondicionada, o início da investigação também não dependerá da manifestação de vontade da vítima, a qual poderá somente comunicar à autoridade policial a ocorrência do fato e requerer a apuração do mesmo. Quando muito, poderá atuar de forma mais ativa quando o Ministério Público restar-se inerte, vale dizer, a chamada ação privada subsidiária da pública. No sistema adotado pelo Código de Processo Penal, mormente com relação à ação pública incondicionada, a fase pré-processual está nas mãos da polícia, e a ação penal, com o Ministério Público (LOPES, 2020).

Havendo justa causa, a autoridade policial deverá instaurar o inquérito policial. Uma vez instaurado, a polícia judiciária realizará uma série de procedimentos, de acordo com a discricionariedade que possui, cabendo à vítima e ao infrator também requerer diligências. Não se pode olvidar acerca da figura do assistente de acusação, que representa a possibilidade do ofendido, mesmo diante da ação pública incondicionada, atuar no polo ativo da ação ao lado do Ministério Público (LOPES, 2020).

No ato do oferecimento da denúncia, vale destacar que, em determinados casos, o membro do *Parquet* poderá valer-se da Lei 9.099/95, desde que o crime seja de menor potencial ofensivo. Todavia, aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a referida lei, por expressa vedação legal, à luz do artigo 41 da Lei n.º 11.340/06.

Além disso, em recente modificação legislativa, o Ministério Público poderá propor o acordo de não persecução penal, que será instruído com condições isoladas ou cumulativamente aplicadas e conveniadas entre o Ministério Público, o acusado e seu defensor, cabendo ao juiz homologá-lo. Vale destacar que o cumprimento do acordo gera a extinção da punibilidade (LOPES, 2020).

Todavia, não se aplica o acordo nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Não sendo possível o acordo, e desde que preenchidos os requisitos da exordial acusatória, o Juiz receberá a denúncia e dará início a instrução processual, que deverá prezar pelo devido processo legal (LOPES, 2020).

Cabe destacar, ainda, que a possibilidade de arquivamento do procedimento investigatório por determinação do membro do Ministério Público foi recentemente inserida no ordenamento jurídico. Todavia, tal medida foi suspensa pelo Supremo

Tribunal Federal. Não obstante, caso a possibilidade entre em vigor, é necessária a comunicação à vítima quando ordenado o arquivamento pelo Ministério Público, a qual, caso discorde, poderá recorrer.

Já durante a instrução criminal, e sempre que possível, a vítima será qualificada e perguntada sobre as circunstâncias da infração cometida. Para tanto, será intimada a comparecer. Além disso, sempre será comunicada acerca dos atos processuais relativos ao ingresso e saída do acusado da prisão, da data da audiência e das sentenças e acórdãos eventualmente proferidos.

Tais medidas, ainda que poucas, proporcionam à vítima maior condição de acompanhar o processo no qual figura.

4.2 PROJETOS DE LEI SOBRE JUSTIÇA RESTAURATIVA NO PARA CRIMES

Alguns projetos de lei tramitam na Câmara dos Deputados, tal como o PL n.º 7.006/06, apensado no PL n.º 8045/2010, apresentados, respectivamente, pelo deputado Leonardo Monteiro e o então Senador Federal José Sarney.

O primeiro projeto propôs alterações no Código de Processo Penal e na Lei n.º 9.099/95, no sentido de facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenção. A proposta estabelece um acordo restaurativo entre as partes, cujas obrigações assumidas por ambas deveriam ter por objetivo o suprimento de necessidades individuais das pessoas envolvidas e afetadas pela infração penal.

Além disso, estabelece a criação de um núcleo de justiça restaurativa, composto por profissionais da área de psicologia e serviço social, os quais promoveriam encontros restaurativos objetivando a resolução de conflitos que cercam o delito, além de realizarem entrevistas preparatórias com as partes, separadamente. Dessa forma, a realização dos programas e os procedimentos restaurativos contam com o apoio de rede social de assistência para encaminhamento das partes, para viabilizar a reintegração social de todos os envolvidos, não só da pessoa presa.

Já o segundo projeto, mais amplo que o primeiro, definiu o conceito de vítima, sendo a pessoa que suporta os efeitos da conduta criminosa. Além disso, elenca os direitos que são assegurados ao ofendido, tais como o tratamento com dignidade,

atendimento médico e atenção psicossocial, o direito de reaver seus bens e de ser comunicado de atos processuais.

5. CONCLUSÃO

Com o decorrer da história, a vítima foi sendo esquecida pelo poder punitivo estatal, tendo em vista o notório confisco do conflito penal. Nesse sentido, pode-se perceber que a preocupação primordial do Estado está em punir o infrator e não em prestar assistência à vítima do crime,

Vale destacar mais uma vez que a justiça restaurativa, ainda recente no Brasil, não está omissa quanto à punição do infrator, mas, inobstante, procura novas formas eficazes de solução do conflito penal, na medida em que se preocupa com a resolução real do conflito, além de assistir as partes envolvidas. Outrossim, nota-se que adoção da justiça restaurativa representa não só a solução da lide, mas também a prevenção de novos delitos sexuais.

O encarceramento tem-se mostrado ineficaz, considerando os altos índices de reincidência daqueles que de lá retornam à sociedade, o que representa a fragilidade do direito penal punitivo. Em outras palavras, o direito penal, enquanto medida de restrição de liberdade, não gera diminuição de crimes, somente o aumento.

Portanto, a justiça restaurativa apresenta-se como alternativa altamente viável a prestar uma boa assistência à vítima, bem como à sociedade e ao réu, mormente diante da ideia de redução da criminalidade e da reincidência, sendo necessária a sua difusão e aplicação em todo ordenamento jurídico, em especial aos crimes sexuais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Reentradas e reiteraões infracionais: Um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/panorama-reentradas-sistema.pdf>>. Acesso em: 25 abril 2017.

BRASIL. Lei n. 9099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 set. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 05 abril 2021.

BRASIL. Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 maio 2021.

BRASIL. Lei n.11.340, de 7 de agosto de 2006. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 08 junho 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 15 junho 2021.

BRASIL. 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 13 outubro 1941. Disponível em: <http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 15 junho 2021.

ELLIOT, E. M. **Segurança e cuidado**: Justiça restaurativa e sociedades saudáveis. Tradução de Cristina Telles Assumpção, revisão técnica de Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena; Brasília: ABRAMINJ, 2018.

FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, supervisão final do texto Léa Porto de Abreu Novaes et al., Rio de Janeiro: NAU, 2003.

HULSMAN, L. e CELIS, J.B. **Penas perdidas**: O sistema penal em questão. Tradução de MARIA LÚCIA KARAM. Rio de Janeiro: Editora LUAM EDITORA LDTA, 1993.

JÚNIOR, A. L. **Direito processual penal**. 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. parte geral: parte especial. 6ª.ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

OUDSHOORN, j. et al. **Justiça restaurativa em casos de Abuso Sexual**. 1ª ed. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2019. Da Reflexão à Ação.

SARNEY, J. **Projeto de lei da Câmara nº 8045, de 2010**. Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Brasília, DF, 2010. <http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 15 maio 2021.

DIREITO AO ESQUECIMENTO: DESAFIOS PARA SUA APLICAÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE

Louise Francisco Leite¹

André Rodrigues Santos²

RESUMO

A presente pesquisa trata dos desafios enfrentados para aplicação do direito ao esquecimento na contemporaneidade, em razão da existência de uma sociedade onde há uma tendência a exposição, e as informações circulam e se multiplicam de forma incontrollável, estando ao alcance de todos sem um filtro do que é atual ou antigo. Desse modo, tem-se por objetivo analisar a possibilidade jurídica de garantir o exercício do direito ao esquecimento. Utilizou-se como metodologia, a pesquisa bibliográfica, através da consulta de livros, artigos, doutrinas, leis e jurisprudências. Os resultados obtidos, demonstraram que não há como garantir o direito ao esquecimento no Brasil, em virtude da ausência de evolução legislativa.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Direitos da personalidade. Direito à informação.

Colisão entre direitos fundamentais. Internet.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa circunscreve-se ao estudo do direito ao esquecimento, que pode ser entendido como o direito de não ser constantemente perseguido por fatos pretéritos que já não coincidem com a identidade atual da pessoa, impedindo que ela seja reconhecida como é realmente. A discussão acerca do instituto ganha maior relevância na atualidade, em virtude das mudanças ocorridas na sociedade, especialmente da evolução dos meios de comunicação.

Desse modo, com o advento da internet, a popularização do seu acesso e surgimento de novas ferramentas de comunicação, como as redes sociais, as informações passaram a ser veiculada com uma agilidade antes impensada e teve como consequência uma quantidade massiva de dados sendo expostos a todo tempo na rede.

¹ Acadêmica do curso de Direito, da Universidade Vale do Rio Doce.

E-mail: lousief.leite@gmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito, da Universidade Vale do Rio Doce.

E-mail: andre.santos@univale.br

Uma notícia, por exemplo, após publicada ficará disponível por tempo indeterminado, de modo que nada pode ser facilmente esquecido.

Nesse sentido, a problemática que norteia a presente pesquisa é a seguinte: É possível garantir o direito ao esquecimento em tempos de rápida veiculação de informação?

Parte-se da hipótese de que há possibilidade de garanti-lo, entretanto, para alcançar essa garantia é necessário que o direito ao esquecimento seja positivado em nosso ordenamento jurídico, pois essa ausência de normatização tem causado instabilidade nas decisões do judiciário acerca do tema.

O objetivo geral dessa pesquisa, será analisar a possibilidade jurídica de garantia do exercício do direito ao esquecimento, frente a legislação brasileira.

A relevância do tema se justifica no fato de que diante das mudanças nas formas de acessar e divulgar informações, o direito ao esquecimento se revela como meio fundamental de proteção da pessoa, contra a rememoração opressiva de fatos do seu passado, sendo o referido direito um assunto que carece de estudo, para que se possa verificar a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, buscando solucionar os conflitos que decorrem de sua violação.

No tocante a metodologia, utilizou-se o método de pesquisa bibliográfica, com a utilização de obras doutrinárias, artigos científicos, legislação, análise jurisprudencial de julgados sobre o tema.

Essa pesquisa encontra-se dividida em quatro seções, além dessa introdução. A primeira trata da definição do direito ao esquecimento, de suas origens, sua aplicação na legislação brasileira e o classifica como um dos direitos da personalidade. Na segunda parte é analisado o direito à informação, a evolução da internet e o acesso à informação nesse contexto, além do conflito entre os direitos à informação e ao esquecimento. Na terceira, são apresentados os desafios enfrentados pelo direito ao esquecimento na atualidade, e por fim na quarta seção têm-se as considerações finais.

2 DIREITO AO ESQUECIMENTO

Nesta seção pretende-se discorrer em primeiro plano, sobre o que seria o direito ao esquecimento, em seguida serão analisados casos que foram fundamentais para sua construção, sendo considerados pela doutrina como marcos do referido direito. Além

disso, será abordada sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, sua classificação como um dos direitos da personalidade.

2.1 CONCEITO E ORIGENS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O Instituto do direito ao esquecimento se originou na área criminal, como parte importante do direito do “ex-detento” a se reinserir na sociedade, buscando impedir que ele seja perseguido mesmo após o cumprimento de sua pena, não sendo descartada atualmente essa hipótese (SCHEREIBER,2014). Nos últimos anos com a expansão dos meios de comunicação, surgiram as buscas pelo direito ao esquecimento como meio de impedir a rememoração de fatos do passado, que seriam prejudiciais à realidade atual da pessoa.

Nesse viés, tem-se o direito ao esquecimento como a prerrogativa de evitar que dados pretéritos sejam rememorados em dias atuais, fora de contexto, possibilitando ao indivíduo se apresentar como é atualmente (COSTA, 2013). Assim sendo, esse direito figura como a possibilidade de retirar do conhecimento de terceiros, determinadas informações que mesmo sendo verídicas e gozasse de relevância em um momento anterior, no presente não é dotada de interesse público (MALDONADO, 2017).

O direito ao esquecimento já foi reconhecido em diversas oportunidades, ao longo dos anos, dentre essas ocasiões duas serão discutidas nesta seção, sendo ambos os casos apresentados a seguir, fundamentais para construção e afirmação do instituto em âmbito internacional.

O primeiro trata-se do “Caso Lebach”, considerado um dos grandes marcos para o reconhecimento do direito ao esquecimento, os fatos se passaram na Alemanha no ano de 1969, ocasião em que quatro soldados foram mortos enquanto dormiam. Dois dos autores do crime foram condenados à prisão perpétua, enquanto o terceiro considerado partícipe, foi condenado a seis anos de reclusão (BEZERRA JÚNIOR, 2018).

Quatro anos após sua condenação, o partícipe estava prestes a receber livramento condicional, quando uma emissora de televisão alemã anunciou a exibição de documentário onde o crime seria reconstituído, contando com nomes, imagens dos autores, e outras informações pessoais. Ele então propôs uma medida liminar buscando impedir a veiculação do programa, que foi indeferida pelo Tribunal Estadual de Mainz, e a decisão foi mantida pelo Tribunal Superior de Koblenz (BEZERRA JÚNIOR, 2018).

Diante disso, foi ajuizada reclamação constitucional fundada na ofensa ao direito do livre desenvolvimento da personalidade, onde contrariando as decisões anteriores, o Tribunal Constitucional Alemão decidiu pela prevalência dos direitos à privacidade e à ressocialização do condenado em face da liberdade informativa, visto que o curso do tempo desde os fatos até o momento tornou a informação desatualizada, considerando a ausência de interesse público atual da informação (SCHREIBER, 2013).

O Segundo trata-se do conhecido “Caso Google Spain”, que gerou enorme repercussão acerca do direito ao esquecimento, sendo referência ao tratar do instituto no meio digital. Foi submetida ao Tribunal de Justiça Europeu uma solicitação de decisão prejudicial, através da Audiência Nacional da Espanha, acerca de litígio entre a Google Spain e a Agência Espanhola de Proteção de Dados, em razão da Agência ter ordenado ao Google, que retirasse de sua lista, dados pessoais do cidadão espanhol Mario Costeja González (BEZERRA JÚNIOR, 2018).

A ordem de retirada teve como origem situação vivida por González, que ao pesquisar por seu nome nas ferramentas de busca do Google, os principais resultados fornecidos eram ligados a duas páginas do jornal La Vanguardia, onde havia digitalizada uma notícia publicada anos antes, a respeito de anúncios relativos à venda de um imóvel em hasta pública, decorrente de pendências antigas, que já haviam sido quitadas há tempos (BEZERRA JÚNIOR, 2018).

Diante disso, González propôs uma demanda perante a Agência Nacional, em face do jornal responsável pela notícia e do Google Spain e Google Inc., visando que as informações a seu respeito fossem suprimidas, oportunidade em que lhe foi atendido o pedido apenas quanto ao Google, ao passo que em relação ao jornal o entendimento foi de que a publicação era legalmente justificada.

O caso chegou então, ao Tribunal de Justiça da União Europeia, que reconheceu a responsabilidade dos mecanismos de busca em relação ao tratamento das informações indexadas por eles, atestando a existência do direito ao esquecimento, que impõe a desindexação de fatos degradantes, desatualizados e sobre os quais não haja de interesse público (BEZERRA JÚNIOR, 2018).

Diante do exposto, resta evidenciada a importância de ambos os casos para afirmação da existência do direito ao esquecimento, onde o primeiro deles foi o responsável por abrir caminhos na discussão do tema. O segundo, em virtude do órgão no qual foi proferida sua decisão, bem como seu conteúdo e alcance, restou inovadora,

sendo um dos casos mais referenciados na contemporaneidade quando se trata desse direito, servindo como parâmetro para sua aplicação no âmbito virtual.

2.2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito ao esquecimento, não possui previsão expressa na legislação brasileira, tratando-se de fruto da construção doutrinária e jurisprudencial, entretanto, pode ser extraído da interpretação de algumas normas. Embora a Constituição Federal não tenha tratado expressamente do referido direito, ele é considerado um direito fundamental, à medida que a tutela do princípio da dignidade humana inclui o direito ao esquecimento, conforme assentado no enunciado n° 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (BRASIL, 2013).

Esse entendimento se confirma, à medida que a Constituição assegura em seu artigo 5º, § 2º, que os direitos e garantias expressos em seu texto não excluem outros decorrentes do regime e princípios adotados por ela (BRASIL, 1988). Portanto, a enumeração dos direitos fundamentais não pode ser considerada taxativa, sendo possível a existência de outros direitos que não estejam na lista, e como no caso resultem do princípio da dignidade humana (MENDES; BRANCO, 2018).

A ideia do direito ao esquecimento como direito fundamental se reforça, ao passo que esse tem ligação direta com os direitos da personalidade, previstos pelo Código Civil de 2002 em seus artigos 11 e seguintes, em especial com o direito à privacidade, que são direitos assegurados também pela Constituição. Sua relação com tais direitos será discutida em momento posterior.

Uma noção de direito ao esquecimento pode também ser extraída da legislação consumerista, à medida que a lei n° 8.078/90 prevê em seu artigo 43, § 5º, que após prescrita a cobrança de débitos do consumidor, não devem ser fornecidas pelos sistemas de proteção ao crédito, informações que possam impedir ou dificultar a obtenção de novos créditos pelos fornecedores (BRASIL, 1990).

Além disso, o referido direito encontra respaldo em outros dispositivos, a exemplo da lei n° 12.527/11, conhecida como Lei de Acesso à Informação, que em seu artigo 31, expressa que o tratamento de informações pessoais deve ser feito com transparência, respeitando a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem (BRASIL,

2011). Assim como na lei 12.965/2014, o Marco Civil da Internet, e na recente Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, nº 13709/2018.

Resta claro que, embora o direito esquecimento não se encontre previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, sua existência pode ser reconhecida a partir da interpretação sistemática dos dispositivos citados.

2.3 DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO ESPÉCIE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Entende-se por direitos da personalidade aqueles reconhecidos à pessoa humana, como ser individual, com seu patrimônio físico e intelectual, bem como sua projeção na sociedade, que são previstos na legislação justamente para a proteção de valores inerentes ao ser humano, como, por exemplo, a vida, a intimidade, a honra e outros tantos (BITTAR, 2015).

Os direitos da personalidade possuem características, que lhes conferem posição ímpar em meio aos direitos privados, sendo elas a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, que se impõe como limite inclusive à ação do titular (BITTAR, 2015). Tais direitos se encontram dispostos em capítulo próprio no Código Civil de 2002, onde lhes são dedicados 11 artigos, assegurando direitos referentes ao próprio corpo, ao nome, a imagem e a vida privada (BRASIL, 2002).

A constituição também põe a salvo os direitos citados, os consagrando como direitos fundamentais, conforme seu artigo 5º, X, onde é assegurada a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, honra, imagem, e ainda a indenização pelo dano material ou moral quando violados (BRASIL, 1998).

Ainda que o direito ao esquecimento não esteja expresso no rol dos direitos da personalidade, não impede que seja reconhecido como um deles, de modo que a doutrina majoritária consagra o entendimento de tais direitos são protegidos com maior amplitude pela cláusula geral de tutela da dignidade humana, sendo assim toda manifestação da personalidade deve ser protegida, mesmo sem previsão legal (BRANCO, 2017).

A posição de que o direito ao esquecimento é um direito da personalidade, é majoritária entre os estudiosos da matéria, a exemplo de Sérgio Branco (2017), que pontua em sua obra que ele deveria estar englobado no direito à privacidade, como um

aspecto dele. O direito à privacidade na contemporaneidade, sofreu mudanças em seu campo de atuação decorrentes dos avanços tecnológicos.

De modo que na atualidade, o direito à privacidade passou a ser mais abrangente, não se limitando mais ao ser deixado só ou impedir interferências na vida íntima da pessoa, ultrapassando a esfera doméstica, atingindo qualquer ambiente onde estejam circulando dados pessoais do indivíduo, podendo ser definida resumidamente como o direito ao controle da coleta e utilização dos próprios dados (SHREIBER, 2014).

O enunciado nº 404, da V jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, sustentou o mesmo posicionamento, ao definir que a tutela da privacidade compreende o controle espacial, contextual e temporal dos dados pessoais (BRASIL, 2011). Por conseguinte, se é conferido a todos o direito de controlar a coleta e o uso de seus dados, há que se concordar que possuem também o direito a inibir a rememoração de dados pretéritos, descontextualizadamente, sempre que esse fato possa trazer prejuízos consideráveis à pessoa (SCHREIBER, 2013a).

Sendo assim, se dados que pouco ou nada revelam sobre a pessoa, configuram objeto de tutela do direito à privacidade, da mesma forma dados antigos, que possam lhes causar danos ao serem expostos tempos depois, devem ser por ele tutelados (BRANCO, 2017).

Isto posto, é possível concluir que o direito ao esquecimento se trata de meio específico para a proteção de fatos do passado, sendo um aspecto do direito à privacidade. Portanto, ao ferir o direito em questão haverá também um dano à privacidade, ou mesmo a outros direitos da personalidade, a exemplo do nome, honra ou imagem.

3 O DIREITO À INFORMAÇÃO NO ÂMBITO VIRTUAL

Com os avanços tecnológicos ocorridos nos últimos anos, o direito se vê inserido em um novo campo de atuação, o ambiente virtual. Diante dessa nova realidade surgiram diversos embates a serem enfrentados, a exemplo do direito à informação no mundo digital, onde as informações agora são veiculadas com uma velocidade absurda, sendo fundamental para garantia da liberdade informativa, porém prejudicial a outras garantias individuais. Nesse sentido, a presente seção abordará essas mudanças, tratando

em primeiro plano do direito à informação como um direito fundamental, em seguida da evolução da internet e o acesso à informação nesse novo ambiente, e por fim do conflito entre o direito à informação e o direito ao esquecimento.

3.1 O DIREITO DE INFORMAR, SE INFORMAR E SER INFORMADO

Trata-se o direito à informação, de um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, sendo essencial à existência de um Estado democrático, permitindo aos indivíduos o exercício consciente e responsável da cidadania e de seus direitos políticos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2020). O direito em questão possui três vertentes, sendo: o direito de informar, de se informar e de ser informado, que serão discutidos a seguir.

O direito de se informar consiste na possibilidade de difundir informações, noticiar fatos e acontecimentos, sem empecilhos. Sob essa ótica, a Constituição em seu artigo 220, caput, dispõe que os pensamentos, criações, expressões e informações expressas em qualquer forma, processo ou veículo não estão sujeitos a quaisquer restrições (BRASIL,1988).

Por sua vez, o direito de se informar, é a faculdade de buscar por informações em qualquer meio lícito, sem haver impedimentos (MORAES,2016). Por fim, o direito de ser informado, trata-se da prerrogativa de serem devidamente informados, conforme o artigo 5º, XXXIII, da Constituição que prevê, que toda pessoa tem direito a receber informações de seu interesse particular ou coletivo das instituições públicas (BRASIL,1988).

Nesse viés, a Constituição prevê também em seu artigo 5º, LXXII, o habeas data, que se trata de uma ação que visa a proteção do indivíduo, assegurando-lhe o conhecimento de informações sobre si, que constem nos bancos de dados públicos, e a possibilidade de retificá-los (BRASIL,1988). Há também a lei nº 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à informação que veio para regulamentar o artigo 5º, XXXIII, da constituição, garantido o acesso às informações dos órgão e entidades públicas.

É válido pontuar, que o direito à informação foi previsto também em documentos como o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966), assim como na Convenção Americana de Direitos Humanos (1966).

Isto posto, resta evidente a importância do direito à informação para o exercício da cidadania, sendo indispensável, à medida que para as pessoas formarem e expressarem suas opiniões conscientemente, precisam conhecer a realidade na qual estão inseridas, o que só se torna possível através do acesso à informação.

3.2 A EVOLUÇÃO DA INTERNET E O LIVRE ACESSO À INFORMAÇÃO

A Internet surgiu em 1969 nos Estados Unidos, denominada a princípio Arpanet, um sistema responsável por interligar a rede de computadores militares norte-americanos, permitindo em caso de ataque a alguma das bases, que as informações contidas lá não seriam perdidas (PINHEIRO,2016). Posteriormente, passou a ser utilizada em universidades, para fins científicos, tendo como marco o ano de 1987, quando seu uso foi direcionado a fins comerciais, sendo então batizada como internet.

Entretanto, sua expansão se deu apenas entre as décadas de 1990 e 2000, sendo foi aberta a sua comercialização ao público, se tornando uma ferramenta essencial. Com o passar dos anos, a quantidade de usuários aumentou exponencialmente e a forma de utilização da rede foi otimizada. A conexão se tornou mais rápida, foram criadas redes sociais, revolucionando por completo as formas de comunicação.

A internet tornou-se o meio pelo qual milhões de pessoas podem se conectar, em qualquer lugar do mundo, rompendo os limites territoriais. Desse modo, a internet deixou de ser apenas uma rede que recebe informações, se tornando uma poderosa ferramenta de compartilhamento de dados (COSTA,2013). Essa evolução tecnológica refletiu diretamente no modo em como se acessa e divulga informações, o que contribuiu para a democratização do acesso à informação, possibilitando uma circulação rápida e eficiente, onde todos podem ter acesso.

No entanto, diante da possibilidade de acesso simplificado e rápido a informação, através da internet e das redes sociais, os direitos individuais são colocados em risco, pois as pessoas estão a todo tempo publicando momentos vividos, deixando à disposição de diversas outras pessoas, dessa forma a divisão entre o que é público e o que é privado vai desaparecendo. No cenário atual, após publicada na internet uma informação ela fica acessível a qualquer pessoa do mundo, bastando apenas uma breve pesquisa em qualquer dos mecanismos de buscas, como o Google, por exemplo, além disso essas ferramentas têm como característica a perenidade, pois ao divulgar um fato, ele ficara disponível por tempo indeterminado.

Desse modo, é possível revisitar notícias sobre situações ocorridas há tempos, e trazê-las à tona, o que pode gerar dano considerável à pessoa, que em razão do tempo já tenha reconstruído sua vida, deixando para trás um possível erro cometido, que talvez não condiga com quem o indivíduo é hoje.

Em consequência da popularização da internet e toda essa exposição de informações na rede, surge a necessidade de proteção dos indivíduos e regulamentação do acesso ao sistema. Diante disso, foi aprovada a Lei nº 12965/14 denominada, Marco Civil da Internet, que visa garantir os direitos fundamentais no âmbito virtual, assegurando a proteção da privacidade dos usuários e indenização em caso de dano material ou moral em caso de violação, conforme o expresso em seu artigo 7º, inciso I e seguintes (BRASIL,2014).

Entretanto, a referida lei não foi capaz de preencher as lacunas existentes quanto ao tratamento de dados pessoais, o que gerou a necessidade de regula-lo, sendo sancionada a Lei nº 13709/18, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). A LGPD disciplina o tratamento dos dados pessoais em meio digitais, por quaisquer pessoas, até mesmo as jurídicas de direito público ou privado, objetivando a proteção dos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade (BRASIL,2018).

Resta evidente, que toda essa inovação nos meios de comunicação é responsável por avanço na forma de interação humana, servindo de auxílio em vários campos do desenvolvimento das pessoas, mas de outro lado tem servido de ferramenta para causar grandes danos aos direitos da personalidade, tais como a intimidade, e a vida privada. É nesse cenário, que o embate entre o direito à informação e o direito ao esquecimento tem ganhado ênfase, o que será discutido a seguir.

3.3 CONFLITO ENTRE O DIREITO A INFORMAÇÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

O conflito existente entre o direito à informação, a liberdade de expressão e os direitos da personalidade não é matéria recente no ordenamento jurídico brasileiro, nem tampouco fora dele. No entanto, a referida problemática aumentou consideravelmente na atualidade, em razão dos avanços dos meios de comunicação, a exemplo da internet, que possibilita uma grande exposição de informações, sem controle efetivo do

conteúdo, além de causar a perenização dos fatos, pois o que é divulgado fica disponível por tempo indeterminado.

Diante disso, surge o embate entre o direito à informação e o direito ao esquecimento, à medida que o primeiro busca resguardar o livre acesso à informação, e o outro visa proteger a esfera privada do indivíduo, garantido o direito de seguir em frente, sem ter que viver à sombra do seu passado, possibilitando retirar do acesso público tais informações.

Então tem-se de um lado um direito coletivo, ao passo que é evidente o direito do público a recordar fatos pretéritos, e do outro um direito individual, mesmo que ninguém possua a faculdade de apagar o passado, deve-se evitar que alguém seja perseguido por toda sua vida, em razão de eventos passados (SCHEREIBER, 2014)

Como o direito ao esquecimento é considerado um aspecto do direito à privacidade, logo é um direito fundamental, então quando em conflito com o direito à informação não será admitida a exclusão de um em face do outro, sendo necessário analisar qual será mais relevante no caso concreto (ALEXY, 2008).

Em sede de conflito entre direitos fundamentais, deve-se utilizar o método adequado para sua resolução, de modo que a norma a seja aplicada de maneira justa. Dentre as técnicas disponíveis, a ponderação tem-se apresentado como a melhor forma de conciliar os interesses colidentes.

A ponderação, consiste em uma técnica utilizada para decidir observando as particularidades do caso concreto qual direito prevalecerá, desse modo a colisão encontra solução no sopesamento de interesses, onde o mais relevante irá preponderar, porém “isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção” (ALEXY, 2008 p. 93)

Para uma melhor compreensão acerca da técnica citada, Robert Alexy (2008), traz em sua obra como exemplo o “Caso Lebach”, momento em que a Suprema Corte Alemã, frente o conflito entre o direito à informação e os direitos da personalidade, utilizou-se da ponderação ao decidir pela prevalência dos direitos do acusado, tendo em vista que a informação que se pretendia divulgar se tratava de notícia repetida, e não havia interesse público atual, além do fato de que sua exibição prejudicaria a ressocialização do autor.

Em âmbito nacional, podemos utilizar como exemplo o caso “Chacina de Candelária”, julgado pelo STJ, onde entenderam procedente o pedido de Jurandir

Gomes de França, a ação se originou através do uso sem autorização do nome e imagem do autor, em um programa exibido em rede nacional, rememorando o crime após décadas do ocorrido. O tribunal em seu julgamento, valendo-se da ponderação, entendeu que na colisão entre a liberdade de informação e o direito de personalidade, de forma específica o direito ao esquecimento, esse deveria prevalecer, já que o prejuízo ao autor seria vezes maior do que o sofrido pela não aplicação do direito à informação (BRASIL, 2013).

4 DESAFIOS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ATUALIDADE

Na presente seção, trataremos do direito ao esquecimento no âmbito europeu fazendo um comparativo com a realidade brasileira, logo em seguida serão comentados os casos mais importantes referentes a temática no Brasil, e o julgamento feito pelos tribunais superiores, então para finalizar discutiremos o presente e o futuro desse direito no país.

4.1 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ÂMBITO VIRTUAL NA UNIÃO EUROPEIA E A REALIDADE BRASILEIRA

Diante dos avanços tecnológicos e o aumento da produção e do acesso às informações surgiu a necessidade de tutelar a proteção de dados pessoais, bem como a privacidade do indivíduo na rede. Tendo em vista, que internet não é mais apenas um receptor de informações, se revelando como meio de compartilhamento de dados, agravado pelo fato de constituir uma memória digital infindável e global (MORAES,2016).

Nesse sentido, o direito ao esquecimento passa a ser pensado como meio de solucionar a problemática, sendo discutidas formas de aplica-lo em diversos países. No âmbito da União Europeia, previu-se, de imediato a necessidade de regulamentar os mais variados aspectos legais, dentre eles a privacidade de dados, pois, como salientado o âmbito virtual não possui fronteiras físicas ou jurídicas delimitadas (MALDONADO, 2017).

Sendo essa a motivação, para que em pouco tempo após constituir efetivamente a comunidade europeia, houvesse a aprovação da Diretiva 95/46/EC no ano de 1995. Essa Diretiva em resumo, tinha por objetivo definir o que seriam dados pessoais, bem

como o processamento e tratamento desses dados, alinhado ao longo de trinta e quatro artigos o rol de direito sobre os dados pessoais, abordando cuidadosamente a questão referente a guarda e a responsabilidade por sua propagação (MALDONADO,2017).

A União Europeia, em março de 2011, veio a confirmar e consolidar o direito ao esquecimento, momento em que a Comissária Viviane Reding referiu-se a ele como o pilar do direito à privacidade. Garantindo o direito ao apagamento de dados a todos, incumbindo aos gerenciadores de informações o dever de comprovar a necessidade de manter as informações (MALDONADO,2017).

Após cerca de quatro anos de intensa negociação, a União europeia aprovou o Regulamento 2016/679, intitulado General Data Protection Regulation, em 27 de abril de 2016, que entrou em vigor em 25 de maio de 2018.

O Regulamento 2016/679, tratou de forma específica o direito ao esquecimento em seu artigo 17, trazendo inclusive parâmetros para sua aplicação. Expressando que toda pessoa tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados, quando atendidos quaisquer dos motivos dispostos nas alíneas do artigo, que são resumidamente, dados obtidos de forma ilícita, que não sejam mais necessários ao fim para que foram recolhidos, ou a falta de fundamentos jurídicos para o tratamento daqueles dados (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Apesar dessa lei não possuir aplicação fora do âmbito da União Europeia, pode servir como modelo a outros países, assim como ocorreu quando decidiram sobre o direito ao esquecimento no caso Google Spain em 2014, tendo em vista que essa decisão alterou essencialmente o tratamento dispensado à temática ao nível mundial (MALDONADO, 2017).

Enquanto a situação do direito ao esquecimento na União Europeia se encontra em desenvolvimento promissor, a realidade brasileira é muito diferente, como já ressaltado em momento anterior não há no ordenamento jurídico brasileiro a proteção expressa ao direito ao esquecimento. Além disso, em recente decisão o Supremo Tribunal Federal reconheceu a incompatibilidade de tal direito com a Constituição Federal, dando vários passos para trás no sentido de tutelar o direito ao esquecimento, fato que será comentado mais adiante.

Recentemente foi aprovada a lei nº 13.709 de 2018, a já citada Lei Geral de proteção de dados, sendo um avanço no contexto do tratamento de dados pessoais no Brasil. Entretanto, a referida lei nada previu sobre o direito ao esquecimento.

A falta de normatização do direito ao esquecimento tanto no âmbito virtual, quanto fora dele, tem gerado instabilidade nas decisões dos casos julgados, sem fundamentos que harmonizem o direito em tela com os casos concretos, os operadores do direito se encontram perdidos em meio a decisões que transmitem uma falsa sensação de justiça (MORAES, 2016).

Diante do exposto, é evidente a ineficiência do poder legislativo brasileiro, em relação à regulamentação do direito ao esquecimento. Então diante da inércia do legislativo, o poder judiciário frente às demandas que surgem, acaba tomando para si essa função, proferindo decisões que muitas das vezes são ineficazes.

4.2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O direito ao esquecimento ganhou destaque no cenário brasileiro através de dois julgados do Superior Tribunal de Justiça, ambos ocorridos no ano de 2013, sendo considerados os casos mais importantes decididos até a presente data.

O primeiro caso já foi citado brevemente em seção anterior, o trataremos nessa oportunidade com mais detalhes. Os fatos se passaram no ano 1993, onde Jurandir foi acusado de participar dos homicídios ocorridos nas proximidades da igreja de Candelária, no Rio de Janeiro, no entanto, algum tempo depois ele foi absolvido, sendo inocentado das acusações.

Então, passados alguns anos após o ocorrido, no ano de 2006 o programa de televisão chamado Linha Direta-Justiça da emissora Globo, resolveu exibir uma matéria sobre a Chacina de Candelária, rememorando o fatídico crime. Procuram Jurandir para uma entrevista, a qual ele prontamente recusou, bem como se manifestou contra a exibição de sua imagem, porém mesmo diante de sua negativa o programa foi veiculado, exibindo sua imagem e seu nome (LUCENA, 2018).

Por conseguinte, Jurandir ajuizou uma ação de reparação de danos morais em face da Rede Globo, em razão do fato de que a situação já havia sido esquecida pelo público, em decorrência dos anos já passados, sendo assim a exibição do programa lhe causou graves danos aos seus direitos de personalidade.

O caso chegou então ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), dando origem ao Recurso Especial nº 1.334.097/RJ, em que figurava como recorrente a Rede Globo, ocasião oportuna em que a Quarta Turma do STJ, realizando uma ponderação entre o direito à informação e o direito à privacidade, julgou favoravelmente o direito ao

esquecimento do requerido. Desse modo, negou provimento ao recurso interposto pela emissora, assentando que mesmo a matéria sendo verídica e obtida de forma lícita, observando o caso concreto deve-se privilegiar a proteção dos direitos da personalidade do autor (ACIOLI, 2018).

O segundo caso, trata-se do Recurso Especial 1.335/153/RJ, intitulado como “Caso Aída Curi”, foi julgado no dia 28 de maio de 2013, mesma oportunidade em que julgaram o caso anterior. No caso em questão, os irmãos Nelson Curi, Roberto Curi e Maurício Curi ajuizaram uma ação de reparação de danos morais, matérias e à imagem contra a emissora Globo. Fundamentaram os danos morais, em razão do intenso sofrimento em rememorar o passado, e os materiais em virtude da exploração da imagem de sua falecida irmã (LUCENA, 2018).

O objeto do caso em tela é a veiculação de matéria sobre a morte de Aída Jacob Curi, no programa Linha Direta da Rede Globo. A jovem foi vítima de uma tentativa de estupro por três homens em um prédio de Copacabana, de onde foi arremessada do 12º andar na tentativa de simular um suicídio.

O crime chocou a população brasileira na época, sendo amplamente divulgado, entretanto, os irmãos de Aída alegam que com o tempo o crime havia caído no esquecimento, e que a emissora ao exibir o programa retratando a história foi responsável por reabrir feridas, afirmando que houve exploração da imagem da mesma, havendo ainda um enriquecimento ilícito por parte da ré (LUCENA, 2018).

No mérito, os autores alegaram o direito ao esquecimento relacionado a tragédia familiar, o qual havia sido violado pela parte ré, quando feita a exibição do programa com reportagem contando sobre a morte de Aída sem autorização deles (BRASIL, 2013).

Pela maioria dos votos a 4ª Turma do STJ, foi negado provimento ao recurso, em virtude da importância histórica do crime, bem como pelo fato de que não haveria como falar sobre ele sem mencionar a vítima. Nesse sentido é a pontuação feita pelo Ministro Luis Felipe Salomão “em um crime de repercussão nacional, a vítima por torpeza do destino – frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido” (BRASIL, 2013, p. 39).

Em sede de Recurso Extraordinário (RE) 1.010.606 movido pelos irmãos Curi, o caso de Aída foi julgado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, momento em que por maioria os votos, firmou a seguinte tese de repercussão geral (BRASIL, 2021):

É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem

do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social – analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral, e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

Insta salientar, que diferentemente do alegado na tese descrita acima, o direito ao esquecimento não se trata de um mero direito de apagar fatos, ou impedir sua divulgação em virtude do tempo, mas sim de um direito de que o que é exposto ao público sobre determinada pessoa seja feito contextualizadamente, não transformando o passado em presente sem uma relevante justificativa (SCHREIBER, 2013a).

Nesse sentido, o professor Anderson Schreiber representando o Instituto Brasileiro de Direito Civil em audiência pública referente a temática, no âmbito do RE 1.010.606/RJ, pontuou que o direito ao esquecimento não deve ser levado apenas por mero desejo do indivíduo de não se lembrar por acontecimentos do passado (BRASIL, 2017).

Sendo essa ideia deturpada do direito ao esquecimento, que leva a banalização do instituto, sendo utilizado como fundamento para quaisquer pedidos que tratem da vontade do indivíduo de não ser mais vinculado a determinada situação pretérita. Este é um dos maiores desafios para determinar o que é abrangido pelo direito ao esquecimento, pois há uma tendência a inclusão de demandas que poderiam se enquadrar em outras categorias, ou que necessitam ser qualificadas diversamente (BRANCO, 2017).

Desse modo, tem-se que o melhor caminho a seguir não seria o de extinção do direito ao esquecimento, mas sim buscar formas de delimitar sua área de aplicação, estabelecendo critérios para sua qualificação, para que possivelmente os direitos em conflito sejam harmonizados.

4.3 O PRESENTE E O FUTURO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL

Em julgamento do Recurso Extraordinário 10.010.606, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal, entretanto a referida decisão não colocou um ponto final no assunto, de modo

que a própria tese trata a possibilidade de aplicação do instituto a depender do caso concreto, quando é feita a seguinte previsão “excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral [...]” (BRASIL, 2021).

Desse modo, o Supremo apenas sustentou o que já vinha sendo defendido pela doutrina do direito ao esquecimento, que como já demonstrado anteriormente sempre enfatizou que o referido instituto, jamais deveria ser visto apenas como um mero direito de apagar informações seguido pela vontade do indivíduo, devendo em caso de conflito entre direitos igualmente caros, ser realizada uma ponderação, sopesando os interesses em jogo, para decidir qual irá prevalecer.

No caso julgado não foi reconhecido o direito ao esquecimento, entretanto a tese assentada pelo Supremo, não eliminou tal direito do ordenamento pátrio, mas acabou por firmar o entendimento que até então prevalecia no âmbito cível, ainda que não expressamente. Dessa forma a decisão não deve ser levada como um fim ao assunto, mas sim, como um caminho ao seu aperfeiçoamento, que continuará operante ainda que ocultamente, até que o Supremo Tribunal Federal deixe de temer o seu uso (MANSUR,2021).

Sendo assim, os problemas ainda não terminaram, visto que as demandas relacionadas ao direito ao esquecimento continuam a chegar nos tribunais, inclusive após a decisão que atestou a incompatibilidade do instituto, como é o caso de Cristian Cravinhos.

Cristian e seu irmão Daniel Cravinhos, foram os responsáveis pela morte de Marísia e Manfred Albert Von Richthofen, a mando da filha do casal Suzane. Em síntese, o caso Richtofen, ocorreu em outubro do ano de 2002 na cidade de São Paulo, onde o casal foi assassinado pelos “irmãos Cravinhos” simulando um latrocínio. O detalhe que mais chocou a população foi que tudo havia sido planejado pela filha do casal, possuindo como motivação o fato de que a família não aprovava o seu relacionamento com Daniel, sendo assim após a execução do plano eles poderiam viver tranquilamente e Suzane ainda teria direito a parte da herança deixada pelos pais. (MOLL, 2015)

Passados longos anos após o ocorrido, Cristian Cravinhos recorreu à justiça com o intuito de inibir veiculação de episódio, de uma série produzida pela Medialand Produções e Comunicações Ltda.

Alegando ter direito ao esquecimento, Cravinhos ajuizou uma ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por uso indevido de imagem e danos morais, perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), onde sustenta que teve seus direitos de imagem violados pela requerida, que sem autorização utilizou doze fotografias suas em um episódio denominado “Suzane Von Richtofen”, da referida série, porém teve seu pedido indeferido em primeira e segunda instâncias (SÃO PAULO, 2020).

Não contente com a situação, Cristian através de seus advogados, interpôs recurso de admissibilidade, solicitando ao TJSP que encaminhe os autos do processo para o Superior Tribunal de Justiça, bem como ao Supremo Tribunal Federal. (GENTILE, 2021)

Segundo Gentile (2021), em petição que será enviada ao Supremo, Cristian alega que a série em questão atenta contra o artigo 5º da Constituição, e que não pode ser lembrado pelo resto de sua vida pelo delito cometido, salienta o desejo de viver em paz e que a exposição de sua imagem na série, seria condena-lo a uma pena de caráter perpétuo.

Insta salientar, que este é só um exemplo das demandas acerca da matéria que estão chegando nos tribunais, podendo surgir muitas outras no decorrer do tempo, e consequentemente haverá necessidade de apreciá-las, em razão da colisão entre direitos fundamentais.

Embora a Suprema Corte tenha, se posicionado contra toda tese defendida pelos estudiosos do direito ao esquecimento, compreende-se que o entendimento sustentado no julgamento do Recurso Extraordinário 1.010.606, resta consolidado até que hajam alterações no ordenamento jurídico.

É evidente a dificuldade de garantir o direito ao esquecimento no Brasil, e isso ocorre principalmente em razão da ausência de legislação acerca do tema. Entretanto, é importante ressaltar que existem alguns Projetos de lei que foram apresentados na Câmara dos Deputados e Senadores, porém não foram aprovados até então.

Tem-se como exemplo das propostas legislativas apresentadas, o PL 7.881/2014 de Eduardo Cunha, o qual possuía apenas um artigo, onde determinava a obrigação de que links que fizessem referência a dados irrelevantes ou desatualizados sobre certa pessoa, fossem removidos das ferramentas de buscas (BRASIL, 2014). Esse projeto caso aprovado, colocaria em risco a liberdade de expressão, à medida que não estabelece nenhum critério para remoção, bastando que fosse antigo.

Outro exemplo um pouco mais recente, é o Projeto de Lei 4418/20 do Deputado Davi Soares, o qual busca instituir o direito ao esquecimento penal, a proposta tem como objetivo garantir o direito de que a pessoa que tenha cumprido sua pena, após seis anos não tenha seu nome citado, ou qualquer outro meio que facilite sua identificação, pela mídias e meios de comunicação, sob pena de indenização em valor superior ao lucro auferido com as reportagens (BRASIL, 2020).

Ante o exposto, restou evidenciada a necessidade de aprofundar o estudo do tema, de regulamentação, enquanto não houver evolução legislativa a respeito da matéria não haverá garantia de seu exercício, pois, somente através de uma legislação bem elaborada, será possível definir seu campo de atuação, bem como parâmetros para sua aplicação, evitando prejuízos aos direitos da personalidade, bem como colocando a salvo o direito à informação e a liberdade de expressão.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa em tela visou analisar a possibilidade jurídica de garantia do exercício do direito ao esquecimento, para isso, buscou-se em primeiro momento uma definição do referido direito, que apesar de não ser expressamente previsto na legislação brasileira, pode ser considerado com uma espécie dos direitos da personalidade, sendo um aspecto do direito à privacidade, se revelando como forma de proteção à pessoa e a sua dignidade na contemporaneidade.

No decorrer do texto foram demonstradas algumas mudanças ocorridas na sociedade com a revolução tecnológica, que alterou por completo o modo como se acessa e dissemina informações, o que levou a uma tendência de exposição constante da esfera íntima dos cidadãos, e a uma internet que não esquece. Diante disso surgiu o conflito entre o direito à informação e o direito ao esquecimento, assunto que foi abordado, e chegou-se ao entendimento de não há direito absoluto, de modo que ambos os direitos podem ser limitados, sendo o conflito resolvido através da ponderação, onde diante do caso concreto prevalece o que possui maior relevância.

No tocante a ponderação, é possível notar através das decisões emitidas acerca da temática, uma dificuldade preocupante em estabelecer parâmetros para julgar o conflito entre direitos da personalidade e os direitos à informação e a liberdade de expressão. De modo que os parâmetros até então utilizados, a exemplo da pessoa

pública, lugar público, evento criminoso ou histórico, tempo e interesse público na informação, carecem de desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial.

Sendo essa exatamente uma das maiores problemática do tema, pois não há uma delimitação do seu âmbito de proteção, sendo necessário estabelecer critérios para delinear quais casos cabem aplicação do instituto e quais não se enquadram.

Esse é um dos pontos em que reside a ineficiência do poder legislativo, que até o momento não conseguiu aprovar projeto de lei sobre o tema, e os que já foram propostos, não ofereceram solução para os problemas de aplicação do instituto, visto que não procuraram estabelecer requisitos para aplicá-lo.

Nesse viés, resta clara a premente necessidade de positivação do direito ao esquecimento, com o estabelecimento de critérios sólidos para sua aplicação, bem como delimitação do que é abrangido por ele, para ser possível garantir o seu exercício. De modo que enquanto não houver legislação acerca do tema, não há como garanti-lo, pois, somente assim haverá meios de proferir decisões justas, evitando-se prejuízos aos direitos individuais, bem como aos coletivos.

Insta salientar, que o tema no Brasil e no mundo, ainda está se desenvolvendo, sua conceituação, sua aplicação e os seus limites se encontram em estudo. Desse modo a presente pesquisa não se pretende exaustiva, mas sim uma forma de contribuir ao estudo desse direito tão importante.

REFERÊNCIAS

ACIOLI, B. L. **O direito ao esquecimento e o livre fluxo de informações na internet: reconhecimento, aplicação e efetividade deste direito no Brasil.** 2018. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2018.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BEZERRA JÚNIOR, L. M. H. **Direito ao esquecimento: a justa medida entre liberdade informativa e os direitos da personalidade.** São Paulo: Saraiva, 2018.

BITTAR, C. A. **Direitos da personalidade.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANCO, S. **Memória e esquecimento na internet.** Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4418/2020.** Institui o Direito ao Esquecimento Penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2261313>>
. Acesso em: 17 de jun. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7881/2014**. Obriga a remoção de links dos mecanismos de busca da internet que façam referência a dados irrelevantes ou defasados sobre o envolvido. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621575>>. Acesso em: 17 de jun. 2021

BRASIL. Conselho De Justiça Federal. **VI Jornada de Direito Civil: Enunciado 531, 2013a**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 08 de abr. 2021.

BRASIL. Conselho De Justiça Federal, **V Jornada de Direito Civil: Enunciado 404, 2009**, Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/208>>. Acesso em: 20 de abr. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública Direito ao esquecimento na esfera cível RE 1.010.606**, Relator: Ministro Dias Toffoli. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPUBLICASOB REODIREITOA OESQUECIMENTO_Transcries.pdf>. Acesso em: 12 de mai. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 de abr. 2021

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 13 de abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 08 de abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2011/Lei/L12527.htm>. Acesso em: 20 de abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF, 2014. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>.
Acesso em: 15 de abr. 2021

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Brasília, DF, 2018. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 20 de abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 1.334.097 - RJ**, Acórdão. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 28/05/2013. DJe: 10/09/2013. Disponível em:
<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 12 de mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 1.335.153 - RJ**, Acórdão. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 28/05/2013. DJe: 10/09/2013. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 12 de mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.010.606 – RJ**, Decisão. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 11/02/2021. DJe: 20/05/2021. Disponível em:
<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446557/false>>. Acesso em: 12 de mai. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana sobre os direitos humanos**: assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em:
<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 20 de abr. 2021.

COSTA, A. N. B. Direito ao esquecimento na internet: a Scarlet Letter Digital. In: SCHREIBER, A. (Org.). **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013.

FRAJHOF, I. **O direito ao esquecimento na internet**. São Paulo: Almedina, 2019.

GENTILE, R. Cravinho vai ao STF para tentar censurar série sobre o caso Richthofen. **Uol notícias**. São Paulo, abr. 2021. Disponível em: <
<https://noticias.uol.com.br/colunas/rogerio-gentile/2021/04/07/cravinhos-vai-ao-stf-para-tentar-censurar-serie-sobre-o-caso-richthofen.htm>>. Acesso em: 14 de mai. 2021.

LUCENA, M. G. L. **A tutela do direito ao esquecimento no Brasil**: conceito e aplicação no STJ e STF. 2018. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos e Inovação, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2018.

MALDONADO, V. N. **Direito ao esquecimento**. São Paulo: Novo século, 2017.

MANSUR, R. Decisão do STF não é ‘pá de cal’ no direito ao esquecimento. **Revista Consultor Jurídico**. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-24/mansur-stf-nao-jogou-pa-cal-direito-esquecimento>>. Acesso em: 14 de mai. 2021.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MOLL, G. A. **Do tabu ao tabloide**: uma análise do caso Richthofen sob a perspectiva do webjornalismo brasileiro em 2015. 66 f. Trabalho de Conclusão de Curso- Curso de Jornalismo, Faculdade de Tecnologia e Ciências Sociais Aplicada do Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2015.

MORAES, M. F. **O direito ao esquecimento na internet no contexto das decisões judiciais no Brasil**. 2016. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Adoptado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200-A (XXI)

da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em: 14 de mai. 2021.

PINHEIRO, P. P. **Direito digital**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Processo nº 1035425-67.2020.8.26.0100**. Responsabilidade Civil, dano moral, direito de imagem. Requerente: Cristian Cravinhos de Paula e Silva. Requeridos: Medialand Produções e Comunicação Ltda e outros. Juiz: Luiz Gustavo Esteves. São Paulo, 31 de julho de 2020.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SCHREIBER, A. **Direito e Mídia**. In: SCHREIBER, A. (Org.). **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, A. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013a.

SCHREIBER, A. **Direitos da personalidade**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

UNIÃO EUROPEIA, **Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Disponível em:
< <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>>. Acesso em: 12 de mai. 2021.