ISSN 1413-3571
E-ISSN 2447-3855

juris

Revista da Faculdade de Direito
Universidade Federal do Rio Grande

FURG
UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO GRANDE

v. 32 n. 1, 2022

Juris

vol. 32, n. 1, 2022

FURG
UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO GRANDE

Juris
vol. 32, n. 1, 2022

ISSN 1413-3571
E-ISSN 2447-3855

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA JURIS

Editores-chefes / *Editors-in-chief*
Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
José Ricardo Caetano Costa (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)

Editores-assistentes / *Assistant-Editors*
Willians Meneses (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Consultor Editorial / Editor Assistente/ Revisor / Projeto Gráfico

CONSELHO EDITORIAL / *EDITORIAL BOARD*

Adélie Marie Andree Pomad (Universitéd'Orleans- Orleans/França)
Akiyo Takenaga (Universidade de Shinshu – Tóquio/Japão)
Alexandre Morais da Rosa (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Alfredo Alejandro Gugliano (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFGRS - Porto Alegre/RS)
Álvaro Sanches Bravo (Universidad de Sevilla – Sevilla/Espanha)
Ana Patricia Noguera de Echeverri (Universidad Nacional de Colombia – Manizales/Colombia)
Anderson Orestes Cavalcante Lobato (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Andrés Rossetti (Universidade Nacional de Córdoba – Córdoba/ Argentina)
Carlos Alberto Lunelli (Universidade de Caxias do Sul – UCS – Caxias do Sul/RS)
Carlos André Sousa Birnfeld (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Carlos Teodoro José Hugueney Irigaray (Universidade Federal do Mato Grosso – UFMT -Cuiabá/MT)
Clovis Demarchi (Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI - Vale do Itajaí/SC)
Daniel Olioto, PUC Argentina
Denise Schmitt Siqueira Garcia (Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI - Vale do Itajaí/SC)
Eder Dion de Paula Costa (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Ednilson Donisete Machado (Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM – Marília/SP)
Elaine Harzhein Macedo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Eliane Cristina Pinto Moreira (Universidade Federal do Pará – UFPA – Belém/PA)
Erivaldo Filho Cavalcanti (Universidade Federal do Amazonas – UEA – Amazonas/AM)
Everton das Neves Gonçalves (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Felipe Kern Moreira (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Felix Adolfo Lamas (Universidad Católica Argentina -PUC – Argentina)
Fernando Araújo (Universidade do Porto – Porto/Portugal)
Fernando de Brito Alves (Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP/PR)
Francisco Quintanilha Veras Neto (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo - Passo Fundo/ RS)
Gonzalo Aguilar Cavallo (Universidad de Valparaíso, Talca/Chile)
Hector Cury Soares (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Hermerson Luiz Pase (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Ivan Porfírio Santos Víctores (Universidad Central Marta Abreu de Las Villa – UCLV -Santa Clara/Cuba)
Ivone Fernandes Morcilo Lixa (Fundação Universitária Regional de Blumenau – FURB – Blumenau/RS)
Jaime Gabriel García Ruiz (Universidad Central Marta Abreu de Las Villa – UCLV -Santa Clara/Cuba)
Janaína Thaddeu Calil de Freitas (Università degli Studi Roma Ter - Itália)
Jane Lucia Wilhelm Berwanger, (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI – Santo Ângelo/RS)

Joachim Englisch (Universität Münster - Alemanha)
Joana Stelzer (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
João Batista Lazzari (Faculdade Cesusc – Florianópolis/SC)
José Alcebíades de Oliveira Junior (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI – Santo Ângelo/RS)
José Joan Moreso (Universitat Pompeu Fabra - Espanha)
José Rubens Morato Leite (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Juliana Teixeira Esteves (Universidade Federal de Pernambuco - UFPE – Recife/PE)
Julio César Llanan Nogueira (Universidad Nacional de Rosário – Argentina)
Júlio Lanane (Universidad Católica Argentina -PUC – Argentina)
Laura Souza Lima e Brito (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG)
Liane Francisca Hüning Pazinato (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Luciano Vaz Ferreira (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Luma Cavaleiro de Macêdo Scaff (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Marcelo Eibs Cafrune (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Marcelo Nerling (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP)
Márcia Bertoldi (Universidade Federal de Pelotas – UFPel – Pelotas/RS)
Marco Aurélio Serau Júnior (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Maria Cláudia Crespo Brauner (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza (Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI - Vale do Itajaí/SC)
Maria Cristina Cereser Pezzela (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS - Porto Alegre/RS)
Maria de Fátima Prado Gautério (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Maria de las Nieves Cenicacelaya (Universidad Nacional de La Plata – La Plata/Argentina)
Mario Garmendia Arigón (Universidade de la República – Montevideo/Uruguai)
Marion Bary (França)
Miguel Antonio Silveira Ramos (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Orlando Luiz Zanon Júnior (Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI - Vale do Itajaí/SC)
Osvaldo Agripino de Castro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG)
Osvaldo de Castro (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS - Três Lagoas/MS)
Oton Albuquerque Vasconcelos Filho (Universidade Federal de Pernambuco - UFPE – Recife/PE)
Paulo Ricardo Opuszka (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Philippe Pierre (França)
Rafael Fonseca Ferreira (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Renato Duro Dias (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Renato Negretti Cruz (Universidade São Judas Tadeu – São Paulo/SP)
Rodrigo Garcia Schwarz (Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC - Florianópolis/SC)
Rogério Dutra dos Santos (Universidade Federal Fluminense - UFF – Rio de Janeiro/RJ)
Rogério Portanova (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Rubens Soares Vellinho (Universidade Católica de Pelotas – UCPEL – Pelotas/RS)
Salah Hassan Khaled Junior (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Samyra Haidêe dal Farra Naspolini Sanches (Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – São Paulo/SP)
Saulo Tarso Rodrigues (Universidade Federal de Mato Grosso – Cuiabá/MT)
Sheila Stolz da Silveira (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS) (Brasil)
Simone de Biazzi Ávila Batista da Silveira (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Valmir Cézar Pozzetti (Universidade Federal do Amazonas – UEA – Amazonas/AM)
Vicenzo Durant (Itália)
Vladmir Oliveira da Silveira (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS – Campo Grande/MS) (Brasil)

PARECERISTAS (DESTE VOLUME) / *REVIEWERS (OFTHISNUMBER*

Adriane Medianeira Toaldo (Universidade Luterana do Brasil - Santa Maria/RS)

Adriano da Silva Ribeiro (Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC – Belo Horizonte/MG)

Edinilson Donisete Machado (Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM – Marília/SP)

Fábio Agne Fayet (Centro Universitário da Serra Gaúcha – FSG – Serra Gaúcha/RS)

Horácio Wanderlei Rodrigues (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)

Luis Gustavo Durigon (Universidade Federal de Santa Maria – UFSM – Santa Maria/RS)

Luis Gustavo Liberato Tizzo (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP)

Thais Campos Olea (Universidade Federal do Pampa - São Borja/RS)

Thaís Dalla Corte (Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS – Dourados/MS)

Thelmo Filho (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)

Tuany Baron (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME) / *AUTHORS (OF THIS VOLUME)*

Alejandro Knaesel Arrabal (Fundação Universitária Regional de Blumenau – FURB – Blumenau/RS)

Amanda Brum (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)

Anderson Hening (Fundação Universitária Regional de Blumenau – FURB – Blumenau/RS)

Felipe Kern Moreira (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)

Fernanda Analú Marcolla (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ – Ijuí/RS)

Geanne Gschwendtner (Fundação Universitária Regional de Blumenau – FURB – Blumenau/RS)

Lenice Kelner (Fundação Universitária Regional de Blumenau – FURB – Blumenau/RS)

Leonardo Martins (Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN – Natal/RN)

Rafael Pacheco Lanes Ribeiro (Universidade Católica de Petrópolis – UCP – Petrópolis/RJ)

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)

Rebeka Souto Brandao Pereir (Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN – Natal/RN)

Renato Duro Dias (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)

Rubens Luiz Schmidt Rodrigues Massaro (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP – São Paulo/SP)

Sandra Barbosa (Centro Universitário de Viçosa – UNIVIÇOSA - Viçosa/MG)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores



Juris
Universidade Federal do Rio Grande – FURG
Faculdade de Direito - FADIR
juris@furg.br
Campus Carreiros – FURG –Rio Grande/RS
CEP 96203-900 – Rio Grande –RS
Telefone: 55-53 3293 5070



Reitor
Danilo Giroldo

Vice-Reitor
Renato Duro Dias

Chefe de Gabinete do Reitor
Jacira Cristiane Prado da Silva

Pró-Reitor de Extensão e Cultura
Daniel Porciuncula Prado

Pró-Reitor de Planejamento e Administração
Diego D'ávila da Rosa

Pró-Reitor de Infraestrutura
Rafael Gonzales Rocha

Pró-Reitora de Graduação
Sibele da Rocha Martins

Pró-Reitora de Assuntos Estudantis
Daiane Teixeira Gautério

Pró-Reitora de Gestão e Desenvolvimento de Pessoas
Lúcia de Fátima Socoowski de Anello

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação
Eduardo Resende Secchi

Pró-Reitora de Inovação e Tecnologia da Informação
Danúbia Bueno Espíndola

Editora da FURG / Coordenação
Cleusa Maria Lucas de Oliveira

Sumário

Crime, Cultura e Direitos Humanos

A ideia de justiça baseada na mitologia
The idea of justice based on mythology
Rubens Luiz Schmidt Rodrigues Massaro.....9

A Lei nº 14.022/2020 como medida de enfrentamento de violência doméstica e familiar durante a pandemia e sua contribuição na ODS – 16 da agenda 2030 da ONU
Law nº. 14.022/2020 as a measure to confront domestic and family violence during the pandemic and its contribution to SDG 16 of the UN'S 2030 Agenda
Anderson Hening e **Lenice Kelner.....25**

Dignidade da pessoa humana e criminalização: a castração química com pena inconstitucional para os crimes sexuais
Dignity of the human person and criminalization: chemical castration as an unconstitutional penalty for sex crimes
Alejandro Knaesel Arrabal, **Fernanda Analú Marcolla** e **Lenice Kelner.....38**

Beyond the Grundnorm: static and dynamic legitimacies of international norms
Para além da Norma Fundamental: legitimidade estática e dinâmica de normas internacionais
Felipe Kern Moreira.....58

Matriz de análise das decisões judiciais: o discurso dos magistrados no Brasil e Alemanha
Matrix of analysis of court decisions: the speech of magistrates in Brazil and Germany
Rebeka Souto Brandao Pereira e **Leonardo Martins.....71**

Colonialidade de gênero e a violência sexual: uma reflexão a partir da comunidade indígena Yanomami
Gender coloniality and sexual violence: a reflection from the Yanomami Indigenous Community
Raquel fabiana Lopes Sparemberger e **Geanne Gschwendtner.....93**

Cidadania, Educação, Trabalho e Sustentabilidade

Da contrapublicidade subalterna fraseriana como um potencial emancipador aos sujeitos trans no Brasil
Fraserian subaltern counterpublicity as an emancipatory power for trans Brazilian
Amanda Brum e **Renato Duro Dias.....108**

Razões e respostas: um exame das demandas consumeristas no Juizado Especial Cível de Ponte Nova, MG (2013-2018)
Reasons and responses: an examination of consumer demands in the small claims court of Ponte Nova, MG (2013-2018)
Rafael Pacheco Lanes Ribeiro e **Sandra Barbosa.....122**

A ideia de justiça baseada na mitologia

Rubens Luiz Schmidt Rodrigues Massaro [1]
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP
E-mail: rbmassaro@gmail.com

Resumo: No curso da evolução da humanidade, o mito serviu como um elemento de integração social, contando com os aspectos cultural, religioso e moral. Ele serve para explicar fenômenos que não podem ser comprovados ou validados por meios científicos. Em outras palavras, há uma aceitação da veracidade do mito, ainda que careçam de comprovações científicas. A Grécia Antiga foi palco de ampla utilização dos mitos para explicarem o mundo, seus fenômenos e relações sociais. Ali, o mito serviu para estabelecer valores que fazem parte da ideia de justiça. A celeuma sobre a contribuição dos mitos para desenvolvimento da ideia de justiça parte do pressuposto de que o ser humano precisa, de alguma forma, conseguir compreender fatos e circunstâncias que permeiam a ideia de justiça. Por mais que a civilização humana já tenha evoluído a ponto de refutar a explicação de boa parte dos mitos, sua herança na afirmação de valores existe até os dias de hoje, sendo inclusive objeto de debate entre os operadores do direito. O mito ajudou a moldar uma ideia de justiça que se difundiu social e culturalmente

Palavras-chave: filosofia; justiça; mitologia; direito

The idea of justice based on mythology

Abstract: In the course of humanity's evolution, the myth served as an element of social integration, counting on cultural, religious and moral aspects. It serves to explain phenomena that cannot be proven or validated by scientific means. In other words, there is an acceptance of the myth's veracity, even if it lacks scientific evidence. Ancient Greece was the scene of wide use of myths to explain the world, its phenomena and social relations. There, the myth served to establish values that are part of the idea of justice. The uproar about the contribution of myths to the development of the idea of justice is based on the assumption that the human being needs, somehow, to be able to understand the facts and circumstances that permeate the idea of justice. As much as human civilization has already evolved to the point of refuting the explanation of most of the myths, its heritage in the affirmation of values exists to this day, being even an object of debate among legal operators. The myth helped to shape an idea of justice that spread socially and culturally.

1 Doutorando em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Mestrado incompleto em Direito Tributário pela Pontificia Universidad Católica Argentina. Pós-graduado em Administração no curso Master in Business and Management (MBM) pela FGV. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio. Tecnólogo em Gestão Comercial pela Uninove. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado e professor em matérias de Direito, Ética, Administração e Marketing. Articulista colaborador do Universo ZN. Lattes CV: http://lattes.cnpq.br/4260140930250897. ORCID: https://orcid.org/0009-0000-6704-5682. E-mail: rbmassaro@gmail.com

Keywords: philosophy; justice; mythology; law

Sumário: 1. O mito na Grécia Antiga – elemento cultural, religioso e moral da *polis*. **2.** A estética do mito e a transmissão de valores – os poemas épicos e os ornamentos. **3.** A *Teogonia* de Hesíodo – o mito fundamental da mitologia grega. **4.** A didática do mito na formação sociocultural. **5.** A ideia da justiça na teogonia. **6**. Análise da visão mitológica de justiça de alguns casos. Conclusão. Referências.

1. O MITO NA GRÉCIA ANTIGA – ELEMENTO CULTURAL, RELIGIOSO E MORAL DA *POLIS*

O mito é mais do que uma história bonita, uma fantasia, ele simboliza a própria natureza humana e sua lógica diante do quebra-cabeças do mundo real incógnito. O homem é um ser racional em sua essência, o que o difere de outros animais. Por esse motivo, quando se depara com algum tema, mesmo o menor dos assuntos, desconhecido, misterioso, intrigante, busca respostas. Assim, no sentido kantiano da Razão Pura, o mito adentraria no complexo de ideias, porque não pode ser conhecido, não há fenômeno, não se mistura à experiência empírica ou à sensação, embora dele possam emanar princípios. O estudo do mito na Grécia Antiga é fulcral para compreender o desenvolvimento ocidental do pensamento filosófico, antropológico e sociológico.[2]

A grande materialização dessa noção de unidade cultural era a *polis*,[3] que remetia a uma cidade-estado, consubstanciada por um ideal grego, ainda que com certas particularidades.[4] Afirmou o poeta grego Simónides[5] que a "pólis é mestra do homem".[6]

Logo, a *polis*, mais do que uma simples limitação de cidade, era também um centro de convivência política, com supedâneo nos pilares socioculturais, nas tradições e nos costumes.[7] A moral coletiva grega era a bússola da organização e da liberdade dos indivíduos da *polis*.[8]

2 "[...] Os mitos servem, também, para que possamos entender melhor a nós mesmos. Por quê? Por tratarem de sentimentos humanos, como o amor e o ódio, a inveja e admiração e, muitas vezes, traduzirem ou procurarem responder a indagações morais e existenciais que rondam a mente humana. Por isso, ainda hoje essas histórias mitológicas gregas falam à nossa sensibilidade, milhares de anos depois. A maneira de tratar as questões e os sentimentos humanos mais profundos continua atual, suas narrativas ainda nos emocionam." (FUNARI, Pedro Paulo. *Grécia e Roma*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2006. p. 59).

3 A Grécia Antiga se pautava principalmente numa ideia de unidade cultural, priorizando-a, corriqueiramente, sobre outras formas, tais quais políticas, militares e geográficas. Não estamos dizendo que as outras unidades não eram relevantes, claro que significavam muito. Contudo, a cultura grega (religião, língua, alfabeto, costumes, hábitos, entre outros tópicos) era a mais pujante organização com a qual esse povo se identificava.

4 "Governavam, não os homens, mas as leis. A legitimidade da 'lei consuetudinária' – *nómos* (lei) ou *pátrios politeia* (constituição ancestral) para os gregos [...] – decorria da antiguidade venerável que lhe era atribuída em forma histórica, ou, com maior frequência, miticamente" (CARDOSO, Ciro Flamarion S**. A cidade estado antiga.** São Paulo: Ática, 1985. p. 12)

5 Apud LEÃO, Delfim F. **A globalização no mundo antigo**: do polites ao kosmopolites. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2012. p. 15.

6 "Neste período, a Grécia desenvolveu e apurou o sistema da pólis, como a forma ideal de se organizar em sociedade, uma opção que, na ótica helênica, era muito preferível à autocracia bárbara, a qual apenas reconhecia a liberdade total do monarca – tanto mais absoluta e caprichosa quanto menor fosse o espaço de atuação dos respectivos súditos" (LEÃO, *op. cit.*, p. 15).

7 A pessoa sabia que, se vivesse ali, estaria sob a égide das leis consuetudinárias, do costume do seu povo. Um grego viveria de acordo com os valores gregos. A Constituição, no sentido legal, era composta por hábitos e costumes históricos, crenças e tradições.

8 O festejado jusfilósofo brasileiro Miguel Reale faz a seguinte contribuição: "Ora, a Pólis era a expressão mais alta da vida ética, e, se tudo convergia para a manifestação do indivíduo como momento da vida política, não havia de certa

Uma forma de coesão social, com supedâneo nos aspectos históricos, culturais e sociais, era a criação de mitos. O mito é uma maneira para se explicar fenômenos (como os da natureza), fatos e condutas humanas inexplicáveis por via científica – mormente por não existirem técnicas e estudos que viabilizassem o desenvolvimento necessário. Em outras palavras, o mito proporcionava um controle sobre coisas inexplicáveis ao homem, ao passo que também servia como um liame social lastreado em tradições.[9] Nesse sentido, o mito é uma modalidade de senso comum, que une a sociedade em uma verdade intuitiva.[10]

É importante refutar três mitos acerca do mito. O primeiro é que o mito é um pensamento para ignorantes, que não querem se esmerar em buscar uma *episteme* (para conferir uma base de nosso argumento, mire a vertente platônica, de verdade justificada). Ora, se não havia condições científicas que permitissem conferir, comprovar a cientificidade, é completamente compreensível o surgimento de mitos. Em segundo lugar, ele não é uma alucinação coletiva, um desvairamento de expressão estética, oca de comprometimento racional. Ao revés disso, muitos possuem um detalhamento tão primoroso, com uma explicação lógica deveras aguçada, que até podemos nos impressionar, especialmente por terem sido feitos há milhares de anos. Por fim, o mito não é inerente a pessoas religiosas. Malgrado o mito geralmente tenha contornos exotéricos/místicos, é capaz que se valha de questões fora do âmbito religioso.

Aqui já percebemos a suma importância do mito para a observação e a explicação do mundo, dos fenômenos naturais e das relações sociais. "Um mito é uma narrativa sobre a origem de alguma coisa",[11] oferecendo um conhecimento preparado, já exposto e com origem divina (acima da compreensão mortal). "A função do mito é conferir à natureza uma dimensão humana, ligando o tempo do *homem* ao tempo da *natureza* por meio de uma **história sagrada**".[12] Cabe ressaltar a seguinte observação feita por Marilena Chauí:[13]

> A palavra *mito* vem do grego, *mythos*, e deriva de dois verbos: do verbo *mytheo* (contar, narrar, falar alguma coisa para outros) e do verbo *mytheo* (conversar, contar, anunciar, nomear, designar). Para os gregos, mito é um discurso pronunciado ou proferido para ouvintes que recebem como verdadeira a narrativa, porque confiam naquele que narra; é uma narrativa feita em público, baseada, portanto, na autoridade e confiabilidade da pessoa do narrador. E essa autoridade vem do fato de que ele ou testemunhou diretamente o que está narrando ou recebeu narrativa de quem testemunhou os acontecimentos narrados.

A essência do mito é que, de alguma forma, seja implícita ou explicitamente, carrega

forma necessidade de pôr-se o problema de um critério distintivo entre Moral e Direito." (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 509).

9 CUNHA, Alexandre Sanches da. **Manual de Filosofia do Direito**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 42.

10 "Podemos entender o senso comum como a forma mais imediata de consciência do mundo. Por ele o mundo se torna imediatamente acessível à esfera das nossas representações. Com ele nos familiarizamos com o que acontece à nossa volta. Mas há diferentes configurações do senso comum, isto é, diferentes maneiras de relacionar o que acontece no mundo com a esfera das nossas representações. O que acontece no mundo, por exemplo, pode ser visto como mistério ou como problema. Como mistério quando, para a consciência conhecedora, não há distinção entre a realidade exterior do mundo e a realidade interior dos nossos sentimentos a respeito dele. Nesse caso, a compreensão do mundo pelo sujeito de conhecimento se dá por meio de operações intuitivas. O conhecimento resultante é assegurado, portanto, por certezas intuitivas. Esse conhecimento é exprimido na linguagem verbal com o que é chamado de mito." (CUNHA, José Auri. **Filosofia: investigação filosófica**. São Paulo: Atual, 1992. p. 81).

11 CHAUÍ, Marilena. **Filosofia.** São Paulo: Ática, 2002. p. 23.

12 CUNHA, José Auri. **Filosofia:** investigação filosófica. São Paulo: Atual, 1992. p. 82.

13 Ibidem, p. 23.

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15108

consigo a *aletheia*, a verdade das coisas, por conta de sua "veracidade". Logo, para aquele contexto cultural, com indiscutível efeito sociocultural, a verdade residia no mito, compreendendo sua veracidade. No máximo era necessário fazer uma analogia com o caso concreto. Basicamente, no mito aceita-se a veracidade, mas não busca a "garantia incontroversa de validade"[14], não pretende comprovar cientificamente se a afirmação é verdadeira ou falsa. A proposição do mito adquire um caráter irresistível por conta de sua acurácia e autoridade mítica (veracidade inquestionável).

2. A ESTÉTICA DO MITO E A TRANSMISSÃO DE VALORES – OS POEMAS ÉPICOS E OS ORNAMENTOS

A estética do mito era (e ainda é) sublime, espantosamente agradável. Seu conteúdo, mesmo para nós, humanos hodiernos, notoriamente falso, reside em contos muito cativantes ao leitor.[15] Afora o pasmoso fato concatenado com a narração precisa, a beleza, a formosura de seu texto, nos faz sonhar em suas linhas. Nas tragédias, isso faz parte da verdade dionisíaca, aquela que traz excessos (um necessário contraponto à ordem da verdade apolínea), conforme conceito elaborado por Nietzsche[16] e seu critério da vida.

Se reputarmos que muitos mitos advêm de poemas épicos, dentre outras externalizações chamativas (como as obras de arte cerâmica, construções e artefatos), vemos duas funções no mito – a moralidade e a arte. Afinal, é necessário contrapor a necessidade estética do mito com a moralidade incrustada para compreender o que a história quer ensinar (ver-se-á que os mitos podem ter um teor didático) e o que é ornamental.[17]

Realmente, foram muitos fatos históricos de grande relevância e magnitude na Grécia Antiga,[18] todos merecedores de reverência e louvores. Para esses acontecimentos difíceis de serem compreendidos, ou que precisavam ser exaltados, foram criados poemas épicos, que contemplavam esses fatos históricos e os associavam a mitos.[19] Esses poemas épicos retratavam, na

14 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos de Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012

15 É como explicava René Girard, "o grande artista é um magneto, ele consegue canalizar nossos impulsos miméticos para a direção que ele quiser" (GIRARD, René. **Shakespeare.** Teatro da inveja. Tradução de Pedro Sette-Câmara. São Paulo: É Realizações, 2010. p. 500).

16 "A verdade dionisíaca se apossa do domínio conjunto do mito como simbolismo de seus conhecimentos e exprime o fato, em parte no culto público da tragédia, em parte nas celebrações secretas das festividades dramáticas dos Mistérios, mas sempre debaixo do velho envoltório mítico." (NIETZSCHE, Friederich. **O nascimento da tragédia, ou helenismo e pessimismo**. Tradução, notas e posfácio de J. Guinsburg. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 71).

17 "*Religion has in it then two elements, social custom, the collective conscience, and the emphasis and representation of that collective conscience. It has in a word within it two factors indissolubly linked: ritual, that is custom, collective action, and myth or theology, the representation of the collective emotion, the collective conscience. And – a point of supreme importance – both are incumbent, binding and interdependent.Now it is this twofold character and incumbency of religion that its essence lies, and here too are found the characteristics that delimit it from its near neighbours, morality and art. Morality is the social conscience made imperative upon our thoughts face. Art which also, like religion, a representation of the social conscience, has no incumbencies. She imposes no obligation on either action or thought. Her goddess is Peitho not Themis.*" (HARRISON, Jane Ellen. ***Themis*****:** study of the social origins of greek religion. Reino Unido: Cambridge University Press, 1912. p. 486).

18 A Grécia foi palco de inúmeros acontecimentos históricos (feitos incríveis dos aqueus e minoicos; invasão pelos jônios, eólios e dórios; guerras, inclusive a famosa Guerra de Troia e as Guerras Médicas; colonização do Mediterrâneo; conquistas científicas; construções de monumentos arquitetônicos; fenômenos naturais – erupções, terremotos, maremotos, etc.), todos dignos de registro e estudo.

19 Esses registros e estudos de acontecimentos históricos eram corriqueiramente feitos por pessoas que contassem com uma maior facilidade de comunicação social. Assim, eram preparados poemas épicos, com ornamentos míticos,

medida do possível, os valores socioculturais, as tradições,[20] contudo, era necessário incrementar peremptoriamente (tentar chegar ao incontestável) a força do mito para blindar esses valores de qualquer mera impugnação.[21] De novo, apesar de o mito ter uma origem divina, ou, ao menos, sobrenatural (um ateu pode acreditar em um mito), não se restringia a assuntos religiosos – qualquer coisa é passível de ser mistificada.

3. A *TEOGONIA* DE HESÍODO– O MITO FUNDAMENTAL DA MITOLOGIA GREGA

Os gregos antigos tinham como enciclopédia mitológica a *Teogonia*, elaborada por Hesíodo. A *Teogonia* foi uma obra milenar, que buscava explicar, através de mitos, a *theogonia*, em sentido técnico, *theos* = deus e *gonia* = geração, remetendo à genealogia dos deuses e à ordem do mundo (cosmogonia).[22] Que fique bem lumiado que não foi Hesíodo quem criou a mitologia grega; o que ele fez foi consolidar os mitos, transmitidos até então oralmente e com parcos textos escritos, adaptando-os e realizando criações próprias.

A *Teogonia* arquiteta de uma maneira próxima à cultura religiosa da Grécia Antiga, fazendo alusão a seus chamados "tempos heroicos". Ela faz parte do gênero dos poemas épicos. Seu mérito está em alicerçar os valores mais caros da religião grega em narrativas, de sorte que não é possível desmembrar a mitologia grega da *Teogonia*.[23]

Cabe ressaltar que Hesíodo não chegou como mais um poeta que queria narrar as histórias dos mitos,[24] tendo ele consolidado alguns existentes e criado/adaptado outros, perfazendo a obra *Teogonia*, que propunha ser o início de tudo na mitologia grega. Ou seja, a *Teogonia* projetava o pilar fundamental dessa crença que, embora com obtemperação não obrigatória, já estava visceralmente difundida na cultura e na religiosidade.[25]

---

a serem narrados em situações especiais (banquetes, comemorações, rituais, inaugurações, eventos artísticos, entre outros).

20 Agora bem, os valores sociais eram fundamentos racionais desses poemas épicos. Situações de coragem/covardia, força/fraqueza, amor/ódio, altruísmo/egoísmo, honestidade/falsidade, entre outras ações e sentimentos, serviriam para expor o espectador a pré-julgamentos do que é certo e errado, bom e mal.

21 O silogismo do mito seria: "quem é você para vir contestar um mito? O mito é a verdade divina/sobrenatural e você é um ser humano ordinário". Ademais de ressaltar os feitos históricos e homenagear ou degradar personagens, esses poemas épicos serviam para criar uma identidade histórico-cultural de um povo. A crença religiosa e a vida social eram neles abundantemente trabalhadas, de forma que isso auxiliava na sua aceitação.

22 Tanto Hesíodo quanto Homero são considerados, inequivocadamente, fundamentais para plasmarem os costumes gregos, especialmente pela construção detalhada feita em suas obras.

23 "Homero e Hesíodo tinham dado à Grécia suas narrativas. Ambos deram ao povo grego a sua enciclopédia inaugural. Dos mitos é que foram surgindo os outros gêneros e que depois tornariam profanos: desde seus albores o mito manifestou inclinação cotidiana, prática, integrativa. Assim nasceu a filosofia, vista anteriormente como filomitia. As artes plásticas, a arquitetura, a poesia ou a ciência também vinham dos deuses, eram o seu desdobramento prolongado. Os deuses não eram abstrações ou programas a priori. Eram relações da vida com si mesma, e como a vida tem extrema variedade, os divinos a manifestaram formas por meio de um prismatismo alucinante." (STEPHANIDES, Menelaos. **Teseu, Perseu e outros mitos**. Tradução de Janaina R. M. Potzmann; revisão técnica e notas de Luiz A. Machado Cabral. São Paulo: Odysseus, 2000. p. 166).

24 E, antes que se questione se qualquer pessoa poderia formular mitos para serem replicados socialmente, frise-se que Hesíodo era já um conhecido poeta, muito presente nas cortes. Ele, inclusive, criou um mito em que recebeu um cetro sagrado no Monte Helicon, das mãos das Musas, um presente divino que lhe concederia um *status* de autoridade outorgada pelos deuses para compartilhar os mitos.

25 Se nos for permitido uma analogia, uma aproximação de ideias, a teogonia é a Grundnorm, no sentido kelseniano, dos mitos gregos antigos. Ela cria uma lógica-transcendental, onde qualquer outro mito apenas pode ser válido no "ordenamento mitológico" quando de acordo com esse mito fundamental. Conseguintemente, os valores trazidos pelos mitos precisam passar, antes, pela assimilação com a teogonia.

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15108

O termo "teogonia" não pode ser adstrito apenas aos gregos antigos. É uma situação lógica para identificar uma conotação consentânea com a origem de algo ou alguém que ambiciona a veracidade, sem a episteme, não se limitando à obra em si. A ver.

O que é um mito, no sentido conotativo da língua portuguesa? É "algo ou alguém cuja existência não é real ou não pode ser comprovada; crença construída sobre algo ou alguém; mitologia [...]; ocorrência ou ação extraordinária, fora do comum, normalmente excessiva e deturpada pela imaginação ou pela imprensa".[26] Na acepção platônica, o mito é "a 'via humana mais curta' para a persuasão; em conjunto, seu domínio é representado pela zona que fica além do círculo estrito do pensamento racional, na qual só é lícito aventurar-se com suposições verossímeis".[27]

À guisa disso, a teogonia seria a ficção de criação de valores, superpoderes, a origem e os primórdios de um deus ou ser fora do contexto ordinário da natureza, a crença no surgimento de um ser que é típico de um mito.

Quando precisamos descobrir a origem, a criação, dos mais altos seres de um mito, os deuses ou figuras que se manifestam como se fossem seres fabulosos – heróis, entidades, monstros, sábios irrefutáveis, epopeicos políticos, etc. – e até mesmo instituições, *exempli gratia*, quando falamos de algum governo, órgão público, empresas ou formas de pessoas jurídicas, estamos a procurar a teogonia daquele ser mítico.[28] Então note que a teogonia é o mito que dará ensejo a outros. Ele pode ser utilizado para conferir poder de autoridade mítica, algo que lhe atribui um poder natural sobre outrem.

4. A DIDÁTICA DO MITO NA FORMAÇÃO SOCIOCULTURAL

Além de narrar fatos históricos sob a forma de mitos, de exaltar os valores socioculturais, os mitos também teriam o condão de descrever conceitos, com fitos educativos, focando na ontologia (*ontos* = ser e *logia* = estudo), teorizando o *ser* e as formas, a essência das coisas. Significa que a experiência com aquela crença foi escancarada no mito.[29]

Isso permite concluir que os mitos não estão restritos a repassar valores e fatos, também possuem assertivas ontológicas. Dessarte, já aparecem com uma ideia de *ontos* elaborada, bastando à pessoa agarrá-la. Esse é outro ponto atraente do mito: esbanja conhecimento pré-preparado de uma crença (aqui, religiosa).

No entanto, a teogonia não é filosofia, não é amor pelo saber. Ela se enquadra como vertente da teologia. A razão disso é primária: enquanto na filosofia o foco é o raciocínio, e não a fonte, na teologia o que importa, acima de tudo, é a fonte – deuses, anjos, espíritos, entidades, etc. A teologia parte do dogma, e a filosofia coloca o dogma em crise. Ou seja, enquanto a filosofia

26 DICIO. Dicionário Online de Português. **Significado de mito.** Disponível em: https://www.dicio.com.br/mito/. Acesso em: 26 de agosto de 2021.

27 ABBAGNANO, p. 784.

28 Ora, de onde esse ser adquiriu poderes divinos? De que maneira ele aparece no contexto mitológico? Por que devemos exaltá-lo? Como ele surge ou, senão, quando ele se torna extraordinário?

29 Particularmente, para fins ilustrativos, no poema épico "Os Trabalhos e os Dias", de Hesíodo, é possível coletar uma noção de justiça, isto é, *diké*, que não apenas conta uma história, mas também educa o leitor. Nessa obra, a justiça passa a ser vista como um valor que precisa ser almejado para se chegar à glória divina. São vários relatos míticos onde os heróis fazem grandes feitos e são premiados com a justiça divina. A *eris* (luta) precisa servir para a busca pela *diké*, um feito que enobrece o homem (DE CICCO, Cláudio. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 46-49).

instiga a pessoa a exercitar o raciocínio, a duvidar, a questionar o mundo, a teologia já vem com uma definição que não pode ser refutada, isso porque a sua fonte é inconteste em razão de ser divina.

Então, podemos dizer que a filosofia é não se contentar com a "superfície", é "insatisfação", é renascer problematizando as mais variegadas questões possíveis.[30] Diferentemente desta característica didática do mito, de trabalhar com dogmas inquestionáveis, a filosofia questiona, por que ela não se dá por satisfeita com aquela ideia. Podemos identificar essa ressureição contra os mitos na obra de Platão, *As Leis*, no Livro X, 886.[31]

Paradoxalmente, se a intenção do mito era criar uma verdade inquestionável devido à sua fonte, isso pode ter incentivado a formação da filosofia ocidental. Imagine que desafio seria enfrentar um mito! Esse é o momento de ascensão da cosmologia[32].

Essa cosmologia teve exórdio com "o abandono do mito e pela tentativa de encontrar uma explicação racional ou natural do mundo. É a fase representada pela filosofia pré-socrática".[33] Timidamente, os filósofos foram deixando de lado as explicações míticas para produzir suas próprias ideias. Considera-se que tudo começou na filosofia ocidental, com Tales de Mileto, para quem "passa-se a buscar explicações nas próprias coisas, entre as quais passa a existir um laço de causalidades e constâncias de tipo geométrico", sem prejuízo de que "o surgimento dessa nova filosofia-saber não significou imediato e completo abandono da atitude religiosa diante de coisas e fenômenos".[34]

Alguns adotavam a mitologia com mais intensidade, enquanto outros, com menos. Alguns chegam a contrariar a própria *Teogonia* de Hesíodo, como o fez Parmênides (que acreditava ser o mundo feito de ilusão e que somente com o pensamento poderia se chegar à realidade). Outros, como Empédocles, se apropriavam, até com certa ênfase, da Teogonia (embora esse filósofo tenha morrido ao tentar provar ser um deus, se atirando em um vulcão), mas, em sequência, propunham suas teses, ocasionalmente contrárias a algum mito (no caso de Empédocles, notoriamente a de que toda a matéria era composta de quatro elementos – água, terra, ar e fogo).

Portanto, os mitos, a teogonia, tem como objetivo de já trazer uma verdade pronta e inquestionável. Isso pode ser muito confortável para o espectador, que eventualmente não suporta viver com incertezas, mas, por outra via, oblitera a epistemologia. Ele se apropria da figura de poder da autoridade mítica para garantir o selo de veracidade. Só que, por conveniência, o mito também instiga as pessoas a questionarem a sua verdade e, por conseguinte, a desenvolverem uma busca científica.

30 MENDONÇA, Jacy de Souza. **Estudos de filosofia do Direito**. São Paulo: LEUD, 1983. p. 2-3.

31 O que identificamos nesse diálogo entre o estrangeiro e o ateniense é que o mito serve para oferecer uma sintonia entre os homens, o que facilitaria, em um primeiro momento, a aceitação das leis. No entanto, por outro lado, fica claro que a lei precisa da filosofia para se tornar um instrumento eficaz da defesa dos direitos e da assimilação com a realidade, coisa que o mito não pode oferecer (PLATÃO. **As leis, ou legislação e epinomis**. Tradução de Edson Bini. 2. ed. rev. Bauru, SP: Edipro, 2010. p. 398 e ss.)

32 Isto é, a filosofia da natureza, que queria explicar o mundo (o que somos, de onde viemos, como é a vida após a morte, etc.) sem o apego (pelo menos, não da mesma forma exagerada como outrora) tradicional a aspectos religiosos.

33 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos de Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 251.

34 WATANABE, Lygia Araujo. **Aspectos da história da filosofia**. *In:* CHAUÍ, Marilena et. al. Primeira filosofia: lições introdutórias. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 17/19.

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15108

5. A IDEIA DA JUSTIÇA NA TEOGONIA

Por que existiam mitos que versavam sobre questões atinentes ao senso de justiça? Precisamente porque a justiça se funda em um direito igualitário que, para os povos antigos, era uma ordem de convivência social, de formação da *polis*.

Não há como negar, com todo o respeito aos pensamentos divergentes, a relação medular entre justiça, moral e direito (aqui não nos aprofundaremos nisso, pois partimos do pressuposto). O mito é condão da moral humana. Deduzindo, ele está ligado à justiça e ao direito. Não há como se afastar as ideias de *justiça* e *mito*, ainda mais na Grécia Antiga. Finca-se o ideal da justiça mitológica grega antiga na *Teogonia*.

Antes de mais nada, sem embargo da valiosíssima contribuição dos gregos antigos para a formação de sistemas de leis e de princípios de direito, não havia naquela época a figura do *jurista*.[35] Ocorre que legisladores, juízes, oradores, operadores do direito ou qualquer outra figura de alguma forma relacionada não tinham conhecimento específico e técnico para tal (ainda não havia essa noção). Quando realizavam alguma ação envolvendo o direito, faziam-no como um apêndice de outras ciências – política, sociologia, religião, e por aí vai,[36] atividade jurídica que se desenvolvia com base na prática dos mestres da retórica, sacerdotes, oráculos, militares, políticos e de todos aqueles cuja função envolvesse propriamente o direito. Por essa razão, não basta estudar o direito da Grécia Antiga: é preciso estabelecer a correlação com essas outras ciências.

Os mitos traziam uma visão de justiça que os seus espectadores viriam a aceitar ou não.[37] A mitologia era uma representação de uma moral para boa porção das pessoas na Grécia Antiga, e a *Teogonia* era a gênesis disso. Elas estudavam as seguintes relações: *deus-deus*, *deus-homem*, *homem-homem*. Porventura, existiam algumas variações possíveis, como a figura de Héracles, que viria a se tornar um semideus. No entanto, a regra era: na relação *deus-deus* (havia uma escala de importância de deuses, não havia $d=d$, sendo mais correto dizer $d' > d$), estabelecer-se-iam princípios e regras matriciais para dirimir conflitos; na relação *deus-homem* ($d > h$), a divindade sempre possuía uma posição de supremacia, subjugando o homem naquilo que é destinado à ordem mortal; na relação *homem-homem* ($h^d > h$, sendo o ^{d} que indica sob proteção, inspiração ou intervenção divina), geralmente[38] os mitos enfatizavam a justiça divina para os homens que se pautassem nos valores estabelecidos pelos deuses. Ou seja, o universo da conjuntura é representado da seguinte maneira: U = universo mitológico, sendo T (teogonia) → U. Nesse universo haveria conjuntos ordinários (O), contidos dentro de conjuntos extraordinários (E). Portanto, analisando racionalmente, o cavalo é um ser que se enquadra, *a priori*, no conjunto ordinário. Por sua vez, o universo mitológico pode contemplar um cavalo ordinário (aqui representado por "ι"), contudo, também pode prever a existência de um cavalo voador, *Pegasus* (aqui como "*Π*"), criatura que se enquadra no conjunto extraordinário. O conjunto extraordinário, muito embora possa prever

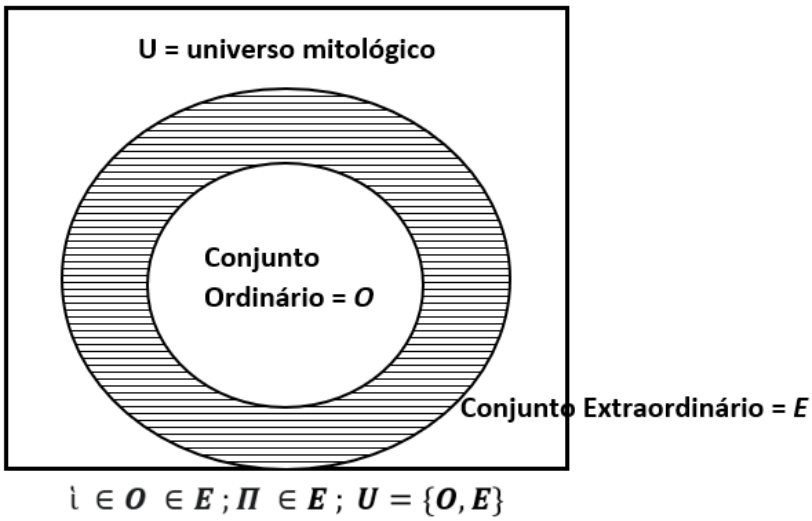
35 Em tempo, não é o caso também de dizer que se tratava de pessoas leigas ou com conhecimento vulgar de direito.

36 ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. Barcelona: Ariel Derecho, 2012. p. 239.

37 Havia idiossincrasias e questões sistemáticas quanto à posição da autoridade mítica, até que ponto isso influenciava a noção de justiça da pessoa.

38 É possível encontrar exceções, embora o normal fosse isso.

qualquer objeto, para possuir sentido precisa partir de uma base ordinária.



Fonte: DE CICCO, 2017

Nesse contexto, qual é a importância da teogonia para a ideia de justiça? É que ali se faz o embrião da crença religiosa, ainda que não trate rigorosamente dos valores. Se as crenças fossem essencialmente diferentes, a ponto de traçar rumos morais discrepantes, evidentemente que a teogonia seria bem diferente e, por consequência, toda a mitologia.[39]

O firmamento da justiça era o escrúpulo dos deuses, que por efeito projetava-se sobre a vida terrestre ou até mesmo no plano divino. Veja o que aconteceu com Afrodite, ao trair Heféstos com Ares, com Poseidon, ao perder a disputa democrática com Atenas para nomear a cidade de Cecrópe (nome anterior da cidade com nome da deusa), ou quando Hera tinha de acatar a superioridade de Héracles. Isso tudo não foi escrito ao acaso, são narrativas com lastro da moral coletiva que ensinam valores e conceitos relacionados ao ideal de justiça.

Por isso, vale a lição de Tercio Sampaio Ferraz Jr.[40] ao dizer que, no chamado "direito arcaico", aquele baseado no princípio do parentesco, "o direito é a ordem *querida* (e não *criada*) por um deus. Como não é uma ordem criada, mas querida, o direito obriga tanto o homem como a divindade, que o defende, o impõe, mas não o produz nem o modifica".

Mas o que são os mitos senão uma ilustração da moral daquela sociedade (evidentemente que dentro de um âmbito sociocultural)?[41] O assentamento moral da justiça não era uma simples replicação análoga dos mitos. O correto a dizer é que a moral incide para a idealização da justiça através dos mitos que, por sua vez, influi sobre a moral de outrem. Então, o mito é um instrumento formador de moral, ao mesmo tempo em que se forma dela (relação de simbiose alternada), porém, a moral também absorve conceitos que não são mitológicos. Não obstante, a moral que ajudou na formação do mito pode contrastar com outra moral.

39 Até é possível comparar, em porções, a mitologia grega com a egípcia, a suméria e a fenícia devido à forte influência do Oriente naquele lado do Mediterrâneo. Sem embargo, se comparar a mitologia grega com a nórdica ou a chinesa, ver-se-á imediatamente que há diferenças cabais entre os deuses, a justiça divina e os costumes em um espectro geral.

40 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 30.

41 Sob a ótica aristotélica, "através do ato moral que possibilita o direito, almeja-se a justiça" (LITRENTO, Oliveiros. **Um estudo de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Rio, 1974. p. 20).

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15108

Assim, se considerarmos que a justiça reza no compromisso social, na temperança, na honestidade, no sentimento de igualdade, de retribuição, entre outros elementos do que é ser justo, os mitos impactam fortemente nesse juízo do indivíduo e da sociedade, afinal, estão dentro de uma moralidade coletiva, que encontra palanque nessas crenças. Nesse diapasão, explica Werner Jaeger, em *Paidéia*,[42] que a figura mítica de *diké* tinha uma função social ímpar, além de ser algo meramente cultural.

Não parece correto, assim, postular o erro frívolo de que os mitos eram nocivos por obliterarem a *episteme* do que é justo. Realmente o mito influencia a moral das pessoas, mas não propõe ser a justiça nem o direito, nem substitui qualquer lei positiva. Ele pode ser manifestado através das valorações prévias.[43] É possível que o direito seja imoral, situação em que estaríamos diante de um ato de arbítrio, apenas elevando o poder da autoridade. Isso não altera a validade do direito, da norma ou da sentença.

No entanto, é bem verdade que a moral anda lado a lado com o direito, existindo até alguns pensadores gregos antigos, como Platão e Aristóteles, que consideravam a existência de uma divisão entre lei natural e lei dos homens.[44] Ainda assim, a moral não possui coercibilidade, heteronímia e atributividade, tampouco se equipara ao direito. Nada impede, porém, que a justiça seja analisada tanto sob o prisma do direito quanto da moral. Mais ainda, nada obsta que, na cadeia de valor do direito, a moral exerça influência.

Na visão de São Tomás de Aquino quanto à justiça (subjetiva), "seu grau de excelência diz respeito à prática constante da ação virtuosa tendo em vista o bem de outrem. E é a partir da justiça que se chega ao direito e às leis".[45] Para Jean Dabin,[46] a justiça não se exprime pela vocação de uma "sociedade política e de lei civil", mas da busca do bem, ao passo que o homem somente pode "ser bom e honesto" quando justo.

O mito não é a justiça, ele não ameaça, *per se*, a idealização da justiça, mormente da justiça subjetiva. O que ele faz é oferecer uma explicação viável, através da veracidade ínsita da mistificação, e condições morais de se solucionar qualquer celeuma em torno da justiça. Sucede que a ideia de justiça pode se basear no mito, assim como pode tomar como supedâneo uma moral que nega os conceitos mitológicos, a política e a filosofia.

Repisemos, contudo, o trecho de *Diálogos*, 886c, de Platão. A justiça baseada no mito pode estar contaminada, eivada de vícios intrínsecos, porque afasta essa filosofia de pensar na vida social, do bem individual e coletivo. Inicialmente, a justiça com base mitológica serve para agradar as tradições, a cultura e os deuses, o que não parece ser apropriado à busca do equilíbrio. Vide o

42 "A exigência de um direito igualitário constitui a mais alta meta para os tempos antigos. Forneceu uma medida para decidir as questões sobre o "meu e teu", e dar o seu a seu dono. Repete-se aqui, na esfera jurídica, o problema que na mesma época encontramos na esfera econômica e que levou à fixação de normas de peso e medida para intercâmbio de mercadorias. Procurava-se uma 'medida' justa para a atribuição do direito e foi na exigência de igualdade, implícita no conceito de dike, que se encontrou essa medida." (JAEGER, Werner Wilhelm. **Paideia:** a formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 93.)

43 Cf. ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** 11. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 46-47.

44 REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 593-599.

45 RAMPAZZO, Lino; NAHUR, Március Tadeu Maciel. **Princípios jurídicos e éticos em Tomás de Aquino**. São Paulo: Paulus, 2015. p. 144.

46 DABIN, Jean. **Teoria geral do direito**. Tradução Cláudio A. Rodrigues, revisão técnica e apresentação Márcio Puglisei. 1. ed. São Paulo: Icone, 2010. p. 298.

caso da ordália, que é uma "forma arcaica de apuração da verdade nos julgamentos", considerando fatores religiosos (míticos), método conhecido como "*Juízo de Deus*".[47] Isso favorece a veracidade da crença religiosa. A justiça, por estar completamente direcionada pela verdade imposta pelo mito, acaba sendo cúmplice de sua dinamicidade.[48]

Por outro lado, a ideia de justiça lastreada na mitologia não é errada *per se*.[49] . É bem verdade que ela entorpece a mira no momento da aplicação de valores. Contudo, não significa que, necessariamente, leve o intérprete unicamente a entendimento errático. Para fins didáticos, se partirmos da premissa de Aristóteles[50] de que a justiça, em sua forma genérica, é o ato voluntário de desejar o justo para outra pessoa, destacando a necessidade de cumprir a lei e ser probo; a lei precisa objetivar esse fito. Portanto, a lei, dentro dessa vereda, somente pode ser considerada como tal quando possui um conteúdo que almeja o justo.[51]

6. ANÁLISE DA VISÃO MITOLÓGICA DE JUSTIÇA DE ALGUNS CASOS

A seguir, para colocarmos em exercício o conhecimento tratado, vamos expor duas histórias que retratam visões de justiça no âmbito da mitologia. As reflexões sobre se realmente foram justas ou não ficam por conta do leitor

6.1. O mito de Prometeu

Prometeu[52] era um titã artista com poderes especiais. Um dia, foi incumbido por Zeus de criar animais para cultuarem os deuses. Prometeu nunca escondeu bem sua carência de identidade com os olímpicos. Ao criar esse animal, o homem, o fez de maneira a afrontar os deuses, dando-lhe aparência física semelhante aos olímpicos. Houve uma disposição de conceder-lhe atributos, por parte de Prometeu e Atenas. Os seres humanos eram, além de uma criação de Prometeu, sua paixão em vida – tinha um fortíssimo apego por sua obra, orgulhando-se de suas existências e provendo o melhor para eles, com extremo zelo e carinho.[53]

Em determinada circunstância, Prometeu aplicou uma peça em Zeus, ao esconder-lhe

47 ACQUAVIVA, Marcus Claudio. **Dicionário jurídico Acquaviva**. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2011. p. 615.

48 A substituição da justiça mitológica para a justiça racional pode ser exprimida na troca de Themis, a justiça consanguínea, intrafamiliar, da vingança, por *Diké*, onde se privilegiava a proporcionalidade, a razoabilidade, a isonomia e a retribuição por meio da compensação.

49 Considerando o senso do ser justo.

50 ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** Tradução de Torrieri Guimarães. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 103 e ss.

51 "Embora Aristóteles acredite que a lei seja um instrumento por meio do qual a cidade-Estado é direcionada para o bem comum, ou através do qual uma classe dominante de alto nível dirige a cidade, pode haver leis que, apesar de sancionadas, não cumprem sua finalidade" (MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução de Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 56).

52 Era filho do titã Japeto e de Clímene. Tinha habilidades de cerâmica notabilíssimas, superando qualquer outro ser. Era um titã que, em um primeiro momento, escolheu a neutralidade na Titanomakhia, a guerra entre os deuses olímpicos e os titãs, mas que, percebendo a eminente vitória dos segundos, passou a ser aliado de Zeus (numa postura que pode ser considerada oportunista) (ABRÃO, Bernadette Siqueira; COSCODAI, Mirtes Ugeda (org.). **Dicionário de mitologia**. São Paulo: Best Seller, 2000. p. 253-254).

53 FRANCHINI, A. S.; SEGANFREDO, Carmen. **As 100 melhores histórias da mitologia:** deuses, heróis, monstros e guerras de tradição greco-romana. 9. ed. Porto Alegre: L&PM, 2007. p. 207-210.

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15108

a partilha considerada boa de um boi, as carnes e as estranhas, entregando-lhe os ossos com gordura.[54] Percebendo que havia tido sua soberania maculada, Zeus decidiu se vingar dele e dos homens, tolhendo o segredo do fogo aos humanos, o que faria com que a qualidade existencial destes decaísse vertiginosamente.

Profundamente doído pela sorte de suas criações, Prometeu, com o auxílio de Atenas, acaba furtando um pedaço de galho em chamas da oficina de Hefesto para entregar aos homens. A história de Prometeu possui um desenrolar envolvendo Pandora, Héracles, entre outros personagens míticos.

Interessa-nos o desfecho de Prometeu: quando Zeus descobriu a nova traição, a insubordinação desse titã, acorrentou-o em uma montanha fria no Cáucaso e condenou-o a passar a eternidade ali, tendo pedaços de seu fígado comidos diariamente por uma ave de rapina. Esse órgão se regenerava todos os dias, o que criava um ciclo repetitivo de tortura.

Façamos a seguinte pergunta: por que os gregos antigos veneravam Zeus, ao invés de Prometeu? Foi Prometeu quem se sacrificou pelos humanos, que adotava uma posição de amor a esses animais, feitos à semelhança dos deuses. Em oposição, Zeus intencionava deixar todos ao obscuro pálio prévio da civilização. Isso não é irônico?

Essa situação um tanto paradoxal é bem elucubrada por Nietzsche,[55] que se indigna como essa história mítica trágica pode ser explicada pela conjugação entre a verdade apolínia e a verdade dionisíaca. É essa reconciliação que fascina o filósofo, que chama a atenção para a criação da tragédia.[56]

Pois bem, Hugh Lloyd-Jones[57] possui a resposta, que para nós parece ser correta: porque os gregos mantinham com os deuses uma relação dominado-dominador. Porque os deuses eram fortes e os homens não tinham chance contra eles. Isso incendiava um fascínio ao mesmo tempo que um temor por parte dos hominídeos. É o controle, o poder dos deuses, sendo inaceitável contrariá-los.

Parece que a visão de justiça contida nesse mito da *Teogonia* insta a) lapidar a submissão do ser humano aos deuses; b) demonstrar que os seres humanos são oriundos de uma espécie de "pecado original" ou "trapaça contra os deuses", amealhando uma culpa impagável; c) o amor pela

54 Há uma cizânia sobre se isso teria sido uma brincadeira de mau-gosto ou uma afronta ardilosa, assim como há uma divergência a respeito de se Zeus já sabia desse engodo ou foi pego de surpresa.

55 "[...] o homem, alçando-se ao titânico, conquista por si a sua cultura e obriga os deuses a se aliarem a ele, porque, em sua autônoma sabedoria, ele tem na mão a existência e os limites desta. O mais maravilhoso, porém, nesse poema sobre Prometeu, que por seu pensamento básico constitui o próprio hino da impiedade, é o profundo pendor esquiliano para a justiça: o incomensurável sofrimento do 'indivíduo' audaz, de um lado, e, de outro, a indigência divina, sim, o pressentimento de um crepúsculo dos deuses, o poder que compele os dois mundos do sofrimento à reconciliação, à unificação metafísica - tudo isso lembra, com máxima força, o ponto central e a proposição principal da consideração esquiliana do mundo, aquela que vê a Moira tronando, como eterna justiça, sobre deuses e homens. Dada a espantosa audácia com que Ésquilo coloca o mundo olímpico nos pratos da balança da justiça, devemos ter presente que o heleno profundo dispunha, em seus Mistérios, de um substrato inamovivelmente firme de pensar metafísico e que podia descarregar nos Olímpicos todos os seus acessos céticos. O artista grego, em especial, experimentava com respeito às divindades um obscuro sentimento de dependência recíproca e precisamente no Prometeu de Ésquilo tal sentimento está simbolizado. O artista titânico encontrava em si a crença atrevida de que podia criar seres humanos e, ao menos, aniquilar deuses olímpicos: e isso, graças à sua superior sabedoria, que ele, em verdade, foi obrigado a expiar pelo sofrimento eterno" (NIETZSCHE, Friederich. **O nascimento da tragédia, ou helenismo e pessimismo**. Tradução, notas e posfácio de J. Guinsburg. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 66).

56 "Trágico é o conflito insolúvel do indivíduo que luta e sofre contra o curso inevitável do mundo, sem conseguir viver completamente nas aparências, e sem lograr a salvação no fatalismo dionisíaco, com suas dores e prazeres primordiais" (ARALDI, Claldemir Luís**. O conflito trágico entre arte e verdade no pensamento de Nietzsche**. Revista Trágica: Estudos sobre Nietzsche, v. 1, n. 2, p. 48, 2º semestre de 2008).

57 LLOYD-JONES, Hugh. **Zeus, Prometheus and Greek Ethics**. Harvard Studies in Classical Philology, v. 101, p. 49-72, 2003. p. 70.

raça humana não pode superar o amor pelos deuses; d) não se questiona as ordens dos deuses; e e) que a justiça divina é ditada pelos deuses.

6.2. O mito de Esculápio

Esculápio[58] é considerado, escolarmente, como o patrono da medicina e mestre dessa ciência. Logo, seu conhecimento rendeu-lhe ressuscitar os mortos.[59] Isso porque ele estava realizando verdadeiros milagres para impedir que as pessoas morressem em definitivo, o que acabava por impedir o fluxo de mortos ao Tártaro. Nunca houve essa situação previamente, o que pegou de surpresa os integrantes do Reino de Hades.

Um dia, Caronte, o barqueiro que conduzia as almas dos mortos até o submundo, na famigerada viagem pelo Rio Estige (*Styx*), foi sustentar uma reclamação perante Zeus. Disse que Esculápio havia criado uma enorme confusão ao encetar essa ressuscitação de mortos, o que impedia o abastecimento de almas ao Reino de Hades, a Morada das Sombras.[60] A Morte[61] estava perdendo o brio e a própria essência.[62]. Apesar das refutações temerárias de Apolo, pai de Esculápio, Zeus chegou à conclusão de que realmente a ressuscitação de mortos deveria cessar, sob pena de causar um descalabro e uma possível rixa entre os dois irmãos (ele e Hades).

Pediu para que Hermes encomendasse dos ciclopes o raio mais fulminante que pudesse. Hermes, por sua vez, entendeu a pretensão de Zeus e até esboçou um desconcerto, uma lástima. No entanto, nada poderia fazer senão obedecer ao patrono dos olímpicos. Zeus chegou a dizer "desculpe, meu neto, mas não havia outro jeito, [...] você estava prestes a provocar uma revolução na terra, no céu e nos infernos...".[63] E prosseguiu com a morte do rapaz. Como uma espécie de contrapeso, Zeus transformou-o em uma constelação no céu, registrando sua glória eterna.

O apolíneo da questão seria a ordem, a forma como o mundo funciona, em que as pessoas precisam morrer e a busca pela vida eterna pode fragmentar o equilíbrio natural. Já o dionisíaco é a morte de Esculápio por atentar contra essa ordem. O fim trágico e chocante (o próprio avô mata o neto subitamente, sem uma proporcionalidade) de Esculápio foi necessário para demonstrar aos gregos antigos a importância desse ciclo da vida. O mito ensina que cabe aos deuses o equilíbrio da ordem natural. A justiça divina ocorreu de forma capital, porque era um bem necessário para o mundo. No entanto, Zeus, o fiel da justiça divina, reconheceu o mérito que tinha Esculápio, tornando-o uma constelação. O fato de Esculápio ter virado uma constelação implica que os humanos precisam se contentar com a justiça divina, ainda que

58 Era um homem, filho de Apolo, que foi criado pelo douto centauro Quirão. O centauro lhe ensinou a ciência médica com bastante brilhantismo, uma das características marcantes da sapiência deste ser mitológico. Esculápio acabou não apenas aprendendo com louvor os ensinamentos de seu mestre, mas também chegou a desenvolver suas próprias descobertas.

59 ABRÃO, Bernadette Siqueira; COSCODAI, Mirtes Ugeda (org.). **Dicionário de mitologia**. São Paulo: Best Seller, 2000. p. 120.

60 Caronte utilizou o a ironia ao se referir a um mundo sem velórios, inviável para a manutenção da ordem social e natural do mundo.

61 Por amor ao debate há de se admoestar que, para os gregos, era Tánatos, masculino, enquanto, para os romanos, era a deusa Mors.

62 FRANCHINI, A. S.; SEGANFREDO, Carmen. **As 100 melhores histórias da mitologia**: deuses, heróis, monstros e guerras de tradição greco-romana. 9. ed. Porto Alegre: L&PM, 2007. p. 259-261.

63 Ibidem, p. 261.

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15108

não pareça, aos olhos mortais, proporcional, razoável ou que outros caminhos menos duros pudessem ser tomados.

CONCLUSÃO

O mito envolve fatores socioculturais que auxiliam o ser humano em um processo natural de enfrentamento da realidade, ainda que não conte com a busca científica para uma explicação. Isto é muito importante para a civilização em momentos em que as ciências naturais não estão desenvolvidas, ainda, a ponto de oferecem respostas plausíveis para estes mistérios. Assim, o mito vem a calhar para suprir esta ausência.

Como vimos, a ideia justiça pode ser influenciada, mas não controlada, pela mitologia. Como a mitologia possui uma carga moral muito grande, pode induzir o processo de criação do direito e a busca do sentido da justiça. Embora a justiça com arrimo na crença religiosa não seja automaticamente injusta, acaba admitindo um risco no qual pode deturpar os valores que fazem parte do justo e sua aplicação.

Felizmente, com o decorrer dos anos, a ciência do direito foi tomando cena em estudos acadêmicos, o que permitiu uma maior desenvoltura sobre a ontologia da justiça. À medida que mais se estudavam os conceitos, atingiam-se ideias que substituíam o mito pelas experiências do conhecimento, reflexões racionais, lógica justificada.

Isso significa que é importante separar o mito da religião não por conta de seu exoterismo/misticismo, mas porque ele pode vedar o fluxo da razão. Ele acaba obliterando o caminho do raciocínio crítico para buscar validações dos argumentos. Quando o mito tomar o lugar da busca da verdade e da justificação, interrompe o curso de desenvolvimento humano.

O conceito de justiça é diretriz das mais diversas ramas das ciências sociais e jurídicas e, ao ser embriagado por fatos que são verdades absolutas e incontestáveis, que sequer podem ser destrinçados sem ofender a autoridade mítica, acarreta um abalo muito grande na estabilidade da sociedade e do Estado.

Porém, enquanto a ciência ainda for insuficiente para explicar fenômenos que sejam de interesse do homem, ainda haverá espaço para a performance do mito (e isto não se limita, obviamente, à Grécia Antiga), em sua acepção técnica. Não é algo necessariamente ruim (há, inclusive, uma utilidade sociocultural), mas, precisa ser sopesado devidamente pela sociedade e pelo Estado para não comprometer a busca da justiça.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos de Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

ABRÃO, Bernadette Siqueira; COSCODAI, Mirtes Ugeda (org.). **Dicionário de mitologia**. São Paulo: Best Seller, 2000.

ACQUAVIVA, Marcus Claudio. **Dicionário jurídico Acquaviva**. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2011.

ARALDI, Claldemir Luís. **O conflito trágico entre arte e verdade no pensamento de Nietzsche**. Revista Trágica: Estudos sobre Nietzsche, v. 1, n. 2, p. 48, 2º semestre de 2008.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Torrieri Guimarães. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

ATIENZA, Manuel**. El sentido del Derecho**. Barcelona: Ariel Derecho, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CARDOSO, Ciro Flamarion S. **A cidade estado antiga**. São Paulo: Ática, 1985.

CHAUÍ, Marilena. **Filosofia**. Ática: São Paulo, 2002.

CUNHA, Alexandre Sanches da. **Manual de Filosofia do Direito**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

CUNHA, José Auri**. Filosofia**: investigação filosófica. São Paulo: Atual, 1992.

DABIN, Jean. **Teoria geral do direito**. Tradução de Cláudio A. Rodrigues, revisão técnica e apresentação Márcio Puglisei. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2010.

DE CICCO, Cláudio. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DICIO. **Dicionário Online de Português**. Significado de mito. Disponível em: https://www.dicio.com.br/mito/. Acesso em: 26 de agosto de 2021.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 11. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio**. Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FRANCHINI, A. S.; SEGANFREDO, Carmen. **As 100 melhores histórias da mitologia**: deuses, heróis, monstros e guerras de tradição greco-romana. 9. ed. Porto Alegre: L&PM, 2007.

FUNARI, Pedro Paulo. **Grécia e Roma**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2006.

GIRARD, René. Shakespeare. **Teatro da Inveja**. Tradução de Pedro Sette-Câmara. São Paulo: É Realizações, 2010.

HARRISON, Jane Ellen**. Themis**: study of the social origins of greek religion. Reino Unido: Cambridge University Press, 1912.

JAEGER, Werner Wilhelm. **Paideia**: a formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

LEÃO, Delfim F. **A globalização no mundo antigo**: do polites ao kosmopolites. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2012.

LITRENTO, Oliveiros. **Um estudo de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Rio, 1974.

LLOYD-JONES, Hugh. **Zeus, Prometheus and Greek Ethics.** Harvard Studies in Classical Philology, v. 101, p. 49-72, 2003.

MENDONÇA, Jacy de Souza. **Estudos de filosofia do Direito**. São Paulo: LEUD, 1983.

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15108

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução de Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

NIETZSCHE, Friederich. **O nascimento da tragédia, ou helenismo e pessimismo**. Tradução, notas e posfácio de J. Guinsburg. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

PLATÃO. **As leis**, ou legislação e epinomis. Tradução de Edson Bini. 2. ed. rev. Bauru, SP: Edipro, 2010.

RAMPAZZO, Lino; NAHUR, Március Tadeu Maciel. **Princípios jurídicos e éticos em Tomás de Aquino**. São Paulo: Paulus, 2015.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

STEPHANIDES, Menelaos. **Teseu, Perseu e outros mitos**. Tradução de Janaina R. M. Potzmann; revisão técnica e notas de Luiz A. Machado Cabral. São Paulo: Odysseus, 2000.

WATANABE, Lygia Araujo. **Aspectos da história da filosofia**. In: CHAUÍ, Marilena et al. Primeira filosofia: lições introdutórias. São Paulo: Brasiliense, 1986.

Recebido em: 06.06.2023
Aprovado em: 10.07.2023
Última versão do autor: 27.12.2023

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):
MASSARO, R. L. S. R. **A ideia de justiça baseada na mitologia**. JURIS - Revista da Faculdade de Direito, 32 (1). https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15108.

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

A Lei nº 14.022/2020 como medida de enfrentamento de violência doméstica e familiar durante a pandemia e sua contribuição na ODS – 16 da agenda 2030 da ONU

Anderson Hening [1]
Fundação Universitária Regional de Blumenau FURB
E-mail: ahening@furb.br

Profa. Dra. Lenice Kelner [2]
Universidade Regional de Blumenau – FURB
E-mail: kelner@furb.br

Resumo: A pandemia causada pelo Covid-19 trouxe muitos impactos na vida das pessoas no mundo inteiro. Dentre essas mudanças, a que mais se pode vivenciar foram as medidas de isolamento social, com a finalidade de dificultar a propagação do vírus. Diante da situação e das reações sociais, pode se observar o crescente número de casos de violência doméstica e familiar, contra mulheres, crianças ou adolescentes, idosos ou pessoas com deficiências. Como objetivo geral a pesquisa busca avaliar a Lei nº 14.022/2020 que estipula alguns atendimentos como essenciais para prestar apoio e facilitar o acesso à estas vítimas. Portanto se buscou analisar de que forma essas medidas contribuíram para o desenvolvimento sustentável global, a partir da Meta 16.1 do ODS-16 da agenda 2030 da ONU. O método de pesquisa empregado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica e documental

Palavras-chave: lei 14.022/2020; violência doméstica e familiar; pandemia; ODS - 16; agenda 2030.

Law nº. 14.022/2020 as a measure to confront domestic and family violence during the pandemic and its contribution to SDG 16 of the UN'S 2030 agenda

Abstract: The pandemic caused by Covid-19 brought many impacts in peoples life all over the world. Among all this changes, the most vivid one was the social isolation measures, in order to hinder the spread of the virus. Inview of the situation and the social reactions, we can observe the growing number of cases of family and domestic violence against women, children, teenagers, elderly or people with disabilities. As its main goal, the research seeks to evaluate the

1 Mestrando em Direito Público e Constitucionalismo pela Fundação Universitária Regional de Blumenau FURB. Especialista em Docência no Ensino Superior pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (2020). Especialista em Direito Trabalhista pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (2019). ORCID: https://orcid.org/0000-0002-8780-6749 . Lattes CV: http://lattes.cnpq.br/9526039327566742 . E-mail: ahening@furb.br

2 Pós-doutora em Criminologia pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Doutora em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVAL. Professora Permanente do Programa de Mestrado em Direito e da Graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau - FURB. Advogada. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7553-1514. Lattes CV: http://lattes.cnpq.br/4001810436460227. E-mail: kelner@furb.br

law 14.022/2020, which one stipulates some essential services to provide support and to facilitate access to this victims. Therefore it was intended to analyze how this measures contributed to the global sustainable development bases on goal 16.1 of the SGD-16 of 2030 UN agenda. The research method that was used was the hipotetical-deductive and done by using bibliographic and documental reserarch technique.

Keywords: law 14.022/2020; family and domestic violence; pandemic; SGD-16; UN Agenda 2039.

Sumário: 1. Introdução **2.** A lei nº 14.022/2020 como medida de enfentramento de violência doméstica e familiar **3**. Paz, Justiça e instituições eficazes – ODS 16. **4**. Contribuições da lei nº 14.022/2020 no objetivo de desenvolvimento sustentável - ODS 16 da ONU. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A pandemia do Covid-19 impactou a vida de milhões de pessoas no mundo inteiro, causando a morte de quase 15 milhões de pessoas em todo o mundo, conforme dados da organização Mundial da Saúde (OMS). Foi muito sofrimento, hospitais lotados, com perdas de vidas, parentes, amigos, acrescentando ainda as pessoas que ficaram com sequelas decorrentes da contaminação do vírus e de períodos muito grandes de internação hospitalar.

Surgiu de forma emergente a necessidade de criar políticas públicas de enfrentamento a esse vírus, desta maneira, os governos de todo o mundo se reuniram para pensar em estratégias de combater esse vírus mortal. As principais medidas se deram por meio de leis, decretos, atos normativos etc., que buscaram regulamentar a maneira de viver em sociedade durante o período da pandemia.

Entre todas as normativas criadas, a que mais se destacou foi uma das medidas que decretava o isolamento social, que por medida de segurança foi visto como uma maneira de evitar a propagação do vírus, sendo assim, as pessoas foram proibidas de circular, tendo que permanecer dentro de seus lares.

Em decorrência dessa medida muitas reações sociais puderam ser observadas, entre elas, o aumento dos casos de violência doméstica e familiar contra mulher, criança ou adolescente, idoso ou pessoa com deficiência. Porém, insta destacar que por si só, as medidas de isolamento não são as únicas responsáveis pelo aumento dos números de crimes domésticos.

Tendo em vista essa situação, foi homologada a Lei nº 14.022/2020 que atribuía a algumas funções o status de essenciais, que buscava facilitar o acesso aos canais de atendimento das pessoas vítimas dos crimes de violência doméstica e familiar, bem como deferir medidas protetivas de urgências via canais eletrônicos e ampliar e/ou fomentar o uso destes canais para realizar as denúncias.

Neste sentido se busca demonstrar os números de crimes cometidos durante o período

pandêmico e o número de medidas protetivas de urgências distribuídas e concedidas, para poder demonstrar como a Lei nº 14.022/2020 contribuiu para o desenvolvimento sustentável global, da Meta de número 16.1 da ODS-16 da agenda 2030 da ONU.

Por fim, demonstra que essas medidas foram importantes, e que o número de denúncias aumentou significativamente no primeiro ano de pandemia, oportunizando um maior acesso aos órgãos responsáveis por registrá-las e deferir as medidas protetivas de urgência.

1. A LEI Nº 14.022/2020 COMO MEDIDA DE ENFRENTAMENTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

A pandemia causada pelo Covid-19 assolou o mundo inteiro e foi responsável por milhões de mortes e por várias sequelas que ficaram nas pessoas. Diante dessa mobilização governos do mundo todo criaram, editaram, reanalisaram suas políticas públicas e leis para buscar conduzir de uma forma menos desastrosa os efeitos negativos causados pela pandemia.

De acordo com pesquisa realizada por um grupo de professores e mestrandos do Programa de Pós Graduação *Strictu Sensu* em Direito, na Fundação Universitária Regional de Blumenau-SC - FURB, com fomento da Fundação de Amparo a Pesquisa e Inovação – FAPESC, o qual possui um projeto de pesquisa que objetiva levantar, identificar e analisar as normas emitidas pelo Governo Executivo Federal nos anos de 2020 e 2021 e averiguar os impactos no ODS – 16 da agenda 2030, em que os autores fazem parte e este trabalho se remete como fruto deste projeto maior, pode demonstrar que o Governo brasileiro emitiu 4.757 normas federais durante o período de pandemia. A Lei nº 14.022/2020 foi uma das normas identificadas naquele período e é resultado desta pesquisa, cujo será objeto de análise neste artigo científico.

A referida lei é fruto do Projeto de Lei (PL) 1.291/2020, apresentado pela deputada federal Maria do Rosário (PT-RS) e por outras 22 integrantes da bancada feminina no Congresso. A qual, foi aprovada pela Câmara dos Deputados, sendo sancionada pelo Presidente Jair Bolsonaro em 07 de julho de 2020.

Esta lei modificou o Decreto nº 10.282/2020 e a Lei nº 11.340/2006, que respectivamente, definia medidas essenciais de enfrentamento durante a pandemia e altera alguns dispositivos da Lei Maria da Penha.

A necessidade da criação de medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência se deu decorrente da observação do aumento de número de crimes cometidos.

É importante destacar que, muito embora, durante a pandemia, devido as medidas de isolamento social, em que as pessoas foram obrigadas a permanecer em seus lares para evitar a proliferação de contágios, o número de casos de violência tenha aumentado, isso não significa que seja o isolamento social um fator predominante para esse tipo de crime.

Diante desta situação, a bancada feminina viu a necessidade de criar um projeto de lei que pudesse estipular alguns serviços como essenciais a proteção à mulher, idoso, criança ou adolescente em situação de violência durante a pandemia.

A Lei nº 13.979/2020, dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15149

pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. O art. 3º desta lei define que para o enfrentamento da emergência de saúde pública as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas, isolamento, quarentena, realização compulsória de determinados exames, uso obrigatórios de máscaras de proteção individual, estudo ou investigação epidemiológica, exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver, restrição temporária de locomoção, requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas e autorização para importação de medicamentos e equipamentos de saúde (BRASIL, 2020).

Observa-se que essas medidas possuem um caráter preventivo, como forma de eliminar a proliferação do contágio do vírus do Covid-19. Diante dessas medidas o que se pode observar com maior ênfase foi a de caráter de isolamento, e em que pese, foi a que teve maior impacto em toda sociedade.

Neste sentido, ao abordar os casos de violência doméstica e familiar contra mulher, idoso, criança ou adolescente se esbarra num problema maior. Uma vez que as pessoas não podem sair de seus lares por conta da pandemia, alguns serviços considerados essenciais iriam ficar prejudicados.

Tendo em vista essa necessidade, o art. 2º A da Lei 14.022/2020 inseri no art. 3º da Lei 13.979/2020 o § 7º-C com a seguinte redação.

> § 7º-C Os serviços públicos e atividades essenciais, cujo funcionamento deverá ser resguardado quando adotadas as medidas previstas neste artigo, incluem os relacionados ao atendimento a mulheres em situação de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, a crianças, a adolescentes, a pessoas idosas e a pessoas com deficiência vítimas de crimes tipificados na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), na Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), na Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)." (NR) (BRASIL, 2020)

Diante do texto de lei, os serviços públicos que atuam no atendimento dos casos de violência doméstica familiar, contra a criança ou adolescente, pessoas idosas e com deficiências, que venham ser vítimas de violência, passam a ser considerados serviços essenciais durante o tempo em que se perdurar a pandemia. Ainda o art. 5º A, estabelece que enquanto o estado de emergência decorrente da pandemia perdurar, I- os prazos processuais, a apreciação de matérias, o atendimento às partes e a concessão de medidas protetivas que tenham relação com atos de violência doméstica e familiar cometidos contra mulheres, crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência serão mantidos, sem suspensão; II - o registro da ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher e de crimes cometidos contra criança, adolescente, pessoa idosa ou pessoa com deficiência poderá ser realizado por meio eletrônico ou por meio de número de telefone de emergência designado para tal fim pelos órgãos de segurança pública; Parágrafo único. Os processos de que trata o inciso I do *caput* deste artigo serão considerados de natureza urgente (BRASIL, 2020)

Neste sentido, as medidas visam assegurar o funcionamento habitual dos órgãos do Poder Público como forma de garantir a manutenção dos mecanismos de prevenção e repressão à violência doméstica e familiar contra a mulher e à violência contra idosos, crianças ou adolescentes.

Importante redação foi dada ao § 2º do art. 3º da Lei nº 14.022/2020 no sentido de que se

não for possível manter o atendimento presencial a todas as demandas, em virtude de segurança sanitária, deve, obrigatoriamente garantir o atendimento presencial às demandas sobre violência doméstica e familiar contra a mulher, crianças ou adolescentes contra ilícitos como:

> I – no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), na modalidade consumada ou tentada:
> a) feminicídio, disposto no inciso VI do § 2º do art. 121;
> b) lesão corporal de natureza grave, disposto no § 1º do art. 129;
> c) lesão corporal dolosa de natureza gravíssima, disposto no § 2º do art. 129;
> d) lesão corporal seguida de morte, disposto no § 3º do art. 129;
> e) ameaça praticada com uso de arma de fogo, disposto no art. 147;
> f) estupro, disposto no art. 213;
> g) estupro de vulnerável, disposto no *caput* e nos §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 217-A;
> h) corrupção de menores, disposto no art. 218;
> i) satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, disposto no art. 218-A;
> II - na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, disposto no art. 24-A;
> III - na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);
> IV - na Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso). (BRASIL, 2020).

No mesmo sentido o § 3º do art. 3º da Lei nº 14.022/2020 dispõe da garantia de realização prioritária do exame de corpo de delito quando se tratar de crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, violência contra criança ou adolescente, idoso ou pessoa com deficiência. E ainda, em se tratando de crimes sexuais, quando for impossível a circulação de pessoas em virtude das medidas de isolamento, o poder público deverá dispor de equipe móvel para realizar o exame de corpo de delito no local em que a vítima se encontrar, de acordo com o § 4º desta lei.

Como forma de facilitar o alcance das denúncias aos órgãos competentes, o art. 4º prevê que os órgão de segurança pública deverão criar canais eletrônicos de comunicação, gratuitos, e que sejam compatíveis com todos os aparelhos eletrônicos, para o atendimento virtual das vítimas dos crimes que envolvam violência contra a mulher, o idoso, a criança ou o adolescente, facultado aos órgãos integrantes do Sistema de Justiça - Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, e aos demais órgãos do Poder Executivo, a adoção dessa medida, que; § 1º disponibilize de canais de atendimento virtuais não exclui a obrigação do poder público de manter o atendimento presencial de mulheres em situação de violência doméstica e familiar e de casos de suspeita ou confirmação de violência praticada contra idosos, crianças ou adolescentes; § 2º Nos casos de violência doméstica e familiar, a ofendida poderá solicitar quaisquer medidas protetivas de urgência à autoridade competente por meio dos dispositivos de comunicação de atendimento on-line (BRASIL, 2020).

Para que essa forma de atendimento possa ser realizada, a lei em comento, acrescenta o art. 6º, o qual determina que as denúncias de violência recebidas na esfera federal pela Central de Atendimento à Mulher - Ligue 180 e pelo serviço de proteção de crianças e adolescentes com foco em violência sexual - Disque 100 devem ser repassadas, com as informações de urgência, para os órgãos competentes. E o Parágrafo único, estabelece um prazo máximo para o envio das informações referidas no *caput* deste artigo, que é de 48 (quarenta e oito) horas, salvo impedimento técnico.

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15149

Isso significa que nos casos de violência doméstica e familiar, as vítimas poderão solicitar qualquer tipo de medida protetiva via dispositivos *on-line*, neste caso, sendo justificável e cabível, as autoridades do Poder Público poderão conceder qualquer uma das medidas protetivas de urgências previstas na Lei nº 11.340/2006.

Insta destacar que nesta situação, as provas da denúncia poderão ser coletadas e enviadas por meio eletrônico. Nestas situações, a autoridade competente, sendo autoridade judicial, poderá comunicar a autoridade policial para que se proceda a abertura de investigação criminal e levantamentos de fatos que comprovem as denúncias; sendo delegado de polícia, comunicar ao Ministério Público, Poder Judiciário, instaurar o inquérito policial e determinar as diligências cabíveis; sendo policial, registrar o boletim de ocorrência, encaminhar os autos à autoridade policial e comunicar o Ministério Público e o Poder Judiciário;

Outrossim, os prazos que recaem sobre as medidas protetivas serão prorrogados automaticamente porquanto perdurar o *status* pandêmico, podendo ainda o Juiz intimar o ofensor por meio eletrônico e informando-o sobre a prorrogação da medida protetiva.

Portanto a Lei 14.022/2020 trouxe alterações importantes para auxiliar as vítimas nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, crianças ou adolescente, idosos ou pessoas com deficiência. Tendo em vista as medidas adotadas pelo Governo Executivo Federal, entre elas o isolamento social, o qual proibiu que as vítimas pudessem sair de seus lares para fazer a denúncia. Ainda mais estando sobre os olhos vigilantes de seus agressores, situação que dificulta o acesso aos canais presencias de denúncia. Neste sentido, a Lei citada, buscou determinar alguns serviços como essenciais e determinou que o atendimento pelos canais eletrônicos fosse priorizado, podendo assim alcançar todas as vítimas de violências doméstica e familiar, sem expor elas a um risco maior, sobre os olhos de seus agressores.

2. PAZ, JUSTIÇA E INSTITUÍÇÕES EFICAZES – ODS 16.

A agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU) possui um total de 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 Metas, que juntos compõe um conjunto de ações para contribuir para o desenvolvimento sustentável do planeta e erradicar a pobreza.

Esses objetivos possuem como principal condão, estabelecer um plano de ação que visa a erradicação da pobreza na esfera global até o ano de 2030. Para que esse plano fosse possível, em 2015 os 193 países membros da ONU assinaram um documento assumindo esse compromisso, o qual entrou em vigor a partir de 1 de janeiro de 2016 com o título “Transformando Nosso Mundo. A agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” (ONU, 2015).

Os ODS são uma continuidade do Objetivo de Desenvolvimento para o Milênio (ODM), assinado no ano de 2000, em que foram estabelecidos 08 objetivos com 18 metas, para serem adotados até o ano de 2015, e que foram aderidos por 189 países membros e de organizações internacionais. ONU (2015)

1. Erradicar a pobreza extrema e a fome
2. Educação Básica Universal
3. Promover igualdade de gênero e empoderar as mulheres

4. Reduzir a Mortalidade Infantil
5. Melhorar a Saúde Materna
6. Combater HIV/AIDS, a Malária e outras doenças
7. Garantir Sustentabilidade Ambiental
8. Parceria global pelo desenvolvimento

Tendo em vista os esforços empregados para combater a erradicação da pobreza, a ONU buscou fomentar de uma maneira maior essa luta. Neste sentido, foram estabelecidos 17 ODS e 169 Metas para combater a erradicação da pobreza extrema global ONU (2023)

1 – Erradicação da pobreza:
2 – Fome zero e agricultura sustentável:
3 – Saúde e bem-estar:
4 – Educação de qualidade:
5 – Igualdade de gênero:
6 – Água potável e saneamento:
7 – Energia limpa e acessível:
8 – Trabalho decente e crescimento econômico:
9 – Indústria, inovação e infraestrutura:
10 – Redução das desigualdades:
11 – Cidades e comunidades sustentáveis:
12 – Consumo e produção responsáveis:
13 – Ação contra a mudança global do clima:
14 – Vida na água:
15 – Vida terrestre:
16 – Paz, justiça e instituições eficazes:
17 – Parcerias e meios de implementação:

Esse plano de ação da agenda 2030 tem por objetivo principal erradicar a pobreza e promover vida digna para todos do planeta. Para que isso pudesse ocorrer, o documento foi assinado pelos países membros e das organizações internacionais, que se comprometeram a estabelecer políticas públicas que visem a concretização das 169 metas estabelecidas dentro dos 17 objetivos.

Para fins desta pesquisa, será analisado o ODS de número 16 – Paz, Justiça e Instituições Eficazes, que tem por finalidade promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

A partir do ODS 16 se objetiva a busca por sociedades pacíficas e inclusivas por meio da criação de instituições eficazes, que sejam capazes de promover o Estado Democrático de Direito. O que compreende o compromisso da gestão judiciária brasileira com a responsabilidade de se manter a efetividade dos Direitos Humanos. Para que se possa alcançar uma sociedade justa, menos violenta e sustentável, é preciso que haja harmonia entre as esferas do crescimento econômico, desenvolvimento social e proteção ambiental.

> [...] a construção "top to bottom" que caracteriza o desenvolvimento sustentável demanda a concretização dos três tradicionais pilares sobre os quais encontra-se alicerçado: alcançar o crescimento econômico, com proteção ambiental e desenvolvimento social, premissas básicas que devem nortear toda atuação pública e privada; acrescidos também os fundamentos da paz e democracia estabelecidos pelos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (Diz, 2019, p. 88).

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15149

Sendo assim, ao analisar a Meta 16.1, o qual objetiva reduzir significativamente todas as formas de violência e as taxas de mortalidade relacionada em todos os lugares, pode se notar que houve uma ampliação nas temáticas consideradas essenciais para buscar um desenvolvimento sustentável não limitado apenas as questões sociais.

Insta destacar que a Meta 16.1 inclui também a redução de 1/3 das taxas de homicídios de crianças, adolescentes, jovens, negros, indígenas, mulheres e LGBT. Isso demonstra o compromisso com as presentes e futuras gerações, tendo como meta, garantir um mundo sustentável, em que as pessoas, sem distinção de sexo, cor, etnia, raça, orientação sexual etc., possam viver pacificamente e em segurança.

Viver pacificamente nos remete ao conceito de paz, ou seja, viver em um mundo sem violência, onde haja ausência de guerra, de conflito, de militâncias armadas, viver sob um viés econômico equilibrado. Porém, não se pode restringir o conceito de paz somente às categorias elencadas, pois como no mundo do direito a lógica se constrói a partir da perspectiva do interlocutor, quando se aborda a questão em conceituar o campo da paz, isso pode se tornar mais amplo. Desta forma, Amaral (2015, p. 104-105) destaca que, "Entretanto, a violência não pode ser definida por apenas uma concepção específica, mas deve ser um conceito estendido uma vez que se comporta por dimensões diversas." Na medida em que para alguns autores, como por exemplo Freire e Lopes (2008, p. 17) a paz é

> um processo holístico que implica a existência de condições básicas estruturais, incluindo a ausência de violência física e psicológica organizada, a satisfação das necessidades básicas humanas e, no plano institucional, estruturas representativas e de partilha proporcional do poder e a promoção e proteção dos direitos humanos.

Já para outros autores, que buscam conceituar a paz dentro de um panorama político de justiça, como trazem Miller e King (2005, p. 55, tradução nossa), a paz nos remete a "uma condição política que garante justiça e estabilidade social por meio de instituições, práticas e normas formais e informais[3]". Desta forma o autor deixa claro que para a existência de fatores que contemplem a essência de paz, deve existir um equilíbrio político.

Neste sentido se destaca o papel fundamental da Organização das Nações Unidas ONU, que preceitua no Artigo 1 "Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;" (BRASIL, 1945).

Portanto, a meta 16.1 da agenda 2030 se propõe em reduzir todas as formas de violências, o que consequentemente, conforme visto nas lições de Freire e Lopes, a ausência de violência nos remete a um estado de paz. Corroborando para conduzir essa caminhada em busca de paz, Miller e King contribuem no sentido de acrescentar que isso é possível quando há um equilíbrio político em que todas as instituições trabalhem juntas. Desta forma, a agenda 2030, partindo do artigo 1 da carta das Nações Unidas, busca erradicar a extrema pobreza, proteger o meio ambiente e garantir

3 Texto original: "a political condition that ensures justice and social stability through formal and informal institutions, practices and norms".

que todas as pessoas possam viver em paz e prosperidade.

3. Contribuições da lei nº 14.022/2020 no OBjetivo de desenvolvimento sustentável - ODS 16 da ONU.

A Lei nº 14.2022/2020 trouxe algumas inovações no sentido de determinar alguns serviços de atendimento, nos casos de violência doméstica e familiar, contra criança ou adolescente, idoso ou pessoa com deficiência, essenciais.

Entre as medidas a que se destaca com maior ênfase é o atendimento *on-line* das pessoas vítimas destes crimes para realizar a denúncia, fazer o levantamento de provas e pedir o deferimento de medidas protetivas de urgência.

Para compor a análise dos impactos da lei supra no ODS-16 a pesquisa utilizou do método bibliográfico documental, selecionando por campo o material produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), por meio do Atlas da violência edição 2020, 2021 e 2022 que faz um estudo comparado entre as Unidades da Federação brasileira, nos períodos de 2019, 2020 e 2021[4].

Inicialmente é importante destacar os números de casos de violência doméstica e familiar registrados entre 2020 e 2021 no Brasil. De acordo com Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022 os números absolutos de homicídios que envolviam mulheres no ano de 2020 chegou em 3.999 casos. No ano de 2021 esse número teve uma queda para 3.878 casos, demonstrando assim uma variação de -3,8% nos casos de homicídios. Quanto aos números de casos de feminicídio, o ano de 2020 registrou 1.354 casos, enquanto o ano de 2021 registrou 1.341 casos de feminicídio, havendo uma variação de -1,7% nos casos.

Não obstante aos números de homicídios e feminicídios apresentados, é mais assustador ainda os dados que correspondem aos números absolutos de tentativa de homicídio no ano de 2020, chegando a 5.975 registros, tendo uma queda de -3,8% em relação ao ano de 2021, chegando na casa de 5.789 registros de tentativas de homicídios. Quanto aos números absolutos de tentativa de feminicídio o ano de 2020 chegou a registrar 1.940 casos, tendo um aumento de 3,8% em relação ao ano de 2021, chegando a 2.028 casos registrados no ano.

Por fim, os números de lesão corporal dolosa nos casos de violência doméstica, são mais assustadores ainda, em relação aos anos de 2020 esse número chegou a 227.753 casos de violências, e em relação ao ano de 2021 esse número tem um aumento de 0,6%, chegando a 230.861 casos de violências.

Pode-se notar que os crimes de homicídio, feminicídio, tentativa de homicídio, teve uma redução ínfima em relação ao ano anterior, por outro lado, os crimes de tentativa de feminicídio e lesão corporal dolosa aumentaram de um ano para o outro.

Não obstante aos números de crimes aumentarem significativamente durante o primeiro ano de pandemia, pode se notar também que consequentemente aumentou o número de medidas protetivas de urgência durante o período pandêmico.

No ano de 2020 o Brasil apresentou em números absolutos um total de 443.348 medidas

4 A edição do Atlas da Segurança de 2020 nos remete aos resultados do ano de 2019; a edição do relatório de 2021 nos remete ao ano de 2020; e a edição do relatório de 2022 nos remete ao ano de 2021.

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15149

protetivas de urgência distribuídas, enquanto no ano de 2021 esse número teve um aumento de 11,6%, chegando a 463.096 medidas protetivas de urgências distribuídas. Consta destacar que ainda no ano de 2020 foram registradas 323.570 medidas protetivas de urgências concedidas e em 2021 foram concedidas 370.209 medidas protetivas de urgências, caracterizando um aumento de 13,6%.

Neste panorama pode se ver que houve um aumento significativo no primeiro ano da pandemia em relação a pedidos de medidas protetivas e suas concessões.

Insta destacar também, que no primeiro ano da pandemia, de acordo com os dados apresentados pelo Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania houve um aumento de 14,12% de ligações pelo canal Disque 180, uma das medidas fomentadas pela Lei nº 14.022/2020.

No ano de 2019 entre os meses de janeiro e abril houve um registro de 32,9 mil ligações, durante o mesmo período no ano de 2020, esse número subiu para 37,5 mil registros de ligações.

Muito embora, os dados disponibilizados para consulta, podem ter sofridos atualizações, o que se vê é a história sendo construída com base em números de ocorrência de violências doméstica e familiar muito grande. Não se pode atribuir o fato exclusivamente ao período pandêmico, mas a confinação por meio das medidas de isolamento contribuiu para este aumento, como ficou demonstrado através dos dados analisados.

Isso demonstra que existiu uma demanda maior aos canais de atendimento que foram considerados essenciais para que pudessem viabilizar o acesso às denúncias dos crimes de violências doméstica e familiar.

CONCLUSÃO

A Lei nº 14.022/2020 estabeleceu algumas medidas importantes para o combate a violência doméstica e familiar, contra criança ou adolescente, idoso ou pessoa com deficiência.

Entre essas medidas, se pode destacar que os órgãos de atendimento aos crimes de violência doméstica e familiar deveriam ser considerados essenciais, e que enquanto perdurar o período de pandemia, os seus atendimentos deveriam ser priorizados, salvo em caso de necessidade de saúde pública.

Porém, em casos específicos de violência, bem como nos demais casos, a lei determina e fomenta o atendimento por meio eletrônico. Situação em que as vítimas poderão realizar a denúncia dos crimes, produzir e enviar provas do ocorrido, bem como solicitar medidas protetivas. Outrossim, em casos que necessitem de exame de corpo de delito, caso a vítima não possa se locomover em virtude da proibição de circulação, os órgãos responsáveis deverão atender essas vítimas em casa.

Tendo em vista as inovações e alterações da Lei nº 14.022/2020 foi demonstrado o número de casos registrados de violências doméstica e familiar no período pandêmico, bem como o número de medidas protetivas de urgências distribuídas e concedidas no mesmo período. Situação que demonstra um aumento considerável, tanto no número de crimes violentos bem como de medidas distribuídas.

Diante do exposto, a hipótese inicial do presente artigo foi confirmada integralmente, haja vista que a Lei nº 14.022/2020 contribuiu com o desenvolvimento sustentável global, estipulado no

ODS 16 de Meta 16.1 da agenda 2030 da ONU, que tem por objetivo a paz global e a erradicação da pobreza e da violência.

Por fim, muito ainda resta a fazer para erradicar todas as formas de violências, quer no âmbito privado ou público, e o respeito a dignidade da pessoa humana deve ser prioridade dentro do Estado Democrático de Direito, pois é um direito fundamental, cabendo ao Estado Brasileiro efetivar os princípios constitucionais e fortalecer a através da eficiência da lei e sua aplicação, especialmente para as partes mais vulneráveis socialmente.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Rodrigo Augusto Duarte**. Considerações sobre a violência pela ótica de Johan Galtung**: alguns aspectos do terrorismo e o advento da intolerância. Cadernos de Campo: Revista de Ciências Sociais, Araraquara – SP, n. 19, 2015. Disponível em: https://periodicos.fclar.unesp.br/cadernos/article/view/7661/5530. Acesso em: 10 fev. 2023.

BARBOSA, Mariana; MATOS, Raquel; MACHADO, Carla. **A psicologia da paz**. Psicologia, v. 27, n. 1, p. 47-61, 2013. Disponível em: https://revista.appsicologia.org/index.php/rpsicologia/article/view/241. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.022, de 07 de julho de 2020**. Brasília, DF, Disponível em: https://encurtador.com.br/mwJY1. Acesso em: 10 fev. 2023.

_____. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Brasília, DF, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 10 fev. 2023.

_____. **Decreto n. 8.892, de 27 de outubro de 2016**. Cria a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. DOU, Brasília, 31 out. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8892.htm. Acesso em: 10 fev. 2023.

_____. **Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Coleção de Leis do Brasil de 1945, Rio de Janeiro, 22 out. 1945. Disponível em: https://encurtador.com.br/dfruI. Acesso em: 10 fev. 2023.

_____. **Lei n. 13.249, de 13 de janeiro de 2016**. Institui o Plano Plurianual da União para o período de 2016 a 2019. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 14 jan. 2016. Disponível em: https://encurtador.com.br/duL09. Acesso em: 10 fev. 2023.

CRUSIU, Tarsila Rorato; HAEBERLIN, Mártin Perius. **Perspectivas de implementação da agenda 2030 no Brasil e sua contribuição para a efetivação dos direitos humano**s. XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA: DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II - ISBN: 978-85-5505-855-4. Disponível em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/048p2018/635o0ic6/1hnzfH14X01c5pD5.pdf. Acesso em: 10 fev. 2023.

FAGANELLO, Priscila Liane Fett. **Operações de Manutenção da Paz da ONU**. Fundação Alexandre de Gusmão - FUNAG. Brasília – DF, 2013. Disponível em: http://funag.gov.br/biblioteca/index.php?route=product/product&product_id=522. Acesso em: 10 fev. 2023.

FBSP – Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo - SP, 2017-2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/. Acesso em: 10 fev. 2023.

FREIRE, Maria Raquel; LOPES, Paula Duarte. **Reconceptualizar a paz e a violência**: uma análise crítica. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 82, p. 13-26, 2008. Disponível em: https://journals.openedition.org/rccs/614. Acesso em: 10 fev. 2023.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Indicadores Brasileiros para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. 2020. Disponível em: https://odsbrasil.gov.br/. Acesso em: 10 fev. 2023.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Cadernos ODS 16**: o que mostra o retrato do Brasil?. Brasília – DF. 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/artigo/130/caderno-ods-16-o-que-mostra-o-retrato-dobrasil. Acesso em: 10 fev. 2023.

_____**Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19**. Brasília – DF, 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf. Acesso em: 10 fev. 2023.

_____**Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Brasília – DF, 2022. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/. Acesso em: 10 fev. 2023.

_____**Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Brasília** – DF, 2022. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>. Acesso em: 10 fev. 2023.

MARTÍNEZ Guzmán, Vicent (2005), **"Filosofia e investigação para a paz",** Revista Crítica de Ciências Sociais, 71, 43-62.

MILLER, Christopher Allan; KING, Mary E**. A glossary of terms and concepts in peace and conflict studies**. San Jose, Costa Rica: University for Peace, 2005. Disponível em: http://maryking.info/wp-content/glossaryv2.pdf. Acesso em: 10 fev. 2023.

MOURA, Tatiana (2005), **"Novíssimas guerras, novíssimas pazes**. Desafios conceptuais e políticos.", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 71, 77-96.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988**. Revista dos Tribunais (São Paulo), v.94, n. 833, mar. 2005, pp. 41-53.

PUREZA, José Manuel (org.) (2001), **Para uma cultura da paz**. Coimbra: Quarteto.

_____José Manuel; Cravo, Teresa (2005), **"Margem crítica e legitimação nos estudos para a paz"**. Revista Crítica de Ciências Sociais, 71, 5-19.

ONU, Brasil. **Transformando nosso mundo**: A agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. São Paulo – SP, 2015. Disponível em: https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf. Acesso em: 10 fev. 2023.

SANDRI, L. **Dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)**: uma análise da transição das agendas de desenvolvimento em seus aspectos institucionais e de governança. Dissertação de Mestrado em Desenvolvimento Regional. Universidade Regional de Blumenau. 2018. Disponível em: https://bu.furb.br//docs/DS/2018/364816_1_1.pdf. Acesso em: 10 de jun. de 2019.

SEN, A. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

VIEIRA, Paulo Freire. **Rumo ao desenvolvimento territorial sustentável**: esboço de roteiro metodológico participativo. Revista Eisforia. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Agrárias, Programa de Pós-Graduação em Agroecossistemas. - V. 1, n.1 (jan./jun. 2003). Florianópolis: PPGAGR, 2003.

Recebido em: 14.02.2023
Aprovado em: 10.03.2023
Última versão dos autores: 27.12.2023

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):HENING, A.; KELNER, L. **A Lei Nº 14.022/2020 como medida de enfrentamento de violência doméstica e familiar durante a pandemia e sua contribuição na ODS – 16 da agenda 2030 da ONU**. JURIS - Revista da Faculdade de Direito, 32 (1). https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15149

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Dignidade da pessoa humana e criminalização: a castração química com pena inconstitucional para os crimes sexuais

Profa. Dra. Lenice Kelner [1]
Universidade Regional de Blumenau - FURB.
E-mail: kelner@furb.br

Prof. Dr. Alejandro Knaesel Arrabal [2]
Universidade Regional de Blumenau – FURB.
E-mail: arrabal@furb.br

Fernanda Analú Marcolla [3]
Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ.
E-mail: f.marcolla@furb.br

Resumo: este artigo tem por intuito analisar a possibilidade de inserção no ordenamento jurídico brasileiro da castração química como pena para os crimes sexuais, frente ao princípio da dignidade da pessoa humana. O estudo oferece um panorama comparativo da aplicação dessa medida nos Estados Unidos da América e da Espanha, partindo de informações estatísticas e resultados de cada país quanto a efetividade de tal prática na diminuição da reincidência dos crimes sexuais. Destaca-se que, assim como no Brasil, todos os países que tentaram ou implantaram a pena de castração química para os crimes sexuais precisaram analisar a pena sob a ótica constitucional, principalmente no que tange a dignidade da pessoa humana e a vedação das penas cruéis. Enquanto os Estados Unidos da América adotaram legalmente a castração química sob o argumento que representa um tratamento clínico (e não uma pena), a Espanha e o Brasil, em contrapartida, reconhecem que a medida caracteriza uma afronta aos direitos humanos, o que resulta em sua inconstitucionalidade. Em que pese haver projetos de lei que versem sobre essa matéria desde o ano de 1997, todos os projetos foram arquivados por afrontar os princípios norteadores da Constituição Federal de 1988.

1 Pós-doutora em Criminologia pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Doutora em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVAL. Professora Permanente do Programa de Mestrado em Direito e da Graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau - FURB. Advogada. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7553-1514, Lattes CV: http://lattes.cnpq.br/4001810436460227. E-mail: kelner@furb.br.

2 Doutor em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professor e pesquisador dos Programas de Mestrado em Direito (PPGD) e Administração (PPGAD) da FURB. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0927-6957. Lattes CV: http://lattes.cnpq.br/0957562986221644. E-mail: arrabal@furb.br

3 Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau (FURB). Especialista em Direitos Humanos e Direito Constitucional pela Universidade de Direito de Coimbra/PT. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brusque (UNIFEBE). ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2335-2343. Lattes CV: http://lattes.cnpq.br/3320760922393919. E-mail: f.marcolla@furb.br

Palavras-chave: Castração Química. Constitucionalidade. Criminologia Crítica. Dignidade Humana. Direito Comparado.

Dignity of the human person and criminalization:
chemical castration as an unconstitutional penalty for sex crimes

Abstract: This article aims to analyze the possibility of inserting chemical castration into the Brazilian legal system as a penalty for sexual crimes, in view of the principle of human dignity. The study offers a comparative overview of the application of this measure in the United States of America and Spain, based on statistical information and results from each country regarding the effectiveness of such a practice in reducing the recidivism of sexual crimes. It is noteworthy that, as in Brazil, all countries that tried, or implemented the chemical castration penalty for sexual crimes, needed to analyze the penalty from a constitutional perspective, especially with regard to the dignity of the human person and the prohibition of cruel feathers. While the United States of America legally adopted chemical castration under the argument that it represents a clinical treatment (and not a penalty), Spain and Brazil, on the other hand, recognize that the measure characterizes an affront to human rights, which results in its unconstitutionality. Despite the existence of bills dealing with this matter since 1997, all the projects were shelved for violating the guiding principles of the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Chemical Castration. Comparative law. Constitutionality. Criminology. Human Dignity.

INTRODUÇÃO

Os crimes sexuais sempre geraram grande repulsa social, fato este que pode ser observado na evolução das penas no Direito Penal brasileiro. No entanto, a cultura patriarcal, alinhada com a influência do cristianismo, por muitas vezes ignorou alguns tipos penais de cunho sexual contra as mulheres, obrigando-as a casar com seu agressor ou ainda não reconhecendo algumas modalidades de estupro como crime[4].

Segundo o Anuário de Segurança Pública (2020, p. 34), o Brasil registrou no primeiro semestre de 2019 o montante de 33.561 (trinta e três mil e quinhentos e sessenta e um) casos de estupro, sendo que destes, 22.643 (vinte e dois mil e seiscentos e quarenta e três) são casos de estupro de vulneráveis. Enquanto no primeiro semestre de 2020, os casos atingiram o montante de 25.922 (vinte e cinco mil e novecentos e vinte e dois) casos de estupro, sendo que destes, 17.575 (dezessete mil e quinhentos e setenta e cinco) são casos de estupro de vulneráveis.

Conforme se observa, as estatísticas de crimes sexuais em território brasileiro espantam e amedrontam a população. Por este motivo, vários são os estudos e propostas de leis que buscam

4 Até o surgimento do Código Penal de 1940, o marido não figurava como autor de estupro contra a esposa, o ato sexual forçado era considerado exercício legal de um direito, assim como havia uma excludente de ilicitude se a vítima se casasse com seu agressor.

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15216

frear a criminalidade sexual, entre elas, a pena de castração química.

A castração química é uma prática não autorizada no Brasil, por ser considerada uma afronta à CRFB/1988. Contudo, sua inserção no ordenamento jurídico é cogitada desde 1997. Tendo como um dos fundamentos republicanos a dignidade da pessoa humana, a castração química vem sendo repudiada ao longo dos anos por ser considerada uma prática cruel, degradante e desproporcional.

Alguns países aplicam ou já tentaram aplicar a pena de castração química em seu ordenamento jurídico. Nos Estados Unidos da América, os estados possuem autonomia legislativa, desta forma pode-se encontrar no país três modalidades da pena; castração química obrigatória, castração química voluntária e castração física.

Na Espanha a castração química deixou de ser aplicada desde o ano de 2009. O país adotou um método de acompanhamento multidisciplinar dos condenados, buscando para tanto, diminuir a reincidência e reintegrar o condenado a sociedade.

Importante ressaltar as críticas trazidas pela criminologia à pena de castração química. Enquanto os apoiadores de tal modalidade afirmam que a castração química é eficaz no combate à criminalidade por reduzir o hormônio masculino do agressor, a criminologia afirma que o agressor não pratica crimes sexuais em decorrência de excesso de desejo sexual e sim de multifatores comportamentais.

Partindo desse pressuposto, o objetivo geral do artigo é analisar a constitucionalidade e eficácia da aplicação da pena de castração química aos condenados por crimes contra a dignidade sexual, assim como, averiguar se a experiência de outros países com a temática trouxe resultados positivos quanto à diminuição da reincidência.

Quanto à metodologia empregada, foram adotados os métodos dedutivos e a técnica da pesquisa bibliográfica.

1. CONCEITO E FINALIDADE DA CASTRAÇÃO QUÍMICA

Desde os tempos mais remotos, os crimes contra a dignidade sexual figuram uma modalidade penal que causa grande repercussão e repulsa social. Na história do direito penal brasileiro, os crimes sexuais sofreram grandes transições quanto as penas imputadas ao delito, havendo para tanto desde a pena de morte nas Ordenações Filipinas, a pena de degredo, dote ou exclusão de ilicitude com o casamento entre o agressor e a vítima no Código Penal do Império de 1830, a pena de reclusão no Código Penal de 1890 e consequentemente o aumento da pena de reclusão e a caracterização da hediondez a partir do Código Penal de 1940 e suas alterações posteriores (PIERANGELI, 2001, P. 77).

A evolução social trouxe ao direito penal uma base alicerçada na dignidade da pessoa humana, excluindo do ordenamento jurídico penal, as penas que tinham como finalidade a prevenção especial negativa, ou seja, sanções que tinham como intuito a neutralização e exclusão social do condenado (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA, 2003, p. 127).

Em que pese a finalidade das penas terem sofrido transformações ao longo da história, o apelo social para a implementação da castração química como pena para os crimes sexuais já é algo muito recorrente no Brasil, sendo que desde o ano de 1997 houve mais de 15 projetos de lei que

versaram sob tal tipificação (AGUIAR, 2007).

No entanto, algumas considerações, quanto à finalidade da castração química, precisam ser esclarecidas, pois, ao tentar analisá-las sob a perspectiva da proporcionalidade da pena, defrontaremos questões conexas à colisão entre princípios fundamentais, de um lado temos a segurança pública e de outro, a dignidade da pessoa humana (ALEXY, 2006, p. 95).

A castração química é compreendida, por Ferreira (2004, p. 421), como uma "ação ou operação de castrar; capação, emasculação, eviração, ou ainda, cortar ou destruir os órgãos reprodutores". Em um contexto clínico, Andrei (1997, p. 126) define castração como a "supressão ou impedimento do funcionamento das glândulas genitais (testículos ou ovários). Ela pode ser realizada cirurgicamente (castração anatômica) ou por exposição aos raios X ou uma outra radiação ionizante (castração radiológica)".

Nessa perspectiva, a termologia "castração" compreende um ato de mutilação, pelo qual, se incapacita alguém à prática sexual, suprimindo seu aporte de hormônios, ou seja, testosterona no homem, e estrogênio na mulher (WUNDERLICH; FERNANDES, 2012, p. 27).

Historicamente, a castração era uma prática imposta como pena aos vencidos na guerra, assim como foi utilizada na Europa em meninos cantores de corais (eunucos), para que sua extensão vocal fosse preservada ao longo dos anos (AGUIAR, 2007).

Quanto ao procedimento, a castração pode ser física ou química, sendo que a modalidade física compreende o ato de remoção dos órgãos reprodutores, o que implica na irreversibilidade e permanente incapacidade do indivíduo (HEIDE, 2007). Já a modalidade química é realizada com o emprego de inibidores de impulsos sexuais e bloqueadores do desejo, por meio de drogas que neutralizam os hormônios responsáveis pela libido (TRINDADE; BREIER, 2007, p. 51).

Para garantir a eficácia, o procedimento deve acontecer a cada 30 dias com a aplicação da injeção de hormônio feminino no músculo do paciente, de modo que a substância seja liberada diretamente na corrente sanguínea, desta forma, ao atingir o sistema nervoso central, a medicação inibe o efeito da testosterona e consequentemente diminui a probabilidade de uma possível ereção do indivíduo (AZEVEDO, 2007).

Conforme pode-se observar, a castração química nada mais é que um tratamento hormonal, o que gera grandes críticas na doutrina em decorrência da nomenclatura adotada. Nesta concepção, segundo Salsmann, a expressão castração química foi criada para dar uma resposta à sociedade em decorrência da repulsa social causada pelos crimes sexuais:

> [...] é absurda e de natureza a enganar a opinião pública. De fato, a 'castração' é a extirpação de um órgão genital necessário à reprodução, o que não tem nada a ver com tratamento médico destinado a reduzir a libido. Mas essa expressão 'castração química', até mesmo deliberadamente enganadora, é sem dúvida midiaticamente eficiente (SALSMANN, 2015).

Em contrapartida, na percepção de Aguiar (2007), a terminologia não está totalmente equivocada, uma vez que "na falta de melhor nome, utiliza-se a castração química como uma analogia, um efeito de linguagem. Não é uma castração, mas tem o efeito de castração".

Para a corrente doutrinária que defende a implementação da castração química no ordenamento jurídico, a argumentação vai de encontro à teoria da prevenção geral especial, ou

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15216

seja, tem o objetivo de impedir que o condenado volte a delinquir, buscando atender ao caráter ressocializador e a garantia da segurança pública (WUNDERLICH; FERNANDES, 2012, p. 32).

Ademais, para Wunderlich e Fernandes (2012, p. 32), o procedimento não deve ser observado como uma pena que afronta o princípio da dignidade humana, haja vista que tal modalidade é compreendida como "um tratamento voluntário e reversível, apto a ressocializar indivíduos que atentaram contra a liberdade sexual atuando como elemento catalisador de processo de reinserção social" (WUNDERLICH; FERNANDES, 2012, p. 32).

Interessante destacar que existe uma divergência de posicionamento quanto aos fatores que levam o indivíduo a cometer crimes sexuais. Enquanto alguns pesquisadores compreendem que os crimes sexuais acontecem em decorrência da disfunção hormonal, outros, que seguem um viés criminológico como Andrade (1996), Carvalho (2020), Morais (2018) e Kelner (2018), compreendem que tais atos são decorrentes de questões comportamentais, culturais e da consequência de um sistema patriarcal sobre o gênero feminino.

Nesta linha de concepção, compreende-se que os crimes sexuais acontecem preponderantemente em decorrência do desiquilíbrio hormonal da testosterona:

> Várias pesquisas indicam que a testosterona, hormônio ligado à sexualidade e a violência, é um dos fatores comumente presentes naquelas pessoas que cometem crimes. Não é à toa que a maioria dos homicidas são homens na faixa etária de 15 a 39 anos. Eles têm níveis de testosterona 15 a 20 vezes maiores que as mulheres, e é nessa faixa etária que esse hormônio atinge o auge no corpo (AGUIAR, 2007).

Para a corrente contrária, os fatores que explicam a motivação dos crimes sexuais são decorrentes de transtornos psicológicos, ou seja, o agressor apresenta certo grau de excitação por meios violentos de conter a vítima, cumulados com falta de controle, baixa autoestima a nível sexual, abuso sexual na infância, problemas sociais, coisificação do gênero feminino alinhado ao consumo de álcool ou substâncias psicoativas:

> [...] o problema residual é o da violência incontrolável ou descontrolada, mas não o impulso sexual que é contido pela castração química. Essa gestão pode ser contraproducente em tais circunstâncias, pois a violência se expressaria em outros comportamentos violentos como o homicídio (BEJARANO, 2019, p. 17-20).

Nessa mesma linha de compreensão é o posicionamento de Andrade, que cita como forma de argumentação uma pesquisa desenvolvida por Kolodny, Masters e Johnson, a qual afirma que os crimes sexuais são decorrentes da cultura dominante entre o agressor e a vítima:

> [...] constatamos que ou a força ou a ira dominam, e que o estupro, em vez de ser principalmente uma expressão de desejo sexual, constitui, de fato, o uso da sexualidade para expressar questões de poder e ira. O estupro, então, é um ato pseudo-sexual, um padrão de comportamento sexual que se ocupa muito mais com o status, agressão, controle e domínio do que com o prazer sexual ou a satisfação sexual. Ele é comportamento sexual a serviço de necessidades não-sexuais (ANDRADE, 1996, p. 102).

Desta feita, a castração química como pena assume um sentido apenas inibidor e não ressocializador, não sendo justificada desta forma pela penologia e tão pouco pela criminologia. Percebe-se a importância de analisar a pena de castração química sob uma perspectiva multidisciplinar, haja vista que alguns efeitos colaterais de tal tratamento são irreversíveis, indo ao encontro a prevenção

especial negativa, teoria essa, não mais adotada pelo ordenamento penal brasileiro.

2. CASTRAÇÃO QUÍMICA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Os primeiros estudos científicos sobre a castração química em seres humanos foram realizados nos Estados Unidos no ano de 1922 (ZEGARRA, 2013), e obteve a nomenclatura "esterilização eugênica", cuja finalidade era castrar homens com deficiências mentais para evitar a procriação (WILSON; ROEHRBORN, 1999).

Hodiernamente, nos Estados Unidos da América, apenas os estados da Geórgia, Montana, Oregon, Wisconsin e Alabama (MELO, 2019) admitem o uso da castração química. Enquanto a Flórida, Califórnia, Iowa e Louisiana admitem a castração química e a castração cirúrgica voluntária (MARTINS; SALOMÃO, 2010).

A Califórnia foi o primeiro estado americano a legalizar o uso da castração química como forma de punição para pedófilos, através da modificação do artigo 645 do Código Penal em 1996 (CALIFORNIA, 2011). Segundo este dispositivo legal, a castração química é aplicada somente nos crimes sexuais cometidos contra menores de treze anos, sendo uma prática obrigatória para condenados reincidentes e voluntária aos primários.

Assim como na Califórnia, o estado da Flórida prevê injeções obrigatórias para infratores sexuais reincidentes, bem como a voluntariedade de injeções para infratores primários. Apesar da obrigatoriedade da castração química na legislação, a lei aparentemente foi invocada poucas vezes desde a sua passagem em 1997.

Se tratando de estatística, em ambos os estados, pelo menos 15 agressores sexuais reincidentes solicitaram a castração cirúrgica como forma de evitar o encarceramento perpétuo, sendo que somente dois ofensores foram liberados de hospitais mentais estaduais após a cirurgia (REGHELIN, 2017, p. 94).

Quanto ao estado do Texas, a modalidade de castração é cirúrgica voluntária. A castração física tornou-se voluntária a partir de 1997, quando Larry Tom Mcquay, que estava preso por ser considerado pedófilo, aceitou o procedimento como forma de ganhar a liberdade. Ao longo dos anos foram realizados mais três procedimentos dessa magnitude, porém os nomes dos condenados não foram divulgados (REGHELIN, 2017, p. 94).

O estado do Alabama, por sua vez, adotou a castração química em 2019 como forma de punição para crimes sexuais praticados contra menor de 13 anos. A legislação prevê que um mês antes do condenado ter direito à liberdade condicional seja iniciado o tratamento hormonal, no entanto, caso houver o descumprimento posterior do tratamento, o condenado é direcionado novamente à prisão (MELO, 2019).

No entanto, segundo Beck (2021), desde a criação da lei em 2019, tal procedimento não foi adotado uma única vez no estado do Alabama, e isso se deve ao fato que segundo a legislação local, condenados por crimes sexuais não fazem jus à liberdade condicional, o que torna tal procedimento, em tese, inaplicável.

Destaca-se, que independente da modalidade da castração (física ou química), a doutrina norte-americana traz duas correntes divergentes quanto à temática em questão.

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15216

A primeira compreende que a medida é considerada um meio cruel e desumano, que consequentemente é proibida pela Oitava Emenda Constitucional. Entretanto para a corrente oposta, não se trata de castigo ou pena, mas sim, de um tratamento necessário para a preservação de um bem maior, a dignidade da vítima.

Deste modo, a Suprema Corte do país no ano de 1972 se posicionou favorável à aplicação da castração química, orientando os julgados no sentido de, quando houver conflito de bens e de direitos, deverá prevalecer a proteção à segurança pública (REGHELIN, 2017, p. 91).

3. CASTRAÇÃO QUÍMICA NA ESPANHA

Em 2021, a população carcerária espanhola ultrapassou o marco de 94.000 mil detentos entre presos preventivos e condenados. Destes, 3.620 foram acusados ou condenados por crimes sexuais e apenas 569 optaram em participar voluntariamente de algum programa de tratamento (INEGI, 2021, p. 20).

Desde o ano de 2009, a aplicação da pena de castração química deixou de ser obrigatória aos condenados por crimes sexuais no país, existindo somente a modalidade voluntaria condicionada à redução da pena (CORREA, 2016). Em decorrência da autonomia legislativa de cada distrito da Espanha, os posicionamentos quanto ao tema são divergentes.

A exemplo disso, as prisões do distrito de Catalunha, com intuito de diminuir a reincidência dos crimes sexuais e compreender as motivações que desencadeiam tais crimes, implantou um programa voluntário de tratamento multidisciplinar, o qual é integralizado por psicólogos, educadores e médicos. Essa modalidade vai de encontro à doutrina criminológica, que defende que os crimes sexuais não estão interligados a questões hormonais, mas sim, a fatores externos (IRIBERRI, 2017).

O distrito de Barcelona, por sua vez, adota um trabalho de ordem psicológica chamado Programa de Controle de Agressão Sexual, do qual possui a finalidade de favorecer uma análise mais realista das atividades delitivas por parte do sujeito, assim como, melhorar a capacidade e habilidade de relacionamento pessoal do condenado, e melhorar a possibilidade de ressocialização e de não reincidência (REDONDO, 2005, p. 2).

Em estudo realizado no ano de 1996, quanto à eficácia do tratamento psicológico nos criminosos sexuais, tendo como base uma amostra de 49 indivíduos tratados em prisões da Catalunha, constatou-se que após quatro anos, apenas dois indivíduos do grupo de tratamento voltaram a reincidir (ILLESCAS; GENOVÉS, 2008).

Em conclusão, os resultados obtidos pela Espanha sugerem que o tratamento com acompanhamento multidisciplinar apresenta potencial eficácia terapêutica para a diminuição da reincidência. No entanto, ressalta-se que a proposta da castração química voluntária não teve o efeito esperado no país, uma vez que nenhum dos apenados aceitou este tipo de tratamento em decorrência dos efeitos colaterais que envolvem a medicação.

4. CASTRAÇÃO QUÍMICA NO BRASIL

No Brasil, a cultura do estupro ainda é uma realidade na sociedade moderna devido aos ideais machistas e sexistas que idealizam na mulher uma espécie de propriedade que necessita ser dominada. Nessa perspectiva patriarcal, o Anuário Brasileiro do Fórum da Segurança Pública (2020, p. 35), no primeiro semestre de 2020, registrou no Brasil 22.573 (vinte e dois mil e quinhentos e setenta e três) casos de estupro, enquanto no ano anterior fora registrado 29.024 (vinte e nove mil e vinte e quatro) casos.

Em decorrência da crescente violência sexual, falta de segurança e a sensação de impunidade criminal, cada vez mais a sociedade brasileira clama por penas mais severas. Foi neste contexto social que o Brasil, ao longo dos últimos 20 anos, tentou por diversas vezes implementar no ordenamento jurídico a pena de castração química.

A primeira tentativa de implementar a pena de castração química no ordenamento jurídico brasileiro surgiu no ano de 1997 por intermédio do Projeto de Lei nº 2.725/1997 proposto pelo então Deputado Federal Wigberto Tartuce, o qual visava a alteração dos artigos 213 e 214 do Código Penal, com intuito de proteger a dignidade sexual da mulher.

Não obstante, este projeto de lei teve sua inconstitucionalidade cogitada pelo relator e Deputado Federal Ibrahim Abi-Ackel, uma vez que não respeitava o princípio constitucional da individualização da pena.

Posteriormente, em 1998, surgiu a Proposta de Emenda Constitucional nº. 590/1998 de autoria da Deputada Federal Maria Valadão, que visava incluir no artigo 5º da Constituição Federal, a previsão da pena de castração química para pedófilos após transitado em julgado. Entretanto, a medida foi arquivada em fevereiro de 1999 pela mesa diretora da Câmara dos Deputados, uma vez que o relator José Genuíno compreendeu que tal medida seria uma afronta à cláusula pétrea prevista:

> Em que pese ao louvável propósito da ilustre autora ao gerar a proposição em exame, não pode ela prosperar, por vulnerar o comando inserto no mencionado preceptivo constitucional, que integra o regime dos direitos e garantias individuais, sendo, por conseguinte, insuscetível de alteração por via de emenda constitucional (BRASÍLIA, 1998).

A compreensão do relator estava fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é um dos princípios norteadores da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que garante que os direitos fundamentais não serão matéria de discussão por intermédio de emendas constitucionais:

> Art. 60º [...]
> § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
> I - a forma federativa de Estado;
> II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
> III - a separação dos Poderes;
> IV - os direitos e garantias individuais.

No entanto, novamente no ano de 2002, o Deputado Federal Wilgberto Tartuce propôs o Projeto de Lei nº 7.021/2002, cujo teor era o mesmo do primeiro projeto, sendo este arquivado nos mesmos moldes do anterior, sendo que ambos tinham a intenção de acrescentar nos artigos 213 e

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15216

214 do Código Penal a pena de castração química:

> Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – castração, através da utilização de recursos químicos.
> Art. 214 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Pena – castração, através da utilização de recursos químicos (SCHMALZ, 2014).

Segundo Wunderlich e Fernandes (2012, p. 52), a sugestão dessa proposta foi repudiada por grande parte dos advogados e criminalistas, que consideraram a matéria, além de inconstitucional, um retrocesso para a humanidade e sem eficácia prática.

A temática ainda foi discutida em sede de Projetos de Lei por mais 8 vezes: Projeto de Lei nº. 552/2007 de autoria do senador Gerson Camata; Projeto de Lei nº 4.399/2008 de autoria da deputada federal Marina Maggessi; Projeto de Lei nº 5.122/2009 de autoria do deputado Capitão Assumção; Projeto de Lei nº 349/2011 de autoria do Deputado Sandes Júnior; Projeto de Lei nº 597/2011, de autoria do deputado Marçal Filho; Projeto de Lei nº 5.398/2013 do então deputado Jair Bolsonaro; Projeto de Lei nº 6.363/2013 de autoria do deputado Paulo Wagner.

Em junho de 2016, o Projeto de Lei nº. 6.194/13, de autoria do deputado Alexandre Leite teve um parecer favorável pelo relator Alberto Braga da Comissão de Segurança Pública e de Combate ao Crime Organizado. O referido projeto, assim como os interpostos pelos deputados Paulo Wagner e Jair Bolsonaro, possui a finalidade de tratamento terapêutico voluntário, porém combinado com a remição da pena:

> O tratamento, com consequente remição de pena, é voltado especificamente aos condenados pela pratica de crimes previstos nos Capítulos I e II do Título VI do Código Penal, isto é: Estupro, Violação sexual mediante fraude, Assédio sexual, Estupro de vulnerável, Corrupção de menores, Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente e Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (BRASÍLIA, 2013).

O relator do parecer votou favorável ao projeto, uma vez que entendeu que a castração química como pena é inadmissível face a vedação constitucional das penas cruéis, no entanto, a partir do momento que se respeita o princípio da dignidade humana, e oferece ao condenado reincidente uma opção de tratamento, desaparece a imagem punitiva do Estado:

> No entanto, a partir do momento em que se pondera a proposta através do princípio da dignidade da pessoa humana e da autodeterminação do indivíduo, admite-se este tratamento não como uma sanção coercitiva do Estado, porém como um direito do agressor sexual a receber, de forma consciente e voluntária, o tratamento a ele indicado, de modo a respeitar seus direitos e garantias constitucionalmente resguardados. Neste ponto, a proposta analisada entra em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, considerando a castração química empregada com a aquiescência do indivíduo, entendido como ser digno e capaz de se autodeterminar, a aplicação de inibidores hormonais não afronta a dignidade da pessoa humana, ao revés garante a sua efetividade (BRASÍLIA, 2013).

Importa destacar que na referida decisão aborda a dignidade da pessoa humana da vítima e não numa perspectiva do condenado, assim como, analisa a castração química como um direito à saúde pública, pois compreende que os motivos que levam o indivíduo a cometer crimes sexuais são decorrentes de problemas hormonais.

Posteriormente, no ano de 2017 fora apresentando o Projeto de Lei nº 7.351/2017 de autoria da Deputada Federal Elcione Barbalho, que tinha como objetivo a modificação dos artigos 213 do Código Penal e o art. 241-E, do Estatuto da Criança e do Adolescente, mantendo a pena já cominada ao tipo penal acrescida por tratamento de redução da libido através de recursos químicos.

Novamente a matéria voltou a ser discutida nos anos de 2018, 2019 e 2020, todos com a mesma linha argumentativa, ou seja, implementar a castração química como uma forma de tratamento hormonal. Desta feita, o Deputado Federal Wladimir Costa por intermédio do Projeto de Lei nº 9728/2018, propôs a alteração da Lei nº 8.072/1990, acrescentando a possibilidade de tratamento inibidor da libido, mediante consentimento do condenado e, em caso de primariedade, a progressão de regime passaria a ser de 1/6, caso aceitasse o tratamento durante o cumprimento da pena, ou ainda, em caso de reincidências o cumprimento da pena deveria ser reduzido em 2/5, desde que houvesse aceitação voluntária do tratamento de castração química.

O Projeto de Lei nº 3.396/2019, de autoria do Deputado Federal Fábio Faria, propôs modificação no Código Penal, com intuito de acrescer o art. 218-D, o qual teria como previsão legal a redução de 1/3 da pena, caso o condenado por crime sexual optasse pelo tratamento químico voluntário.

Por fim, em 2020, novamente o assunto virou pauta na Câmara dos Deputados em decorrência do Projeto de Lei 4.233 de autoria do Deputado Federal Eduardo Bolsonaro, que tentou implementar a castração química de forma voluntária aos condenados por crimes sexuais (BRASÍLIA, 2020).

O referido projeto de lei foi apensado ao PL 1925/2015 (BRASÍLIA, 2015) de autoria também do Deputado Nereu Crispim, haja vista que ambos pretendem condicionar a progressão de regime e a concessão do livramento condicional somente se o condenado já tiver concluído, com resultado satisfatório, tratamento químico voluntário para inibição do desejo sexual:

> O Projeto de Lei 4233/20 condiciona a progressão de pena de estuprador à castração química. Segundo o autor da proposta, deputado Eduardo Bolsonaro (PSL-SP), a reincidência de crimes sexuais caiu de 75% para 2% em países onde se aplica a medida. O projeto também aumenta as penas para os crimes de estupro e estupro de vulnerável, previstos no Código Penal. O estupro de vulnerável, por exemplo sai de 8 a 15 anos de reclusão para 12 a 22 anos (BRASÍLIA, 2020).

Por mais que a proposta de Eduardo Bolsonaro tenha como alegação que a pena de castração química tenha diminuído a reincidência dos crimes sexuais em países que adotem tal medida, esta afirmação padece de veracidade (REGHELIN, 2017, p. 94). Conforme abordado no tópico anterior, o único país que conseguiu comprovar a diminuição da reincidência dos crimes sexuais foi a Espanha, sendo que no país referenciado se utiliza um tratamento multidisciplinar e não a castração química como pena (REDONDO, 2005, p. 2).

Ademais, novos projetos de lei que versam sobre a castração química como pena para os crimes sexuais também foram apresentados pela Deputada Federal Bia Kicis no PL 5.112/2020 (BRASÍLIA, 2020), e pelo deputado Heitor Freire no PL 2.347/2021 (BRASÍLIA, 2021), sendo que ambos estão aguardando tramitação nas respectivas casas legislativas.

Todavia, é importante ressaltar que o direito penal é considerado a *última ratio,* ou seja, ele

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15216

é o último recurso, sendo que não há qualquer comprovação científica de que a castração química produz resultados eficazes quanto a diminuição da reincidência, até porque conforme será melhor abordado a seguir, os crimes sexuais não estão condicionados unicamente a questões hormonais, o que torna tal método, além de ineficaz, uma afronta aos princípios norteadores da Constituição Federal.

5. A CASTRAÇÃO QUÍMICA SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Conforme abordado anteriormente, a corrente doutrinária que defende a pena de castração química compreende que o procedimento inibidor hormonal é capaz de coibir e reduzir a reincidência de crimes sexuais, sob a alegação de que os acusados por essa prática possuem o nível de testosterona elevado, fator este que desencadeariam nos crimes contra a dignidade sexual.

No entanto, é imprescindível ressaltar que a própria penologia faz críticas à finalidade da pena, afirmando que as teorias da pena não analisam o agressor sob uma perspectiva criminológica, mas sim, o delito e a forma de prevenção geral intimidadora. Ao examinar a teoria mista ou eclética da pena, Carvalho (2020, p. 144) afirma que existe ausência de consenso mínimo sobre as funções da pena nesta modalidade, ou seja, coexistem "modelos contraditórios e a predominância de discursos e projetos políticos-criminais autoritários caracterizam o cenário de fragmentação das teorias de justificação".

A crítica construída pelo referido autor, é no sentido que somente a criminologia crítica é capaz de analisar o criminoso de forma ampla, enquanto as outras instituições são incapazes de "preservarem minimamente os direitos das pessoas encarceradas, como revelou as absolutas insuficiência e inaptidão de as práticas correlacionadas atingirem seus objetivos" (CARVALHO, 2020, p. 144).

Deste modo, não há como encontrar uma resposta social ao combate aos crimes sexuais unicamente por intermédio do direito penal, pois, Segundo Carvalho (2022, p. 47) analisar o fenômeno criminológico sem fundamento em outras áreas do conhecimento obtém-se resultados dogmáticos e distantes "dos reais problemas da vida".

Situações como essas decorrem da própria complexidade social, pois a realidade é mutante, e não há como garantir que os crimes sexuais acontecem unicamente por um fator hormonal, mas sim, por várias situações que perpetuam na modernidade (MORIN, 2015, p. 83).

Um dos problemas que tal sistema apresenta é a hierarquização entre os saberes, a qual faz com que algumas áreas acabem não sendo reconhecidas como autônomas, mas sim como "ferramentas de auxílio aos saberes mais sofisticados", fator este, que prejudica a compreensão das ciências criminais de forma ampla (CARVALHO, 2022, p. 46).

Deste modo, a análise da motivação da prática de crimes sexuais não deve se limitar ao contexto hormonal do agressor, pois tais crimes estão associados a outros fatores criminológicos, no qual o direito penal isolado é incapaz de solucionar (CARVALHO, 2022, p. 46). Segundo Andrade, os crimes sexuais não são decorrentes da satisfação do prazer sexual do agressor como alegam os defensores da castração química, mas sim, são atos praticados como meio de poder, uma forma de domínio sobre a vítima:

> [...] a agressão é um motivo mais importante para o estuprador que a satisfação do prazer sexual, ou que o sexo, como a violência, é só uma forma de intimidar as mulheres. As mulheres começaram a dar-se conta de que o estupro, os maus-tratos, o incesto, a prostituição, o assédio sexual no trabalho, etc, são fenômenos de uma estrutura de poder, a existente entre homens e mulheres. [...] neste sentido, a maioria dos estupros ocorrem dentro de um contexto de violência física, em vez de paixão sexual ou como meio para a satisfação sexual. Pois, prosseguem, "constatamos que ou a força ou a ira dominam, e que o estupro, em vez de ser principalmente uma expressão de desejo sexual, constitui, de fato, o uso da sexualidade para expressar questões de poder e ira. O estupro, então, é um ato pseudo-sexual, um padrão de comportamento sexual que se ocupa muito mais com o status, agressão, controle e domínio do que com o prazer sexual ou a satisfação sexual. Ele é comportamento sexual a serviço de necessidades não-sexuais (ANDRADE, 1996, p. 102).

Para Carvalho (2022, p. 90) "o atual entrelaçamento entre crime e cultura provoca, nos discursos científicos e nos saberes profanos, distintas reações, dependendo do seu grau de abertura à complexidade", ou seja, "a complexidade encontra-se onde não se pode superar uma contradição [...]" (MORIN, 2015, p. 64).

A complexidade do estudo da motivação dos crimes sexuais é de suma importância para compreender a ineficácia da castração química como pena. De acordo com Ribeiro (2018, p. 19), os crimes sexuais são decorrentes de diferentes características culturais, tais como "o sexo, etnia, falta de respeito, interação sexual e limitação na idade sendo, por isso, praticado em qualquer lugar", ou seja, em crimes dessa natureza é relevante analisar o comportamento, a personalidade e a forma de pensar e agir do agressor sexual:

> Além destas características constata-se ainda a presença de quadro de consumo de álcool e de estupefacientes (principalmente cocaína), perturbações físicas e mentais, antecedentes de comportamentos socialmente incorretos, insegurança, baixa autoestima, fraca capacidade de lidar com a frustração, maus-tratos na infância (físicos, psicológicos ou sexuais), baixo autocontrolo, baixo nível económico e cultural, são indicadores que se encontram presentes nos indivíduos que cometeram crimes de abuso sexual. Estes indivíduos podem dividir-se em abusadores adultos e adolescentes. Os abusadores adolescentes têm idades compreendidas entre os 12 e os 18 anos (RIBEIRO, 2018, p. 19).

Nessa concepção, aplicar a castração química em agressores sexuais com a fundamentação unicamente voltada a questões hormonais é completamente inútil para a finalidade da pena desejada. Os crimes contra a dignidade sexual ainda estão associados a questões culturais, ou seja, do poder dominante do agressor sob a vítima (CARVALHO, 2020, p. 66).

Segundo Moraes (2019, p. 249) a "violência sexual é um fenômeno ancestral e universal, o que se constrói culturalmente é a maneira como se reage à violência sexual, com base numa pauta de valores e símbolos assimilados por determinada comunidade [...]".

No que tange aos crimes culturalmente motivados, já se utilizou como forma de justificada de criminal, questões relacionadas a valores, símbolos e cultura, os quais fundamentaram atrocidades ao longo da construção histórica do direito penal. A exemplo disso, cita-se o caso da excludente de ilicitude direcionada ao crime de estupro que vigorou até a reforma penal do ano de 2005, na qual o agressor ao casar com a vítima não seria punido, ou ainda, no caso de estuprar a esposa, o fato era considerado atípico, pois se compreendia que o agressor estava no exercício regular de um direito que derivava de um dever conjugal (MARCOLLA; RISTOW, 2021, p. 52-53).

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15216

Deste modo os crimes sexuais devem ser abordados e analisados sob uma perspectiva axiológica multidisciplinar ou perante a metafísica dos costumes, que segundo Kant deve ser observada em conjunto com outras disciplinas:

> Ora uma tal Metafísica dos costumes, completamente isolada, que não anda misturada nem com a Antropologia nem com a Teologia, nem com a Física ou Hiperfísica, e ainda menos com as qualidades ocultas (que se poderiam chamar hipofísicas), não é somente um substrato indispensável de todo o conhecimento teórico dos deveres seguramente determinado, mas também um desiderato da mais alta importância para a verdadeira prática das suas prescrições (KANT, 2019, p. 47).

Em que pese a abordagem crítica ser no sentido da ineficácia da pena de castração química para os agressores sexuais debatida até o presente momento, importante ressaltar que a referida pena é incompatível com os princípios fundamentais contidos na Constituição Federal brasileira.

Por mais que a sociedade clame por penas mais gravosas e muitas vezes tendem a fazer justiça com as próprias mãos, cabe ao poder Estatal respeitar e garantir o cumprimento dos princípios constitucionais, principalmente no que tange a dignidade da pessoa humana. A pena sempre é vista como um mal, e de tal forma, por mais que se queira impor uma penalidade a favor do condenado, a pretensão social é eliminar o inimigo[5]:

> [...] o problema central da penologia, porém desde uma perspectiva crítica, para além da legitimidade jurídica das penas e dos critérios de limitação, é o de que os discursos de justificação (teoria da pena), invariavelmente, naturalizam as consequências perversas e negativas da pena como realidade concreta (CARVALHO, 2020, p. 61).

Neste mesmo sentido é a compreensão de Beccaria (2012, p. 27), quando alude que "as penas não podem ter por finalidade a tortura e a aflição de um ser sensível, nem desfazer um crime praticado, sendo dever do Estado, colocar um freio nos particulares e não exercer crueldades inócuas".

Ademais, recepcionar a castração química como pena seria um retrocesso social horrendo, já que a própria história do direito penal demonstrou total ineficácia deste meio. Segundo Kelner (2018, p. 189), o Brasil ainda possui resquícios de sua herança escravocrata e patriarcal ao "demonstrar tratamento desigual aos indivíduos, alguns merecem direitos, outros não [...]", diante de um sensacionalismo algoz da mídia que induz o discurso de ódio de "extermínio de bandido" e de exclusão social completa.

Muito embora se tenha avançado no debate quanto à impossibilidade da recepção da pena de castração química pela Constituição Federal, por afrontar o princípio da dignidade humana e da vedação das penas cruéis, a referida penalidade se enquadra perfeitamente no que Kelner (2018, p. 197) compreende por pena degradante e cruel, ou seja, "inflige à vítima intenso sofrimento físico ou mental, sem que tenha uma finalidade específica, sem que haja um propósito claro, sem que fique caracterizada uma motivação aparente".

A vedação das penas cruéis e degradantes foram abordadas pela primeira vez na Constituição Federal de 1824 no artigo 179, a qual influenciou na concepção ideológica do Código Penal do Império de 1830, que acabou recepcionando vários princípios e garantias que tentavam a sua

5 Termologia utilizada por Günther Jakobs na obra Direito penal do inimigo: noções e críticas.

época garantir a dignidade humana (CARVALHO, 2020, p. 292).

A partir desta concepção histórica, segundo Batista qualquer afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana tornará a pena inconstitucional:

> [...] a pena nem visa o sofrimento do condenado, como observou Fragoso, nem pode desconhecer o réu enquanto pessoa humana, como assinala Zaffaroni, e esse é o fundamento do princípio da humanidade. Não por acaso, os documentos internacionais consideram desumanas as penas como aquela executada em Damiens. O princípio pertence a política criminal, porém é proclamado por vários ordenamentos jurídicos positivos. Entre nós, está o princípio da humanidade reconhecido explicitamente pela Constituição, nos incisos III (proibição de tortura e tratamento cruel ou degradante), XLII (proibição das penas de morte, cruéis ou perpétuas) do art. 5º CF (BATISTA, 2011, p. 99).

Para Roxin (2006, p. 55) "quem tortura outrem para obter declarações, quem o usa em experiências médicas ou o violenta sexualmente, viola a dignidade humana [...]", ou seja, a castração química é um método que além de diminuir drasticamente a testosterona (hormônio masculino), causa inúmeros efeitos colaterais que afrontam o princípio da dignidade da pessoa humana. Em que pese os defensores da pena de castração afirmarem que o método é reversível ao suspender o uso da medicação, importa destacar que as consequências trazidas pela medicação nem sempre são reversíveis.

O indivíduo submetido à castração química acaba sofrendo com "câmbios metabólicos, perdas proteicas, alterações glandulares, descalcificação óssea podendo conduzir à osteoporose, redução da hemoglobina, transformações de personalidade e de comportamento" (REGHELIN, 2017, p. 85).

Os efeitos colaterais do tratamento químico afetam diretamente a dignidade humana do indivíduo, além de ser uma pena cruel e degradante que visa à punição corporal, fatores estes que tornam a pena inconstitucional:

> [...] inibe as ereções, ejaculações e reduz a frequência e intensidade dos pensamentos eróticos. Os efeitos incluem o aumento do apetite, ganho de peso de 15 a 20kg, fadiga, depressão, hiperglicemia, impotência, diminuição do volume ejaculatório, insônia, pesadelos, dispneia (dificuldade em respirar), ondas de calor e frio, perda de cabelo, náusea, cãibras nas pernas, irregular função da vesícula biliar, diverticulite, enxaqueca, hipogonadismo, flebite, aumento da pressão do sangue, hipertensão, tromboses (próximo a ataque cardíaco), diabetes, e encolhimento da próstata e dos vasos seminais (SPALDING, 1997).

No que tange a vedação das penas cruéis, toda a pena que se torna brutal é cruel, como aquelas que geram consequências impeditivas das quais comprometem totalmente a vida do indivíduo (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 233).

A falta de humanidade das penas é contrária ao princípio moral do respeito à pessoa humana, uma vez que cada homem e, por conseguinte também o condenado, não deve ser tratado nunca como um "meio" ou "coisa", senão sempre como "fim" ou "pessoa". Nesse sentido esclarece Ferrajolli:

> [...] acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. Devo acrescentar que este argumento tem um caráter político,

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15216

> além de moral: serve para fundar a legitimidade do Estado unicamente nas funções de tutela da vida e os demais direitos fundamentais; de sorte que, a partir daí um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando- se no nível dos mesmos delinquentes (FERRAJOLLI, 2002, p. 316).

Desta forma, essa garantia constitucional produz no cenário punitivo contemporâneo, "um modelo político de redução dos danos provocados pela ingerência punitiva, marcado pelo humanitarismo" (CARVALHO, 2020, p. 292), ou seja, a vedação das penas corpóreas atinge uma interdisciplinaridade do direito em que "não só leva em conta o afastamento de determinadas penas e consequências jurídicas desumanas, mas também compreende o processo penal, a execução penal e, antes disto, a própria política criminal" (LIMA, 2012, p. 129).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realizado indica que a castração química deve ser analisada sob duas perspectivas distintas. A primeira diz respeito ao procedimento como sanção penal, aplicada aos indivíduos que cometem crimes contra a dignidade sexual, e a segunda, como um tratamento voluntário e reversível.

Na qualidade de sanção penal, a pena de castração química é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a CRFB/1988 tem como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana e a vedação de penas de caráter cruel e degradante. Deste modo, qualquer medida punitiva que possa ameaçar a integridade física e psicológica de alguém, revela-se inconstitucional.

Entretanto, nos Estados Unidos da América, apesar da obrigatoriedade da castração química na legislação, a lei aparentemente foi invocada poucas vezes desde a sua concepção em 1997, não havendo comprovação científica quanto à eficácia de tal método.

A Espanha, por sua vez, apesar de ter em sua legislação a pena de castração química voluntária, o país optou em adotar um programa de tratamento multidisciplinar com apoio psicológico, psiquiátrico e social para a reabilitação de criminosos sexuais. Em pesquisa realizada no ano de 1996, tendo como base uma amostra de 49 indivíduos tratados em prisões de Catalunha, constatando-se que após um período de quatro anos, apenas dois indivíduos se tornaram reincidentes.

No Brasil, desde o ano de 1997 tenta-se implantar no ordenamento jurídico a pena de castração química para os crimes sexuais por intermédio de projetos de lei. No entanto, tal modalidade sempre acaba afrontando princípios basilares contidos na Constituição Federal de 1988.

Numa perspectiva principiológica, a pena de castração química não respeita os princípios da dignidade da pessoa humana e a vedação de penas cruéis e degradantes recepcionados no ordenamento jurídico.

Ademais, enquanto a castração química é analisada por parte de seus defensores como meio eficaz para combater a criminalidade sexual reduzindo o nível hormonal dos agressores, a criminologia crítica enaltece a necessidade de análise multidisciplinar de fatores capazes de

influenciar o comportamento do indivíduo, descartando para tanto, a motivação hormonal do agressor.

Deste modo, o indivíduo que pratica um crime sexual não irá deixar de cometer ilícitos devido a castração química, pois segundo os resultados obtidos, os fatores que levam o agressor a cometer tais atos são em decorrência da cultura patriarcal, da necessidade de dominação e poder sobre a vítima.

Além da pena de castração química ser completamente ineficaz para prevenir ou inibir crimes sexuais, é também, incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, pois viola critérios relacionados aos direitos e garantias fundamentais. Todos os países que recepcionaram em seu ordenamento jurídico a pena de castração química enfrentaram, assim como o Brasil, questionamentos sobre a violação de Direitos Humanos, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Embora almeje o Estado em dar respostas rápidas ao clamor social por penalidades mais rígidas, não se pode aceitar a castração química como meio constitucional, a despeito de suposta eficácia. Deste modo, não se observa a possibilidade de introduzir no ordenamento jurídico brasileiro, medida punitiva que implique violação à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. **O "direito" do condenado à castração química**. JUS, nov. 2007. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/10613/o-direito-do-condenado-a-castracao-quimica. Acesso em: 14 fev. 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Violência sexual e sistema penal**: proteção ou duplicação da vitimação feminina**? Sequência,** Florianópolis, v. 17, n. 33, p. 87-114, jan. 1996. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15741. Acesso em: 18 jan. 2022.

ANDREI, Edmondo. **Dicionário médico**. São Paulo: Delamaré, 1997.

AZEVEDO, Ana Paula. **Castração química:** definição, eficácia, consequências e reflexões sobre a sua implementação no ordenamento jurídico português, 2020. Acesso em: 26 dez. 2020.

AZEVEDO, Solange. **Hormônios contra o crime**. Revista Época, São Paulo, v. 492, n. 104, out. 2007.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal.** 12. ed. São Paulo: Revan, 2011.

BBC BRASIL**. Presidente da França defende castração química de pedófilos**. Folha online. São Paulo, 20 ago. 2007. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u321562.shtml. Acesso em: 30 ago. 2020.

BECCARIA, Cessare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hunter Books, 2012. Tradução de Neury Carvalho Lima.

BECK, Caroline. **What to know about the Alabama chemical castration law**, 2021. Disponível em: https://www.aldailynews.com/chemical-castration-law-hasnt-been-used-since-2019-enactment/. Acesso em: 31 dez. 2021.

BEJARANO, Sandra Mayerly Mendez. **Castração química, última opção em pacientes pedófilos e pedófilos, considerando sua autonomia e dignidade**. **Revista Colombiana de Bioética,** Bogotá, v. 14, n. 2, p. 108-128, 2019. Disponível em: https://www.redalyc.org/journal/1892/189261513008/html/. Acesso em: 7 jan. 2022.

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15216

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.725,** 1997. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=206174. Acesso em: 31 ago. 2020.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.021**, 2002. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=58512. Acesso em: 31 ago. 2020.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.399, 2008**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=418075. Acesso em: 31 dez. 2021.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.122, 2009.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432118. Acesso em: 31 dez. 2021.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 349, 2011**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491711. Acesso em: 31 dez. 2021.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 597, 2011**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=493436. Acesso em: 31 dez. 2021.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.398, 2013**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5C59D1B917CBFB26CD6F5F5088B52EE5.node2?codteor=1082126&filename=Avulso+-PL+5398/2013. Acesso em: 31 dez. 2021.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.363, 2013**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=592362. Acesso em: 31 dez. 2021.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição**: PEC 590. 1998. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=169721. Acesso em: 31 ago. 2020.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. **Parecer PL 6.194**: Comissão de Segurança Pública e de Combate ao Crime Organizado. 2013. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7FD5EA3DFB478557311C8DA32B4AC11C.proposicoesWebExterno1?codteor=1465384&filename=Parecer-CSPCCO-09-06-2016. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASÍLIA. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 552, 2007**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345804. Acesso em: 31 dez. 2021.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. **Parecer PL 6.194**: Comissão de Segurança Pública e de Combate ao Crime Organizado. 2013. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7FD5EA3DFB478557311C8DA32B4AC11C.proposicoesWebExterno1?codteor=1465384&filename=Parecer-CSPCCO-09-06-2016. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição:** PEC 590. 1998. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=97685497ED80FE62C79EA22A22B16316.node1?codteor=1234591&filename=Avulso+-PEC+590/1998. Acesso em: 31 ago. 2020.

CALIFORNIA. Justia us law. **California Code - Penal Code.** 2011. Disponível em: http://law.justia.com/codes/california/2011/pen/part-1/639-653.2/645. Acesso em: 27 jul. 2020.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

CORREA, William. **La castración química como pena aplicable en delitos sexuales contra menores.** 2016. Disponível em: http://derechoyperspectiva.es/la-castracion-quimica-como-pena-aplicable-en-delitos-sexuales-contra-menores/. Acesso em: 7 ago. 2020.

CRIMINAL FINDLAW. **Chemical and surgical castration.** 2013. Disponível em: http://criminal.findlaw.com/criminal-charges/chemical-and-surgical-castration.html. Acesso em: 27 jul. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário brasileiro de segurança pública 2020**: Análises dos casos de estupro no Brasil. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/02/anuario-2020-final-100221.pdf. Acesso em: 29 jan. 2022.

GUEDES, Nuno. **Desumano e cruel. Castração química proposta pelo Chega viola o 1.º artigo da Constituição**. TSF Notícias, 29. jan. 2020. Disponível em: https://www.tsf.pt/portugal/sociedade/desumano-e-cruel-castracao-quimica-proposta-pelo-chega-viola-o-1-artigo-da-constituicao-11760965.html. Acesso em: 26 dez. 2020.

HEIDE, Márcio Pecego. **Castração química para autores de crimes sexuais e o caso brasileiro**. 2007. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/9823/castracao-quimica-para-autores-de-crimes-sexuais-e-o-caso-brasileiro. Acesso em: 14 ago. 2020.

ILLESCAS, Santiago Redondo; GENOVÉS, Vicente Garrido. **Eficacia de un tratamiento psicológico para delincuentes sexuales.** 2008. Disponível em: http://www.infocop.es/view_article.asp?id=1741. Acesso em: 10 ago. 2020.

INEGI. **Censo nacional de sistema penitenciário federal y estatales**: resultatos. 2021. Disponível em: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnspef/2021/doc/cnsipef_2021_resultados.pdf. Acesso em: 4 jan. 2022.

IRIBERRI, Ainhoa. **Así es la terapia de los violadores en la cárcel:** dos años de duración y sin éxito garantizado. 2017. Disponível em: http://www.elespanol.com/ciencia/salud/20170615/223978285_0.html. Acesso em: 10 ago. 2020.

LAURENT, Samuel. **Vers une sixième loi en sept ans sur les criminels sexuels?** 2011. Disponível em: http://www.lemonde.fr/politique/article/2011/01/25/vers-une-cinquieme-loi-en-six-ans-sur-les-criminels-sexuels_1470476_823448.html. Acesso em: 31 ago. 2020.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional:** a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Edições 70, 2019. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho.

KELNER, Lenice. **A inconstitucionalidade das penas cruéis e infamantes:** da voz da criminologia à voz dos encarcerados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MARCOLLA, Fernanda Analú; RISTOW, Rogério. Crimes culturalmente motivados: cultural defense enquanto elemento fundamental na advocacia criminal. In: MARCOLLA, Fernanda Analú; RISTOW, Rogério (org.). **Temas de direito criminal**: reflexões e possibilidades. Curitiba: Bagai, 2021. Cap. 3. p. 50-68.

MARTINS, Geisiane Oliveira; SALOMÃO, Rosa Maria Seba. **A inconstitucionalidade da castração química face ao princípio da dignidade humana.** 2010. Disponível em: http://www.

ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8157. Acesso em: 27 jul. 2020.

MELO, João Osório de. **Lei nos EUA pune abuso sexual de crianças com castração química**. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jun-15/lei-eua-pune-abuso-sexual-criancas-castracao-quimica. Acesso em: 31 dez. 2021.

MORAES, Rodrigo Iennaco de. **Crimes culturalmente motivados**: e violência sexual contra a mulher. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REDONDO, Santiago et al. **Evaluación del tratamiento psicológico de los agresores sexuales en la prisión de Brians.** 79. ed. Espanha: Instituto Andaluz de Criminologia, 2005. p. 2. Disponível em: http://www.boletincriminologico.uma.es/boletines/79.pdf. Acesso em: 16 jun. 2020.

REGHELIN, Elisangela Melo. **"Castração química", liberdade vigiada e outras formas de controle sobre delinquentes sexuais.** Curitiba: Juruá, 2017.

RIBEIRO, Ana Rita. **Programas de reinserção para abusadores sexuais**. 2018. 70 f. Monografia (Doutorado) - Curso de Licenciatura em Criminologia, Universidade Fernando Pessoa Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Porto, Portugal, 2018. Disponível em: https://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/6935/1/PG_Ana%20Ribeiro.pdf. Acesso em: 6 fev. 2022.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SALSMANN, Margot. **Deux emplois offensifs de l'expression castration chimique: l'opposant et le partisan**. 2015. Disponível em: https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01017685/. Acesso em: 16 dez. 2021.

SCHMALZ, Diovan Roberto. **A castração química e a punição no ordenamento jurídico brasileiro:** da explícita inconstitucionalidade à dessocialização do apenado**.** 2014. 88 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Unijui - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Três Passos, 2014. Disponível em: http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2945/TCC.pdf?sequence=1. Acesso em: 31 ago. 2020.

SÉNAT. **Les documents de travail du sénat**: la castration chimique. 2009. Disponível em: https://www.senat.fr/lc/lc202/lc202_mono.html. Acesso em: 31 ago. 2020.

SPALDING, Larry Helm. **Florida's 1997 chemical castration law:** a return to the dark ages. 1997. Disponível em: http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/flsulr25&div=16&id;=&page Acesso em: 6 fev. 2022.

TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia**: aspectos psicológicos e penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WILSON, Jean; ROEHRBORN, Claus. **Long-term consequences of castration in men**: lessons from the Skoptzy and the Eunuchs of the Chinese and Ottoman Courts. The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism, v. 84, n. 12, p. 4324–4331, 1 dez. 1999. Disponível em: https://doi.org/10.1210/jcem.84.12.6206. Acesso em: 19 jun. 2020.

WUNDERLICH, Alberto; FERNANDES, Marcio Borba. **Castração química:** uma visão constitucional. Guaíba: Sob Medida, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. **Direito penal brasileiro:** teoria geral do direito penal I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. **Direito penal brasileiro:** teoria geral do direito penal II. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZEGARRA, Leonardo. **A prática da eugenia nos EUA. A Verdade, 2 jun.** 2013. Disponível em: http://averdade.org.br/2013/06/a-pratica-da-eugenia-nos-eua/. Acesso em: 23 out. 2020.

Recebido em: 09.03.2023
Aprovado em: 11.05.2023
Última versão dos autores: 19.12.2023

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmaram que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil): KELNER, L.; ARRABAL, A. K.; MARCOLLA, F. A**. Dignidade da pessoa humana e criminalização**: a castração química com pena inconstitucional para os crimes sexuais. JURIS - Revista Da Faculdade De Direito, 32 (1). https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15216

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Beyond the *Grundnorm*: static and dynamic legitimacies of international norms

Felipe Kern Moreira [1]
Universidade Federal do Rio Grande – FURG/RS.
E-mail: felipe.kern@gmail.com

Abstract: This contribution aims to add arguments to the hypothesis that the basic norm of Hans Kelsen's Pure Theory of Law is inapplicable as the sole foundation of the legitimacy of international law. Legitimacy is understood here as the property of the norm to attract international actors (Subjects of International Law) toward fulfilling the normative command. The basic norm of Hans Kelsen's Pure Theory of Law can be seen as a static element of the legitimacy of norms of international law. The fragmentation and interdependence between norms of international law can be seen as dynamic legitimacy elements. These arguments make up a theoretical set that seeks to explain why and how subjects of international law obey rules of law at the international level. The methodology of this contribution consists of qualitative theoretical research using primary sources referring to the issue of legitimacy in international law.

Keywords: legitimacy; international law; fragmentation; interdependence; basic norm.

Para além da Norma Fundamental: legitimidade estática e dinâmica de normas internacionais

Resumo: O propósito desta contribuição é acrescentar argumentos à hipótese que a norma fundamental da teoria pura do Direito de Hans Kelsen é inaplicável enquanto único fundamento de legitimidade do direito internacional. Legitimidade aqui entendida como a propriedade da norma de atrair atores internacionais em direção ao cumprimento do comando normativo. A norma fundamental da teoria pura do direito de Hans Kelsen pode ser tida como elemento estático de legitimidade de normas de direito internacional. A fragmentação e interdependência entre normas de direito internacional podem ser tidas como elementos dinâmicos de legitimidade. Estes argumentos compõem um conjunto teórico que procura explicar por que e como sujeitos de direito internacional obedecem a normas de direito no plano internacional. A metodologia da presente contribuição consiste em pesquisa teórica qualitativa com recurso a fontes primárias referentes a questão da legitimidade no direito internacional.

Palavras-chave: legitimidade; direito internacional; fragmentação; interdependência; norma fundamental.

1 Doutor (2009) e Mestre (2004) em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília-UnB. Scholarship Holder DAAD/CNPq na Johann Wolfgang Goethe Universitaet Frankfurt am Main (2007-2009). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande -FURG (2001). International Visitor Fellowship (2019), Ocean Frontier Institute, Dalhousie University, Halifax, Canada. Professor no Curso de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5084-4987. Lattes CV: http://lattes.cnpq.br/4260140930250897. E-mail: felipe.kern@gmail.com

INTRODUCTION

The theoretical approaches outlined in this contribution were born out of disagreement with the argument commonly expressed in terms of *pacta sunt servanda* being the foundation of international law. This argument, in different ways, was reaffirmed by legal scholars and that, supposedly, would be related to the Preamble and Art. 26 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. In what sense is the principle of *pacta sunt servanda* a foundation? In the sense of purely legal consent? In the sense of being an efficient cause for mandatory normative commands? In the sense of generating the behavior of subjects of international law? Moreover, ultimately, what is the relationship between foundation and legitimacy in international law?

This paper seeks to add arguments to the hypothesis that the basic norm of the Kelsen's Pure Theory of Law is inapplicable as the sole foundation of the legitimacy of international law. There is a reference to inapplicability in terms of an incomplete argumentative set to explain the functioning of a system of norms, in this case, a system of norms at the international level. The argument of this paper can be summarized in the following terms: if there is a place for legitimacy in the Kelsen's Pure Theory of Law, this place is occupied by the basic norm, although this does not fully respond to the perception of the legitimacy of international norms. It is then proposed that the fragmentation of norms (as commands endowed with effectiveness) and the interdependence between them function inseparably as dynamic elements of the legitimacy of a system of international norms. The methodology of this contribution consists of qualitative theoretical research using predominantly primary sources referring to the issue of legitimacy in international law.

1. STATIC LEGITIMACY OF INTERNATIONAL NORMS

The basic norm (Grundnorm) in Hans Kelsen's Pure Theory of Law can be seen as the foundation of the legitimacy of international law insofar as, through the principle of recognition (Anerkennungsprinzip), it is possible to identify the existence of norms at the international level based on mutual recognition of States as political units capable of establishing legal relationships among themselves (KELSEN, 1976, p. 222). The Kelsenian notion of international law was shaped by its approximation with the lessons of neo-Kantian epistemology in following the logical necessity of *a priori* considerations (JAKAB, 2004, pp. 1045-1057). Despite Kelsenian Theory's recognized commitment to purity, which means "knowing your object for what it is and then answering the question of what the law is and, not what it should be, or could be doing"(KELSEN, 2008, p. 01), the notion of the basic norm - a tribute to the recognition of the effectiveness of a legal order - recognizes that, without power, the law cannot exist. On the other hand, the law is also not identical to power. In the sense of Kelsen's Pure Theory, the law is a determinate order or organization of power (KELSEN, 2008, p. 81).

Both the question about the basic norm and the notion of legitimacy in Hans Kelsen refer to discussions in the field of constitutional dogmatics of his time. In this case, the legitimacy problem in the Pure Theory of Law is found in the lessons on the transition of the constitutional

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15269

order and, therefore, as a solution of continuity related to the rupture of the constitutional legal order (KELSEN, 1976, p. 212). In these terms, the legal use of legality is in line with the principle of legitimacy in the first theories of international law on the birth of States (CHEN, 1951, pp. 105ss). Both doctrinal fields have in common the reference to the transition and transmission of power in a hereditary way consolidated in political practice in the Middle Ages, particularly in Europe. The hereditary continuity of power as legitimate continuity is at the origin of the principle of constitutional continuity (LEISNER, 2002, pp. 65 e 86).

The basic norm in the Pure Theory of Law is not simply a justification, closure, or completion of the theoretical system (*Rechtsfertigung*). The Kelsenian formulation clearly refers to the principle of the effectiveness of norms. Kelsen assumes that there are power relations in society and that effective norms shade these power relations. Therefore, the legitimacy of a legal order depends on its effectiveness (KELSEN, 1976, p. 215). It is possible to infer from the notion of legitimacy in Kelsen's Pure Theory that the theme is related to the question of the conditions for the existence of a legal order, even though the principle of legitimacy concerns, in Kelsen, the constitutional level. It is also possible to establish a relationship between legitimacy and consensus from the theoretical contribution of Hans Kelsen on democracy, from the moment in which, for Kelsen, international law will be as democratic as the political procedures within States are democratic since norms of international law ultimately affect individuals represented by the State[2].

The basic norm is not the principle of *pacta sunt servanda*. The basic norm is the *a priori* recognition of the existence of a legal order and of subjects with legal capacity which act in it. The feature of prior recognition may have initially motivated Hans Kelsen to formulate the basic norm as a hypothesis, and the impossibility of proving the hypothesis, in terms of praxis, motivated the theoretical correction as pure fiction. The *pacta sunt servanda* is observed in history and is not formed by history, which would be an empty statement. The *pacta sunt servanda* is not a right formed by custom but a prerequisite for the existence of legal norms and subjects capable of making these norms effective. Other assumptions of the Pure Theory of Law, such as the unity of the legal order, the primacy of international law, and the issue of validity, are logical consequences of the theoretical formulation of the basic norm.

From the examination of history, it is possible to identify that international law arises insofar as there are rules recognized as valid by political actors, whether natural persons, such as kings or tribal chiefs, or legal hypostatizations in the form of personalization of States, International Organizations. Therefore, there is no consensus on determining the unequivocal origin of international law in terms of a historical moment. From the elements of the basic norm, it is possible to identify, on a historical level, the constituent elements of Kelsen's theorization, including the concept of person, legal norms, and the foundation (basis) of a given system of law (valid norms). The examination of the gradual fragmentation of the Carolingian empire and the transitional processes until the consolidation of the modern system of European States offers many

2 This reasoning is not evident in Kelsen's work because democracy is not a requirement, a criterion for the legal capacity of the State. Kelsen breaks with German tradition and clearly distinguishes between popular sovereignty and democracy. However, it can be said that international law will be more democratic the more democratic States are, which, in Kelsen's view, is a mixture of scientific assertion and political opinion. In this regard, see JESTAEDT; LEPSIUS, 2006, p. XIX.

elements of analysis for applying the principle of recognition as carried out in the Pure Theory of Law. Carl Schmitt made a significant contribution with his studies of Political Theology in the sense of concluding and explaining that several concepts of modern theories of the State are secularizations of theological concepts and, in particular, the study of the transition from dogmatic categories in the Eusebius-Augustinus confrontation to the State in Hobbes (SCHMITT, 2009. pp. 43-54ss).

Several approaches to these themes can be found in the contemporary debate on legitimacy. The plurality of elements that could be mentioned can be grouped in terms of classifications that indicate points of convergence in the theoretical debate, namely, condition of existence, consensus, consent, status quo, solution of continuity for the problem of the rupture of constitutional order, perceived properties/qualities of the norms and values (MOREIRA, 2012). If there is a place for legitimacy in the Pure Theory of Law, that place is occupied by the basic norm. This occurs because the elements of the theoretical formulation of the basic norm respond to the question of the conditions of existence of international norms, the question of the solution of constitutional continuity, and the question of the organization of power. It responds to the question of consensus and consent insofar as the content of the basic norm is the mutual recognition of the legal capacity of subjects of international law, and, finally, it offers an answer to the perception of the norm as legitimate based on the vertical property, of belonging (MOREIRA, 2012, p. 41).

Hans Kelsen's starting point is the recognition of the international legal order. This recognition is based on the objectivity of reason that subjects regard norms as valid. The validity of norms is not based on the recognition of the norms by the subjects but on the recognition of their facticity and efficiency (KELSEN, 1920, p. 215). The question about the legitimacy of international norms is not answered solely by the basic norm, insofar as the recognition of the existence of norms and the mutual recognition of subjects of law at the international level does not answer all the questions posed by legitimacy. There are factors that interfere with the attribution of legitimacy to international norms that go beyond the theoretical formulation of the basic norm in the Pure Theory of Law.

What would Hans Kelsen say today about the practical implications of *Grundnorm* theorization through the principle of recognition? Would Hans Kelsen recognize the existence of valid commands between subjects other than States and International Organizations as valid norms of international law? Regardless of the answer, at the beginning of the 21st century, is it - or would it be - possible to promote – legitimate – global governance through the instruments (sources and institutions) of Public International Law?

The theoretical debates brought about by the contributions of legal pluralism, and the debate on the constitutionalization of international law intensified the questions about the concept of norms of international law and the legitimacy requirements of international norms. Much more than the possibility of the constitutionalization of international law seems to be at stake, what are valid norms of international law, and who are the subjects of international law?

Christian Walter, in the paper 'Constitutionalizing (inter)national Governance', poses the constitutionalization of global law as a problem of international law insofar as there is an intention to promote global governance. In this context, it can be suggested that there are three

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15269

political candidates for the promotion of global governance: the United Nations, international law, and transnational administrative norms. Each of these candidates plays a recognized role in the coexistence of States. However, it seems that the concept of global governance proposed by the 'Commission on Global Governance' does not give any candidate priority in the dispute:

> "Governance is the sum of many ways individuals and institutions, public and private, manage their common affairs. It is a continuing process through which conflicting or diverse interests may be accommodated and co-operative action may be taken. It includes formal institutions and regimes empowered to enforce compliance, as well as informal arrangements that people and institutions either have agreed to or perceive to be in their interest." (WALTER, 2001, p. 175).

Walter's article argues that the notion of the Constitution needs to be separated from its traditional context within the nation-state to be transferred to international law. Concerning legitimacy, Walter problematizes the constitutionalization from the disaggregation of the State as a public authority, which he evaluates as a growing consensus about the fall of the Westphalian pillars. He exemplifies this change in the international political structure based on the semantical option of the International Law Commission in the draft articles on state responsibility adopted at the 53rd Session on July 26, 2001, where the reference to 'international community of states' known from article 53 of the Convention of Vienna on the Law of Treaties was replaced by a reference to the 'international community', without reference to States (WALTER, 2001, p. 172.).

K. C. Wellens offers another contribution to the debate in the article "Diversity in secondary rules and the unity of international law: some reflections on current trends" (WELLENS, 1995, pp. 3-38), where the author seeks to make a contemporary reading of secondary rules based on Hart's positivist theory, applying the basic norm for contemporary legal relations. Hart's theory raises many points about the dynamics of norms in the international system. However, the question about the sources, the consequences for international responsibility, and, especially, the unity, coherence, and effectiveness of international norms make the author formulate some questions that deserve reference.

> "Are the limits and constraints of classical or general international law stretched or even strained by the way the secondary rules have been operating within the special fields? Has the compartmentalization of international law reached a level at or beyond which the international legal order runs the risk of fatal disintegration?" (WELLENS, 1995, p. 4)

Wellens concludes that non-state actors of different types and categories – international organizations, individuals, companies, entities, and NGOs – have become more involved in creating primary norms. These actors also increasingly become subject to the rule of primary norms, which confer rights on them or impose obligations of conduct or abstention. Wellens dedicates his final remarks to the role of the United Nations and the need for the organization to adapt gradually to the 'prevailing circumstances' of the international community, mainly regarding the secondary rule of article 27 of the Charter (3), which establishes the conditions for decisions by the Security Council.

From the reading of the theoretical texts that face the issue of legitimacy in international law, it is possible to verify the presence of recurrent themes such as the constitutionalization

of international law, the flexibility of the concept of valid legal norms and primary norms, as well as subjects of international law and global governance. The treatment of these issues so comprehensively raises the question of to what extent they belong (these issues) to the field of public international law. In the theoretical debate, these different perceptions are visible in the dialogue between the dogmatics of international law and other theoretical Fields (ONUF, 1989; ONUF, 1982). A notorious example is Jürgem Habermas, who accepts Luhmann's postulates about a global society but does not identify transnational rules between private actors as international legal norms (SKORDAS; ZUMBANSEN, 2009, p. 02). This question, which has as its backdrop the relationship between global governance and Public International Law, can only be partially answered insofar as legitimacy is analyzed from a legal perspective.

In November 2003, the Max Planck Institute in Heidelberg held a Seminar on 'International Law in Treaty Making' as part of a European-American dialogue on different perceptions of international law and, in particular, the issue of legitimacy took on particular intensity in the debates which generated a Seminar solely on the topic of legitimacy in international law, in which several scholars participated, including Rüdiger Wolfrum, Alain Pellet, Robert Keohane, and Georges Abi Saab. Wolfrum's article "Legitimacy in International Law from a Legal Perspective: some introductory considerations" (WOLFRUM, 2008, pp. 01-24) mentioned some of the main concerns on the subject.

Wolfrum's text is markedly technical and accentuated by restricting the study of legitimacy to the field of public international law. He first acknowledges the existence of several schools of thought on the issue of legitimacy. Firstly, he mentions those who argue that international law lacks legitimacy, at least compared to national democratic governments. According to Wolfrum, this is a school that rescues the internationalist thought of Carl Schmitt, state-centrist, where international law is perceived as directly controlled by individual States. The second school is a consequence of globalization and argues that global institutions must be reshaped to establish their legitimacy based on global challenges. This school suggests replacing or complementing governments with democratically legitimized world institutions. Another school is concerned with adapting traditional means of developing norms to the globalized world. Others are hybrid forms, such as accentuating parliamentary influence in international relations (WOLFRUM, 2008, pp. 03-05).

In the theoretical content of the concept of legitimacy assembled by Wolfrum, he mentions the role of justification of authority, consensus, adequacy, and justice brought about by the issue of legitimacy in international law. From the perspective of democracy, he mentions that the lack of democracy within the States calls into question the implementation of an Agreement in that State but not the Agreement itself and, recalling the contribution of G. Tunkin if the custom is understood as a tacit agreement between States then their ultimate source is the consent of States (WOLFRUM, 2008, pp. 06-08). Although Wolfrum resorts to custom and pacta sunt servanda, curiously enough, he does not mention Hans Kelsen.

Two issues mentioned by Wolfrum deserve further mention: the recognition of static and dynamic elements related to legitimacy and the recognition of norms that, although technically not international legal norms, constitute or interfere with the obligations of States.

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15269

Regarding static and dynamic factors, it starts from the issue of consent. The consent of States must have a specific and static meaning referring to a particular obligation and a general and dynamic meaning referring to the establishment of a governance system or regime which develops legal life in itself by formulating other obligations (WOLFRUM, 2008, p. 09). Wolfrum seeks to speak of general Public International Law, not specific small-scale (bilateral or regional) Agreements. The difference between Wolfrum's contribution and the conclusions of this paper is that - for Wolfrum - the static meaning is the norm itself, which means that the foundation of the obligation is the norm or the Agreement. Hans Kelsen's basic norm in the perspective of static legitimacy is the a priori necessary recognition for this norm to be established and, included in this recognition, is the capacity of a subject to understand the norm and be able to be bound by it and recognize in the other party the same attributes. These considerations lead Wolfrum to question whether consent would legitimize international law and develop his idea about the dynamic meaning of international law decisions that affect individuals (WOLFRUM, 2008, pp. 10 e 12).

Wolfrum highlights the recognition of norms that, although not of a technical nature, constitute obligations for States or even individuals and corporations or that accelerate the implementation of already contracted obligations. He exemplifies the role of decisions by international agencies, in particular regarding the implementation of the Montreal Protocol on substances that affect the ozone layer and, in particular, the majority votes on complementary norms that enforce compliance with a given Treaty (WOLFRUM, 2008, p. 14). The role that Wolfrum attributes to international agencies (Secretariats) that administer multilateral Treaties and international corporations is quite similar to that mentioned by Paul Kajer concerning conglomerates of specialists (KJAER, 2009, p. 05) and to what Gunther Teubner attributes to transnational private actors (TEUBNER; KORTH, 2009).

What Wolfrum understands by the dynamic sense of consensus boils down to administrative decisions taken within the International Regimes and systems of international law that do not depend on the consensus of the States, but that generate or interfere with the obligations of the States. The argument is that consensus and consent do not generate legitimacy by themselves, as there are obligations assumed by States that do not depart from this static sense but are anchored in it. Wolfrum's notion, in a certain sense, is more of an argument as to the inapplicability of the basic norm as the sole basis for the legitimacy of international norms

Other contributions in the field of legal theories also identify the role of the relationship between international legal norms and other types of commands and directives that reinforce or interfere with the obligations of States. In this regard, Anne Marie Slaughter's work 'Governing the Global Economy through Government networks', in which she cites the growth of “Memoranda of Understanding”, reflects on the growing recognition of the general advantages of informal agreements between government regulatory agencies (SLAUGHTER, 2000, pp. 177-205). Slaughter's argument reveals the concern among internationalists mentioned by Brigitte Stern about how it is possible to regulate globalization based on international law since formal norms are insuficiente (STERN, 2000, p. 252). Hellen Keller's extensive research on codes of conduct from the perspective of the legitimacy of international law is enlightening insofar as it questions the effectiveness and legitimacy of the diversity of regulations which differ in terms of origin,

scope, and degree of institutionalization. Keller questions the legitimacy of these codes of conduct that imply a departure from traditional models of legitimacy, just as private codes are disconnected from the States (KELLER, 2008, pp. 236 e 296).

It is necessary to emphasize that the reference to Helen Keller's research is due to the accurate study regarding the existence and effectiveness of norms of conduct – regulations – which, although of a private nature, fulfill a public function. Keller's emphasis is on the problem of the legitimacy of these norms and their acceptability. The argument of this paper follows a different path that takes advantage of some of the results of the aforementioned research: the existence of rules created at different levels – as norms of conduct also exist in multilateral relations – which reinforce consensus, determination, and guidance for compliance with norms valid under international law[3].

2. DYNAMIC LEGITIMACY OF INTERNATIONAL NORMS

Elements beyond the theoretical formulation of the basic norm interfere with the question of legitimacy. These elements go beyond the static characteristic of the recognition of rules based on the mutual recognition of legal capacities. The basic norm is the starting point of international law subjects' behavior, just as legality is the starting point of legitimacy. On a legal level, a norm may have little legitimacy, but if there is no norm, there is nothing to speak of legitimacy. Legality follows the licit/illicit binomial, and legitimacy follows a perception gradient of degrees of legitimacy. The legal norm is black or white, and legitimacy is shades of gray.

Legitimacy in international law can suffer interference from several factors that are part of the perception of the legitimacy of legal norms. As an example of these factors, one can speak of consensus, ritualization, determination, and values[4]. These perceptions acquire more significant or lesser subjectivity in the criteria suggested by legal theories according to the cultural, regional, and historical contexts in which the norms operate. It is possible to find in history different ways of influencing the legitimation of rules, even though the elements of Kelsen's basic norm seem to have remained static since the first manifestations of international law.

The fragmentation of international law has different interpretative approaches that largely depend on the theoretical perspective of who explains it. In this regard, the International Law Commission Report on the Fragmentation of International Law, the role of decisions in international law, decisionism in Carl Schmitt, and legal pluralism as developed by Kennedy and Teubner. From these perspectives, it is possible to identify factors that dynamically legitimize international norms. The first dynamic factor is a movement of disorderly production of norms at the international level, which, while being an efficient cause for clashes between international regimes, gives determination to norms within their respective systems insofar as it specifies more and more the content of commands applied to different situations. This production of norms is

3 Helen Keller cites examples of codes of conduct created by private actors but informing international norms. In this sense, the voluntary codes of conduct relating to labor law is an Agreement between NGOs and trade unions that serve as 'benchmarks' for the ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy (ILO 1977). (KELLER, 2008, p. 243).

4 These are the legitimacy criteria developed by Thomas Franck and discussed in MOREIRA, 2012, pp. 275ss.

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15269

verified in the International Regimes related to the environment, human rights, and international trade. It is also possible to identify that the fragmentation of international law, in the form of the production of norms, increases the cohesion of the legal system as a horizontal criterion of legitimacy. This is also observed from the perspective of regimes and regional systems of norms, for instance, the law of European Union or regional systems of human rights.

Interdependence in international law can also be seen in the very relationship between norms of international law, where it is possible to perceive more clearly which norms are interdependent and the extent of their interdependence in the system. Examples of this case are general multilateral Treaties and additional Protocols or accessory norms to these international legal commitments. The greater the scope of interdependence between norms, the greater the determination[5] of these norms due to the expansion of normative references and the consolidation of norms in the system. This relationship of interdependence as a set of fragmented normative and decision-making compounds of a given system of norms also increases the cohesion of the norms in a given normative system.

Decisions confer cohesion and determination to valid legal norms of international law in the sense that interpretation and practical application are given to normative content. To this extent, fragmentation and interdependence in international law must be understood as parts of an argumentative organicity and not in the sense of legal rationalities with defined, watertight borders. The interdependence between legal systems makes it possible to bring together fragmented elements in the conception of a single legal system, whether international, regional, or transnational. The fact that the praxis of international law depends on the interdependence between fragmented norms is one of the elements of Koskenniemi's argument regarding the quality of a legal argument in international law: a competent legal argument seeks to connect norms at different levels of abstraction (KOSKENNIEMI, 2005, p. 566). The Finnish jurist's argument makes it possible to perceive that the inclination towards obedience in the sense of the connectivity of norms can also occur at the argumentative, descriptive level.

The international legal system is not a complex of norms that promotes its objectives in the system in a static way. International law constitutes a legal system devoid of a unified system of sanctions, compared to the state system, which raises the question of legitimacy in the sense of attraction to compliance in an environment devoid of coercion. It is possible to perceive that there are international norms in the sense of facticity and effectiveness. However, subjects of international law comply with norms due to elements beyond consent.

Treaties and customs as prevailing sources of international law provide the framework for decision-making instances and the content of legal arguments. The administration of international regimes and systems in the form of secretariats and decision-making bodies streamline the contents of Treaties (Agreements and other species of international commitments), and, therefore, it is possible to understand which subjects of international law are attracted to compliance due to the dynamics of international law itself. In the same vein as Martti Koskenniemi's argument about competence in international law, Malcolm Shaw also places the justification of the legal argument

5 Norm determination is the text's ability to convey a clear message and to be transparent to the point that meaning can be arrived at through language. The rationale is that rules with a clear meaning are understood more efficiently and have greater potential to be fulfilled since they express the behavior expected from the Subjects of International Law with greater precision (MOREIRA, 2012, 34).

at a central level in the practice of international law:

> "It is the legal quality of international law that is the first question to be posed. Each side to an international dispute will doubtless claim legal justification for its actions and within the international system there is no independent institution able to determine the issue and give a final decision." (SHAW, 1997, p. 02)

Kelsen's Pure Theory of Law sought to study the object of legal sciences, that is, law, purifying it of other elements such as morality, ethics, values, politics, and ideology. The scientific rigor intended by legal positivism made it possible to verify with a more significant margin of accuracy that the norm and its validity criteria are the results of choices, options, and decisions. The product of the aseptic process of maximum reductionism that science can confer on the norm is not the norm but the decision, and what allows this decision to be characterized, transubstantiated into a legal norm is also a decision, which generates a fictional attribution.

On a legal level, legitimacy depends on the existence of legality. Therefore legitimacy is also fictional since legitimacy is also based on the assumption of mutual recognition of legal capacities. Legitimacy, as well as the basic norm, is the fiction of fictions, as it constitutes the *a priori* condition for the existence of legality. Going back in this post-Kantian reasoning would be to recognize specific values as foundations of law. Even if they are, the ultimate legal foundation of the legitimacy of a legal order is the decision that gives these values a legal nature. The use of fiction also makes it possible to understand how different cultural or historical contexts can modify the perception of the legitimacy of international norms.

In the field of international law, legitimacy, from the point of view of values, belongs to the field of high human ideals that, despite not existing in reality, allow for 'civilizing' progress in theory and legal practice. Based on the notions of freedom and justice, it is a foundation of fictional legitimacy, psychologically necessary for the human societal Project (VAIHINGER, 1986, pp. 59ss). Legitimacy based on criteria other than morality does not escape fictional characterization either since it depends on the notion of attribution of personality necessary to obtain consensus and conscious consent to the content of the norm. Based on these arguments, it is also possible to recognize that the basic norm partially exercises the legitimating function of international law because, while presenting itself as pure fiction, it denies the interference of subjective moral values.

The 1979 version of the 'General Theory of Norms' indicates that the basic norm cannot be conceived scientifically without resorting to fiction as an act of thought. Much has been written about the 'deadly mystery' of Kelsen's change of heart in the 1979 version, and on this point, Duxbury seems right: norms are hardwired to the human will: "the basic norm shares with a positive legal norm the quality of being the meaning of an act of will, except that in the case of the basic norm the act of will is imagined." (DUXBURY, 2007, p. 09). This paper seeks to add arguments to the hypothesis that the basic norm of the Kelsen's Pure Theory of Law is inapplicable as the sole foundation of the legitimacy of international law. The various arguments that form this conviction reside in recognizing that static and dynamic fictional factors are immanent in legal systems, and legitimacy is no exception to this rule. If international relations are observed, at any time in history, the content of the basic norm remains unchanged, and this content is the axis of the definition of the concept of legitimacy.

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15269

CONCLUSIONS

The *pacta sunt servanda* is a common expression of recognition of a legal order. In this regard, the expression. *Ubi societas, ibi jus* is consecrated, although it is more a legal aphorism than a scientific statement. Where there is society, it is possible to identify some commands, not necessarily legal ones. There seems to be a reason to theorize that secondary rules – in Hart's sense – will recognize whether norms are legal; before that moment of consensus, all Indians are chiefs. The basic norm in Hans Kelsen concerns this order of phenomena: it is possible to recognize legal rules in contemporary societies. This is only possible if there is the possibility of self-obligation—something evident in international society, as States mutually recognize each other in their spheres of power.

Although one cannot recognize the prevalence of an explanatory theory regarding the foundation of the legitimacy of international law, it is proposed that the assumptions based on the principle of *pacta sunt servanda* or the hypothetical basic norm can be improved in order to reduce the distances between an argument theoretical and practical dynamics of norms in international relations.

One of the main arguments of the theoretical contribution of this article resides in the response of the Pure Theory of Law to the question of legitimacy. In the content of these arguments, the formulation of the basic norm stands out: from the principle of recognition, by an act of thought, a fundamental norm is assumed that justifies and gives unity to the international legal order. The elements of this basic norm are perceived in recognition of the existence of norms since subjects of law, who behave according to these norms, mutually recognize their legal capacity to commit themselves to them. The theorization of the basic norm in terms of the history of ideas is a formulation aimed at solving the problem of the validity of norms in the universal sense and not just the validity of norms (re)known as national and international. In this sense, the fundamental norm is the static factor of legitimacy of international law, as it brings together the basic assumptions for the condition of existence of norms, for consensus, consent, and other factors capable of generating legitimacy.

The possibility of change in the perception of legitimacy, verified from observing the behavior of norms and subjects of international law, indicates that legitimacy, as a property of the norm, has dynamic characteristics. It has been argued in this article that it is possible to research these dynamic characteristics from a legal perspective. The possibility of distinguishing between static and dynamic factors suggests that there is scientific evidence that international norms have greater legitimacy due to factors that go beyond the elements of the basic norm of Hans Kelsen's legal positivism. Therefore, the basic norm is inapplicable as the sole basis for the legitimacy of international law.

REFERENCES

CHEN, Ti-Chiang. **The International Law of Recognition:** with special reference to practice in Great Britain and the United States. London: Stevens &Sons Limited, 1951.

DUXBURY, Neil. **The Basic Norm:** an unsolved murder mystery. LSE Law, Society and Economy

Working Papers 17/2007. Disponível em: www.lse.ac.uk/collections/ law/wps/wps.htm. Acesso em: junho de 2008.

JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver. **Der Rechts-und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen** – Eine Einführung. In: KELSEN, Hans. Verteidigung der Demokratie. Herausgegeben von Matthias Jestaet und Oliver Lepsius. Tübingen: Möhr Siebeck, 2006. pp. VII-XXIX.

JAKAB, András. **Kelsens Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik**. In: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Vol. 64 (2004). Heildelberg: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2004. pp. 1045-1057. Disponível em: http://www.zaoerv.de. Acesso em: jan. de 2009.

KELLER, Helen. **Codes of Conduct and their Implementation**: the Question of legitimacy. In: WOLFRUM, Rüdiger (org.). **Legitimacy in International Law**. Heildelberg: Springer, 2008. pp. 219-298.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (1934). Studienausgabe der 1 Auflage 1934. Herausgegeben und eingeleitet von Matthias Jestaedt. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehe.** Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit (1960). Zweite vollständige neu bearbeitete und erweiterte Auflage. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1976.

____. **Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts:** Beitrag zu einer reinen Rechtslehre (1920). Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1920.

KJAER, Poul. **The structural transformation of democracy**: Elements of a theory of transnational constitutionalism. Kapitel 1: The metamorphosis of the functional synthesis. (in Erscheinen) In: Privatrechtstheoretisches Seminar: Verfassungen jenseits des Nationalstaates. Somersemester 2009. Frankfurt am Main: Johann Wolfgang Goethe Universität, 2009.

KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia:** the structure of international legal argument. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

LEISNER, Anna. **Kontinuität als Verfassungsprinzip:** unter besonderer berücksichtigung des Steuerrechts. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

MOREIRA, Felipe Kern. **Direito e Legitimidade na Sociedade Internacional**. Boa Vista: EdUFRR, 2012.
____. A legitimidade de normas de direito internacional: um diálogo com Thomas Franck. In: **Revista Direito GV**, v. 08, nr. 01, jan-jun, 2012.

____. **Direito internacional:** teoria dos fatores dinâmicos de legitimidade. Curitiba: Appris, 2019.

ONUF, Nicholas. **World of our making:** Rules and Rule in social theory and International Relations. Columbia: University of South Carolina Press, 1989

ONUF, Nicolas Greenwood. **Law - Making in the Global Comunity**. Durham: Carolina Academic Press, 1982.

SCHMITT, Karl. **Politische Theologie:** Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität. (1922) Neunte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

SHAW, Malcolm N. **International Law.** Fourth Edition. United Kingdom: Cambridge University Press, 1997.

SKORDAS, Achilles; ZUMBANSEN, Peer. **The Kantian Project of International Law**: Engagements with Jürgen Habermas' The Divided West. In: German Law Jornal. Vol. 10, nr. 01(2009). Disponível em: http://www.germanlawjournal.com/. Acesso em: abr. 2009. pp. 01-04.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **Governing through Government Networks**. In: BYERS, Michael

(org.). The role of Law in International Politics: essays in international relations and international law. Oxford: Oxford University Press, 2000. pp. 177-205.

STERN, Brigitte. How to regulate globalization? In: BYERS, Michael (org.). **The role of Law in International Politics:** essays in international relations and international law. Oxford: Oxford University Press, 2000. pp. 247-268.

TEUBNER, Gunther; KORTH. Zwei Arten des Rechtspluralismus: Normkollisionen in der doppelten Fragmentierung der WeltgesellschaftIn:KÖTTER, Peter Matthias;

SCHUPPERT Gunnar Folke (Hrsg.). **Normative Pluralität ordnen**. Baden-Baden: Nomos, 2009.

VAIHINGER, Hans. **Die Philosophie des Als Ob:** System der theoretischen, praktischen und religiösen fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Neudruck der 9. 10. Auflage leipzig 1927. Aalen: Sciencia verlag, 1986.

WALTER, Christian. **Constitutionalizing (Inter)national Governance**: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law. In: German Yearbook of International Law, 2001. pp. 170-201.

WELLENS, K.C. **Diversity in secondary rules and the unity of international law**: some reflections on current trends. In: WELLENS, K.C.L.A.N.M. Barnhoorn. Diversity in secondary rules and the unity of international law. The Haage: martinus Nijhoff Publishers, 1995. pp. 03-38.

WOLFRUM, Rüdiger (org.). **Legitimacy in International Law**. Heildelberg: Springer, 2008.

Recebido em: 22.03.2023
Aprovado em: 29.05.2023
Última versão do autor: 27.12.2023

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):KERN MOREIRA, F. **Beyond the Grundnorm**: static and dynamic legitimacies of international norms. JURIS - Revista da Faculdade de Direito, 32 (1). https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15269

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Matriz de análise das decisões judiciais: o discurso dos magistrados no Brasil e Alemanha

Rebeka Souto Brandao Pereira [1]
Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN/RN
E-mail: rebekasbrandao@gmail.com

Dr. Leonardo Martins [2]
Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN/RN
E-mail: leomartins1971@yahoo.de

Resumo: O presente artigo objetiva descrever e analisar os conteúdos dos discursos jurídicos dos magistrados no Brasil e na Alemanha à luz da teoria do subjetivismo hermenêutico de José Rodrigo Rodriguez. Partindo-se de um estudo descritivo dos dispositivos constitucionais vigentes no Brasil e na Alemanha, a fim de se explicitar as respectivas estruturas constitucionais e suas implicações na construção da argumentação jurídica da decisão de modo a debater a decisão "*à moda* brasileira" e "*à moda* germânica". Para tanto, aplicou-se a metodologia do tipo exploratória e elegeu-se a pesquisa bibliográfica e documental como instrumento de estudos de trabalhos científicos interdisciplinares, valendo-se especialmente da análise das decisões proferidas no Brasil e na Alemanha, além de propor uma matriz para análise objetiva de conteúdo. Os resultados obtidos não estabeleceram juízo de valor sobre os Tribunais Constitucionais dos dois países, ao contrário, propiciaram uma visão ampliada sobre suas práticas, na medida em que apontaram distinções na maneira de expor o conteúdo dos respectivos discursos, demonstrando que as diferenças culturais demarcam os julgadores, desde a sua formação até a sua atuação profissional.

Palavras-chave: Legitimidade argumentativa**.** Decisão judicial. Constituição.

Matrix of analysis of court decisions: the speech of magistrates in Brazil and Germany

Abstract: This article aims to describe and analyze the contents of the legal discourses of magistrates in Brazil and Germany in the light of José Rodrigo Rodriguez's theory of hermeneutic subjectivism. It starts with a descriptive study of the constitutional provisions in force in Brazil and Germany, in order to explain the respective constitutional structures and their implications in the construction of the legal argumentation of the decision in order to debate the decision "Brazilian style" and "German style". To this end, an exploratory methodology was applied and bibliographic

1 Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Residência Judicial pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN) e Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). ORCID: http://orcid.org/0000-0001-9099-9003. E-mail: rebekasbrandao@gmail.com

2 Doutor em Direito Constitucional pela Humboldt-Universität zu Berlin (2001), Alemanha; atualmente é Professor Associado IV da UFRN e "Ambassador Scientist" / Vertrauenswissenschafler (cientista embaixador) da Alexander von Humbodt Foundation. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1188-8194. Lattes CV: http://lattes.cnpq.br/6963079630876141. E-mail: leomartins1971@yahoo.de

and documentary research was chosen as an instrument for studying interdisciplinary scientific works, using especially the analysis of decisions rendered in Brazil and Germany, in addition to proposing a matrix for objective content analysis. The results obtained did not establish a value judgment on the Constitutional Courts of the two countries, on the contrary, they provided an expanded view of their practices, insofar as they pointed out distinctions in the way of exposing the content of the respective speeches, demonstrating that cultural differences demarcate the judges, from their training to their professional performance.

Keywords: Argumentative legitimacy. Judicial decision. Constitution.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como propósito preambular realizar ponderações sobre a existência de mecanismos constitucionais que garantam a legitimidade argumentativa da decisão judicial. Pretende-se descrever as questões atinentes ao conteúdo normativo constitucional no Brasil e na Alemanha com vistas a avaliar qual o limite de entrelaçamento do magistrado às garantias de liberdades ou competências para a construção da argumentação da decisão. Isso, utilizando-se de uma Matriz de Análise para descrever e processar os conteúdos dos discursos jurídicos dos magistrados no Brasil e na Alemanha à luz da teoria do subjetivismo hermenêutico de José Rodrigo Rodriguez.

Foram analisados os conteúdos e estruturas de dois julgados, um de origem do Supremo Tribunal Federal e outro oriundo do Tribunal Constitucional Alemão, com a intenção de principiar um diálogo e suscitar provocações junto aos leitores em como as culturas podem influenciar os magistrados e suas disposições estruturais da argumentação jurídica de cada caso.

Torna-se oportuno esclarecer que as sentenças definidas para o estudo focaram na análise do constructo da argumentação, por essa razão trata-se de naturezas distintas, mas que tem em comum o conteúdo da argumentação, que no final, é o escopo principal do estudo. Foram eleitas duas sentenças, em um infindável universo, com a finalidade de tratar não de uma amostra, mas sim de uma proposta de análise em cada um dos conteúdos encontrados na argumentação jurídica dos magistrados. Na escolha pelas sentenças considerando a similaridade argumentativa dos casos e dos países com o intuito de inaugurar uma trajetória investigativa no direito internacional no campo da argumentação jurídica e que não se pretende esgotar ao final do texto.

Dentre os aspectos tratados no presente estudo, as discussões sobre a decisão judicial brasileira e alemã visando a analisar a legitimidade constitucional argumentativa do juiz segundo a vigente Constituição Federal brasileira e a *Grundgesetz (GG)*, a Lei Fundamental Alemã e, finalmente, os aspectos gerais da decisão judicial.

A pesquisa objetiva uma análise sobre a legitimidade argumentativa do julgador no âmbito da construção das decisões de ambos os países, a fim de verificar se estão no patamar da fundamentação não retórica, ou se as decisões não são estruturadas suficientemente para a resolução da demanda devidamente fundamentada nos parâmetros constitucionais.

A seção inicial aborda a legitimidade constitucional argumentativa nas decisões judiciais,

buscando firmar seu conceito. Na seção seguinte, promove-se uma análise do respaldo institucional e normativo, com foco na GG e na CF, contemplando os aspectos descritivos das normas. Devem então ser comparados e pontuados os possíveis vieses subjetivos das normas constitucionais, bem como ressaltados os principais fundamentos normativos da composição das Cortes constitucionais brasileira e alemã.

E por fim, a seção trará as análises recaem sobre os aspectos principais da decisão judicial, destacando-se sua estrutura e seus limites, com a finalidade de se chegar a uma conclusão prática da presente pesquisa. Serão trazidos os dois modelos de decisão judicial-constitucional, primeiro do Tribunal Constitucional Federal alemão (TCF) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

A metodologia adotada é exploratória, adotam-se como procedimentos a revisão bibliográfica e a análise documental de julgados, sendo o método de inferência o indutivo. Utiliza-se, como estratégia ao estudo, a suscitação escalonada do que aqui se denomina de "dúvidas razoáveis", em número de três, cujas respostas ao longo do desenvolvimento do trabalho servirão ao propósito de confirmação, em sede de conclusão, ou não da hipótese levantada a seguir definida, uma vez que pressupõe as aludidas três dúvidas razoáveis. São elas: a primeira, quanto às constituições (brasileira e alemã), se ambas contêm conteúdos que garantem a legitimidade argumentativa dos juízes nas decisões judiciais; a segunda, quanto às implicações jurídicas da legitimidade constitucional argumentativa nas decisões judiciais; a terceira é se se trata de liberdades ou de competências para a construção da argumentação da decisão.

A hipótese submetida ao presente exame é a de que existem mecanismos normativo-constitucionais que conferem ao(à) julgador(a) legitimidade com certa margem discricionária argumentativa para proferir a decisão (exercício da função jurisdicional) o que proporciona diferenças reais entre as decisões do TCF e STF.

1. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL ARGUMENTATIVA E A TEORIA DO SUBJETIVISMO HERMENÊUTICO

O ato de julgar é praticado pelos juízes no âmbito de sua jurisdição, cuja etimologia nos remete ao vocábulo latino *jurisdictio*[3]. A legitimidade para dirimir controvérsias entre partes processuais está amparada expressamente no art. 5º, XXXV CF. A jurisdição, nesse sentido é refletida pela atividade na qual alguns órgãos se pronunciam em caráter imprescindível, sobre a aplicação do Direito, de forma que, por intermédio de procedimentos previamente determinados, promova-se o escopo de se chegar a uma decisão definitiva é revestida do caráter da imutabilidade, fazendo coisa julgada (BARROSO, 2018, p. 2171-2228). Os tribunais e juízes passam, em respeito à Constituição, a adaptar o conteúdo do discurso das decisões aos preceitos constitucionais, de modo a declarar o direito no caso concreto tendo como medida a Constituição (CALLEJON, 2006, p.50).

Na perspectiva constitucional, a jurisdição, designa a interpretação e aplicação da Constituição a órgãos judiciais. No Brasil, essa competência é exercida por todos os juízes e

3 Do latim, que significa a ação de dizer (*dictio*) o direito (*júris*). Logo é a função de dizer o direito quando rompida a inércia do judiciário, com a finalidade de dirimir um conflito entre duas partes de interesses antagônicos.

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15416

tribunais. Na Alemanha, essa competência, cujo detentor pode ser chamado de juiz natural de questões constitucionais que pode ser alcunhada, foi reservada, exclusivamente ao TCF. O STF é a mais a alta Corte jurisdicional do Brasil; já o TCF não é um tribunal de superrevisional como aquele, mas órgão judicial de única instância com competência exclusiva para avaliar questões de constitucionalidade.

Essa especial função jurisdicional, no Brasil difusamente integrada à jurisdição comum, na Alemanha isolada e concentrada em único órgão jurisdicional abrange o poder desempenhado por magistrados e tribunais na aplicação direta da Constituição, no papel do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional segundo a Constituição (BARROSO, 2012, p. 29).

No campo da dogmática jurídica, essa missão de adequação da norma ao caso concreto para uma pragmática do poder por meio do discurso, ocorre por meio de uma série de ensinamentos ou os centros de produção de conhecimento (as faculdades de direito), e, por "um conjunto de sábios juristas, mas também como uma forma de pensar, de conhecer e raciocinar a partir de dogmas, normas jurídicas" (MARANHÃO, 2010, p. 97).

Nesse sentido, acontece que, há algum tempo, os tribunais superiores vêm atuando na centralidade das disputas do país, inclusive na política. Suscitam-se fenômenos como a "judicialização da política", e do "ativismo judiciário" (MIGUEL; BOGEA, 2020, p. 1-3). Ao assumirem tais posições, cabe a indagação sobre o conteúdo do discurso contido na argumentação das decisões, tendo em vista a obrigação de decidir na correspondente sistemática jurídico-constitucional.

2. O MAGISTRADO E O DOMÍNIO DA PROFUSÃO DOS SENTIDOS DA NORMA PARA BUSCA DA RESPOSTA ADEQUADA

O julgador é comparado a um poeta e um filósofo na medida em que é um habitante do mundo das palavras, onde necessita aprender a lidar com a profusão dos significados que nascem dessa convivência com os agentes do microssistema de comunicação (RODRIGUEZ, 2005, p. 278). Apesar de existir um distanciamento entre eles, o poeta e o filósofo são livres dos entraves das leis de associação, e o julgador em seu trabalho está restrito à contenção da profusão de significados para conformar o sentido dos textos jurídicos aos esquadros do Estado de direito, reprimindo quaisquer subjetividades (RODRIGUEZ, 2005, p. 277-280).

Dessa maneira, a função jurisdicional é conformada como espaço emoldurado pelas normas e em especial a Constituição, delimitado por uma metodologia rígida. A interpretação é uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um grau hierárquico-normativo superior para um grau hierárquico-normativo inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial, norma essa a ser deduzida da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto (KELSEN, 2018, p. 387-389).

Todavia, no desempenho dessa função, é possível, em um regime democrático, que os órgãos judicantes, que são relativamente isentos de responsabilidade e que não são escolhidos pelo

povo, passem a impor sua própria hierarquia de valores e suas predileções pessoais ao interpretar as disposições constitucionais, cuja imprecisão semântica não precisa ser notada. A sedimentação do constitucionalismo demonstrou essencial à estruturação do Estado e à garantia dos direitos da pessoa, proporcionando que a jurisdição constitucional findasse por trilhar um caminho sem volta para o universo jurídico. Isso revela o grande valor da Constituição e a importância de um tribunal constitucional (GARCIA, 2008, p. 187-217).

Para Kelsen, "a garantia jurisdicional da Constituição" é "um elemento do sistema de medidas técnicas que têm, por fim, garantir o exercício regular das funções estatais". Logo, é possível depreender que a outorga de poderes a um órgão jurisdicional para verificar a conformação das leis e demais atos ao texto constitucional é o que caracteriza essa jurisdição. Assim, o autor conclui que é "um tribunal que é competente para abolir leis – de modo individual ou geral – funciona como legislador negativo" (KELSEN, 2007, p. 261).

A Constituição Federal tem garantias mais sólidas quanto ao modo de revogação e alteração do seu texto normativo, precisando submeter-se, a um processo especial cujas condições são complexas e mais severas. Assim, para Kelsen: "a Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer, com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais" (KELSEN, 2018, p. 240-241).

Para se obter uma resposta adequada ao conflito de interesses ou dúvidas quanto à validade de normas que lhes sejam submetidos, deve-se evitar a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, tão somente uma interpretação: a interpretação "correta", ou seja, uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica (KELSEN, 2018, p. 395-396).

A ciência do direito não possui meios para garantir que a interpretação do direito tenha resultados únicos, a profusão dos sentidos não pode ser controlada cientificamente ou por métodos ortodoxos, o microssistema das decisões judiciais pode encaminhar-se para os sistemas políticos, ou pior, para sistemas bárbaros (RODRIGUEZ, 2005, p. 279). Tendo em vista que, os juízes anteriormente, eram vistos como pretores do Estado, e portanto, considera-se a possibilidade de distorções de conceitos e valores sobre este tema no atual Estado em que nos encontramos.

Assim, o pensamento Kelseneano no âmbito da *Teoria Pura do Direito* no que diz respeito à essência da interpretação da norma não logrou explicar a distinção entre o conteúdo interpretativo retórico (não técnico) e o exarado pelo julgador (conhecedor das normas) que busca com os meios da razão jurídica o sentido da norma. E, resta-nos buscar a resposta para as seguintes questões: diante da profusão dos sentidos das normas alçadas pelo julgador, em que medida este se utiliza do discurso retórico para convencimento de outrem? E em que medida decisões retóricas ou meramente subjetivas produzem efetividade da prestação jurisdicional?

2.1. **Eficiência da jurisdição?**

A Emenda Constitucional n. 19 de 1998 inaugurou a eficiência como princípio e meta a ser perseguida pela Administração Pública. Por sua vez, de modo semelhante, a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 estabeleceu o direito fundamental individual à celeridade e a razoável duração do

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15416

processo como último inciso do extenso catálogo de direitos e deveres individuais e coletivos do art. 5º (art. 5º, LXXVIII da CF).

O dever de eficiência encontrou, portanto, respaldo normativo direto na Constituição, não obstante esteja presente nos demais princípios na medida em que determina o comprometimento de uma atuação coerente, legal e organizada com a finalidade de buscar os melhores resultados para a Administração Pública, no primeiro momento, e anos depois, atingiu o judiciário como atividade estatal. Especificamente, a eficiência fora configurada infraconstitucionalmente pelo novo Código de Processo Civil, promulgado em 2015, sendo definida como uma diretriz para a aplicação do direito pelos juízes, de modo que tal norma seja interpretada com as demais normas do processo e com o escopo do dever de fiscalidade apto a gerar transparência no exercício da atividade jurisdicional.

As emendas acima mencionadas objetivaram a implantação da eficiência na prestação do serviço público pelo Judiciário, ou seja, no âmbito da prestação jurisdicional, considerando-se o processo como garantia dos direitos fundamentais. Para a presente pesquisa, será testada a hipótese de que se houver a decisão que contém a fundamentação constitucionalmente adequada haverá eficiência na jurisdição a partir das diretrizes traçadas pelos modelos constitucionais brasileiro e alemão.

Observa-se que ocorre uma inespecificidade das EC nº 19 e 45, por possuírem conceitos abstratos acerca da almejada eficiência, em que pese a ubiquidade da Constituição que atribui ao princípio da eficiência.

A eficiência pode se atrelar à busca de celeridade e redução de custos, bem como a formulação de decisões elaboradas a partir de uma dialogicidade que repercutirá na construção do provimento judicial (TARUFFO, 2015, p. 86).

Visto que, na função da jurisdição, o elo que conecta o juiz ao caso é a existência de uma peculiaridade única, no ato de interpretar a norma e de aplicá-la ao caso concreto, falamos em um sujeito singular (o julgador) diante de um conflito igualmente singular (o caso concreto). Nesse contexto têm-se os juízes, burocratas que possuem deveres em relação ao Estado de direito e que devem estar subordinados ao princípio da legalidade, logo, que têm o dever de limitar suas subjetividades ou impulsos singulares próprios de cada personalidade no exercício de interpretar o sistema jurídico corretamente a fim de se evitar o transbordamento subjetivo excessivo (RODRIGUEZ, 2005, p.290-292).

Considerando que o nexo que liga o julgador e o caso a ser julgado no ato decisório, ou seja, na iminente interpretação e aplicação da norma ao caso concreto é a singularidade, tanto do julgador como do caso em análise, portanto, por intelecção lógica, se houver mudanças na singularidade do julgador, abrir-se-á margem para a mudança de entendimento decisório.

O dever de motivação racional-jurídica (em oposição à racionalidade política) da decisão judicial ressalta o material cognoscitivo, de sorte a evidenciar as informações e valorações tecidas pelo julgador em seu raciocínio decisório e revelar suas razões reais. O julgador desempenha uma importante função de controle social do exercício do poder jurisdicional. Por isso, quanto mais extenso e arraigado for esse trabalho de fundamentação, mais efetiva será a função da motivação (TARUFFO, 2015, p. 24-25).

3. OS JUÍZES NA CONSTITUIÇÃO ALEMÃ E BRASILEIRA

No contexto complexo do processo decisório, em primeiro lugar por se tratar de uma função desempenhada por um sujeito singular envolvendo a singularidade de um caso, e, porque, ao se interpretar uma norma (mesmo tendo a Constituição como parâmetro) ocorre uma profusão de sentidos em que o raciocínio técnico-jurídico perpassa por subjetividades reais, entre a intuição,[4] o tecnicismo e a razão jurídica (MAGRI, 2014, p. 38).

Nesse aspecto, convém indagar se há diferenças entre uma decisão "*à moda* brasileira" e "*à moda* germânica". Para tanto, faz-se necessário compreender as estruturas constitucionais de cada país no que diz respeito à carreira da magistratura, garantias e bases normativas que vinculem os magistrados a preceitos básicos decisórios.

3.1. Os julgadores e a Constituição brasileira: garantias e dever de motivar suas decisões

A Constituição Federal (CF) determinou, logo em seu art. 2º, a tripartição dos Poderes, segundo a clássica formulação de *Montesquieu*. Trata-se de Poderes da União, que são independentes e harmônicos entre si: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A importância da dogmática da separação dos poderes foi destacada por sua incorporação no seleto rol de cláusulas constitucionais imutáveis, das assim chamadas "cláusulas pétreas" segundo expresso teor do art. 60, §4º, II da CF. Dessa maneira, ao Parlamento confiou-se a elaboração de regramentos que regeriam a vida social; ao Governo, o cumprimento da lei; e, por fim, ao Judiciário, o exercício da jurisdição, como tarefa de se interpretar e aplicar as leis sempre que devidamente provocado.

O Poder Judiciário brasileiro torna-se, desse modo, um Poder da República, apesar de o constituinte referir-se a ele como Poder da União, os juízes são integrantes e titulares de uma parcela da soberania estatal, portanto, detentores de uma função pública e submetidos a um estatuto especial.[5] A magistratura no Brasil é uma carreira jurídica de Estado, cujo recrutamento é por meio de concurso público de provas e títulos, tornando-se, em tese, mais democrática por ter o contorno de propiciar acesso igualitário a todos que comprovem aptidão e melhor classificação entre os aptos. Em todas as fases do concurso, a Ordem dos Advogados do Brasil participa para conferir ao processo mais lisura.[6]

Assim, uma vez aprovado em concurso público e nomeado, o até então candidato torna-se juiz titular, dotado de garantias constitucionais a fim de certificar a independência e imparcialidade do próprio Poder Judiciário como um todo. Após o estágio probatório de 2 anos adquire segundo o art. 95, I da CF a vitaliciedade, o que denota que após perpassado o período de dois anos no cargo com o correspondente exercício, apenas o perderá (sendo aposentado compulsoriamente) em consequência de sentença judicial transitada em julgado, em procedimento apropriado assegurando-lhe o direito de ampla defesa e de contraditório.

Além da vitaliciedade, a inamovibilidade prevista no art. 95, II da CF também se destaca

4 Tendo em vista que a intuição está diretamente ligada ao direito e é um tema de relevância, uma vez que a aplicação da norma ao caso concreto não se encerra em mero raciocínio silogístico. O julgador, na análise das provas no caderno processual toma contato direto com os objetos e estima valores.

5 Lei complementar nº 35, de 14 de Março DE 1979 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Possui 147 artigos.

6 Conforme estabelece a Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15416

como uma especial e garantia constitucional idônea ao aludido propósito, pois a movimentação (por decorrência ou não da promoção) do juiz depende, tão somente, da vontade do interessado. Ou seja, trata-se da garantia da permanência do juiz na unidade judiciária onde se encontra formalmente lotado.

A irredutibilidade de subsídios, que com as duas primeiras garantias foram a tríade positivada no art. 95, essa no art. 95, III da CF, concede ao julgador um mecanismo de distanciamento à possibilidade de receber controles externos e estranhos à justa convicção que deve formar para a solução das lides e dúvidas quanto à validade de normas que lhe são submetidas. Além disso, confere ao julgador a garantia de não ser destituído do cargo aleatoriamente, não ser removido de determinada localidade contra sua vontade, bem como a não redução dos seus vencimentos de forma a manter seu padrão de vida. Todas as três garantias têm o propósito de assegurar a concretização do princípio do juiz natural em prol, portanto, dos jurisdicionados e de toda a sociedade.

No Brasil, o controle da jurisdição constitucional nasceu com a Proclamação da República Como modelo foram utilizadas as premissas do sistema norte-americano do *judicial review*, em que pese a sua época estar como ainda hoje seguindo o sistema de fontes do direito da *civil law*, diferentemente do modelo americano, que sabidamente construiu o sistema de fontes conhecido como *common law* (MORAES, 2003, p. 627).

O Supremo Tribunal Federal (STF) se estabeleceu no topo do processo de construção da interpretação constitucional, com representação institucional adotada pela CF que lhe outorgou a decisão final sobre eventuais conflitos constitucionais e sobre o controle de normas quanto à sua respectiva constitucionalidade (BARROSO, 2014, p. 86). No desempenho de suas atribuições, pode inclusive, invalidar atos do Congresso Nacional. É composto por onze Ministros do STF onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (CF, art. 101).

3.2. **Os julgadores e a lei fundamental alemã: independência, limites e dever de decidir**

Na Alemanha, o direito constitucional foi erguido a partir da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) de 1949, compondo-se de 146 artigos, atualmente constitui-se também de decisões jurisprudenciais constitucionais. Com efeito, a jurisdição constitucional na Alemanha compete ao TCF para a tomada de decisões em casos definidos por lei federal (MARTINS, 2018, p.1).

A Lei Fundamental está em vigor na forma em que o Tribunal Constitucional Federal a interpreta. (SMEND, 1962, p. 24). Assim, a história da Lei Fundamental é ao mesmo tempo a história da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (LAMPRECHT, 2009, p. 1454). No âmbito do processo de unificação, *Otto von Bismarck*, no projeto de Constituição da Liga dos Estados Alemães do Norte, atribuiu ao Conselho Federal (*Bundesrat*) aspectos de Corte constitucional, sendo inaugurado pela Constituição de 1871(BARROSO, 2014, p. 91).

A Corte Constitucional alemã apenas ganharia as feições que tem hoje no período Pós-Segunda Guerra Mundial, com o projeto de Lei Fundamental (*Grundgesetz*), aprovado no Congresso de *Herrenchiemsee* (*Herrenchiemse Konvent*), o qual previa a criação de um Tribunal Constitucional, que foi instalado em março de 1951 (MENDES, 1999, p.21; HECK, 1995, p.36).

Com o seu trabalho, o Tribunal Constitucional deu vida à Lei Fundamental e fortaleceu a sua reputação.

A organização do Poder Judiciário, este é confiado aos juízes, exercido pelo Tribunal Constitucional Federal, pelos tribunais federais previstos nesta Lei Fundamental e pelos tribunais dos Estados.[7] É conferido ao tribunal o *status* de órgão constitucional, isso pelo próprio tribunal e pela opinião predominante na literatura especializada e pela lei orgânica (§1, I, BVerfGG). Essa ideia de "órgão constitucional" está ligada não apenas ao reconhecimento de mais um órgão constitucional ao lado dos demais, mas de um órgão que se coloca acima da interpretação e a aplicação das normas constitucionais. (MARTINS, 2018, p. 1)

O processo de seleção para o cargo de juíza e juiz é complexo e quatro vertentes são avaliadas: os pressupostos subjetivos, tempo de investidura, quota participativa de juízes dos demais tribunais federais e o processo eleitoral. A primeira condição limita-se à formação jurídica, idade mínima de 40 anos e não pertencer à Câmara Federal, ao Conselho Federal ou a Governo Federal ou órgãos atrelados aos Estados-membros; A segunda condição tem a ver com o lapso temporal, tanto de investidura no cargo que é de 12 anos, vedada a reeleição, quanto à idade para a aposentadoria compulsória, que é de 68 anos; A terceira condição consiste em uma quota de 3/8 dos membros de cada um dos dois Senados (equivalentes às turmas dos tribunais na estrutura judiciária brasileira) reservada a juízes de carreira. Visa-se, contrabalancear o caráter acadêmico da Corte ao trazer a experiência judicial nos processos decisórios. Finalmente, a quarta e última condição a ser observada é que os juízes devem ser eleitos por uma maioria qualificada de 2/3 da Câmara Federal e do Conselho Federal (MARTINS, 2018, p. 8-9).

Sobre a independência de todos os juízes, a GG estipula que são independentes e somente subordinados à lei. Assim, os juízes titulares e nomeados definitivamente com caráter permanente não poderão, contra a sua vontade, ser destituídos antes de terminado o prazo de exercício das suas funções que, no caso de juízes do TCF é de 12 (doze) ano, vedada a recondução ou reeleição em momento futuro.

No caso dos demais juízes, eles não podem ser suspensos dos seus cargos definitiva ou temporariamente, transferidos para outro posto ou aposentados, salvo em virtude de uma decisão judicial e exclusivamente por motivos e formas prescritos nas leis. Excetuando-se quando a legislação fixar limites etários, de forma que serão aposentados com caráter vitalício, e diante da modificação da organização dos tribunais ou suas jurisdições, maneira pela qual os juízes poderão ser transferidos para outro tribunal ou afastados do cargo, desde que prossigam auferindo seus vencimentos integrais (Art. 97, §1 e 2, GG).

No mais, o TCF é a Corte jurisdicional alemã, com sede em Karlsruhe, composta por de dois Senados, em cada um destes possui oito juízes, com limite de idade de 68 anos. Sua atuação carece de ser provocada, como ocorre com qualquer órgão jurisdicional em ambos os sistemas jurídicos comparados, o pedido é imprescindível para a jurisdição constitucional, pois, rompe a inércia e qualifica o TCF como órgão decisório como um Tribunal (MENDES, 1999, p. 84-85).

A GG atribui competências sobre sua interpretação em controvérsias a respeito da

7 Ver art. 92, GG: "Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das undesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt".

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15416

extensão dos direitos e deveres de um órgão superior da Federação ou de outros interessados dotados de direitos próprios pela GG ou pelo regulamento interno de um órgão federal superior (MENDES, 1999, p. 84-85). Ademais, prevê que no caso de divergências ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual com algum parâmetro constitucional positivado na GG ou da compatibilidade da legislação estadual com outras leis federais, quando o requererem o Governo Federal, o Governo de um Estado-membro ou um quarto dos membros do Parlamento Federal (Art. 93, §2, GG).

No caso de divergências sobre se uma lei corresponde aos requisitos do Artigo 72 II, por requerimento do Conselho Federal, do Governo de um Estado ou da Assembleia Legislativa de um Estado (Art. 93, §2a, GG); no caso de desarmonias sobre direitos e deveres da Federação e dos Estados, especialmente a respeito da execução de leis federais pelos Estados e do exercício da fiscalização federal (Art. 93, §3, GG). Por fim, em outras controvérsias de direito público entre a Federação e os Estados, entre diversos Estados e dentro de um Estado, sempre que não exista outra via judicial (Art. 93, §4, GG).

4. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O PROCESSO DECISÓRIO

No atual contexto brasileiro, ocorre um aumento no protagonismo judicial em casos de alta complexidade ético-jurídico, sendo incabível a alegação de lacuna ou obscuridade da lei (art. 126, CPC). Deste modo, o juiz não pode se eximir de proferir uma decisão que lhe foi submetida (art.5º, XXXV, CF), vedando os juízos de *non liquet*[8], cabendo-lhe aplicar as normas legais e na falta delas, utilizará a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

A decisão judicial no campo da epistemologia é um discurso jurídico, um mecanismo pelo qual ocorre uma produção de enunciados no sistema jurídico e, para sua validade, deve expor discussão e argumentação sobre o caso posto à jurisdição (ALEXY, 2001, p. 213). Esse conteúdo jurídico não necessita de um fundamento absoluto, mas sim "que possa ser racionalmente justificada no contexto da ordem jurídica prevalecente" (ALEXY, 2001. p. 213). Neste contexto, tais decisões, podem ser emolduradas no campo de uma razão justificadora, cujo discurso jurídico está conexo à noção de procedimento argumentativo (ATIENZA, 2003, p. 20).

O dever constitucional de motivar as decisões foi expressamente determinado pelo art. 93 da CF, no mais, ele também já deriva do princípio do Estado de direito positivado no art. 1º, *caput* da CF. Por isso, a decisão exarada pelo Poder Judiciário deve ser capaz de evidenciar ao jurisdicionado a razão jurídica decidida. A fundamentação das decisões judiciais, portanto, constitui um dever, especialmente por receber o tratamento de garantia fundamental inseparável

8 A expressão latina *non liquet* é uma abreviatura da frase '*iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum*', cujo significado literal é: 'jurei que o caso não estava claro o suficiente e, em consequência, fiquei livre daquele julgamento'. Ao declarar o *non liquet*, o juiz romano se eximia da obrigação de julgar os casos nos quais a resposta jurídica não era tão nítida. No contexto atual o sistema jurídico não aceita mais esse tipo de indecisão por parte do juiz. Ele tem que proferir sua sentença de qualquer maneira, ainda que não esteja convencido plenamente sobre a justeza do resultado. Portanto, possui utilidade prática da proibição *non liquet*, pois, se o juiz se eximisse de proferir uma decisão toda vez que estivesse em dúvida, haveria grande probabilidade de o sistema colapsar, pois são muitas as situações em que isso ocorre. Cf. George Marmelstein em artigo de título: "O Asno de Buridano, o *Non Liquet* e as Katchangas." (MARMELSTEIN, 2009, p. 1). Disponível em: https://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asno-de-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas. Acesso em: 19 set. 2020.

ao Estado democrático de direito, bem como por representar o Poder Judiciário um Poder da República.

No Brasil o discurso jurídico toma uma forma simbólica, por estar conectadas às questões culturais, acabam refletindo intensamente no sistema jurídico, adotou-se a retórica formalista no conteúdo das decisões judiciais que costuma ser utilizada para encobrir e justificar a falta de efetividade das normas constitucionais (ROSENN, 1998, p. 95-96). Por outro lado, na Alemanha o discurso contido na decisão possui conteúdo específico, com estrutura própria contendo ao final as razões, *Grunde*, seguido da fundamentação da decisão. A jurisprudência do TCF reconheceu que o conteúdo normativo da decisão possui efeito da irrevogabilidade classificada como parte do efeito da coisa julgada (MARTINS, 2018, P 61-71).

Com o protagonismo judicial em casos complexos envolvendo matérias ético-jurídicas é oportuno analisar o número de casos para cada juiz, em especial nos Tribunais Superiores. No Superior Tribunal de Justiça, existem o total de 33 cargos de ministros existentes e todos providos, e contam com o total de 5.118[9] de força de trabalho. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez possui o total de 11 cargos de ministros existentes e todos providos[10], 25 magistrados convocados, e contam com o total de 2.203 de força de trabalho (STF, Portal da Transparência, 2020).

Estudos da gestão judiciária no âmbito do STF apontam uma tendência de crescimento da demanda ao longo do tempo e um aumento da capacidade de resposta do Tribunal, ocorrendo uma redução do estoque e aumento do total de casos decididos. No ano de 2017 observou-se o pico da série de casos novos e baixados: foram 102.227 casos novos e 115.353 baixados, e 43.973 processos pendentes. Os processos mais delongados são os de controle concentrado, que levam em média de 7 anos e 11 meses para serem resolvidos.

Apesar da melhora apontada no estudo acima, o processo civil brasileiro ainda apresenta um rol de ocasiões que obstam a fluidez para o trânsito em julgado, os advogados quando se deparam com a situação em que a lei favorece a parte contraria, utilizam-se de inúmeros recursos para "eternizar o processo". Isso se dá ao fato da inexistência de doutrina de *stare decisis*[11] ou alguma outra normativa que obriga o judiciário a resolver questão idêntica por diversas vezes no âmbito dos juízos de primeiro grau (ROSENN, 1998, p. 92).

Na Alemanha, os precedentes ocupam um lugar acessório, por ser um sistema dedutivo e legalista, fundamentado na codificação, os juízes interpretam a lei quando a matéria é regulada por uma, caso contrário, não havendo uma referência legal direta, os precedentes auferirão um papel importante (ALEXY, 2016, p. 32-38).

No Tribunal de Justiça Federal Alemão, existe o total de 19 Senados, 152 Juiz ativos incluindo, 17 juízes presidentes (BUNDESGERICHTSHOF, 2020). Além da Equipe científica

9 Deles Servidores: 2.900 – Efetivos: 2.639 – Cedidos/Requisitados: 186 – Sem vínculo Efetivo: 75 Auxiliares: 2.185.

10 Disponível em: http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=transparenciaMembroTribunal. Acesso em: 20 ago. 2020.

11 Originária da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, que significa mantenha-se a decisão e não ofenda o que foi decidido que obriga, é uma teoria que valoriza o peso dos precedentes, e, portanto, vincula os juízes e tribunais. Nesse sentido, como exemplo, a declaração de inconstitucionalidade em um caso concreto traz como consequência a não aplicação daquela lei a qualquer outra situação, porque todos os tribunais estarão subordinados à tese jurídica estabelecida. De modo que a decisão, não obstante referir-se a um litígio específico, produz efeitos gerais, em face de todos (erga omnes). (BARROSO, 2012, p. 71).

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15416

que é composta de 70 docentes que trabalham no Tribunal de Justiça Federal. Trata-se de juízes qualificados do Judiciário dos 16 Estados Federais e do Tribunal Federal de Patentes, deslocados para o Tribunal de Justiça Federal por um período de três anos[12].

As estruturas dos Tribunais Constitucionais objeto do presente estudo, o STF e o TFC estão organizados de forma semelhante, contendo todo o corpo de trabalho partindo da cúpula aos que auxiliam os julgadores no processo decisório. No Brasil são 25 magistrados convocados (também conhecidos por juízes instrutores do STF) que ficam ligados a determinado Ministro. Na Alemanha, esse mesmo grupo de colaboradores é chamado de Equipe Científica, com atividades voltadas à pesquisa para subsidiar a tomada de decisão do Tribunal.

Da estrutura alemã, existe um distanciamento na forma de denominar tais profissionais, isso porque vê-se que na estrutura brasileira essa equipe é composta por "Magistrados convocados" os quais ficam subordinados a um Ministro. E na Alemanha, esse mesmo grupo de apoio a Corte recebe o nome de "Equipe científica" e sua composição se dá somente por professores de direito, que por ilação lógica, são cientistas jurídicos. Nota-se, portanto, as influências culturais que incidem diretamente na estrutura organizacional dos citados Tribunais Constitucionais, destacando-se o caráter acadêmico da Corte alemã (MARTINS, 2018, p. 12), o que traz o aspecto científico da equipe, ao contrário, a Corte brasileira subordina juízes federais a um determinado ministro, o que pode fomentar a cultura do jeito (ROSENN, 1998, p. 7) e, portanto, a corrupção no judiciário.

Dos aspectos trazidos pelo presente estudo, urge avançarmos aos aspectos gerais da decisão judicial dos casos práticos, desvelando as (de)semelhanças dos julgados brasileiros e alemão, a fim de discutir as influências culturais, organizacionais e educacionais refletidas no conteúdo jurídico da fundamentação.

Considerando que a atividade de julgar deve estar enquadrada dentro dos limites do direito positivo e pelas estruturas de poder do Estado, deve também possuir um: "a) um modelo operacional que tipifica uma ordem de competência, ou disciplina uma classe de comportamentos possíveis; b) devendo haver a interpretação a partir de ordenamento jurídico; c) a partir de fatos e valores que, originalmente o constituíram." (RODRIGUEZ, 2005, p. 282-283).

No estudo, foi desenvolvida uma "Matriz de análise de decisões judiciais" [13], consistente em parâmetros avaliadores com a finalidade de se investigar os aspectos da estrutura da decisão, pontuando o relatório, a fundamentação e o dispositivo; a fundamentação, analisando se houve a utilização de bases legais, teóricas, precedentes e argumentos retórico-persuasivos; por fim, a análise do dispositivo, com enfoque em se houve um mandamento final do caso.

4.1. A decisão judicial no sistema jurídico brasileiro – STF

12 A equipe científica é designada a um senado civil ou criminal e os apoia na preparação de decisões. Isso geralmente é feito por meio da preparação de pareceres jurídicos ou propostas de decisão detalhadas. Em regra, os docentes participam nas sessões orais do respectivo senado como ouvintes e nas deliberações em senados individuais (BUNDESGERICHTSHOF,2020). Disponível em: https://www.bundesgerichtshof.de/DE/DasGericht/Organisation/WissenschaftlicheMitarbeiter/wissenschaftlicheMitarbeiter_node.html . Acesso em: 20 ago. 2020.

13 Uma planilha com função de protocolo de análise das decisões com a finalidade de percorrer determinados pontos de análise objetiva e precisa dos aspectos considerados relevantes pelos pesquisadores.

A decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal ponderou o interesse da Universidade Federal da Bahia (UFBA) em garantir a prestação de saúde as gestantes de alto risco, puérperas e neonatos, e por outro lado, o interesse do município de Salvador em assegurar atendimento de saúde adequado à população soteropolitana diagnosticada com a COVID-19.

Nela se discutiu sobre a suspensão de tutela provisória proposta pela UFBA no processo em trâmite no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF 1). O pleito objetivava a suspensão dos efeitos da decisão "que reconsiderou a decisão que houvera determinado a suspensão de qualquer providência atinente à instalação e presença, em ambiente compartilhado com a Maternidade Climério de Oliveira, de pacientes portadores da COVID-19, no que se refere ao Chamamento Público nº 01/2020-COVID-19". Essa reconsideração da suspensão "[viola] direitos fundamentais à vida (Art. 5º, caput, da Constituição Federal) e à saúde (Arts. 6º e 196, ambos da Constituição Federal) das gestantes atendidas na Maternidade Climério de Oliveira, bem como dos neonatos que ali nascem (Art. 227 da Constituição Federal)".

Apesar da crise sanitária vivida também no Brasil, bem como a necessidade de ampliação de leitos de UTI (Unidade de Terapia Intensiva) voltados a pacientes da COVID-19, o STF decidiu deferir o pedido de suspensão dos efeitos da decisão do TRF-1 no sentido de que as instalações do Hospital Salvador somente devem ser acessadas na hipótese de restar comprovado ter se esgotado "as outras unidades de saúde disponíveis".

Uma vez explanada a centralidade da decisão, passa-se para a análise estrutural realizada através dos parâmetros determinados pela matriz de análise que terá como foco o relatório, a fundamentação e o dispositivo da decisão STP (suspensão de tutela provisória) nº 484 que envolveu questões de alta complexidade, grande impacto e repercussão da COVID-19, ou seja, direito da saúde pública com relação à Internação e Transferência Hospitalar[14].

Tabela 1: Decisão STF – 1

14 STF, STP 484, 2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5964356. Acesso em: ago. 2020.

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15416

Pontos de análise da estrutura da decisão judicial			
		SIM	NÃO
Relatório	Identificação das partes	✓	
		✓	
	Identificação do direito pleiteado	✓	
	Identificação do amparo legal do pedido		
Fundamentação	Características do caso	✓	
		✓	
	Bases legais		✓
			✓
	Bases teóricas	✓	
	Precedentes		
	Argumentos retórico-persuasivos		
Dispositivo	Mandamento final	✓	
	Total	7	2

Fonte: autoria própria, 2020.

Da análise do relatório, observou-se que logo de início houve a identificação das partes, do direito pleiteado e do amparo legal do pedido, assim transcreve-se abaixo:

> (...) Cuida-se de suspensão de tutela provisória, com pedido de tutela de urgência, proposta pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) com o objetivo de sustar os efeitos de decisão "que reconsiderou a decisão que houvera determinado a suspensão de qualquer providência atinente à instalação e presença, em ambiente compartilhado com a Maternidade Climério de Oliveira, de pacientes portadores da COVID-19, no que se refere ao Chamamento Público nº 01/2020-COVID-19", nos autos do Agravo de Instrumento nº 1020336-42.2020.4.01.0000, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF 1).
> A UFBA narra que ingressou com Ação Civil Pública nº 1023969-55.2020.4.01.3300 contra o município de Salvador, com o objetivo de "suspender imediatamente a instalação dos leitos de UTI Covid no prédio do Hospital Salvador", por entender que a medida do Governo local "[viola] direitos fundamentais à vida (Art. 5º, caput, da Constituição Federal) e à saúde (Arts. 6º e 196, ambos da Constituição Federal) das gestantes atendidas na Maternidade Climério de Oliveira, bem como dos neonatos que ali nascem (Art. 227 da Constituição Federal)".
> Informa que o Hospital Salvador foi contratado em 1º/11/2018 para instalar provisoriamente a MCO, e que as obras no edifício que destinado a abrigar definitivamente referida maternidade têm previsão de encerramento no final de agosto de 2020.
> (…) Requer que seja deferido o pedido liminar e, ao final, que seja julgada procedente a suspensão de tutela provisória para sustar os efeitos da decisão do TRF 1 que revogou o efeito ativo conferido ao Agravo de Instrumento nº 1020336-42.2020.4.01.0000. (...)

Na fundamentação, a partir da análise do discurso realizada, constatou-se que o Tribunal fez uma menção delongada das características do caso, aprofundando-se o relatório:

> (…) Preliminarmente, assento a competência do Supremo Tribunal Federal para análise do pedido de suspensão, uma vez que, na origem, debate-se a competência municipal para regulamentar medidas para o enfrentamento da crise sanitária decorrente da pandemia de Covid-19 (CF/88, art. 23, II) a partir do direito à preservação da saúde de gestantes e recém-nascidos atendidos pela Maternidade Climério de Oliveira, à luz dos arts. 5º, caput, 6º, 196 e 227, todos da Constituição Federal.

> (...) Nessa decisão, a autoridade requerida consignou:
> "(...) 6. Embora o Hospital Salvador, ao prestar serviço de saúde mediante convênios particulares, receba pacientes COVID-19 – suspeitos ou confirmados –, bem como a Maternidade Climério de Oliveira também o faça em relação às gestantes que procuram o serviço público de saúde, parece-me que a discussão posta nos autos limita-se apenas ao fato de que, ao habilitar-se para a prestação de serviços ao Município de Salvador, disponibilizando seus leitos ociosos de UTI aos pacientes confirmados com o novo coronavírus, haverá o compartilhamento de espaço entre a maternidade e os leitos de UTI destinados aos pacientes COVID-19, sem que haja recomendação técnica para tanto. 7. Em outras palavras, o problema, em princípio, não residiria no fato de o Hospital Salvador – seja por meio de atendimento conveniado, seja pelo fato de abrigar a Maternidade Climério de Oliveira – receber pacientes confirmados ou com suspeita de COVID-19, desde que houvesse fluxo operacional e parecer técnico favorável. Em verdade, a UFBA chama atenção para o fato de que, no mesmo andar, serão compartilhados atendimentos dos serviços de maternidade com UTI para pacientes com COVID-19 (relativos ao chamamento público promovido pelo Município de Salvador), sem qualquer recomendação técnica da Maternidade Climério de Oliveira para tanto." (eDoc. 2, pp. 17 e 18)

Posteriormente, o Desembargador Jirair Aram Meguerian reconsiderou sua decisão, assentando que: "(...) justifica a reconsideração da decisão de minha lavra é o fato de que, em novo exame da matéria, após o contraditório, não restou esclarecido em que medida a Maternidade Climério de Oliveira estaria imune ao atendimento de pacientes com COVID-19. Assim, se a MCO recebe pacientes com COVID-19, não vislumbro em que medida a liberação dos leitos ociosos aumentaria o risco de contaminação.

A UFBA opõe objeção aos fundamentos da decisão do TRF 1, em síntese relatando que "o aditivo contratual celebrado entre a MCO e o Hospital Salvador para tratamento eventual de gestantes com COVID-19 seria uma confissão (sic) da inconsistência da tese defendida pela UFBA, visto que o risco de contaminação cruzada já existe pelo fato de a MCO já atender pacientes com COVID-19". Argumentando que, é um instrumento que revela prudência e planejamento da unidade de saúde em relação ao seu público-alvo, isso por não ser possível comparar o risco de eventual internamento de gestante portadora de COVID-19 – evento futuro e incerto, cujo enfrentamento foi responsavelmente antecipado pela Maternidade Climério De Oliveira –, com o risco atual e certo em relação ao internamento de dezenas de pacientes portadores de doença infectocontagiosa de elevadíssima morbidade no mesmo andar em que funciona UTI Neonatal. E, não sendo eficiente a adoção de cautelas voltadas a evitar/prevenir o contágio das mães e bebês internados na Maternidade Climério de Oliveira (...)".

Compreende-se que ao aprofundar as particularidades do caso concreto, o STF apontou as bases legais para a tomada da decisão, quando faz menção a CF:

> (…) à luz dos arts. 5º, caput, 6º, 196 e 227, todos da Constituição Federal. Consigno, também, que a pretensão se funda no alegado risco à saúde pública, razão pela qual admito o incidente. Ressalto, no ponto, que o instituto da suspensão não se presta à cognição exauriente da matéria controvertida na origem, admitindo-se o exame perfunctório do direito quando necessário ao juízo de comprometimento dos valores públicos tutelados em contracautela (art. 4º, caput, da Lei nº 8.437/1992). (...)

Na ordem, a decisão não comporta alusão a base teórica nem a precedentes que possam contribuir para o embasamento do posicionamento, como forma de reforçar o conteúdo teórico. Por

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15416

outro lado, foi possível constatar o uso de argumentos retórico-persuasivos, no seguinte trecho acima mencionado, no sentido de apresentar em sua linguagem escrita quando o Desembargador Jirair Aram Meguerian reconsiderou sua decisão, o qual apontou dados e fatos técnicos incontestáveis direcionando ao elevado risco de transmissão do vírus. Momento este que restou prejudicada a alegação da Universidade Federal da Bahia "no sentido de que não seria necessária a utilização, no atual momento, dos leitos de UTI do Hospital Salvador, porquanto a taxa de ocupação de leitos de UTI reservados para pacientes COVID, em que pese elevada, não ultrapassava".

Assim, no discurso registrado em sentença escrita pelo MM Desembargador Jirair Aram Meguerian, finalizou afirmando que em uma releitura da mesma matéria e após oportunizar o contraditório, pode averiguar a desnecessidade de aumento de números de leitos de UTI visto o enfrentamento da crise sanitária decorrente da pandemia de Covid-19. Nota-se, portanto, o uso do recurso de análise documental do processo (com referência ao AI nº 1020336-42.2020.4.01.0000), ressaltando a análise feita pelo Desembargador Jirair Aram Meguerian, trazendo trechos do discurso decisório deste desembargador, bem como na parte autora, que se opôs ao conteúdo da decisão. O que demonstra um recurso claro de retórica-persuasivo para a decisão em análise.

Por fim, quanto ao dispositivo, foi constatado o mandamento final nos seguintes termos: "Ante o exposto, defiro o pedido liminar para suspender os efeitos da decisão do TRF 1 que revogou o efeito ativo conferido ao Agravo de Instrumento nº 1020336-42.2020.4.01.0000.". Sendo possível constatar uma desproporção na estrutura da fundamentação no que condiz ao uso de elementos de bases legais, teóricas, precedentes e argumentos retórico-persuasivos. O que constatou na pesquisa a influência da cultura brasileira quando o julgador se delongar no conteúdo discursivo da decisão com base nas características do caso, vinculando-os a lei e ao discurso retórico-persuasivo e afastando-se de precedentes e bases teóricas.

Kelsen (2018), neste caso, afirma que o julgador incorre no risco de "transbordamento de um subjetivismo excessivo", no sentido em que, o magistrado, ao se delongar no discurso pode oportunizar a atribuição de plurissignificações para a norma jurídica, e a profusão do sentido não pode ser controlada pela controlada pela ciência jurídica, a ciência apenas categoriza a variedade de interpretações.

4.2. A decisão judicial no sistema jurídico alemão – TCF

A decisão emanada pelo Tribunal Constitucional Federal que tratou sobre uma falha em aceitar uma reclamação constitucional inadequadamente justificada e completamente excessiva sob ameaça de uma taxa de uso indevido. Decisão de nº – 1 BvR 1445/20 – que foi julgada inadmitida a reclamação constitucional por não atender aos requisitos do art 93 (2) da BVerfGG.

Uma vez explanada a centralidade da decisão, passa-se para a análise estrutural realizada através dos parâmetros determinados pela matriz de análise que terá como foco o relatório, a fundamentação e o dispositivo da decisão de nº – 1 BvR 1445/20[15].

Tabela 2: Decisão TCF – 1

15 Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/07/rk20200729_1bvr144520.html Acesso em: 30 de julho de 2020. (BUNDESGERICHTSHOF, 2020).

Pontos de análise da estrutura da decisão judicial			
		SIM	NÃO
Relatório	Identificação das partes	✓	
		✓	
	Identificação do direito pleiteado	✓	
	Identificação do amparo legal do pedido		
Fundamentação	Características do caso		✓
		✓	
	Bases legais		✓
		✓	
	Bases teóricas		✓
	Precedentes		
	Argumentos retórico-persuasivos		
Dispositivo	Mandamento final	✓	
	Total	6	3

Fonte: autoria própria, 2020.

Da análise do relatório, observou-se que logo de início houve uma resumida identificação das partes, do direito pleiteado e do amparo legal do pedido, assim transcreve-se abaixo:

> 1 da Sra. M ...,
> 2 do Dr. M ...,
> contra
> 1. a decisão do Tribunal Regional Superior de Frankfurt am Main de 23 de junho de 2020 - 20 W 155/15, 20 W 362/15, 20 W 392/15 -,
> 2. a decisão do Tribunal Regional Superior de Frankfurt am Main de 12 de maio de 2020 - 20 W 362/15 e 20 W 11/19 -,
> 3. a) a decisão do Tribunal Regional Superior de Frankfurt am Main de 12 de maio de 2020 - 20 W 392/15 -,
> b) a decisão do Tribunal Regional Superior de Frankfurt am Main de 12 de maio de 2020 - 20 W 155/15 –
> c) a carta de notificação do Tribunal Distrital de Darmstadt a partir de 13 de agosto de 2019,
> d) a carta de notificação do Tribunal Distrital de Darmstadt de 6 de dezembro de 2018 - 45 VI 582/15 (2015) -,
> e) a carta de notificação do Tribunal Distrital de Darmstadt de 3 de fevereiro de 2017 - 45 VI 582/15 (2015) -,
> f) a decisão do Tribunal Regional Superior de Frankfurt am Main de 11 de junho de 2015 - 20 W 155/15 -,
> g) a decisão do Tribunal Distrital de Darmstadt de 9 de dezembro de 2015 - 45 VI 582/15 (2015) -,
> h) a decisão do Tribunal Distrital de Darmstadt de 28 de agosto de 2015 - 45 VI 582/15 (2015) -,
> i) a decisão do Tribunal Local de Darmstadt de 28 de abril de 2015 - 45 VI 582/15 -,
> j) a carta de notificação do Tribunal Distrital de Darmstadt de 16 de abril de 2015 - 45 VI 582/15 -,
> k) a decisão do Tribunal Distrital de Darmstadt de 8 de abril de 2015 - 45 VI 582/15 - e
> Pedido de liminar foi aprovado na 2ª Câmara do Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal os juízes Paul, cristão e o juiz Härtel de acordo com § 93b em conjunto com § 93a BVerfGG na versão do anúncio de 11 de agosto de 1993 (Diário da Lei Federal I p. 1473) decidido por unanimidade em 29 de julho de 2020:(...)

Dessa maneira, nota-se a desnecessidade de pormenorizar as partes, o pedido e a causa de

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15416

pedir no âmbito do relatório realizado pelo TCF. Com base na análise da parte da fundamentação das decisões, o estudo apontou que o Tribunal no primeiro parágrafo da fundamentação se posicionou sobre a decisão a ser tomada, trazendo desde logo a base legal de seu juízo de valor: "A reclamação constitucional não é admitida para decisão. Se a reclamação constitucional não for aceita, o pedido de liminar torna-se irrelevante (Artigo 40 (3) GOBVerfG)."

Apresentando-se a seguir as razões de seu posicionamento:

> (...) 1. A reclamação constitucional não pode ser aceita para decisão porque não atende aos requisitos da Seção 93a (2) BVerfGG. Não tem perspectiva de sucesso, uma vez que é manifestamente inadmissível na ausência de uma justificação que satisfaça os requisitos do § 92, § 23 § 1 do BVerfGG.
> 2. Se a reclamação constitucional não for aceita, o pedido de emissão de uma medida provisória torna-se irrelevante, Artigo 40 (3) GOBVerfG.
> 3. O reclamante re 2) é ameaçado com a imposição de uma taxa de abuso de acordo com § 34 Abs. 2 BVerfGG para queixas constitucionais abusivas no futuro.
> 4a) Há abuso se o Tribunal Constitucional Federal é impedido de cumprir suas funções por meio de denúncias constitucionais reconhecíveis a todos sem substância, o que significa que outros requerentes só podem obter a proteção dos direitos fundamentais que lhes são devidos com atraso (ver BVerfG, decisão da 2ª Câmara do Primeiro Senado de 11 de fevereiro de 2019 - 1 BvR 3/19 -, Rn. 3 com outras referências). A apresentação abusiva de uma reclamação constitucional é, entre outras coisas, se for obviamente inadmissível ou infundada e qualquer pessoa com discernimento deve considerá-la completamente sem esperança (ver BVerfG, decisão da 3ª Câmara do Primeiro Senado de 9 de junho de 2004 - 1 BvR 915/04 -, NJW 2004, p. 2959; decisão da 2ª Câmara do Primeiro Senado de 20 de julho de 2016 - 1 BvR 1979/14 -, Rn. 4). Esse é o caso aqui.
> 5b) Na medida em que o reclamante re 2) também apresentou a reclamação constitucional em nome do reclamante re 1), já tinha conhecimento de um procedimento anterior devido à instrução ali dada de que não poderia atuar como agente do reclamante 1) no procedimento de reclamação constitucional, porque ele não tem as qualificações exigidas nos termos da seção 22 (1) frase 1 do BVerfGG. A este respeito, a apresentação da queixa constitucional pelo segundo queixoso em nome do primeiro queixoso teve de ser reconhecida como completamente sem esperança por qualquer pessoa com perspicácia.
> 6c) Além disso, a reclamação constitucional totalmente desenfreada obviamente não cumpre os requisitos por razões fundamentadas. O enorme volume da denúncia, que se compõe de diversas peças escritas, bem como de seus anexos, baseia-se em grande parte em repetições que não são objetivamente justificadas. O Tribunal Constitucional Federal não tem que aceitar que é prejudicado por tal uso sem sentido de sua capacidade de trabalho no cumprimento de suas tarefas e que só pode conceder a outros requerentes legais a proteção de seus direitos fundamentais com atraso (ver BVerfG, decisão da 2ª Câmara do Primeiro Senado de 29 Junho de 2010 - 1 BvR 2358/08 -, Rn. 6).

Nota-se que a decisão oriunda do TCF quando o julgador apresentou as razões, houve a utilização predominante das fontes legais e precedentes, embasando seus fundamentos genuinamente nestes dois pontos, afastando-se completamente de argumentos retórico-persuasivos. Ao termo, apresentou o mandamento final afirmando que "Esta decisão é final". Neste esteio, é oportuno destacar a brevidade e originalidade do conteúdo do discurso jurídico-alemão, que se apresentou vinculado às questões legais e distante da argumentação de persuasão.

Em consonância com o pensamento de Rodriguez, neste julgamento ora analisado, uma persona de "juiz burocrata" visto que interpretou os textos de modo objetivo, sem misturar sua subjetividade na sentença e sem se deixar levar por si mesmo em busca de imparcialidade – assim como deve figurar um funcionário da justiça (RODRIGUEZ, 2005, p. 285).

CONCLUSÃO

A análise de conteúdo de ambos julgados, um oriundo do Supremo Tribunal Federal e o outro do Tribunal Constitucional Alemão, apesar de serem de naturezas distintas, permitiu o enfoque na análise do constructo da argumentação com a intenção de explicitar o diálogo analítico ao qual se propôs o presente estudo.

A jurisdição, no ponto de vista constitucional, institui a interpretação e aplicação da Constituição a órgãos judiciais. No Brasil, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais. Na Alemanha, o detentor de tal função jurídica é o juiz natural de questões constitucionais, que foi reservada, tão-somente aos detentores do poder de julgamento para a aplicação do Direito no caso concreto.

A interpretação é uma operação mental que segue o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um grau hierárquico-normativo superior para um grau hierárquico-normativo inferior, e o nexo que liga o julgador e o caso a ser julgado no ato decisório nos atos da interpretação e da aplicação da norma ao caso concreto é a singularidade, tanto do julgador como do caso em análise, portanto, por intelecção lógica, se houver mudanças ou influências externas nesta singularidade do julgador, poderá abrir margem para uma mudança de entendimento decisório, visto a liberdade decisória.

Dentro do pensamento de Rodriguez, o julgador cumpre uma enorme função de controle social do exercício do poder jurisdicional. Logo, a objetividade hermenêutica não deve ser vista de modo categórico, pois não tem como negar a existência da dualidade da vontade da Lei e a vontade do legislador na interpretação jurídica pelo magistrado. Justificando-se a investigação no âmbito da existência de diferenças entre uma decisão "*à moda* brasileira" e "*à moda* germânica". Fazendo-se imperativo compreender as estruturas constitucionais de cada país no que diz respeito à carreira da magistratura, garantias e bases normativas que vinculem os magistrados a preceitos básicos decisórios.

O presente estudo inaugurou uma trajetória investigativa no direito internacional no campo da argumentação jurídica e a partir dos achados recomenda o desenvolvimento de novas investigações, agora, com os instrumentos de investigação e análise testados, em um universo mais amplo, ou seja, em uma amostra maior e quiçá utilizando um processo de análise mediado por um *software* de análise lexicométrica. Os aspectos trazidos pelo presente estudo, urge avançarmos aos aspectos gerais da decisão judicial dos casos práticos, desvelando as (de)semelhanças dos julgados brasileiros e alemão, a fim de discutir as influências culturais, organizacionais e educacionais refletidas no conteúdo jurídico da fundamentação.

Para tanto, foi desenvolvida uma "Matriz de análise de decisões judiciais", consistente em parâmetros avaliadores com a finalidade de se investigar os aspectos da **e**strutura da decisão, pontuando o relatório, a fundamentação e o dispositivo; a fundamentação, analisando se houve a utilização de bases legais, teóricas, precedentes e argumentos retórico-persuasivos; por fim, a análise do dispositivo, observando se houve um mandamento final do caso.

Os *highlights* alcançados por este estudo foram de cunho metodológico, em que principiou uma trajetória de pesquisa no âmbito da argumentação jurídica em meio internacional e desenvolveu instrumentos de investigação para a análise objetiva dos dados; e na esfera descritiva

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15416

analítica do conteúdo das sentenças ao ter demonstrado o entrelaçamento do julgador à sua cultura: o julgador brasileiro se delonga em sua decisão, citando lei e confirmando com argumentos retórico-persuasivos; já o julgador alemão sintetiza sua decisão ao se utilizar da lei e precedente, originando um discurso simplesmente jurídico-legal para afastar ou acolher uma determinada questão.

Ao delinear parâmetros de comparação entre os processos decisórios de duas cortes constitucionais de países distintos e conformar que existem diferenças na forma de assentar seus respectivos discursos, ficou demonstrado que as diferenças culturais entre dois países estão refletidas desde a estruturação das Cortes Constitucionais, tal como a sua composição e seleção dos próprios membros, até as respectivas atuações profissionais na estruturação dos diálogos insertos nos julgados. Finalmente, os achados não pretendem esgotar essa discussão, ao contrário, objetivam suscitar novas e inovadoras discussões e análises. E, ressalta-se que o processo de realização de uma pesquisa com essas características não estabelece juízo de valor sobre os Tribunais Constitucionais, mas propiciam uma visão ampliada sobre suas práticas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. **Precedent in the Federal Republic of Germany.** In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Interpreting precedents: a comparative study. Abingdon, Oxon : Routledg, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Landy Editora: São Paulo, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito:** teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista:** Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018, p. 2171-2228. DOI: 10.1590/2179-8966/2017/30806. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000402171. Acesso em: 01 mar. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional**: a tênue fronteira entre o Direito e a Política, [S.l]: Migalhas Jurídicas. 2014. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro:** contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil, 2012.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Curso de Direito Constitucional** – Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. **La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria**, 4. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006.

GARCIA, Emerson. **Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática Tensão Dialética no Controle de Constitucionalidade**, Revista da EMERJ, v. 11, nº 43, 2008.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais:** contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal alemã. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes 2018.

LAMPRECHT, Rolf (2009): **"Vom Untertan zum Bürger - Wie das Bonner Grundgesetz an seinem Karlsruher «Über-Ich» gewachsen ist",** in Neue Juristische Wochenschrift: NJW**,** ISSN 0341-1915, Vol. 62, Nº. 21, 2009, págs. 1454-1457. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2984662. Acesso em: 01 mar. 2022.

MAGRI, Wallace Ricardo. **Introdução ao Estudo do direito:** intuição e raciocínio jurídico. Inn VADE MECUM DOUTRINA-HUMANÍSTICO**.** Coordenação Álvaro de Azevedo Gonzaga e Nathaly Campitelli Roque. São Paulo: Método, 2014.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **O discurso da dogmática jurídica**. *In*: José Rodrigo Rodriguez, Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa, Samuel Rodrigues Barbosa. Nas fronteiras do formalismo. São Paulo: Saraiva, 2010. — (Série direito em debate. Direito, desenvolvimento e justiça)

MARTINS, Leonardo. **Direito Processual Constitucional Alemão**. São Paulo: Foco, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIGUEL, Luis Felipe; BOGEA, Daniel. **O juiz constitucional me representa?** O Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa. Rev. bras. Ci. Soc., São Paulo, v. 35, n. 104, e3510402, 2020. http://dx.doi.org/10.1590/3510402/2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092020000300501&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 28 ago. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32ª Ed; São Paulo: Editora Atlas, 2003.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Controlar a profusão de sentidos**: a hermenêutica jurídica como negação do subjetivo. *In*: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu. RODRIGUES, José Rodrigo. Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosófica em contextos imperfeitos. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.p. 277-280.

ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira.** Rio de janeiro: Renovar, 1998.

SMEND,Rudolf.**FestvortragzurFeierdeszehnjährigenBestehensdesBundesverfassungsgerichts am 26. Januar 1962**, in Das Bundesverfassungsgericht (Karlsruhe). Tubinga: JCB Mohr (Paul Siebeck), 2004.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil.** Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitos de Paula Ramos. São Paulo: Martial Pons, 2015.

Recebido em: 08.05.2023
Aprovado em: 17.05.2023

Última versão dos autores: 27.12.2023

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):PEREIRA, Rebeka Souto Brandao; MARTINS, L. Matriz de análise das decisões judiciais: o discurso dos magistrados no Brasil e Alemanha. JURIS - Revista da Faculdade de Direito, 32 (1). https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15416

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Colonialidade de gênero e a violência sexual: uma reflexão a partir da comunidade indígena Yanomami

Raquel fabiana Lopes Sparemberger [1]
Universidade Federal do Rio Grande-FURG – Rio Grande/RS
E-mail: raquelbergerl@outlook.com

Geanne Gschwendtner [2]
Universidade Regional de Blumenau - FURB- Blumenau/SC.
E-mail: geanneg2@gmail.com

Resumo: O presente artigo propõe-se a questionar de que modo a colonialidade de gênero se relaciona com as práticas contemporâneas de violência sexual na Comunidade Indígena Yanomami. Por meio da metodologia hipotético-dedutiva, pesquisa qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfica, o artigo traça o percurso como o corpo e a sexualidade dos povos originários são tratados e anulados desde o "des-cobrimento" até os dias atuais, trazendo como hipótese que a violência sexual, ainda incidente no cotidiano das mulheres e meninas da Comunidade Indígena Yanomami, se relaciona com as origens da estrutura de poder e a hierarquia construída ao longo do processo de colonização, que são reforçadas mediante estigmas e preconceitos dentro de uma dinâmica de sociedade patriarcal.

Palavras-chave: colonialidade de gênero; violência sexual; indígenas; Yanomami.

Gender coloniality and sexual violence: a reflection from the Yanomami Indigenous Community

Abstract: This article proposes to question how gender coloniality relates to contemporary practices of sexual violence in the Yanomami Indigenous Community. Through hypothetical-deductive methodology, qualitative research and bibliographical research technique, the article traces the path in which the body and sexuality of indigenous peoples are treated and annulled from the "dis-covering" to the present day, bringing as a hypothesis that sexual violence, still incident in the daily lives of women and girls in the Yanomami Indigenous Community, is related to the origins of the power structure and the hierarchy built throughout the colonization process, which are reinforced through stigmas and prejudices within a dynamic society patriarchal.

Keywords: coloniality of gender; sexual violence; indigenous; Yanomami.

1 Doutora em Direito pela UFPR-PR. Professora da Universidade Federal do Rio Grande-FURG e da Fundação Escola Superior do Ministério Público-FMP-RS. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9366-9237. Lattes CV: http://lattes.cnpq.br/4260140930250897. E-mail: raquelbergerl@outlook.com

2 Mestranda em Direito pelo Programa de Mestrado em Direito da FURB- Blumenau-SC. Advogada. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2182-5901. Lattes CV: http://lattes.cnpq.br/4260140930250897. E-mail: geanneg2@gmail.com

INTRODUÇÃO

O processo de colonização brasileiro é semelhante ao de outros países latino-americanos, os quais também foram explorados e sofreram diversos tipos de violências. Como trata Enrique Dussel (1993), a marginalização dos povos originários foi extremamente brutal. Aprofundando o pensamento de Aníbal Quijano, María Lugones (2014a) traz a Colonialidade para os diálogos sobre gênero, raça e relações de poder e hierarquia, traçando de que forma a colonização impactou na distinção de gênero e na criação de uma categoria que perfaz uma diferenciação biológica entre homens e mulheres. Assim, o estudo mostra que uma das formas de dominação utilizadas pelos colonizadores é a imposição do poder por meio da força e pela hierarquização, que também envolve as relações de gênero. No presente artigo trata-se da violência sexual – o estupro – como prática culturalmente perpetrada contra mulheres e meninas indígenas da Comunidade Yanomami.

Mesmo após mais de 500 anos do que é nomeado "descobrimento", ainda que sendo denunciado por diversas comunidades, as mulheres e meninas indígenas permanecem desassistidas quando da ocorrência de casos de violência sexual. A relevância temática surge a partir da manifestação proferida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), alertando sobre a violência sofrida por mulheres e meninas dos povos originários Yanomami, particularmente após a divulgação de uma denúncia de estupro e assassinato de uma menina de 12 anos na comunidade, por meio de nota pública pela Hutukara Associação Yanomami, que acusou como suspeito um grupo de garimpeiros ilegais que teria atacado na região de Waikás, em Roraima.

O artigo desenvolve-se mediante a abordagem hipotético-dedutivo, a pesquisa qualitativa e a técnica de pesquisa bibliográfica, e tem como objetivo central questionar de que modo a colonialidade de gênero se relaciona com as práticas contemporâneas de violência sexual contra meninas e mulheres na Comunidade Indígena Yanomami.

Levanta-se como principal hipótese a relação da manutenção das estruturas de poder e hierarquia historicamente constituídas, sendo reforçadas por intermédio de estigmas e preconceitos dentro de uma dinâmica de sociedade patriarcal, culminando em uma perpetuação da violência sexual contra meninas e mulheres da comunidade indígena Yanomami.

1. A VIOLÊNCIA SEXUAL DESDE A COLONIZAÇÃO

Parte-se de uma visão da construção da modernidade por meio da colonização, na qual a Europa passou a ser considerada o centro e os países periféricos inferiores. A construção da modernidade perpassa a anulação do "Outro" e a aniquilação dos povos originários. Também houve um aspecto espiritual na conquista, com a figura da Igreja, na qual a práxis conquistadora foi fundada num designo divino. O mito da bondade justificava a violência e se autodeclarava inocente pelo assassinato do Outro. Logo, o indígena era visto como demoníaco, e deveria ser destruído em prol do controle do imaginário na compreensão religiosa do mundo da vida (DUSSEL, 1993, p. 117-118).

Dessa forma, as violências brutais contra as mulheres foram sistematizadas, e, no processo de colonização e escravização, a exploração dos ameríndios e africanos no Brasil envolveram o abuso sexual, consentido ou forçado, de todas as mulheres, tanto índias quanto negras e mulatas,

independendo de qualquer tentativa de coibição que os missionários buscavam fazer (DEL PRIORE, 2004, p. 409-410).

Nesse sentido, Marilena Chauí destaca (2021): "(...) de fato, conservando as marcas da sociedade colonial escravista, a sociedade brasileira é marcada pelo predomínio do espaço privado sobre o público e, tendo o centro na hierarquia familiar (...)" (p. 42).

A colonização relaciona corpo e poder. Michel Foucault (2021) destaca essa coerção sobre os corpos em sua obra "Microfísica do poder", quando afirma: "onde há poder, ele se exerce" (p. 138).

Assim, o domínio do "Outro" ocorre como Aimé Césaire (2020, p. 24) nomeia: "coisificação" do sujeito, termo que designa como os colonizadores tornavam seus subjugados "menos humanos".

Surge a ideia de uma liderança "racional", que conduza a civilização da barbárie ao desenvolvimento com a negação racial do colonizador, pois, aos olhos do "conquistador", o "nativo" é apenas uma "vida selvagem". Nesse ponto, a colonização trouxe uma institucionalização da seletividade de quais vidas são importantes ou não (MBEMBE, 2018, p. 35).

As permissividades da contínua violação dos corpos foram legitimadas, ainda que subjetivamente. Butler (2021) reflete sobre o pensamento de Foucault, de que o corpo não possui significado sem uma determinação dentro de um discurso, ou seja, é uma construção investida dentro de uma historicidade específica da sexualidade, dentro dos contextos de poder, discurso, corpos e afetividade. Assim, o "sexo" é considerado um conceito artificial a ser ampliado em relação ao poder responsável por sua criação (BUTLER, 2021, p. 162).

Conforme Gonzalez (2020, p. 147),

> (...) Cabe aqui um fato importante de nossa realidade histórica: para nós, amefricanas do Brasil e de outros países da região – e também para as ameríndias, a consciência da opressão ocorre antes de tudo por causa da raça. A exploração de classe e a discriminação racial constituem as referências básicas da luta comum de homens e mulheres pertencentes a um grupo étnico subordinado. A experiência histórica da escravidão negra, por exemplo, foi terrível e sofridamente vivida por homens e mulheres, sejam crianças, adultos ou idosos. E foi dentro da comunidade escrava que se desenvolveram formas político-culturais de resistência que hoje nos permitem continuar uma luta plurissecular pela libertação. O mesmo reflexo é válido para as comunidades indígenas. (...) (p. 147)

A violência sexual contra as mulheres mediante o estupro, no Brasil, é um exercício desse poder que emerge das relações coloniais, e, assim, há uma naturalização da dominação e uma ideia de que a sexualidade das mulheres pertence aos homens (ARAÚJO, 2020, p. 289).

Assim, a violência sexual com as mulheres indígenas é utilizada como controle. Nesse contexto, explica Andrea Smith: "Quando uma mulher indígena sofre abuso, isso é um ataque à sua identidade como mulher e à sua identidade como indígena. As questões de opressão por colonização, raça ou gênero não podem ser vistas separadamente." (ZOCH, 2014, p. 197).

Conforme afirma Françoise Vergès (2021), "(...) o estupro é indissociável do imperialismo e do racismo; é indissociável da dominação heteronormativa virilista (...)" (p. 20).

Destarte, "(...) as figuras do patriarca, do colonizador e do principal sujeito do controle e do abuso sexual das mulheres. Os mesmos empreendedores particulares, agentes da colonização, foram aqueles que se afogaram de pronto nos corpos das índias, fecundando-as. (...)". (LACERDA, 2010, p. 75).

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15520

Desse modo, a violência sexual contra as mulheres e meninas indígenas brasileiras na comunidade indígena Yanomami perpassa o contexto histórico de violações desde a colonização, que buscou a dominação dos povos e a apropriação dos corpos e territórios. Assim, Márcia Tiburi (2021, p. 32-33) é categórica: "(...) O caso das mulheres é igualmente paradigmático, a sociedade patriarcal sempre mediu as mulheres como seres menores em relação aos homens. (...)".

Não obstante seja alegado que a colonização tenha cessado, a construção histórica desempenhada foi tão reforçada em toda a sua estrutura desenvolvida por meio de uma institucionalização, que culminou em consequências evidentemente perpetuadas na vida da comunidade indígena Yanomami, e, nesse sentido, também se expressam pela violência sexual das mulheres e meninas indígenas.

2. COLONIALIDADE QUE MATA E INFERIORIZA

Quijano (2007) elucida que "colonialidade" não significa o mesmo que "colonialismo", pois são conceitos diferentes. Nessa direção, o colonialismo caracteriza-se como estrutura de dominação e exploração, em que o controle da autoridade política e dos recursos de produção e do trabalho de uma determinada população, possui outra identidade e sedes centrais de poder em outra jurisdição territorial (colônia/metrópole). Esse autor aduz, ainda, que a colonialidade se estruturou a partir do colonialismo e é posterior a ele, mas sem ele não teria sido imposta de forma tão prolongada e enraizada ao mundo.

Esta lógica é responsável por definir quem/o que é dominante ou subalterno[3], quem tem voz e vez, que direitos lhes são atribuídos dentro de padrões coloniais que seguem privilegiados nos discursos científicos, incluindo os discursos jurídicos e sobre gênero, caracterizados pela objetividade e pela reprodução, aceitos de forma geral, posto que revestidos de pressupostos de validade e verdade constituídos a partir de máximas universais (SPAREMBERGER; KYRILLOS, 2012).

Assim, segundo Maldonado-Torres (2007), "o mundo colonial é marcado por aspectos raciais e de gênero característicos da naturalização da ética/não-ética de guerra e a colonialidade do ser está atrelada à normalização de eventos que são excepcionais, somente verificáveis em estados de exceção". Assim, a morte e a violação que se percebe nas situações de guerra passam a ser realidades e ameaças constantes no dia a dia dos/as colonizados/as. Trata-se de um estado de coisas que se protrai no tempo (MALDONADO-TORRES, 2007).

Desse modo, os estudos pós-coloniais[4] e decoloniais possibilitam compreender os discursos

3 Compreende-se o termo "subalterno" nos termos propostos por Spivak (2010), a qual o atribui aos sujeitos que compõem as camadas mais baixas da sociedade, excluídos pelo mercado, carentes de representação política, legal e sem viabilidade de se constituírem como classe social dominante. No que diz respeito à questão de gênero, verifica-se que, sendo a identidade masculina considerada central e dominante dentro da perspectiva colonial, restou subalternizada qualquer identidade que se afaste desta centralidade, incluindo a(s) identidade(s) feminina(s). Refere-se à identidade feminina no plural, tendo em vista que há várias formas de vivenciar a feminilidade que não a colocada pelos padrões e discursos coloniais.

4 Segundo Inocência Mata (2014, p. 31), "os destinadores das teorias pós-coloniais pretendem que elas funcionem, também, como instrumento de análise de relações de hegemonia e desvelamento da colonialidade do saber segundo uma estratégia de resistência a sistemas de conformação da tendência hierarquizante da diferença, como seja, por exemplo, o eurocentrismo". Expõe a autora: "Daí a generosidade com que estas epistemologias se disseminaram, o que torna relevante a consideração de Ella Shohat de que essa designação – pós-colonial – é pastoral pois, apontando para o final de um período, bem visível no sufixo pós, ratifica a ideia de um mundo de iguais e sem fronteiras,

jurídicos, pretensamente universais, como construções que surgem a partir das relações coloniais. Estes discursos, inevitavelmente, resultam na subalternização dos saberes e práticas que ocorrem desde o "outro", o anthropos (DAMAZIO, 2011, p. 75). Trata-se, desta maneira, de uma perspectiva diferente de se entender o direito, pois permite que este seja pensado a partir de diversas categorias e formas de conhecimento, inimagináveis para o direito eurocêntrico (DAMAZIO, 2011, p. 75).

É neste sentido que os Estudos Decoloniais se mostram como aporte teórico potente para a discussão do objeto de pesquisa pretendido, pois conduzem a outras compreensões acerca do discurso jurídico estabelecido pela modernidade/colonialidade em nosso país e em relação às mulheres e seus direitos, desnaturalizando entendimentos consolidados sobre a feminilidade através dos séculos, uma vez que "sua principal força orientadora [...], é uma reflexão continuada sobre a realidade cultural e política latino-americana, incluindo o conhecimento subalternizado dos grupos explorados e oprimidos" (ESCOBAR, 2003, p. 53).

O que é mais visível e reflexo da colonialidade é o quanto esta colonizou o ser, agindo sobre todos os sujeitos que não se enquadraram/enquadram no modelo eurocêntrico de "ser humano" (masculino, heterossexual, branco, burguês, cristão), pois, sendo o colonizador a medida de todos os outros seres humanos, restaram os colonizados/as condenados/as a não humanidade. Maldonado-Torres (2007) elucida que as categorias gênero, classe, raça e sexualidade têm sido as formas de classificação/diferenciação mais utilizadas para transgredir a primazia da relação eu-outro, asseverando que:

> […] el entrecruzamiento entre raza, género y sexualidad puede ser explicado, aunque sea en parte, por su relación con la no-ética de la guerra y su naturalización en el mundo moderno/colonial. Ellas se conjugan en la definición y las acciones del ideal de subjetividad representado en el ego conquiro. La emergencia del ego conquiro y de su contrapartida, el sub-alter, altera las coordenadas metafísicas de la realidad humana. Un mundo definido por sujetos que se conciben como criaturas divinas o alter egos de distintos rangos, viene a ser formado por relaciones sociales que elevan a un grupo al nivel de la divinidad y que someten a otros al infierno de la esclavitud racial, la violación y el colonialismo perpetuo (p. 153).

Disso depreende-se que as mulheres, enquanto seres racializados ou não, estão imersas na colonialidade do ser, posto que a lógica da violação do *ego conquiro* se perpetuou até os dias atuais e a colonialidade do ser é a realidade dos corpos femininos na América Latina e, por consequência, no Brasil.

> El cuerpo permite el encuentro, la comunicación y la relación íntima con otros, pero también se convierte, por su misma exposición, en objeto privilegiado de la deshumanización, a través de la racialización, la diferenciación sexual y de género (MALDONADO-TORRES, 2007, p. 155).

A partir das perspectivas e contribuições dos chamados discursos decoloniais, percebe-se que o conceito de gênero denota uma diferenciação importante que a lógica ocidental colonial caracterizou e muito bem definiu. Isto significa que o conceito de gênero foi concebido a partir de uma lógica discursiva tradicional, que funciona como uma divisão binária, ou seja, que se divide em

naturalizando as desiguais relações de poder geradas pelos efeitos homogeneizantes da globalização contemporânea" (MATA, 2014, p. 31).

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15520

dois opostos: masculino *versus* feminino, macho *versus* fêmea ou homem *versus* mulher. Segundo esta perspectiva, o ser humano nasce dotado de determinadas características biológicas que o enquadram como um indivíduo do sexo masculino ou feminino. O sexo é definido biologicamente, tomando como base a genitália, os cromossomos sexuais e os hormônios com os quais se nasce (LOURO, 2007).

O conceito pretende referir-se ao modo como as características sexuais são compreendidas e representadas, ou, então, como são trazidas para a prática social e tornadas parte do processo histórico (LOURO, 2007, p. 22). Nesse sentido, para Guacira Louro (2007) o conceito de gênero

> passa a ser usado, então, com um forte apelo relacional – já que é no âmbito das relações sociais que se constroem os gêneros. Deste modo, ainda que os estudos continuem priorizando as análises sobre as mulheres, eles estrão agora, de forma muito mais explícita, referindo-se também aos homens. Busca-se, intencionalmente, contextualizar o que se afirma ou se supõe sobre os gêneros, tentando evitar as afirmações generalizadas a respeito da "Mulher" ou do "Homem" (p. 22).

O que ocorre, então, é que o conceito de gênero, partindo dessa perspectiva, passa a exigir que se pense em gênero de modo plural. Pensando gênero de modo plural, acentua-se que os projetos e as representações sobre mulheres e homens são diversos (LOURO, 2007, p. 23). Nesse panorama, pode-se pensar que o sexo não determina, por si só, a identidade de gênero ou a orientação sexual de uma pessoa. A orientação sexual, por exemplo, diz respeito à atração que sentimos por outros indivíduos, e, geralmente, envolve questões sentimentais e não somente sexuais. Embora a definição do que é ser "homem" ou "mulher" tenha surgido a partir de uma divisão biológica, a experiência humana nos mostra que um indivíduo pode ter outras identidades que refletem diferentes representações de gênero (como os transexuais e os transgêneros) e que não se encaixam nas categorias padrões construídas por um discurso que ignorou as identidades sexuais e de gênero.

Guacira Louro (2007, p. 21) enfatiza que foi por intermédio das feministas anglo-saxãs que o gênero (*gender*) passou a ser usado como distinto de sexo (*sex*). Para esta autora, o conceito serve como uma ferramenta analítica que é, ao mesmo tempo, política. Louro (2007, p. 21) explica que Joan Scott, por exemplo, ao rejeitar um determinismo biológico implícito em termos como sexo e diferença sexual, pretende acentuar, por meio da linguagem, "o caráter fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo (SCOTT, 1995, p. 72). Dessa forma, o conceito das feministas da segunda onda, ao dirigirem o foco do conceito para o caráter "fundamentalmente social", não negaram que o gênero se constitua com ou sobre corpos sexuados, negando o caráter biológico, mas enfatizando, deliberadamente, a construção social e histórica produzida sobre os caracteres biológicos (LOURO, 2007, p. 22). Nesse sentido, para Soares (2004)

> O gênero se refere à construção social da identidade sexual, construção que designa às pessoas diferentes papéis, direitos e oportunidades, de acordo com seu sexo; enquanto o sexo se refere às diferenças biológicas entre homens e mulheres. As diferenças de gênero são constituídas hierarquicamente: a construção social do ser homem tem um maior status que a construção social do ser mulher. O gênero é um termo relacional, que nomeia a interação entre o masculino e o feminino; portanto, o estudo de um é coadjuvante do outro. O conceito de gênero é uma categoria de análise de grande poder para explicar as desigualdades entre as pessoas. Não obstante, é apenas parte de uma construção social complexa de identidade, hierarquia e diferença. A raça, a etnia, a classe são outras

> categorias socialmente construídas que se intersectam com o gênero para determinar a localização social dos indivíduos (113-114).

A historiadora Joan Scott desenvolveu seu conceito de gênero com a publicação, em 1986, do artigo *Gênero: uma categoria útil para análise histórica*. A autora dialoga com autores pós-estruturalistas, como Michel Foucault e Gilles Deleuze, e elabora uma crítica às ideias iluministas da existência de um sujeito universal com características biológicas consideradas a-históricas, que fundamentam os discursos da dominação masculina (SCAVONE, 2008, p. 180).

Joan Scott (1995, p. 21) desenvolve o conceito de gênero da seguinte maneira:

> O núcleo essencial da definição baseia-se na conexão integral entre duas proposições: **o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder.** As mudanças na organização das relações sociais correspondem sempre à mudança nas representações de poder, mas a direção da mudança não segue necessariamente um sentido único (grifei).

Com essa definição, Scott (1995, p. 22-23) enfatiza que o processo de construção da identidade, baseada no sexo, fundamenta-se em quatro elementos independentes, porém um não opera sem o outro. Primeiramente, os símbolos culturalmente disponíveis que evocam representações múltiplas (frequentemente contraditórias), como Eva e Maria como símbolo da mulher na tradição cristã do Ocidente. Em segundo lugar, os conceitos normativos que colocam em evidência interpretações do sentido dos símbolos que tentam limitar e conter as suas possibilidades metafóricas, expressos nas doutrinas religiosas, educativas, científicas, políticas ou jurídicas, e tipicamente tomam a forma de uma oposição binária que afirma, de maneira categórica e sem equívoco, o sentido do masculino e do feminino. O terceiro refere-se às instituições e organizações sociais na formatação de gênero. Já o quarto elemento seria a identidade subjetiva, que possibilita a compreensão do gênero a partir de um processo cultural (SCOTT, 1995, p. 22-23).

Ademais, ao propor que o gênero é uma forma primeira de relações de poder, Joan Scott (1995, p. 23-24) afirma que o conceito de gênero estrutura a percepção simbólica de toda a vida social; assim, na medida em que estabelece distribuições de poder, o gênero torna-se implicado na concepção e na construção do próprio poder.

Para Scavone (2008, p. 180), por meio deste viés, o gênero, para Scott (1995), é uma categoria de análise histórica, cultural e política, e expressa relações de poder, o que possibilita utilizá-la em termos de diferentes sistemas de gênero e na relação desses com outras categorias, como raça, classe ou etnia, e, também, levar em conta a possibilidade da mudança.

Nesse sentido, ao discorrer sobre a interação do eixo dominação/exploração, a colonialidade e a corporeidade, e suas interações no plano da prática do exercício do poder, Aníbal Quijano (2007, p. 124) mostra que houve um processo de naturalização do imaginário acerca da ideia de que os colonizadores se autodenominaram e se colocaram na centralidade dos discursos, sempre no lugar de vitoriosos; portanto, o primeiro passo seria a destruição da colonialidade do poder,

> (…) Hoy, la lucha contra la explotación/dominación implica, sin duda, en primer término, la lucha por la destrucción de la colonialidad del poder, no sólo para terminar con el racismo, sino por su condición de eje articulador del patrón universal del capitalismo eurocentrado (…)

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15520

Compreende-se que é por intermédio da colonialidade do poder que se realiza o controle de todos com uma articulação do capitalismo universal eurocentrado, considerado a "pedra angular" da imposição étnico/racial, agindo em todas as suas dimensões e escalas sociais, desde o trabalho, o sexo, a subjetividade e a autoridade.

Tais sujeições entre superiores-inferiores e primitivos-civilizados, atuam desde a constituição da modernidade por meio do Estado, e reverberam nas relações hierárquicas consolidadas na colonização, sendo, assim, também indissociáveis das relações de gênero.

> (...) la libertad sexual de los varones y la fidelidad de las mujeres fue, en todo el mundo eurocentrado, la contrapartida del "libre" – esto es, no pagado como en la prostitución – acceso sexual de los varones blancos a las mujeres negras e indias (...) (QUIJANO, 2007, p. 122).

A marginalização de determinadas pessoas dentro da estrutura de poder acaba por envolver a questão de dominação e de sexualidade. Posteriormente as pesquisas de María Lugones vieram complementar os estudos de Quijano, conceituando o termo "colonialidade de gênero", afirmando que o processo de colonização na perspectiva de gênero não é apenas isso, mas também as reduções das pessoas, a desumanização e a sujeitificação, tornando os colonizados "menos humanos" (LUGONES, 2014a, p. 935-952).

Assim, a perspectiva reforçada de naturalização do domínio se deu por meio da "biologização" no Ocidente, na qual atributos de processos biológicos são superestimados e estigmatizados sempre em um viés extremamente preconceituoso, para justificar diferenças de gênero e estabelecer padrões de hierarquia e domínio, exercendo o poder sobre os corpos em um caráter de dualidade. Conforme retrata Oyèrónkẹ́ Oyěwùmí (2021),

> (...) De fato, na experiência ocidental, a construção social e o determinismo biológico têm sido dois lados da mesma moeda, uma vez que ambas as ideias continuam se reforçando mutuamente. (...) Da mesma forma, em culturas nas quais o sentido visual não é privilegiado, e o corpo não é lido como um modelo da sociedade, as invocações da biologia são menos prováveis de ocorrer porque tais explicações não têm muita importância no campo social. (...) (p. 37).

Com relação ao gênero e à colonização, Rita Segato (2021) compreende que existe um "patriarcado de baixa intensidade", e afirma que:

> (...) O gênero pré-colonial persiste nas margens e dobras da colonial-modernidade, em tensão com o mundo em constante expansão dos estados nacionais, resistindo à incorporação ao cânone da colonial-modernidade e da cidadania universal (...) (p. 72).

Porquanto, existem vertentes divergentes quanto a não generificação em sociedades pré-coloniais, como traz Oyèrónkẹ́ Oyěwùmí (2021, p. 46), que desenvolve sua pesquisa nas sociedades iorubás, afirmando a senioridade como fator preponderante ao gênero, rechaçando o gênero como construção social universal e colocando-o como fruto da própria colonização diante de uma concepção Ocidental acerca dos povos originários.

Essas percepções compreendem que é clara a persistência de uma moral civilizatória advinda de uma colonização, a qual busca manter esse controle sobre os corpos dos povos originários e

situar as mulheres em uma dinâmica de negação de seus corpos no constante exercício de poder na qual a violência é intrínseca.

Nesse sentido, Vergès (2021) ressalta que:

> (...) lutas feministas decoloniais e antirracistas contra a violência implicam compreendê-la não só como fruto da dominação masculina, mas também de um sistema que faz da violência um modo de vida e de existência, que a institui como única forma de relação possível. (...) (p. 105).

A compreensão, portanto, de que há uma correlação entre a violência sexual no contexto da comunidade Yanomami contemporânea e a historicidade desde o processo de colonização, é extremamente importante.

> (...) Mulheres e homens precisam se opor ao uso da violência como um meio de controle social em todas as suas manifestações: guerra, violência masculina contra a mulher, violência adulta contra crianças, violência dos jovens, violência racial, etc. Com adesão em massa, um movimento assim poderia ser um catalisador do processo de conscientização da necessidade de se acabar com a dominação masculina sobre as mulheres, num contexto em que estamos trabalhando para erradicar a ideia de que estruturas hierárquicas deveriam ser a base das interações humanas. (...) (HOOKS, 2019, Posição 2577).

Assim, não apenas contextualizar a colonialidade de gênero é relevante para a compreensão das relações de violência sexual na atualidade, mas refletir qual seria o ponto de transformação possível para romper com as estruturas na qual ocorrem tais violências relacionadas às diversas dimensões de raça, etnia, gênero e seus corpos.

3. O EXISTIR E O (RE)EXISTIR DAS MENINAS E MULHERES YANOMAMIS

O Instituto Pib-Socioambiental (2022) define os Yanomami[5] como uma sociedade de caçadores-agricultores da floresta tropical do Norte da Amazônia, cujo contato com a sociedade nacional é, na maior parte do seu território, relativamente recente. O povo Yanomami está sob um território de, aproximadamente, 192.000 km², situados em ambos os lados da fronteira Brasil-Venezuela na região do interflúvio Orinoco – Amazonas (afluentes da margem direita do Rio Branco e esquerda do Rio Negro). De acordo com o Instituto, os Yanomamis "Constituem um conjunto cultural e linguístico composto de, pelo menos, quatro subgrupos adjacentes que falam línguas da mesma família (Yanomae, Yanõmami, Sanima e Ninam)". O etnônimo "Yanomami" foi produzido pelos antropólogos a partir da palavra yanõmami, que, na expressão yanõmami thëpë, significa "seres humanos" (INSTITUTO PIB-SOCIOAMBIENTAL, 2022, p. 1). Segundo José de Souza Martins (2022, p. 1),

> A situação de risco étnico na Terra Indígena Yanomâmi vem sendo denunciada há tempos. Com dados de 2021, a Hutukara Associação Yanomâmi e a Associação Wanasseduume Ye'kwana, duas entidades que se ocupam da situação e dos problemas dessa população,

5 A população total dos Yanomami, no Brasil e na Venezuela, era estimada em cerca de 35.000 pessoas no ano de 2011. No Brasil, a população Yanomami era de 19.338 pessoas, repartidas em 228 comunidades (SESAI, 2011). A Terra Indígena Yanomami, que cobre 9.664.975 hectares (96.650 km²) de floresta tropical, é reconhecida por sua alta relevância em termo de proteção da biodiversidade amazônica, e foi homologada por um Decreto presidencial em 25 de maio de 1992 (INSTITUTO PIB-SOCIOAMBIENTAL, 2022, p. 1). Disponível em: https://terrasindigenas.org.br/pt-br/noticia/216165

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15520

> com apoio do Instituto Socioambiental, publicaram neste abril de 2022 o bem fundamentado documento a respeito: "Yanomâmi sob ataque – garimpo ilegal na Terra Indígena Yanomâmi e propostas para combatê-lo".
> [...]
> A degradação ambiental e a alteração das condições de vida dos índios têm disseminado carências e fome. O equilíbrio na relação do nativo com a natureza foi rompido, o que compromete sua própria sobrevivência. Mulheres têm sido objeto de violência sexual em troca de comida. Bebidas alcoólicas e drogas têm sido oferecidas a adolescentes dos dois sexos como meio de criar dependência e vulnerabilidade.

A partir de tal realidade, o Conselho Indigenista Missionário (Cimi), por meio de uma pesquisa de levantamento de dados realizada, traçou o perfil dos agressores das vítimas de violência sexual na comunidade indígena Yanomami. Há indicações de que estes seriam garimpeiros que estão ilegalmente nos territórios ocupando e explorando o local, assim "(...) as violências sexuais vêm se tornado uma prática rotineira utilizada pelos garimpeiros invasores da TI Yanomami. (...) os garimpeiros oferecem comida em troca de sexo com adolescentes indígenas (...)" (CIMI, 2021, p. 197)

Desse modo, a violência exercida na contemporaneidade transpõe da figura do colonizador para a figura do garimpeiro, que nada mais é que, também, um explorador, que detêm certo poder e influência na respectiva comunidade indígena. Conforme os relatos das próprias mulheres indígenas, o garimpeiro representa uma ameaça que instaura um clima de terror e angústia nas aldeias (RELATÓRIO VIOLÊNCIA CONTRA POVOS INDÍGENAS, 2022, p. 88).

A violência vem por meio da objetificação das mulheres. Surgem, então, acusações de que os garimpeiros ilegais violentam as mulheres e meninas das comunidades. Assim referem os indígenas: "(...) há relatos de garimpeiros bêbados invadindo casas e assediando mulheres, e de gritos de ameaça durante encontros furtivos no rio: 'Vamos acabar com os yanomami', diziam. (...)" (RELATÓRIO VIOLÊNCIA CONTRA POVOS INDÍGENAS, 2022, p. 31).

É relatado pelos povos originários, também, o quanto a figura dos garimpeiros, como detentores de poder, exercitam a força e a coerção por intermédio da violência, "(...) os moradores dão conta ainda que os garimpeiros andam armados, e por isso os indígenas já não oferecem resistência aos assédios porque têm medo de serem atacados. (...)" (RELATÓRIO VIOLÊNCIA CONTRA POVOS INDÍGENAS, 2022, p. 96).

Nota-se, pela narrativa dos povos originários, que a estratégia de fragilizar a comunidade é por meio de drogas e bebidas; assim, os garimpeiros ilegais, uma vez que os presentes estão embriagados, cometem o estupro de crianças e jovens na comunidade (RELATÓRIO VIOLÊNCIA CONTRA POVOS INDÍGENAS, 2022, p. 96).

Há, entretanto, uma preocupação quanto à denúncia de tais crimes, que acaba por ser muito tardia, como traz o relatório: "jovens da comunidade teriam sido forçadas a consumir bebida alcoólica e posteriormente teriam sido estupradas por garimpeiros no ano de 2020, porém os fatos só foram noticiados em 2021" (CIMI, 2021, p. 199).

Assim, as mulheres e meninas indígenas encontram-se em uma situação de hipervulnerabilidade. Além de terem suas realidades negadas por uma falta de representatividade no contexto social, sofrem violências dentro de sua comunidade por agentes que estão ilegalmente ocupando territórios, ou seja, uma dupla violação, além de se sentirem ameaçadas em levar a público o ocorrido.

A permissividade para a violência em todas as suas formas torna a vida das mulheres e meninas indígenas um ato de resistência. Para refletir essa perpetuação da violência advinda da colonização, é necessário pensar além, "(...) entender que viver de forma descolonial é tentar procurar brechas em um território totalizado pelo esquema binário, que consiste possivelmente no instrumento mais eficiente do poder. (...)" (SEGATO, 2012, p. 126).

Por fim, esse ato de invisibilização dos estupros sofridos pelas mulheres e meninas indígenas, que é exercido de forma violenta e perpetrada, em tese, por quem também explora suas terras, acaba por ser naturalizado e reproduz a ideia colonial ao considerá-las "menos humanas".

As vítimas de estupro, que já são pessoas vulneráveis, quando são indígenas não possuem voz e estão desamparadas, apesar das garantias previstas na legislação. Segue-se perpetuando o terror sexual não apenas por meio da dominação, mas da ameaça de um extermínio de seus povos desde o processo de colonização, em um ambiente histórico de opressão e resistência como parte de uma estrutura extremamente violenta, que julga as mulheres como não enlutáveis (BUTLER, 2021, p. 146-147).

A dinâmica envolve, também, as relações de domínio do território e capital, posto que os garimpeiros ocupam ilegalmente os territórios e violam de maneira sequencial as mulheres e meninas da comunidade Yanomami. A certeza da impunidade e a estrutura patriarcal e de domínio mediante a violência que os resguarda da punição, os mantêm seguros de seguir com suas práticas, uma vez que estão "imunes" de eventuais denúncias pelo exercício do poder e a manipulação que lhes favorece. Percebe-se, nesse sentido, que ao longo das invasões coloniais ocorreu uma sistemática subalternização e inferiorização das mulheres da comunidade Yanomami, consideradas não humanas, vistas enquanto objeto de exploração física e sexual, sofrendo, consequentemente, os reflexos da colonialidade do gênero. As mulheres Yanomami, entretanto, existem, resistem e continuam na luta junto a seus povos para manter viva a identidade étnica, contra toda a forma de subalternização, exploração e silenciamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de colonização, que foi extremamente violento, culminou na criação de uma estrutura de violência e negação dos povos originários que aqui estavam no momento do chamado "descobrimento".

Diante de uma estrutura de dominação e hierarquização, é, portanto, com o exercício da força e do poder por meio da violência sexual, que a colonialidade de gênero se perpetua na esfera das comunidades indígenas.

Essa integração entre a colonização e as relações de gênero é evidenciada na realidade. Considerando os relatórios que traçam o cenário da comunidade indígena Yanomami, há uma dupla violação de corpos e territórios, que se interligam estreitamente, na qual acusa-se os garimpeiros ilegais como principais violentadores de mulheres e meninas da comunidade indígena Yanomami.

Assim, seja por meio da ocupação ilegal do território por parte dos garimpeiros ilegais ou pelo estupro das mulheres e meninas Yanomami, a objetificação das mulheres e o exercício do poder continua a se dar mediante a imposição do domínio que segue ocorrendo e sendo ignorada.

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15520

Desse modo, é possível traçar a correlação entre a manutenção da estrutura de colonialidade e a subjugação com relação às mulheres da comunidade indígena Yanomami por meio da violência e da imposição do poder. Ou seja, embora a colonização tenha cessado, suas consequências continuam a repercutir em moldes semelhantes à época.

Os próprios relatórios elaborados trazem elucidações para questões que abrem questionamentos sobre de que forma existem possibilidades de uma busca por responsabilizar os garimpeiros ilegais, e, ainda, demonstrar como os povos originários sofrem ao não levarem a público as violências sofridas por temerem as consequências, seguindo retardando suas denúncias.

Por fim, entende-se que quanto mais é negada a existência das mulheres e meninas Yanomami mais a sociedade é conivente com a violência sexual. Enquanto o Estado, que reflete os ideais de uma modernidade que não chegou, ainda considerar determinadas vidas mais "valiosas" que outras, seguiremos tendo mais casos e vítimas que possuem medo de verbalizar as violências.

Assim, infelizmente os povos originários e, principalmente, as mulheres e meninas da comunidade Yanomami, seguem na periferia da discussão, resistindo e lutando cotidianamente pela vida sem o devido reconhecimento dentro de uma sociedade que se diz democrática, mas não oferece atendimento, amparo e segurança na prática para essas populações.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Paula. **Abuso**: a cultura do estupro no Brasil. 1. ed. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2020.

BUTLER, Judith. **A força da não violência:** um vínculo ético-político. Tradução Heci Regina Candiani. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2021.

CÉSAIRE, Aimé. **Discurso sobre o colonialismo**. Tradução Claudio Willer. São Paulo: Veneta, 2020.

CHAUÍ, Marilena. **Sobre a violência**. Org. Éricka Marie Itokazu e Luciana Chaui-Berlinck. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2021. (Escritos de Marilena Chauí, v. 5).

CIMI. Conselho Indigenista Missionário. **Relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil.** Dados de 2021. Disponível em: https://cimi.org.br/2022/08/relatorioviolencia2021/. Acesso em: ago. 2022.

DEL PRIORE, Mary. **História das mulheres no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2004.

DAMAZIO, Eloise Peter. **Colonialidade e decolonialidade da (Anthropos) logia jurídica**: da Universalidade à pluriversalidade epistêmica. 2011. Tese (Doutoramento) – Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2011.

DUSSEL, Enrique. **1492.** O encobrimento do outro – a origem do mito da modernidade. Tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.

ESCOBAR, Arturo. "Mundos y conocimientos de otro modo: el programa de investigación modernidad/colonialidad Latino Americano". *Tabula Rasa*, n. 1, p. 58-86, jan.-dez. 2003.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** 11. ed. Tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2021. (Conferências: 1; 3; 4 e 11).

GONZALEZ, Lélia. **Por um feminismo afro-latino-americano:** ensaios, intervenções e diálogos.

Org. Flavia Rios e Márcia Lima. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

HOOKS, Bell. **Teoria feminista:** da margem ao centro. Trad. Rainer Patriota. São Paulo: Perspectiva, 2019. Versão Kindle.

HUTUKARA ASSOCIAÇÃO YANOMAMI; ASSOCIAÇÃO WANASSEDUUME YE'KWANA. **Yanomami sob ataque:** garimpo ilegal na terra indígena Yanomami e propostas para combatê-lo. Boa Vista: Instituto Socioambiental; Hutukara Associação Yanomami; Associação Wanasseduume Ye'kwana. 2022. Disponível em: https://acervo.socioambiental.org/acervo/documentos/yanomami-sob-ataque-garimpo-ilegal-na-terra-indigena-yanomami-e-propostas-para. Acesso em: jun. 2022.

LACERDA, Marina Basso. **Colonização dos corpos:** ensaio sobre o público e o privado. Patriarcalismo, patrimonialismo, personalismo e violência contra as mulheres na formação do Brasil. Rio de Janeiro: PUC-Rio. Certificação digital nº 0812079/CA. Abr. 2010. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16570/16570_5.PDF. P. 71. Acesso em: jun. 2022.

MALDONADO-TORRES, Nelson. **Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto.** In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago & GROSFOGUEL, Ramon (Coords.). El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos e Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.

MATA, Inocência. **Estudos pós-coloniais desconstruindo genealogias eurocêntricas**. *Civitas*, Porto Alegre, v. 14, n. 1, p. 27-42, jan.-abr. 2014.
LOURO, Guacira. **Gênero, sexualidade e educação**: das afinidades políticas às tensões teórico-metodológicas. Educação em Revista. Belo Horizonte. n. 46. p. 201-218. dez. 2007.

LUGONES, María. **Colonialidad y género:** hacia un feminismo descolonial. *In:* MIGNOLO, Walter *et al.* Género y descolonialidad. 2. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Signo, 2014a. p. 21.

LUGONES, María. **Rumo a um feminismo descolonial.** Revista Estudos Feministas, v. 22, n. 3, p. 935- 952, set./dez. 2014b.

MARTINS, José de Souza. **Violência contra menina yanomami expõe nossas incertezas sociais**. Disponível em: https://valor.globo.com/eu-e/coluna/jose-de-souza-martins-violencia-contra-menina-yanomami-expoe-nossas-incertezas-sociais.ghtml. Acesso em: maio de 2023.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica***:* biopoder, soberania, estado de exceção e política da morte. Tradução Renata Santini. 1. ed. São Paulo: n-1 Edições, 2018.

MIGNOLO, Walter. **La idea de América Latina**. La herida colonial y la opción descolonial. Barcelona: Gedisa, 2007.

MIGNOLO, Walter. **Desobediência epistêmica**: a opção descolonial e o significado de identidade em política. Cadernos de Letras da UFF, Dossiê: Literatura, Língua e Identidade, Niterói, n. 34, p. 287-324, 2008.

MIGNOLO, Walter. **Desobediencia epistémica**. Retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2010.

MIGNOLO, Walter. **La colonialidad: la cara oculta de la modernidad.** *Catalog of museum exhibit: Modernologies.* Museo de Arte Moderno de Barcelona, dez. 2009. Disponível em: http://www.macba.es/PDFs/walter_mignolo_modernologies_cas.pdf. Acesso em: 1º set. 2010.

OEA. **A CIDH insta o Brasil a proteger as crianças Yanomami vítimas de violência.** Disponível em: https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2022/110.asp. Acesso em: jun. 2022.

OYĚWÙMÍ, Oyèrónkẹ́. **A invenção das mulheres:** construindo um sentido africano para os

discursos ocidentais de gênero. Tradução Wanderson Flor do Nascimento. 1. ed. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2021.

PIB-SOCIOAMBIENTAL. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/pt/P%C3%A1gina_principal. Acesso em: 10 nov. 2022.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. *In*: LANDER, Edgardo (org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. perspectivas latino-americanas. *Tradução Júlio César Casarin Barroso Silva.* Buenos Aires: Clacso, 2005. p. 227-277.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidad del poder y clasificación social**. *In:* CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramón (comp.). El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central; Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos; Pontificia Universidad Javeriana; Instituto Pensar, 2007.

RELATÓRIO **Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil**. Disponível em: https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2022/08/relatorio-violencia-povos-indigenas-2021-cimi.pdf. Acesso em: 05 nov. 2022.

RESTREPO, Ricardo Sanín**. La democracia en tu cara**. Revista Filosofia Unisinos, São Leopoldo, v. 10, n. 1, jan./abr. 2009.

SCAVONE, Lucila. **Estudos de gênero**: uma sociologia feminista._Rev. Estud. Fem. 16 (1)•Abr. 2008. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ref/a/MsXMqHwb9wm36rZ3DsrXVkS/abstract/?lang=pt. Acesso em: 30 mai. 2023.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica (1995).** Disponível em: file:///C:/Users/Gabriela/Downloads/edsondeoliveira,+G%C3%AAnero.pdf. Acesso em: 20 mai. 2023.

SEGATO, Rita. **Crítica da colonialidade em oito ensaios.** Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2021. Edição do Kindle.

SEGATO, Rita Laura. **Gênero e colonialidade**: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial. **E-Cadernos Ces**, 2012. Disponível em: http://eces.revues.org/1533. Acesso em: jun. 2022.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Tradução Sandra Regina Goulart Almeira, Marcos Pereira Feitosa e André Pereira Feitosa. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2010.

TIBURI, Márcia. **Complexo de vira-lata:** análise da humilhação brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2021.

VERGÈS, Françoise. **Uma teoria feminista da violência**. São Paulo: UBU Editora, 2021. Versão Kindle.

ZOCH, Bruna. Tradução do primeiro capítulo de SMITH, Andrea**. Conquest: Sexual Violence and American Indian Genocide**. Foreword by Winona LaDuke. Cambridge, MA: South End Press, 2005. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 195-230, jan. / jun. 2014.

Recebido em: 31.05.2023
Aprovado em: 11.07.2023
Última versão das autoras: 27.12.2023

Informações adicionais e declarações do autor (Integridade Científica)

Declaração de conflito de interesses: as autoras confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** as autoras garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):SPAREMBERGER, Raquel Fabiana L.; GSCHWENDTNER, G. **Colonialidade de gênero e a violência sexual**: uma reflexão a partir da comunidade indígena Yanomami. JURIS - Revista da Faculdade de Direito, 32 (1). https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15520



Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Da contrapublicidade subalterna fraseriana como um potencial emancipador aos sujeitos trans no Brasil

Amanda Brum [1]
Universidade Federal do Rio Grande – FURG/RS.
E-mail: amandanettobrum@gmail.com

Dr. Renato Duro Dias [2]
Universidade Federal do Rio Grande – FURG/RS.
E-mail: renatodurodias@gmail.com

Resumo: No presente trabalho propõe-se, analisar se o ideal da contrapublicidade subalterna estruturado por Fraser (1993) apresenta potencial emancipatório para estruturar resposta às subalternizações, como o não reconhecimento de direitos, vivenciadas pelos sujeitos trans no cenário brasileiro. Para tanto, valendo-se a partir da revisão bibliográfica de cunho narrativo, fundamentalmente dos pressupostos de Fraser (1993; 2007, 2009a; 2009b), fez-se, de início, um breve estudo da estruturação do movimento trans no Brasil e, logo, diagnosticou-se o ideal da contrapublicidade subalterna, bem como se analisou a potencialidade deste ideal para refletir resposta emancipatória as subalternidades vivenciadas pelos sujeitos trans. Acredita-se, por fim, que ao se refletir o ideal da contrapublicidade subalterna se possibilite reflexões críticas acerca da igualdade de participação dos sujeitos trans, bem como de respostas emancipatórias às subalternidades, como o não reconhecimento de direitos, experimentadas por estes sujeitos no contexto brasileiro.

Palavras-chave: Movimento Trans; Sujeitos Trans; Contrapublicidade subalterna; Nancy Fraser; Emancipação.

Fraserian subaltern counterpublicity as an emancipatory power for trans Brazilian

Abstract: In the present work, it is proposed to analyze whether the ideal of subaltern counterpublicity structured by Fraser (1993) has emancipatory potential to structure a response to subalternization, such as the non-recognition of rights, experienced by trans subjects in the Brazilian scenario. In order to do so, based on the bibliographic review of a narrative nature, fundamentally on Fraser's assumptions (1993; 2007, 2009a; 2009b), a brief study of the structuring of the trans movement in Brazil was initially carried out, and then, the ideal of subaltern counterpublicity was diagnosed,

1 Pós-doutoranda em Direito e Justiça Social – FURG. Doutora em Direito pela UNISINOS-RS. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1775-4493. Lattes CV: http://lattes.cnpq.br/1878072916219029 E-mail: amandanettobrum@gmail.com

2 Doutor em Educação com período de doutoramento sanduíche na Universidade de Lisboa, Portugal. Universidade Federal do Rio Grande – FURG/RS. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9849-1332. Lattes CV: http://lattes.cnpq.br/9894300167305005 E-mail: renatodurodias@gmail.com

as well as the potential of this ideal to reflect an emancipatory response to the subalternities experienced by trans subjects. Finally, it is believed that when reflecting the ideal of subaltern counterpublicity, critical reflections on the equal participation of trans subjects are possible, as well as emancipatory responses to subalternities, such as the non-recognition of rights, experienced by these subjects in the context Brazilian.

Keywords: Trans Movement; Trans subjects; Subaltern counter-advertising; Nancy Fraser; Emancipation.

INTRODUÇÃO

Na realidade contemporânea, diversas são as análises que visam consolidar uma alternativa capaz de garantir a capacidade democrática e a emancipação daqueles a quem se destinam as preocupações relativas as injustiças fundamentalmente dos sujeitos que são considerados subalternizados[3] e que, deste modo, experimentam não reconhecimentos[4] de direitos, como ocorre, no cenário brasileiro, com os sujeitos trans. Inserido nesse contexto de problematizações, ganham relevância os estudos desenvolvidos por Fraser (1993) acerca da esfera pública e, especialmente do ideal da contrapublicidade subalterna, isto porque é no espaço denominado pela autora de esfera pública que os conflitos, as negociações e as disputas pelas necessidades, em sociedades democráticas, como no Brasil, são estruturadas.

Sendo assim, a análise do ideal da contrapublicidade subalterna, a partir do aporte teórico de Fraser (1993), demonstra-se útil para que se possa refletir, no âmbito nacional, acerca do não reconhecimento de direitos dos sujeitos trans. A noção da contrapublicidade mobilizada por Fraser potencializa seu *insight* crítico da norma de paridade de participação[5] e, desta forma, os sujeitos políticos não são considerados como meros agentes passivos dos mecanismos de reprodução de poder, ao contrário, são compreendidos como participantes ativos de um regime dinâmico na estruturação de suas necessidades. Isto porque a estruturação da contrapublicidade subalterna possibilita, ao fomentar o protagonismo democrático aos sujeitos trans, uma nova conformação das relações de poder e contribuir para superar quadros de não reconhecimentos de direitos.

Assim, neste escrito, tem-se como objetivo analisar se o ideal da contrapublicidade subalterna apresenta potencial emancipatório para estruturar resposta às subalternizações, como o não reconhecimento de direitos, vivenciadas pelos sujeitos trans no cenário brasileiro. Para tanto, a partir de uma revisão bibliográfica de cunho narrativo, esta pesquisa é composta de dois momentos, além de uma introdução e uma conclusão. Dessa forma, inicialmente, faz-se um breve estudo da estruturação do movimento trans no Brasil e, posteriormente, diagnostica-se o ideal da contrapublicidade subalterna, bem como analisa-se a potencialidade deste ideal para

3 É a partir da construção teórica de Spivak (2010) que se compreende esta categoria.

4 Compreende-se tal categoria a partir da estruturação de Fraser (2009a), assim, entende-se o reconhecimento como uma questão de efetivação de justiça social.

5 Na teoria de Fraser a "[...] 'paridade' significa a condição de um par, de se estar em igual condição de ser um par, de se estar em igual condição com os outros, de estar partindo do mesmo lugar." (FRASER, 2007, p. 118).

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15225

refletir resposta emancipatória as subalternidades vivenciadas pelos sujeitos trans.

Espera-se, por fim, que ao se refletir o ideal da contrapublicidade subalterna se possibilite reflexões críticas acerca da igualdade de participação dos sujeitos trans, bem como de meios emancipatórios que efetivem o reconhecimento de direitos daqueles que vivenciam subalternizações.

1. IMPORTANTES MARCOS DO MOVIMENTO TRANS BRASILEIRO

Os movimentos sociais - como ocorre com o movimento LGBTQI+- apresentam formas e orientações distintas, dependendo dos contextos culturais, sociais, institucionais e políticos do local em que surgem. (CASTELLS, 2010). Nesse sentido, Coacci (2018) pondera que para que se possa compreender os movimentos LGBTQI+ na América Latina, fundamentalmente no Brasil, as explicações internacionais são insuficientes.[6] O contexto internacional tem sua influência, como na crise global da aids na década de 1980, todavia, não explica completamente as dinâmicas locais do Brasil, "em especial as conquistas da década de 1990 e 2000". (COACCI, 2018, p.120).

Assim, enquanto, por exemplo, o movimento homossexual norte-americano apontava para a liberação sexual, no Brasil, o surgimento e o desenvolvimento dos movimentos LGBTQI+ foram influenciados e marcados pela repressão política. Sob regime ditatorial militar, vivia-se sob a sombra de uma ordem política e social que girava em torno de um poder violento e normalizador. Refletir, questionar e propor algo distinto, não normalizador ou compulsório, demonstrava-se altamente desafiador. (MISKOLCI, 2017). E, "Foi justamente com o abandono deste regime que grupos e instrumentos de atuação política homossexuais puderam surgir e organizar-se mais solidamente". (MUSSKOPF, 2008, p.99). Somente em 1978 surgiria, no contexto brasileiro, de forma contundente, o movimento gay - o Movimento de Liberação Homossexual – este que alavancaria o desenvolvimento do movimento homossexual brasileiro no combate ao Vírus da Imunodeficiência Adquirida (HIV/aids).

É, então, possível afirmar que *as primeiras*[7] organizações homossexuais, no Brasil, são o jornal Lambião e o grupo Somos: *Grupo de Afirmação Homossexual*[8], de São Paulo.

> essas organizações são reconhecidas, nos dias de hoje, como expressões modelares da primeira fase do ativismo homossexual no cenário brasileiro. Formados praticamente ao mesmo tempo, tiveram ambos uma existência curta. lampião durou de abril de 1978 a junho de 1981, publicando 37 edições mensais em pouco mais de três anos de existência. o somos durou um pouco mais, cerca de cinco anos de 1978 a 1983. mas talvez o grande período para ambos tenha sido o ano e meio, que vai de fevereiro de 1979 a junho de 1980. (SIMÕES, 2018, p. 16).

6 Ainda que se compreenda que o contexto internacional se demonstre insuficiente para explicar o movimento LGBTQI+ no cenário brasileiro, vale-se do contexto norte-americano, em certa medida, pois entende-se que, dado o referencial teórico deste escrito, faz-se fundamental considerar esse contexto.

7 Contudo, "deve-se ter em conta que a história das associações de pessoas que têm a homossexualidade como um aspecto compartilhado em suas vivencias é muito antiga e diversificada no Brasil. Nem sempre essas associações assumiram caráter político e, muitas vezes, nem mesmo tiveram a homossexualidade como foco aglutinador, embora tenham sido veículos importantes para sua expressão social". (SIMÕES, 2018, p.15).

8 Várias outras iniciativas se seguiram e, em 1980, foi fundado o Grupo Gay da Bahia (http//www.ggb.org.br), que desde seu registro como sociedade civil, em 1983, tem sido um dos grupos mais atuantes na defesa do reconhecimento homossexual no Brasil.

É certo que Lampião e Somos se esforçaram para contribuir com a pauta de reivindicações que visavam combater discriminações vivenciadas pelos homossexuais, mas, em contrapartida, em suas atuações, por centrarem seus esforços na afirmação da identidade homossexual, não se visualiza, de maneira clara, uma contribuição na expansão e diversificação do movimento, isto é, parece razoável afirmar que ocorreu um *apagamento* social das demais identidades como dos sujeitos trans.

Nessa perspectiva histórica, especificamente no cenário do Brasil, o impacto da epidemia da aids afetou profundamente as questões pertinentes à sexualidade. Embora a busca pelo combate dessa epidemia tenha criado uma inusitada aproximação entre o ativismo homossexual e as autoridades médicas (SIMÕES, 2018), a associação com a identidade individual - principalmente a homossexual - contribuiu para legitimar o efeito normalizador ainda maior no campo homossexual/gay. (PELÚCIO, 2009). Apesar de, no contexto brasileiro, o movimento homossexual/gay tenha, em um momento inicial, estabelecido conexões com o Estado e auxiliado na criação de programas de combate ao HVI/aids, os questionamentos acerca das sexualidades e das identidades de gêneros foram engendrados e prejudicados por essa epidemia [...] desde seu início a aids foi associada ao desvio e aos desviantes. (PELÚCIO, 2019, p.28).

Ou seja, por sua correlação com as vivências homossexuais – a partir de um contexto altamente depreciativo -, tornou desacreditada a pessoa que vivenciava a doença e contribui para legitimar o efeito normalizador ainda maior no campo das sexualidades plurais. Morte e incurabilidade fizeram e fazem parte da forma com que a aids foi significada e articulada. Ganhou *status* de peste, de castigo, de doença mortal. Gays e, especialmente trans, logo se viram associadas a essa cadeia em que desvio e doença foram relacionados. Passaram, deste modo, a compor um grupo associados a esta e, ainda, mais perseguidos. (PELÚCIO, 2009).

A aids aparece, dessa forma, como mais um elemento de estigma para os LGBTQI+. (PELÚCIO, 2009). Em contrapartida, no *processo de construção social da aids*, também, percebe-se uma inusitada *contribuição*[9] ao ativismo homossexual. Trata-se da alteração do universo do ativismo homossexual. Houve uma significativa expansão e diversidade no universo do ativismo homossexual. Sendo assim, formam-se, neste momento, novos grupos, reunidos cada qual em torno de diversas identidades. Ocasionando uma maior visibilidade dessas outras identidades, fundamentalmente as travestilidades e as transexuais. (SIMÕES, 2018).

É justamente a partir deste contexto no qual emerge a necessidade do combate à violência e a estruturação de ações de prevenção da aids direcionadas aos sujeitos trans que os primeiros encontros nacionais trans são pensando e, consequentemente, há a estruturação do movimento social trans brasileiro[10]. Percebe-se que, neste momento, as articulações centram-se para promoção da autonomização do movimento trans brasileiro - o que demarca uma mudança

9 Ainda que se reconheça essa paradoxal contribuição não se desconsidera o devasto efeito dessa epidemia para população LGBTQI. Nesse sentido, Pelúcio relata que em muitos momentos, nos primeiros anos da década de 1980, ocorreram sistemáticas perseguições por parte da polícia a população LGBTQI, fundamentalmente das travestis tendo como mote para a repressão a aids. (PELÚCIO, 2009).

10 Como pontua Coacci (2018), já em 1960 há certas formas de manifestações que marcam o tom das disputas político-jurídica sobre direitos das pessoas trans, isto é, já se percebe a constituição de teias informais de profissionais e pessoas trans e que se configuram como uma forma de ativismo. No entanto, ressalva que tais manifestações não marcam um campo do movimento trans propriamente dito.

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15225

estrutural no movimento LGBTQI+. Ocorre, então, um fenômeno político e cultural mais amplo, que não apenas provoca alterações na estrutura do movimento LGBTQI+, mas também traz consequências e interrogações aos feminismos[11].

Nessa particularidade, Coacci (2018, p. 120), apesar de alertar "que retratar esse movimento é particularmente difícil, pois existem poucos registros históricos e quanto mais se volta na história, mais difícil fica classificar algo como ativismo travesti, transexual ou trans, traz uma importante contribuição para a historicidade da evolução do movimento trans. O autor ao realizar um mapeamento do movimento LGBTQI no Brasil se debruça especificamente acerca da evolução do movimento trans e propõe – valendo-se da tradição da periodização da história utilizada para entender os feminismos - compreender esse movimento a partir de três ondas[12]. O autor, assim, reconstrói a história do movimento trans brasileiro em três ondas.

> A primeira percorreu do início dos anos 1990 até o início dos anos 2000. Foi um período marcado principalmente pelo surgimento dos primeiros grupos organizados de ativismos travesti, como a ONG pioneira ASTRAL, no Rio de Janeiro. A segunda onda ocorreu entre os anos de 2000 e 2010. Foi marcada, dentre outras coisas, por uma expansão do movimento por todo o país, pelo fortalecimento das relações com o Estado em âmbito nacional e o surgimento das primeiras políticas públicas, como o Processo Transexualizador. Há ainda o surgimento de forma mais coesa de um campo de estudos sobre transexualidade no Brasil, intimamente relacionado com a expansão do processo transexualizador. A terceira onda ocorre a partir dos anos de 2010 e se estabelece ainda nos dias de hoje. Foi um período bastante conturbado e conflituoso, não apenas para o campo do movimento, mas para o contexto nacional mais ampliado. Foi marcado por uma expansão ainda maior do movimento, pela multiplicação dos modos de organização, de ação e identificação, bem como pela visibilidade cada vez maior da população trans na mídia e nas produções acadêmicas. (COACCI, 2018, p. 120).

Dessa construção cabe algumas considerações. Se por um lado, pode-se afirmar que enquanto forma institucional o movimento trans só ganha contornos no início da década de 1990 é, todavia, como pontuado, preciso reconhecer que já existiam ativistas travestis inseridas em outros movimentos sociais, bem como disputas políticas pelos direitos dos sujeitos trans realizadas de outras maneiras. Também, importa dizer que, a partir da publicização da prisão do cirurgião plástico Roberto Farina (1978), pioneiro na realização da cirurgia de transgenitalização de no país, ao menos em processo de formação já se constitui um campo trans no Brasil.

11 Nesse sentido, Chanter (2011) traz que os muitos questionamentos das identidades trans interrogam a política feminista, isto porque tais categorias identitárias ao mesmo tempo que expõe os limites da política feminista exigem dos feminismos novas respostas. A autora argumenta que: "há trans que optam por procedimento cirúrgicos para se tornarem anatomicamente do sexo oposto, mas outros não. [...] há também trans que optam em viver como homens e mulheres, sem fazer implantes de seios ou cirurgia peniana (dependendo da direção da transição) e que ou não querem ou não podem passar por cirurgia. Tomar hormônios pode reduzir os pelos do corpo, mudar a voz e a forma do corpo. Pode também causar complicações médicas, de modo que, depois de tomar hormônio, a cirurgia para alguns indivíduos, deixa de ser uma opção. Os sujeitos trans podem viver como o sexo com o qual se identificam, usando roupas femininas e masculinas, por exemplo. E para esses sujeitos importa o reconhecimento da identidade de gênero com o qual se identificam e pela qual expressam suas identidades. (CHANTER, 2011, p 8).

12 Coacci (2018), traz que, nos dias de hoje, há uma crescente crítica quanto ao uso da metáfora ondas como forma de periodização do feminismo. Apresenta, então, valendo-se do aporte teórico de Gomes e Sorj, três argumentos contra o uso dessa metáfora: (1) fornece a ideia de um processo de constante substituição onde o antigo é apagado; (2) implica a exclusão e omissão dos feminismos que não se encaixam nos critérios que definem determinada onda; (3) passa uma impressão de neutralidade e objetividade, apagando o processo de disputas internas. Em contrapartida, as autoras propõem o termo gerações do feminismo como substituto para ondas. Todavia, o autor, afirma que tais críticas não se sustentam e sugere que os autores *erram* o foco desta, pois, para ele, esses problemas têm menos a ver com a metáfora em si e mais com a maneira que as pessoas operacionalizam suas pesquisas e, sendo assim, opta por utilizar a terminologia onda, pois compreende tal termo expressa de forma adequada a periodização que pretendente propor.

Além do mais, como se sabe a partir do final da década de 1980, com a disseminação do conceito de gênero e incorporações teóricas como as de Butler (influenciada pela filosofia foucaultiana), uma *nova política de gênero* (a *queer*) começa a modificar a forma de conceber a luta política e apontar como é a cultura e suas normas nos criam como sujeitos (MISKOLCI, 2017) e, com isso, ampliam-se os debates e os questionamentos das vivências e das experiências dos gêneros e das sexualidades de forma plural. Ao longo dos anos 2000 há, no cenário brasileiro, a incorporação destas construções teóricas que demarca uma reconfiguração no campo identitário, especificamente no campo trans.

Tal fato põem em questão e coloca em choque uma ampla gama de discursos e demarca novas necessidades e reconhecimentos de direitos aos sujeitos, fundamentalmente aos sujeitos trans. Contudo, no contexto brasileiro ainda há impedimentos da expansão em domínios importantes a esses sujeitos, sobretudo na esfera pública. Tais sujeitos tem, deste modo, dificuldade em participar de maneira eficaz do debate público e, diante disso, como afirma Miguel (2014a), são condenados a permanecer à margem dos processos deliberativos. Assim, os discursos mais recorrentes da cidadania e justiça são insuficientes para estruturar respostas emancipatórias as necessidades dos sujeitos trans no cenário brasileiro.

Passa-se, então, a análise do aporte teórico do ideal da contrapublicidade subalterna, pois acredita-se que este aporte pode viabilizar aos movimentos sociais, como o trans, a possibilidade de articulação de respostas emancipatórias às subalternizações, como o não reconhecimento de direitos, vivenciadas pelos sujeitos trans.

2. A CONTRAPUBLICIDADE SUBALTERNA COMO UM MECANISMO EMANCIPATÓRIO

Buscando compreender como os movimentos sociais, fundamentalmente o trans, podem estruturar respostas às subalternizações, como ao não reconhecimento de direitos, vale-se do aporte da contrapublicidade subalterna de Fraser. Diante disso, importa ressaltar algumas considerações sobre a formação da esfera pública e, especialmente da ideia de contrapúblicos subalternos fraseriana, pois como esclarece Miguel (2014b), o que leva Fraser a indicar a necessidade de contrapúblicos subalternos é exatamente o fato de ter refletido que determinados grupos

> têm menor acesso aos espaços de produção social de sentido, em especial (mas não só) o aparelho escolar e os meios de massa. Isto significa que eles estão constrangidos a pensar no mundo, em grande medida, a partir de códigos emprestados, alheios, que refletem mal sua experiência e suas necessidades. Estritamente ligado a isso há o fato de que esses grupos possuem menor disponibilidade de tempo e espaço próprios nos quais poderiam refletir sobre seus interesses. (MIGUEL, 2014b, p. 87).

Assim, de forma geral, partindo de uma reflexão crítica ao que aponta como limites da proposta de Habermas, Fraser contrapõe, fundamentalmente, à construção de um único público:

> [...] o problema não é apenas que Habermas idealiza a esfera pública, mas que não examina outras esferas públicas rivais que não são liberais ou burguesas. Pelo contrário,

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15225

> é precisamente porque não examina essas outras esferas públicas que acaba por idealizar a esfera pública liberal[13]. (FRASER, 1993, p.7, em tradução livre).

Importa referir que o estudo sistemático de esfera pública foi realizado inicialmente em 1962, por Jurgen Habermas, em *Mudança estrutural da esfera pública*[14]. Em linhas gerais, neste texto, o autor expõe "um relato edulcorado dos fluxos comunicativos na esfera pública burguesa setecentista e oitocentista, na qual imperaria a igualdade entre os interlocutores, todos colocados na situação similar de cidadãos privados com interesse em questões públicas". (MIGUEL, 2014a, p.1). Percebe-se que, nesse modelo de esfera pública habermasiana, não deixam de ser reconhecidas as exclusões de trabalhadores ou de mulheres, no entanto, são compreendidas como elementos contingentes - e não estruturantes desta esfera. (MIGUEL, 2014a).

De lá para cá, muitos autores já questionaram sua concepção - dentre os quais, Fraser[15] e o próprio Habermas repensou, em 1992[16], seu conceito inicial de esfera pública. Diversas são as críticas direcionadas ao modelo habermasiano da esfera pública para além das realizadas por Fraser. No entanto, como estabelece Miguel (2014a), nenhuma das abordagens críticas ao modelo habermasiano da esfera pública apresentou maior impacto na teoria social crítica e na prática política democrática contemporânea que a desenvolvida por Fraser.

Como Fraser, Miguel - ainda que reconheça a importância da construção habermasiana, pois segundo ele, a construção da esfera pública de Habermas em *Mudança estrutural da esfera pública* foi uma inspiração crucial para a geração inicial de teóricos democrático deliberativos (2014a) -, também realiza, em suas análises, críticas a estruturação habermasiana de esfera pública e chama atenção para o fato de que a idealização da esfera pública burguesa demonstrava uma notável insensibilidade com a problemática da exclusão de grupos sociais,[17] para Miguel

> trata-se de grande equívoco, pois a abertura para o diálogo e o espírito de *fair play* – que parecem comandar as discussões sobre questões de interesse comum – só são possíveis na medida em que estão eliminados, de antemão, os principais focos de tensão social, como a distribuição da riqueza entre proprietários e não proprietários ou a organização da vida doméstica. (MIGUEL,2014b, p. 69).

Além disso, conforme Miguel, o projeto habermasiano de esfera pública ao reproduzir as premissas dos teóricos liberais do contrato social, consubstancia que

13 No original: "[...] el problema no es solamente que Habermas idealiza la esfera pública, sino que no examina otras esferas públicas rivales que no son liberales o burguesas. Mejor dicho, es precisamente porque no examina estas otras esferas públicas que termina por idealizar la esfera pública liberal".

14 No original: *Strukturwandel der Ofentlichkeit.*

15 Além de Struggle over Needs, outros dois textos da autora revelam claramente sua leitura crítica de Habermas: em What'Critical about Critical Theory? de 1985 - questiona as potencialidades críticas da Teoria do Agir Comunicativo em relação à dominação masculina-; e em Rethinking the Public Shere de 1990- problematiza mais sistematicamente o conceito habermasiano de esfera pública. (BUNCHAFT, 2015).

16 Ainda que nas obras anteriores Habermas (1962, 1968, 1971) modifica sua estrutura teórica relativa à discussão sobre esfera pública - especificamente no prefácio à edição de 1971 de *Theorie und Práxis* e em *Technik ind Wissenschaft als Ideologie* lança uma inovação: a interligação entre técnica e ciência. (BUNCHAFT; LIMBERGER, 2016, p.37) -, "a modificação conceitual fundamental sobre a concepção de esfera pública é delineada no prefácio de 1990 de *Strukturwandel der offentlichkeit* (1990), entretanto, seu papel mais ativo é ampliado em *Faktizitat und Geltung* (1992)". (BUNCHAFT; LIMBERGER, 2016, p.37).

17 Habermas (2014) no prefácio à nova edição do livro ***Mudança Estrutural da Esfera Pública*** de 1990 admite que sua concepção de esfera pública era rígida demais [...], além de pouco sensível à exclusão de uma série de grupos sociais, inclusive as mulheres, e pouco atenta à presença de uma série de espaços de deliberação concomitantes concorrentes.

> A igualdade substantiva não é importante, uma vez que todos podem discutir *como se fossem iguais*, isto é, a produção de direitos formais de cidadania surge como condição suficiente para a efetivação do debate público ideal. As condições de acesso à esfera pública não são tematizadas, o que permite deixar de lado, como secundária, a exclusão dos trabalhadores e das mulheres. (MIGUEL, 2014b, p. 69).

Já Fraser, num olhar feminista, enfatiza que Habermas propôs uma esfera pública que

> Designa um palco nas sociedades modernas, no qual a participação política é efetivada por meio do discurso. É o espaço no qual os cidadãos deliberam a respeito de seus assuntos comuns, sendo assim uma arena institucionalizada de interação discursiva. Essa arena é conceitualmente distinto do Estado; é um local para a produção e circulação de discursos que, em princípio, podem criticar o Estado. A esfera pública, no sentido de Habermas, também é conceitualmente diferente da economia oficial; Não é uma arena de relações de mercado, mas de relações discursivas, um palco para debate e deliberação e não de compra e venda. Sendo assim, este conceito de esfera pública permite que se possa compreender a diferença entre Estado, espaços económicos e associação democráticas. Diferenças que são fundamentais para uma teoria democrática[18]. (FRASER, 1993, p. 2, em tradução livre).

Concebe-se, desse modo, que Fraser desenvolveu - a partir da *reconstrução* do conceito de Habermas - "uma ideia mais dinâmica de lutas sociais ao mesmo tempo em que acrescentou uma dimensão mais política à noção de esfera pública". (LARA; FINE, 2007. p. 38). Com isso tencionou demonstrar "como em processos discursivos da esfera pública os grupos sociais com desigualdade de poder tendem a desenvolver estilos culturais desigualmente valorados". (BUNCHAFT, 2015, p. 103).

Fraser (1993) desenvolveu, então, a ideia de contrapúblicos subalternos, onde buscou proporcionar caráter mais democrático a esfera pública, assim, na teoria da autora, contrapúblicos subalternos englobam arenas/fóruns de discussão e de criação de contradiscursos ao discurso hegemônico cujos necessitados têm o poder de participar e de levar suas demandas para a esfera pública maior. Em Fraser, deste modo, contrapúblicos subalternos compreendem: "[...] arenas discursivas paralelas nas quais os membros dos grupos socialmente subordinados inventam e circulam contradiscursos para formular interpretações opostas de suas identidades, interesses e necessidades[19]". (FRASER, 1993, p. 3). Tem-se, desta forma, que contrapúblicos subalternos são, para a autora, diversas esferas menores dentro da esfera pública oficial, onde cidadãos fazem circular discursos contra-hegemônicos.

Assim, por meio das múltiplas esferas possibilita-se a grupos sociais estigmatizados, como o trans, a reflexão acerca das subalternidades, como o não reconhecimento de direitos, permitindo, com isso, que os que vivenciam tais situações se insurjam contra padrões impostos

18 No original: designa un escenario en las sociedades modernas en el cual la participación política se realiza por medio del diálogo. Es el espacio en el cual los ciudadanos piensan y examinan sus asuntos comunes y por lo tanto es un escenario institucionalizado de interacción discursiva. Este escenario es conceptualmente distinto del estado; es un sitio para la producción y circulación de discursos que en principio pueden ser críticos del Estado. La esfera pública en el sentido de Habermas es también distinta conceptualmente de la economía oficial; no es un escenario de relaciones de mercado sino de relaciones discursivas, un escenario para el debate y la deliberación y no para la compra y venta. Por consiguiente, este concepto de ámbito público nos permite mantener a la vista las diferencias entre aparatos de estado, mercados económicos y asociaciones democráticas. Diferencias que son esenciales para la teoria democrática.

19 No original: escenarios discursivos paralelos en los que los miembros de grupos socialmente subordinados inventan y hacen circular contradiscursos para formular interpretaciones opuestas de sus identidades, intereses y necesidades.

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15225

socialmente e juridicamente. Para exemplificar, cita-se os sujeitos trans, que, quando se unem em prol da desconstrução de padrões criados pela heteronormatividade, desenvolvem e aperfeiçoam discursos contra hegemônicos aos padrões impostos e oportunizam a transgressão de conceitos pautados por uma cultura que se apresenta machista e sexista, como a brasileira.

Parece, portanto, razoável afirmar que a teorização plural de esferas pública demonstra maior potencialidade para inspirar o princípio da paridade de participação, de forma diversa de uma esfera pública única e complacente que minimiza as diferenças dos integrantes. Ou seja, a noção da contrapublicidade subalterna, como dito na parte introdutória deste texto, potencializa o *insight* crítico da norma de paridade de participação de Fraser. Isto porque, a partir da estruturação da contrapublicidade subalterna**,** sujeitos políticos não são objetos passivos dos mecanismos de reprodução de poder, mas participantes ativos de um regime dinâmico na estruturação de suas necessidades e, com isso, podem potencializar uma nova conformação das relações de poder e contribuir para superar quadros de não reconhecimentos de direitos.

É justamente, neste sentido, que se acredita, que diversamente de um público único e compreensivo, que o princípio da paridade de participação é potencializado por meio dos contrapúblicos subalternos. Ao atingir o ideal de contrapublicidade, Fraser objetiva possibilitar condições para discursos críticos sobre a condição social dos subalternizados, potencializando a igualdade de participação e efetivando reconhecimentos.

Diante disso, destaca-se, que, no contexto atual, mesmo que, a partir dos preceitos teóricos de Fraser, os processos discursivos das diversas esferas públicas tenham exilado determinados sujeitos a subalternizações**,** estratégias de resistência[20] (FOUCAULT, 2010) precisam ser rearticuladas não somente para que o processo de interdição do espaço público seja subvertido e transposto, mas também para que respostas emancipatórias às subalternidades, como não reconhecimento de direito vivenciados pelos sujeitos**,** sejam superadas.

Cabe lembrar, que tal realidade - a exclusão dos sujeitos trans da esfera oficial – evidencia que a ordem atual (a heteronormatividade) se marca por relações de poder[21] e opera não apenas na produção discursiva binária (homem/mulher; homo/hetero), mas também legitima o binarismo como estruturante de discursos e de práticas, entendendo, a partir da teoria foucaultiana, que onde há poder, apresentam-se possibilidades de resistência e de subversão da norma, o que demanda desnaturalizar as categorias homem e mulher.

Com isso, no contexto social e jurídico, ainda que estejamos de alguma maneira obrigados a reproduzir as normas de gênero (BUTLER, 2015) - ou seja, a lógica discursiva

20 Como explica Mclaren, a resistência em Foucault coincide com o poder, elas – as resistências – são termos ímpares nas relações de poder; são inscritos por último como um oposto irredutível. (2016, p. 145).

21 Neste estudo, as significações de poder são compreendidas por meio dos ensinamentos foucaultianos, abordando a noção de poder que extrapola a compreensão central, coerente, unificada e universal. Em ***O sujeito e poder*** (1995), nota-se "uma relação de poder se articula sobre dois elementos que lhe são indispensáveis por ser exatamente uma relação de poder: que 'o outro" (aquele sobre o qual ela se exerce) seja inteiramente reconhecido e mantido até o fim como o sujeito de ação; e que se abra, diante da relação de poder, todo um campo de respostas, reações, efeitos, invenções possíveis" (FOUCAULT, 1995, p. 243), [...] "pois, se é verdade que no centro das relações de poder e como condição permanente de sua existência há uma insubmissão de liberdades essencialmente renitentes, não há relação de poder sem resistência, sem escapatória ou fuga, sem inversão eventual; toda relação de poder implica, então, pelo menos de modo virtual, uma estratégia de luta, sem que para tanto venham a se superpor, a perder sua especificidade e finalmente a se confundir" [...]. (FOUCAULT, 1995, p. 244). Fica claro assim que, na teoria foucaultiana, a resistência aparece como efeito do poder, como parte do poder, como subversão dele mesmo. (BUTLER, 2015, p. 100).

heteronormativa estabeleça que a performance de gêneros seja correspondente ao sexo biológico dos corpos -, há sujeitos, como ocorre com as/os trans, que desviam do caminho designado e rompem e subvertem a norma discursiva, ao performatizarem[22] e ao vivenciarem os descaminhos de gêneros e das sexualidades de forma discordante do marco heteronormativo binarizante. No entanto,

> a possibilidade de modos de vida, de criação humana não é um mundo com (FOUCAULT, apud BUTLER, 2003, p. 143) [...] sorrisos pairando à toa, um mundo de felicidade plena destituída de qualquer relação de dominação, de qualquer processo de assujeitamente; pelo contrário constituem mundos onde a invenção do humano é entrecortada por relações de poder, constituem efeitos dos micropoderes onde determinadas expressões singulares se produzem numa dimensão de abjeção, de não-reconhecimento, de injuria verbal, de violência física, moral, sexual entre outras. Entre essas formas de ser e estar em mundos encontram-se as experiências trans, cortadas muitas vezes por violências cotidianas seja em sua dimensão simbólica e/ou concretas. (LIMA, 2014, p. 38).

Então, ao reconhecer que as performatividades trans causam rupturas radicais no marco binário de gêneros à medida que constroem performances de gêneros de forma transgressora à construção discursiva do corpo-sexuado**,** assim como, por ainda em muitos contextos societários (como ocorre no Brasil) serem estigmatizadas e consideradas como minorias[23] sexuais não hegemônicas**,** calha compreender que os mecanismos discursivos são naturalizados por meio da lógica binarizante e, portanto, orientados a partir da heteronormatividade (BUTLER, 2015), o que inviabiliza a participação efetiva dos sujeitos trans como pares nas interações sociais dos espaços públicos hegemônicos.

Aliado a isso, dentro dos movimentos sociais, conforme mencionado, como nos feminismos**,** seja pelo não reconhecimento de mulheres trans como *mulheres* por determinados segmentos do movimento feminista ou pelo tratamento como *minoria das minorias sexuais* pelo próprio movimento social (BIROLI, 2018), em suas interações cotidianas, os sujeitos trans, no Brasil, não são apropriados - e não se apropriam, efetivamente - dos discursos construídos nesses espaços; logo, são interditados das arenas discursivas para deliberar sobre suas necessidades. (FRASER, 1993).

É neste sentido que, como mencionado, Miguel (2014a) reflete que o preconceito contribui para determinados sujeitos tenham dificuldade em participar de maneira eficaz do processo deliberativo. E sendo assim, aqueles sujeitos que não as têm estão mal posicionados para o processo deliberativo e, portanto, condenados a permanecer à margem.

A propósito é neste sentido que Rodriguez (2019) não apenas analisa tal problemática - a partir da análise dos silêncios eloquentes daqueles que, como os sujeitos trans, são impedidos no todo ou em parte de utilizarem os canais que seriam capazes de ouvir suas vozes e transmitir

22 Vale-se do aporte de Butler para compreender tal categoria.

23 Neste escrito, a terminologia minorias é compreendida de acordo com o proposto por Bragato (2018). Isso porque a autora propõe conceber o conceito "em um sentido mais amplo não levando em conta necessariamente a questão numérica". (BRAGATO, 2018, p. 52). Para Bragato "ao se considerar a questão do poder como central para definição das minorias, o aspecto cultural é mais decisivo, pois define as posições dentro da sociedade e refletirá diretamente no poder político, que que se caracteriza pela possibilidade de tomada de decisão, de deliberação e de visibilidade em assuntos públicos, e no poder econômico que determina acesso aos bens". (BRAGATO, 2018, p, 52). Minorias, deste modo, "não significa grupos numericamente inferiores dentre da sociedade, mas grupos com debilidade de poder. Por isso não é um critério quantitativo que as define e sim qualitativo". (BRAGATO, 2018, p, 52).

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15225

suas necessidades para as esferas públicas, mas, sobretudo -, chama atenção para a necessidade de respostas emancipatórias no desafio de contribuir para superar não reconhecimentos de direitos. Nisso, reativar concepções emancipatórias adotando a estruturação fraseriana da contrapublicidade subalterna parece promissor.

Tal modelo permitiria desconstruir mecanismos naturalizados e institucionalizados, os quais impedem a participação dos sujeitos trans de forma efetiva como pares nas interações sociais dos espaços públicos. É, justamente nesse ponto que Fraser (2009a) explica que a inclusão nas esferas públicas dos sujeitos subalternizados, como os sujeitos trans, somente torna-se possível atualmente por meio da constatação de públicos contra-hegemônicos que inspirem a circulação de contradiscursos de oposição das esferas públicas, haja vista que, pautando-se no pensamento de Fraser, é por meio da circulação de discursos alternativos em públicos contra-hegemônicos as normas disciplinares e as estruturas de poder que estabelecem a matriz binária e o dismorfismo heteronormativo podem ser confortados e desconstruídos e a partir disso possa ser oportunizada a inclusão dos sujeitos trans na esfera pública pós-westfaliana. (FRASER, 2009b).

Portanto, a lição de Fraser, reitera que o ideal da contrapublicidade pode viabilizar aos movimentos sociais, como o trans, a possibilidade de ampliar a gama de conhecimento de injustiças publicamente articuladas por meio de formas críticas de comunicação expressas, em termos de contrapúblicos. Fraser ainda ratifica que a teoria crítica percebe nos contrapúblicos uma resposta às subalternizações voltadas aos sujeitos. Assim, a partir de um projeto democraticamente informado (BUNCHAFT, 2016), recomenda, por meio dos contrapúblicos, ampliar as arenas discursivas com a pluralidade de públicos, para, com isso, potencializar o ideal de paridade de participação daqueles (como os sujeitos trans) que encaram sistematicamente subalternidades, como o não reconhecimento de direitos. (FRASER, 1993).

CONCLUSÃO

A história do espaço público moderno é, como demonstrado, a história da acomodação do ideal da exclusão e da marginalização de grupos subalternizados. Não existe, ainda, em tempos atuais, paridade de participação neste espaço. Em virtude disso, tencionou-se, neste escrito, verificar se o ideal da contrapublicidade subalterna de Fraser apresenta potencial emancipatório para estruturar resposta às subalternizações, como o não reconhecimento de direitos, vivenciadas pelos sujeitos trans no cenário brasileiro. Para isso, realizou-se um breve estudo acerca da estruturação do movimento trans no Brasil e, após, analisou-se o ideal da contrapublicidade subalterna, bem como verificou-se a potencialidade deste ideal para refletir resposta emancipatória às subalternidades vivenciadas pelos sujeitos trans.

Verificando, então, a dificuldade de participação dos sujeitos trans no debate público e, desta forma, no processo deliberativo, neste escrito, enfrentou-se o desafio de propor, pela perspectiva crítica, respostas emancipatórias às subalternidades vivenciadas pelos sujeitos trans no Brasil – esta que, ao pautar-se na estruturação da contrapublicidade subalterna de Fraser e, assim, dar conta da capacidade dos sujeitos trans nos espaços públicos, não os considere como meros agentes passivos, ao contrário, que os compreenda como participantes ativos desta estruturação.

A propósito, aposta-se na capacidade de transformação dos contrapúblicos subalternos, pois,

a partir das reflexões fraseriana, o potencial radicalizador do debate democrático é possibilitado nessas arenas. Retoma-se que é mediante a observação de como ocorrem o debate e a articulação no espaço público que a autora depreende que determinados grupos sociais, como o trans, são impedidos de interagirem com paridade de participação. É diante disso que Fraser estrutura os contrapúblicos subalternos, pois nesses, em seu entender, processos dinâmicos de participação, representação e deliberação serão possibilitados aos sujeitos que não *encontram voz* na esfera pública oficial, como especialmente os/as trans. Nota-se que é nos contrapúblicos que Fraser estrutura a possiblidade de se refletir mecanismos para que os sujeitos trans possam disputar os espaços de fala, confrontando, assim, as narrativas dominantes com vistas à tomada de decisão.

Aliás, ao apostar no potencial dos contrapúblicos não se está desprezando a importância da institucionalização das demandas; ao contrário, pois, como Fraser, acredita-se que tal institucionalização é possível exatamente a partir desses – isto porque, sobretudo, nas sociedades que se pretendem democráticas, como a brasileira, as respostas às necessidades e desejos dos sujeitos, como dos/das trans, não devem ser consideradas exclusivamente pelas instituições, pois há uma pluralidade de interesses, necessidades e objetivos que podem ser desconsiderados nos contextos institucionais.

Defende-se, portanto, que o movimento trans pode estruturar contrapúblicos e, por meio deste, atingir à esfera pública oficial, fazendo, com isso, que suas necessidades sejam articuladas e visibilizadas, isto porque, como dito, tais públicos potencializam a democracia e possibilitam o reconhecimento de direitos de sujeitos subalternizados, já que lhes é possibilitada voz no debate público.

Acredita-se, por fim, que o conceito de contrapublicidade subalterna fraseriano – ao assegurar o protagonismo democrático dos sujeitos trans nos espaços públicos e, desta forma, possibilitar o aprofundamento do debate democrático – apresenta potencialidade para estruturar reflexões críticas acerca da igualdade de participação dos sujeitos trans, bem como meios emancipatórios que efetivem respostas a não reconhecimento de direitos vivenciados por aqueles no contexto brasileiro.

REFERÊNCIAS

BIROLI, Flávia. **Gênero e Desigualdades**: limites da democracia no Brasil. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

BRAGATO, Fernanda Frizzo**. Sobre o conceito de minorias**: uma análise sobre racionalidade moderna, direitos humanos e não-humanos. In: STRECK, Lenio, ROCHA, Leonel Severo,

ENGELMANN, Wilson. (Org): **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica:** anuário do Programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2018.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Transexualidade e o "direito dos banheiros" no STF**: uma reflexão à luz de Post, Siegel e Fraser. In: Rev. Bras. Polít. Públicas (online). v.6, nº 3, 2016. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4112/pdf. Acesso em: 10 de jan. de 2018.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Constitucionalismo Democrático, Ativismo Judicial e Minorias Sexuais**: uma reflexão à luz da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. In: Ativismo Judicial e Grupos estigmatizados – Filosofia Constitucional do Reconhecimento. 2º ed. Curitiba: Juruá, 2015.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; LIMBERGER, Temis, MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **O casamento**

entre pessoas do mesmo sexo na Suprema Corte norte-americana: uma análise sobre o *backlash* à luz do debate entre constitucionalismo democrático e minimalismo judicial. In**:** RVMD – Brasília. V 10, nº 1, 2016. Disponível em: http://www.portalrevistas.ucb.br. Acessado em: 05 de jan. de 2018.

BUTLER, Judith. **Judith Butler:** Relatar a si mesmo: crítica da violência ética. 1 ed. Tradução: BETTONI, Rogério. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação**: Economia, Sociedade e Cultura - O poder da Identidade. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

CHANTER, Tina. **Gênero**: conceitos-chave em filosofia. Tradução: FIGUEIRA, Vinicius. Porto Alegre: Artmed, 2011.

COACCI, Thiago. **Conhecimento precário e conhecimento contrapúblico**: a coprodução dos conhecimentos e dos movimentos sociais de pessoas trans no Brasil. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-B32NG7. Acesso em: 01. de jun. de 2019.

FOUCAULT, Michel. **O sujeito e o poder**, 1995. Tradução: CARRERO, Vera Porto. Disponível em: http://www.uesb.br/eventos/pensarcomfoucault/leituras/o-sujeito-e-o-poder.pdf. Acesso em: 01 de jul. de 2018.

FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade vol. 1** - A vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 2010.

FRASER, Nancy. **Repensar el ámbito público**: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente. [S.l.]. Metis Productos Culturales S.A. de C.V., 1993.

FRASER, Nancy**.** Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia. (Org): **Teoria Crítica no século XXI.** São Paulo: Annablume, 2007.

FRASER, Nancy**. Scales of Justice**: reimagining political space in globalizing world. New York: Columbia University Press, 2009a.

FRASER, Nancy. **Abnormal Justice**. In: Scales of Justice: reimagining political space in globalizing world. New York: Columbia University Press, 2009b.

HABERMAS, Jurgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. São Paulo: Unesp, 2014.

LIMA, Fátima, **Corpos, Gêneros, Sexualidades**: políticas de subjetivação. 2º ed rev. atual. Porto Alegre: Rede UNIDA, 2014.

MCLAREN, Margaret A. **Foucault, Feminismo e Subjetividade**. Tradução: MILANEZ, Newton. São Paulo: Intermeios, 2016.

MIGUEL, Luis Felipe. **Deliberacionismo e os limites da crítica:** uma resposta, 2014a. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762014000100006. Acesso em: 01 de out. de 2019.

MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e representação**: Territórios em disputa. 1 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014b.

MISKOLCI, Richard. **Teoria queer:** um aprendizado pelas diferenças. 3 ed. ver e ampl. Belo Horizonte: Autêntica Editora: UFOP – Universidade Federal de Ouro Preto, 2017.

MUSSKOPF, André Sidnei. **Via(DA)gens Teológicas Itinerário para uma Teologia Queer no Brasil**. Tese (doutorado). Escola Superior de Teologia: Programa de Pós-Graduação. São Leopoldo, 2008.

PELÚCIO, Larissa. **Abjeção e desejo:** uma etnografia travesti sobre o modelo preventivo de aids**.** São Paulo: Annablume: Fapesp, 2009.

SIMÕES, Júlio Assis. **Gerações, mudanças e continuidades na experiência social da homossexualidade masculina e da epidemia da HIV-aids**, 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/j/sess/a/D5wkB3DYdbnGqM99CK6tvtB/?lang=pt. Acesso em: 20 de jun. de 2022.

RODRIGUEZ, José Rodrigo**. Direito das lutas:** democracia, diversidade, multinormatividade. 1 ed. São Paulo: Liber Ars, 2019.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Belo Horizonte: UFMG, 2010.

Recebido em: 13.03.2023
Aprovado em: 01.05.2023
Última versão dos autores: 20.12.2023

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; e também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil):BRUM, A.; DURO DIAS, R. **Da contrapublicidade subalterna fraseriana como um potencial emancipador aos sujeitos trans no Brasil**. JURIS - Revista da Faculdade de Direito, 32 (1). https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15225

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Razões e respostas: um exame das demandas consumeristas no Juizado Especial Cível de Ponte Nova, MG (2013-2018)

Rafael Pacheco Lanes Ribeiro [1]
Universidade Católica de Petrópolis – UCP – Petrópolis/RJ
E-mail: pachecolanes@gmail.com

Sandra Barbosa [2]
Faculdade Internacional Signorelli – Rio de Janeiro/RJ
E-mail: pedriita@hotmail.com

Resumo: O presente artigo analisou a judicialização da relação de consumo na cidade de Ponte Nova/MG, visando traçar o perfil das ações judicializadas naquela comarca. No intuito de mensurar os motivos que levaram à judicialização no período pesquisado, foi realizada uma análise do histórico do direito do consumidor brasileiro e dos princípios norteadores bem como, foi realizada uma pesquisa empírica de cunho quantitativo com aplicação de questionário estruturado sob os processos judiciais identificados nas pesquisas e posteriormente foram analisados os dados obtidos por meio de tabela Excel criada e configurada especificamente para este estudo, sob a qual foi aplicada a ferramenta "tabela dinâmica", que viabilizou a análise do dados, por meio dos gráficos, quadros e tabelas que foram obtidos. Nos resultados, constatou-se que: na maioria dos casos, o cliente buscou a resolução de suas questões através dos canais de atendimento disponibilizados pelas empresas; a maior reclamação encontrada nos autos analisados foi a de vício no produto; e o produto mais demandado nas ações foi o telefone celular.

Palavras-chave: Direito do Consumidor; Judicialização do consumo; Juizados Especiais; Consumismo.

Reasons and responses: an examination of consumer demands in the Small Claims Court of Ponte Nova, MG (2013-2018)

Abstract: This article examined the judicialization of consumer relationships in the city of Ponte Nova, MG, with the aim of profiling the litigated actions in that jurisdiction. In order to assess the reasons that led to judicialization during the study period, an analysis of the history of Brazilian consumer law and its guiding principles was conducted. Additionally, an empirical quantitative research was carried out by employing a structured questionnaire applied to the identified judicial proceedings. Subsequently, the data obtained was analyzed using a specifically configured Excel

1 Doutorando na Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Mestre em Direito na Universidade Católica de Petrópolis (UCP). ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5152-1143.

2 Graduação em Direito, UniViçosa. Pós-graduação, Direito administrativo, Faculdade Internacional Signorelli e em Direito eleitoral, Faculdade Futura. ORCID: https://orcid.org/0009-0002-2101-4316. Lattes CV: http://lattes.cnpq.br/4260140930250897. E-mail: pedriita@hotmail.com

spreadsheet for this study, incorporating the "pivot table" tool, which facilitated data analysis through graphs, charts, and tables. The results revealed that, in the majority of cases, customers sought resolution of their issues through the customer service channels provided by companies. The most common complaint found in the analyzed records was product defects, and the most demanded product in these legal actions was the cell phone.

Keywords: Consumer Law; Judicialization of consumption; Special Courts; Consumerism.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo uma análise de demandas consumeristas no Juizado Especial Cível da Comarca de Ponte Nova, em Minas Gerais, no lapso temporal de 01 de dezembro de 2013 a 19 de dezembro de 2018, a fim de determinar quais seriam os motivos mais comuns que levam os consumidores a ingressarem em face das empresas que atuam no mercado pelo Grupo Econômico Via Varejo S/A e quais seriam as respostas por eles obtidas do Poder Judiciário.

Busca-se uma compreensão dessa judicialização das relações de consumo, que cresce a cada dia, no intento de averiguar possíveis soluções para a minimização das demandas e a resolução dos conflitos sem o desgaste gerado pelos litígios, tanto do consumidor quanto do empresário.

Para tanto, na primeira sessão, serão apontados breves esclarecimentos acerca do histórico dos direitos dos consumidores no Brasil, que ganhou grande repercussão com a promulgação da Constituição Cidadã, em 1988. Ademais, refletindo essa mesma constituição, preocupada com o cidadão, veremos os princípios criados como mecanismos de garantir a proteção dos vulneráveis em uma relação de consumo.

Em seguida, é descrito o método utilizado para a coleta dos dados, pelo qual que foram inteiramente retirados do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais mediante busca avança de jurisprudência limitada aos anos de 2013 à 2018, posteriormente, foi aplicado questionário estruturado para análise das decisões encontradas, ato continuo, foi confeccionada planilha de Excel com os dados coletados, sob a qual foi aplicada a ferramenta “tabela dinâmica” que viabilizou a leitura e interpretação dos dados por meio de gráficos, quadros e tabelas, em seguida, foram analisadas as considerações sobre a aplicação de questionário, fundamental para obtenção dos dados que serão analisados na última sessão.

Ao final, foram apresentados os resultados obtidos com a análise dos dados utilizados no estudo, buscando mensurar os motivos que levam os consumidores insatisfeitos a ingressar com as ações nos Juizados Especiais e a satisfação dos resultados obtidos na demanda judicial.

1. BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

Nesta sessão, é apresentada uma breve abordagem sobre a história do direito do consumidor brasileiro, sem a intenção de se esgotar o tema, bem como apresenta-se uma síntese dos princípios que norteiam o direito do consumidor no Brasil.

Além disso, abordar-se-á a criação dos Juizados Especiais Cíveis, que veio com o intuito de

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15965

descongestionar o poder judiciário, com o implemento de um sistema especializado e simplificado para dirimir as causas de menor complexidade, conhecido como "Juizado de Pequenas Causas".

Por fim, foi abordado sobre a judicialização das relações de consumo, que tem sido projetada no judiciário de forma crescente, sendo o tema relevante para entender os resultados pretendidos pela presente pesquisa.

1.1. Formação histórica e princípios do direito do consumidor no Brasil

Em busca da garantia de proteção aos consumidores, a Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), em seu artigo 48, estabeleceu um prazo para que se promulgasse uma lei protetiva aos consumidores.

Em observância ao preceito legal versado em nossa Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor, popularmente conhecido pela sigla, CDC., em 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990), com o intuito de intervir nas relações de consumo para a proteção do sujeito vulnerável e desigual na relação com o fornecedor, de modo a manter o equilíbrio e a igualdade nas relações.

Foram estabelecidos regras e princípios com intuito buscar um equilíbrio entre as partes que compõem a relação de consumo, que geralmente possuem uma grande disparidade por se tratar de pessoas físicas contratando com grandes monopólios empresariais.

Dentre esses princípios, temos o da Intervenção Estatal, previsto nos artigos 5º, inciso XXXII, e o artigo 170, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), o qual determina que o Estado deve promover a defesa do consumidor.

Nesse mesmo sentido, há ainda o artigo 4º, II, Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990). Baseando-se nesse princípio, o Estado tem obrigação de atuar nas relações de consumo com a finalidade de proteger a parte mais vulnerável, a saber, o consumidor. Isto se dá por meio legislativo e administrativo. O objetivo maior é garantir o respeito aos interesses do consumidor. Assim, o Estado deve atuar diretamente, utilizando do seu poder de polícia, ou indiretamente, por meio de políticas governamentais.

A Política Nacional das Relações de Consumo prevista no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) estipula os objetivos, fundamentos e princípios fundamentais de uma política direcionada à concretização da defesa do consumidor, que conta com expressa previsão constitucional como responsabilidade do Estado. Referem-se a elementos e regras que devem ser aplicados e interpretados nas relações de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor trata-se de um microssistema jurídico que tutela os desiguais, considerando de maneira diferente fornecedor e consumidor com o fim de alcançar a igualdade material entre eles, buscando consagrar o princípio da isonomia, previsto no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), que aduz: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

Contudo, há de se encontrar formas de garantir o verdadeiro equilíbrio em meio a uma sociedade tão desigual, não podendo, em todas as situações, tratar a todos os indivíduos de maneira isonômica, sob o risco de aumentar suas desigualdades.

Montesquieu (1996, p.126) defende que, no estado da natureza, os homens nascem na igualdade, porém não podem permanecer nesse estado. A sociedade faz com que eles percam essa igualdade, a qual somente é reencontrada por intermédio das leis.

De acordo com o pensamento de Montesquieu (1996, p.127), o Estado (gênero) é responsável por buscar um equilíbrio entre os desiguais para que seja encontrada a efetiva igualdade, tão visada no mundo jurídico.

O Princípio do Equilíbrio foi o principal fundamento para a criação do Código de Defesa do Consumidor. Ele tem como objetivo a busca da igualdade substancial, pois, perante o fornecedor, o consumidor é vulnerável.

Sendo assim, a busca por uma igualdade deve sempre nortear o legislador e o magistrado no momento de interpretá-las e aplicá-las, conforme se extrai do Recurso Especial de Minas Gerais nº: 90366/1997 (BRASIL, 1997), interposto junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), sendo que: "O Código de Defesa do Consumidor veio amparar a parte mais fraca nas relações jurídicas. Nenhuma decisão judicial pode amparar o enriquecimento sem justa causa. Toda decisão há de ser justa".

O consumidor é visto pelo legislador como a parte vulnerável dentro da relação de consumo, pois a vulnerabilidade é multifária, decorrendo ora da atuação dos monopólios e oligopólios, ora da carência de informação sobre qualidade, preços, crédito e outras características dos produtos e serviços. Não bastasse isso, o consumidor ainda é cercado por uma publicidade crescente, não estando, ademais, tão organizado quanto os fornecedores (GRINOVER, 2007, p.7).

O Princípio da Vulnerabilidade, ratificado no artigo 4º, inciso I da Lei 8.078/90 (BRASIL, 1990), determinando quais relações contratuais estarão sob a égide dessa lei e de seu sistema de combate ao abuso. Não se pode confundir vulnerabilidade e hipossuficiência, pois esta é uma marca pessoal, limitada a alguns, ou até mesmo a uma coletividade, mas nunca a todos os consumidores, enquanto aquela abrange todos os consumidores.

Moraes (2009, p.125), ao versar sobre a vulnerabilidade do consumidor, prescreve:

> Vulnerabilidade, sob o enfoque jurídico, é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte dos sujeitos mais potentes na mesma relação.

Outro princípio de igual relevância é o da dignidade do consumidor, que é considerada uma consequência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, uma das garantias fundamentais previstas no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), estando a saúde e a segurança do consumidor ininterruptamente ligadas ao princípio da dignidade. Fazendo com que, o direito do consumidor adquira viés constitucional.

No caput do artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), em sua estrutura defensora e protecionista, busca-se assegurar de forma plena, com intervenção estatal no domínio econômico, o atendimento às legítimas necessidades dos consumidores, impedindo a sua degradação em virtude de práticas abusivas de comerciantes/fornecedores, ou ainda, a obtenção excessiva de lucros por estes, visando assim, garantir a devida integridade do patrimônio do consumidor.

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15965

Pelo princípio da Garantia de Adequação, previsto no artigo 4º, inciso II, alínea "d" e inciso V, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), a plena adequação dos produtos e serviços à segurança e à qualidade, que é o objetivo do sistema de proteção do consumidor, deve respeitar seus interesses econômicos, visando à melhoria da qualidade de vida.

Deve o fornecedor cooperar na relação a fim de que o consumidor possa alcançar as suas expectativas, facilitando os meios para que ele possa adimplir o contrato. No entanto, se houver inadimplemento por parte do fornecedor, poderá o consumidor, pelo princípio do Acesso à Justiça, expresso no artigo 4º, alínea a, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), judicializar demanda para satisfazer o seu direito de usar, gozar e fruir do bem que lhe pertence.

Pelo Princípio da Informação, com previsão no Artigo 4º, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), responsabiliza-se os fornecedores e comerciantes pelo esclarecimento dos direitos e deveres dos consumidores, com vistas a harmonizar a relação de consumo e de tornar ilegal qualquer ato ou procedimento que atente contra o direito à informação do consumidor, estabelecendo que as informações devem ser amplas, substanciais, extensivas a todos os aspectos da relação de consumo.

O fornecedor tem a obrigação de assegurar a boa execução do contrato, colocando o produto ou serviço no mercado de consumo em perfeitas condições de uso ou fruição (DENARI, 2007, p.210).

Conforme o artigo 4º, incisos II, VI e VII do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), o Princípio do Dever Governamental esclarece que o Estado deverá, por iniciativa direta, incentivar a criação e o desenvolvimento de associações, garantindo no mercado de consumo produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade.

No artigo 5º, XXXII e Art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), determina-se o zelo pelo Estado, por isso PROCON e judiciário fiscalizam o direito do consumidor.

As relações de consumo possuem essencialmente três fases: a pré-venda, o ato da venda e a pós-venda. Em todas as etapas, o fornecedor tem deveres e direitos em relação ao consumidor e, para evitar possíveis lides processuais, ele deve: conhecer os direitos garantidos ao consumidor; os direitos e os deveres de sua empresa dentro de uma relação de consumo, além de gerenciar as provas que podem ser usadas em um litígio.

O Princípio da Boa-fé objetiva prescreve a necessidade de compreensão, respeito e cooperação entre as partes nas relações contratuais. Garcia (2008, p.41) define tal princípio como um conjunto de padrões éticos de comportamento, como lealdade, honestidade e colaboração, que devem ser seguidos pelos contratantes em todas as etapas do contrato, desde a criação até a sua extinção.

Marques (2014, p.98-99), ao versar sobre a boa-fé contratual, preceitua, que a:

> [...]boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Portanto, entende-se que o fornecedor deve agir com boa-fé em relação ao consumidor, educando-o, informando-o quanto às práticas e políticas da empresa, evidenciando, assim, o princípio da boa-fé-objetiva, que deve ser respeitado por todas as partes e em todas as etapas da relação de consumo.

Numa eventual solução de conflitos entre princípios, faz-se necessário o equilíbrio na busca pelo princípio que deve preponderar no inerente caso em análise e, de forma alguma, será taxativa a análise realizada, haja vista que, em situações diferentes, o mesmo conflito poderá gerar a preponderância de outro princípio, pois os princípios trazem deveres a serem implementados ao máximo possível, devendo ser relativizados dependendo da análise do julgador, mas jamais podem ser declarados inválidos ou inaplicáveis.

1.2. Criação dos Juizados Especiais Cíveis para dirimir as causas de menor complexidade

Em meio à busca de direitos que atendam às necessidades por justiça rápida e eficiente, foi implementado o preceito constitucional com a Lei 9.099/95, que disciplina os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito dos Estados (BRASIL, 1995).

O artigo 9º da Lei nº. 9.099/95 dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (BRASIL, 1995) e ainda demonstra a facilidade concedida às partes, capacidades processuais admitidas dispondo sobre as causas de valor até 20 (vinte) salários-mínimos, possibilitando o comparecimento pessoal e, ainda, podendo ser assistidos por advogados ou não. De acordo com Silvério (2009, p.8), "nesta lei, estão resguardados os princípios dos juizados, sendo eles: a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade", deixando os processos mais acessíveis a todos.

Para o recebimento das ações nos Juizados Especiais Cíveis, é preciso atentar-se para os que não podem ser partes, como o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de Direito público, as empresas públicas da União, a massa falida, o insolvente civil e os cessionários de Direito de pessoas jurídicas.

A Lei 9.099/05 (BRASIL, 1995) também traça limites referentes ao valor da causa, que não poderá ser superior a 40 (quarenta) salários-mínimos, sendo ainda imprescindível a contratação de defesa técnica nas causas com valor superior a 20 (vinte) salários-mínimos. Quanto aos pedidos, estes devem ser certos e determinados, inclusive os que versam sobre indenização e danos morais. Salienta-se que não englobam causas de natureza alimentar, falimentar e aquelas relativas a acidentes de trabalho e, ainda, causas que são em desfavor de entes públicos.

O recurso contra a sentença proferida pelo juiz do juizado é julgado pela Turma Recursal, que é um órgão colegiado formado por três juízes (não é composta por Desembargadores), que tem a função de julgar os recursos contra as decisões proferidas pelo juiz do juizado. Funciona como instância recursal na estrutura dos Juizados Especiais.

Com a facilidade de acesso à justiça, após o advento da lei 9.099/95 (BRASIL, 1995), as demandas consumeristas tornaram-se mais comuns, trazendo à tona as mais diversas reclamações a respeito das grandes empresas, como, por exemplo, as tratadas no presente estudo.

Segundo o relatório apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2018),

foram demandadas nos Juizados Especiais, no ano de 2017, 1.234.983 (um milhão duzentos e trinta e quatro mil e novecentos e oitenta e três) ações judiciais que versavam sobre direito do consumidor, representando 15,15% (quinze vírgula quinze por cento), e ocupando o primeiro lugar no ranking de demandas daquele ano, com números expressivos, que representam o dobro do segundo colocado. Pela turma recursal, em primeiro lugar, apareceu novamente o Direito do Consumidor, Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral 144.754 (cento e quarenta e quatro mil e setecentos e cinquenta e quatro) ações demandadas, representando o total de 11,95%.

As grandes empresas, buscando auferir lucros cada vez mais altos, estão deixando de se preocupar com seus processos de produção, visando apenas à quantidade de produtos fabricados, e não à boa qualidade do que é apresentado a seus consumidores, aumentando o número de demandas judiciais que buscam reparações por prejuízos com o produto eivado de vício ou está defeituoso.

Para Capelletti (1988, p.12) "o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos". Ao acabar com a problemática de acesso à justiça por aqueles excluídos, trabalhando com problemas concretos e aproximando a sociedade do poder judiciário, utilizando um caminho menos rebuscado, porém eficaz, os Juizados Especiais Cíveis consolidam a prestação jurisdicional ao mesmo tempo em que despertam na população um sentimento de justiça.

A simplificação dos procedimentos e a criação de vias alternativas de Justiça atendem a valores de economia e celeridade, bem como possibilitam a acessibilidade à Justiça por uma maioria desprivilegiada.

1.3. **Judicialização das relações de consumo**

Para entender a judicialização nas relações de consumo faz-se necessário compreender o conceito de fornecedor, consumidor e produto, que são os elementos da relação de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), no art. 2º, utiliza dois verbos: "adquirir" e "utilizar", demonstrando que consumidor não é apenas a pessoa física ou jurídica que celebra um contrato com o fornecedor, mas também quem utiliza o produto ou serviço, estando na qualidade de consumidor equiparado, vejamos (BRASIL, 1990): "Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

Explicando o conceito de consumidor, Santana (2019, p, 53) define: "A acepção comum do termo "consumidor" está ligada à pessoa que adquire, possui ou utiliza qualquer bem da vida para uma satisfação pessoal, excluindo a sua utilização em atividade de intermediação empresarial". Nesse ínterim, o caput do art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), define que o consumidor pode ser pessoa física ou jurídica. É a pessoa que se assenhora de um bem a fim de satisfazer um desejo pessoal, não podendo ser considerado consumidor aquele que adquire algo com o intuito de utilizar como instrumento de sua atividade empresarial.

Podemos verificar que, em determinados casos concretos, o judiciário reconhece que pequenas empresas ou determinados profissionais liberais poderiam ser considerados consumidores,

desde que comprovada a vulnerabilidade no caso concreto em situações de consumo intermediário, ou seja, eles consomem para reempregar o bem ou serviço na sua atividade econômica. É o finalismo aprofundado, conforme uma interpretação no STJ no Resp. 1.195.642/RJ (BRASIL, 2012), com base no art. 29 do Código de Defesa do Consumidor.

A Lei 8.078/90 (BRASIL, 1990) no seu artigo 3.º, prescreve que fornecedor é:

> toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Sob o ponto de vista econômico, o fornecedor é aquele agente que exerce sua atividade, sendo mentor e executor do fornecimento que chega ao consumidor, com característica profissional, com capacitação e habitualidade para o fornecimento dentro de suas possibilidades. É o fornecedor que realiza contratos com outros profissionais no sentido de implementar seus processos de produção a fim de prover o mercado em relações de consumo.

O artigo 3º, §1º, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) estabelece que "produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial". Assim, podemos considerar como produto um processo produtivo realizado por alguém com o intuito de dar ao consumidor o bem da vida almejado.

Nesse sentido, vejamos a explicação de Héctor Valverde Santana (2019, p.75):

> Vale dizer que determinado bem da vida somente será considerado produto, na acepção consagrada pelo Direito do Consumidor, se for introduzido no mercado de consumo por um sujeito de direito denominado fornecedor (art. 3º, caput, do CDC) para atender às necessidades de outro sujeito de direito, o destinatário final, denominado consumidor (arts. 2º, caput e parágrafo único 17 e 29, todos do CDC).

Pode-se concluir que produto é algo feito e colocado no mercado com o objetivo de obter lucro, tendo o liame necessário – fornecedor e consumidor. Diante das considerações apresentadas, o presente estudo tem por objetivo principal analisar o perfil dos casos de Judicialização das Relações de Consumo na cidade de Ponte Nova - MG, levando-se em conta as demandas envolvendo três empresas que se encontram registradas sob o mesmo CNPJ, as quais fazem parte de um grupo empresarial, composto por Nova Casa Bahia S/A, Globex Utilidades S/A e Via Varejo S/A.

Empresas como as supracitadas, em busca da manutenção no mercado, optam por vendas em massa com redução nos custos dos seus produtos/serviços, que afetam diretamente a qualidade do que é posto à disposição dos consumidores.

Com o foco voltado para a venda em grandes quantidades, e não na qualidade, as empresas varejistas colocam à disposição no mercado produtos, muitas vezes, de baixa qualidade. Em face das dificuldades econômicas para o exercício do direito reclamado, parte dos consumidores afetados pela má qualidade dos produtos ou serviços suporta o prejuízo justamente porque a procura pela indenização importará em gastos maiores que o prejuízo sofrido, nem sempre compensados pelo fornecedor.

Com o advento da Lei 9.099/95 (BRASIL, 1995), o acesso à justiça foi facilitado para o consumidor, dispensando-lhe do pagamento de custas e honorários de sucumbência. Os Juizados Especiais trouxeram, ainda, a faculdade de contratação de defesa técnica, exigindo-a apenas nas

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15965

causas em que o valor ultrapasse a 20 (vinte) salários-mínimos.

No entanto, tais facilitações tendem a gerar uma disparidade entre as partes, pois a parte que comparece desassistida de um profissional técnico (advogado) tem uma diminuição no equilíbrio da lide, não por vontade legal, mas por desconhecimento técnico quanto às vicissitudes da seara processual, além do que, na maioria das vezes, a empresa será representada por advogado.

Os setores jurídicos das empresas, por muitas vezes, enviam prepostos que não são treinados para a especificidade do direito do consumidor e não estão cientes da reclamação que ensejou a demanda, não sendo capazes de combater com propriedade as alegações dos usuários, ou mesmo, as decisões judiciais prolatadas.

A segurança das relações de consumo está resguardada na Lei 8.078/90 (BRASIL, 1990), no qual encontram-se estabelecidas as normas de ordem pública na defesa e no interesse social conforme previsão constitucional delimitada.

A lei consumerista atribui responsabilidades aos fornecedores e aos comerciantes pelos produtos e serviços colocados no mercado, garantindo ao consumidor o direito de exigir a qualidade do que lhe é ofertado.

2. CARACTERIZAÇÃO DO CAMPO DA PESQUISA

O estudo foi realizado no Juizado Especial de Ponte Nova, no Estado de Minas Gerais, no qual foram observadas empresa que fazem parte de um grupo econômico. As empresas estão presentes em mais de 400 (quatrocentos) municípios brasileiros, 20 (vinte) estados e no Distrito Federal, com cerca de 1000 (mil) lojas e aproximadamente 45000 (quarenta e cinco mil) colaboradores, estando entre as maiores varejistas de eletroeletrônicos do mundo.

Em dezembro de 2009, o Grupo Pão de Açúcar adquiriu a Casas Bahia e transferiu sua unidade de varejo para a Globex Utilidades S.A. No começo de 2012, a Globex Utilidades oficialmente trocou a razão social para Via Varejo S/A e assumiu a nova identidade corporativa, sendo está a analisada no presente estudo.

Em 2018, conforme o demonstrativo financeiro disponível em seu sítio eletrônico (VIA VAREJO, 2018), a receita bruta registrada pelas empresas foi o maior patamar da história da companhia, alcançando a marca de R$ 30,6 bilhões. Já a receita líquida consolidada foi de R$26,9 bilhões, 5,0% acima de 2017, tendo um crescimento de 10,7% em relação ao ano de 2017.

2.1. Estratégia metodológica

A pesquisa se deu por um estudo de caso, no qual, inicialmente fez-se uma revisão e sistematização da legislação aplicada ao tema consumidor, por meio de pesquisa interdisciplinar, abordando conceitos e normas previstos no direito constitucional, civil, processual civil, na Lei 9.099/95 (BRASIL, 1995) e no direito do consumidor, com vertente jurídico-normativa e sociológica, pois realizou-se uma análise de princípios, normas e decisões.

Trata-se, ainda, de pesquisa qualitativa, quantitativa e descritiva, que utilizou acordos, sentenças e acórdãos proferidos pelo Juizado Especial Cível da comarca de Ponte Nova, Minas

Gerais, no período de 01 de dezembro de 2013 a 19 de dezembro de 2018.

Essa limitação temporal se justifica pela entrada em vigor da PORTARIA CONJUNTA Nº 312/2013 (BRASIL, 2013) em Recomendação à Resolução nº 121, de 05 de outubro de 2010 (BRASIL, 2010), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores e sobre a expedição de certidões judiciais, possibilitando verificar todos os julgamentos realizados pelos juízes de primeira instância. As decisões são disponibilizadas de maneira pública e gratuita para consulta e download em formato portátil de documento (PDF) em sua íntegra, mediante a pesquisa por padrões que o site disponibiliza para o interessado.

Visando a análise das demandas judiciais em face do grupo econômico, foram levantadas e analisadas decisões de mérito em primeiro grau de jurisdição: acordos, sentenças e acórdãos proferidos pela Turma Recursal responsável pela comarca.

Os acordos, sentenças e acórdãos foram identificados e analisados pela numeração única do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como pela data (dia/mês/ano) (BRASIL, 2013).

A partir dos acordos, sentenças e acórdãos apresentados pelo sistema de buscas do TJMG, foi realizado o download em PDF de cada um dos acordos, sentenças e acórdãos, sendo posteriormente verificados, um a um, para conferência de que o grupo econômico fazia parte de um dos polos processuais (requerente e requerido: recorrente e recorrido).

Identificada a participação da empresa em um dos polos processuais, foi realizado o download do acordo, sentença ou acórdão na íntegra e arquivado em banco de dados. Foi obtido o número de 22 (vinte e dois) acordos, 62 (sessenta e duas) sentenças e 17 (dezessete) acórdãos. Posteriormente, foram nomeados os acordos, as sentenças e os acórdãos selecionados pela numeração única do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e organizados cronologicamente por data do julgamento[3].

Em momento oportuno, para a extração dos dados desejados provenientes dos acordos, sentenças e acórdãos, foi desenvolvido formulário próprio para o estudo[4], inspirado no trabalho desenvolvido por RIBEIRO, 2018.

O formulário utilizado traz 20 (vinte) questionamentos relevantes para a análise e identificação do perfil da judicialização em face do grupo econômico ora em estudo. A fim de viabilizar a análise e interpretação, foi aplicado o recurso Tabela Dinâmica do Excel sobre todos os dados tabulados. Com isso, possibilitou-se a elaboração de tabelas de maneira individualizada para mais de uma das questões, fornecendo dados precisos e seguros, viabilizando a sua análise e interpretação.

Presume-se que o presente estudo se refere à quase totalidade dos acordos, sentenças e acórdãos prolatados no período definido e que se encontram disponibilizados pública e gratuitamente para consulta, verificação e download, embora haja probabilidade de o sistema de buscas do TJMG não ter identificado a totalidade dos acordos, sentenças e acórdãos findos.

3 A numeração de todos os processos analisados pode ser verificada, para tanto o leitor deve solicitar acesso por meio do e-mail, entrando em contato com os autores.

4 Em vista ao número máximo de páginas, não foi possível anexar o formulário neste artigo, caso o leitor tenha interesse em consultá-lo, o leitor deve solicitar acesso por meio do e-mail, entrando em contato com os autores.

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15965

O presente estudo possibilitou traçar o perfil da judicialização da Relação de Consumo na Comarca de Ponte Nova, os argumentos utilizados pelas partes, os argumentos que fundamentam as decisões proferidas pelos magistrados e se estas decisões se encontram fundamentadas nas Leis, nas normas e jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e dos Tribunais Superiores (STJ e STF), bem como nas recomendações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que orientam o tema.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Nesta sessão, serão apresentados os resultados obtidos a partir da análise de acordos, sentenças e acórdãos, todos referentes a ações ajuizadas no Juizado Especial Cível da Comarca de Ponte Nova em Minas Gerais, entre 01 de dezembro de 2013 a 19 de dezembro de 2018, nos quais uma das três empresas, componentes de um mesmo grupo econômico, inscritas sob o mesmo CNPJ, a saber, Nova Casas Bahia S/A, Globex Utilidades S/A e Via Varejo S/A, era parte no processo.

3.1. Apresentação das empresas analisadas

As empresas objeto da pesquisa encontram-se relacionadas no mesmo Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica e atuam no comércio varejista sob o nome de Casas Bahia, Ponto Frio e Bartira, mantendo milhares de lojas físicas espalhadas por todo o país, além das plataformas *e-commerce* "pontofrio.com", "casasbahia.com", "extra.com.br" e "barateiro.com".

O grupo econômico opera sob o nome de Via Varejo S/A (VIAVAREJO, 2018), cuja sede está localizada em São Caetano do Sul, no estado de São Paulo, e possui forte representação em todo o país, contando com 1066 (mil e sessenta e seis) lojas físicas, espalhadas pelo Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste e Sul do Brasil, segundo informações de seu sítio eletrônico[5].

Além dos estabelecimentos físicos, a Via Varejo S/A (VIAVAREJO, 2018) trabalha com os sites comerciais proporcionando a seus clientes a opção de compras online, sem precisar se deslocar às lojas mais próximas, conseguindo, assim, atingir a um público extraordinariamente maior, pois, nas regiões onde não há lojas físicas, os clientes têm a opção de compras online, mercado que cresce mais a cada dia em nosso país.

Com forte representação no ramo de comércio de eletroeletrônicos, eletrodomésticos, telefonia celular, móveis, dentre outros, as empresas vinculadas à Via Varejo S/A (VIAVAREJO, 2018) possuem canais de atendimentos a seus clientes a fim de resolver, administrativamente, quaisquer questões relacionadas às falhas na prestação de seus serviços ou da existência de vícios ou defeitos em seus produtos.

Embora tenham disponibilizados os canais de atendimento aos clientes, incontáveis são as demandas propostas, especialmente nos Juizados Especiais Cíveis, a fim de reclamar dos serviços prestados ou dos produtos recebidos nas compras realizadas nessas lojas e em seus sites.

Surge, então, a relevância da presente pesquisa, que busca tentar desvendar quais seriam

5 http://ri.viavarejo.com.br/

as falhas comumente cometidas pela Via Varejo (VIAVAREJO, 2018) que ensejam as demandas judiciais, quais as respostas que os consumidores vêm obtendo do judiciário e apresentar uma possível solução para tentar minimizar os litígios propostos em face do grupo econômico.

3.2. Especificação dos dados utilizados

Para o estudo, foram selecionados 22 (vinte e dois) acordos, 62 (sessenta e duas) sentenças e 17 (dezessete) acórdãos, todos, pelo menos em sua origem, relacionados ao Juizado Especial da Comarca de Ponte Nova, retirados do site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Insta salientar que alguns acórdãos remetem à Turma Recursal de Viçosa, também em Minas Gerais, em razão da transferência dos julgamentos de 2ª Instância dos processos do Juizado Especial de Ponte Nova para a cidade vizinha, Viçosa.

As decisões foram baixadas, em sua íntegra, em documentos PDF do site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tendo sido pesquisados no campo "pesquisa livre", com "pesquisa de inteiro teor" e o período da publicação, entre 01 de dezembro de 2013 a 19 de dezembro de 2018.

Após a seleção das decisões do juízo, foram aplicados questionários para tentar obter respostas quanto aos 20 (vinte) quesitos elaborados no intuito de tentar identificar os motivos que levaram os clientes a ingressarem judicialmente em desfavor das empresas e quais seriam os resultados obtidos no judiciário nas demandas analisadas.

Buscou-se encontrar um padrão tanto no ajuizamento quanto nas decisões proferidas, além de observar as decisões em segunda instância, se houve manutenção ou modificação das decisões *a quo*, bem como as vantagens e desvantagens ao realizar acordo nas audiências de conciliação realizadas no Juizado Especial Cível de Ponte Nova.

3.3. Principal motivo para ajuizamento das ações

Primeiramente, é importante destacar que, na maioria dos casos analisados (conforme Tabela 01), das 101 (cento e uma) decisões, em 67 (sessenta e sete) delas, correspondendo a 66,34% dos casos, o Requerente, antes da judicialização, procurou os meios de comunicação disponibilizados para atendimento aos clientes para tentar solucionar a questão de forma administrativa; enquanto que apenas 12 (doze) dos requerentes, numa percentagem de 11,8% (onze vírgula oito por cento), procuraram primeiramente pela via judicial. Em 22 (vinte e duas) decisões, ou seja, em 21,78% (vinte e um vírgula setenta e oito por cento), não foi possível identificar na decisão se o Requerente procurou pela via administrativa.

Apesar de manter canais de atendimento, como o SAC (Serviço de Atendimento ao Cliente), em todas as suas marcas, percebe-se que, amiúde, apesar de o consumidor haver tentado o contato administrativo, esse serviço restou ineficaz, não deixando alternativa ao consumidor senão propor a ação judicial.

Dos 101 (cento e um) casos analisados, foi possível identificar, como mostrado na Tabela 01, que, em 67 (sessenta e sete), o Requerente, antes do ajuizamento da ação, procurou o setor administrativo da empresa a fim de ter seu problema solucionado de forma harmoniosa, sem que

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15965

houvesse a necessidade de acionar a justiça.

Contudo, mesmo incentivando os clientes a procurar seus serviços de atendimento ao consumidor, as empresas têm encontrado muita dificuldade em solucionar o problema de forma satisfatória, fazendo com que o número de processos instaurados em seu desfavor tenha aumentado vertiginosamente.

Os motivos que levaram os consumidores a ingressar na justiça em desabono do grupo econômico divergem, tendo sido constatado, após a análise dos dados, que o mais comum é a existência de vício no produto adquirido, conforme se observa no Gráfico 02. Em 43,56% das reclamações, referem-se ao vício do produto, seguida por 14,85% de outros motivos variados, como defeitos, qualidade do produto, alteração no valor do produto, entre outros que representaram por si só um percentual muito pequeno, totalizando 15 decisões.

Insta salientar que o vício do produto é quando o objeto não atende aos fins para o qual foi fabricado, é uma imperfeição do produto que atinge apenas a sua qualidade, o seu valor de mercado, não atingindo a integridade do consumidor, apenas seu capital.

Para Roberto Basilone Leite (2002, p.139), a conceituação de vício é sucinta; ele aduz que são "as imperfeições que tornam o produto (art.18) ou serviços (art.20) impróprias ou inadequadas ao consumo a que se destina".

Outro dos motivos averiguados na análise dos dados e com o mesmo percentual foi a demora ou a ausência na entrega dos produtos, bem como a inclusão do nome dos consumidores nos cadastros de pessoas inadimplentes, tendo, cada um deles, 9,90% de representação, 10 (dez) decisões. Em 22 (vinte e dois) casos, não foi possível identificar quais eram as reclamações, por tratar-se de acordos homologados em juízo sem que houvesse a especificação, conforme informações constantes no Gráfico 02 a seguir:

Gráfico 01 – Qual o motivo da reclamação?



FONTE: elaborado pelos autores

A forte concorrência entre as empresas na atualidade estimulou a produção em massa, movimentando o mercado econômico e, por isso, as relações de consumo fazem parte da vida e do

cotidiano das pessoas, fazendo com que o direito do consumidor encontre cada vez mais espaço, mostrando a necessidade das empresas em se adequar ao novo modelo de "troca de mercadorias".

No que tange aos produtos que ensejaram a judicialização consumerista, temos que, conforme a apresentação da Tabela 02, dentre os 101 (cento e um) casos, foi possível a identificação do produto em 47 (quarenta e sete) processos, sendo o Telefone Celular o que aparece em primeiro lugar e representa um percentual de 15,84% dos casos, 16 (dezesseis) das decisões analisadas.

Em segundo lugar, aparece o Refrigerador em 12 (doze) casos, num total de 11,88%. No terceiro e quarto lugar, aparecem empatados: Televisor e Móveis, os dois com 09 (nove) casos, representando 8,91% dos casos analisados.

Tem-se que 31 (trinta e uma), decisões foram agrupadas como outros por representar um índice variado e muito baixo de percentual em meio à seleção realizada. Nos 22 (vinte e dois) acordos homologados em juízo, não foi possível identificar nos autos o produto que ensejou a judicialização e representam, na Tabela 02, 21,78% dos casos.

Tabela 01 – Qual o produto ensejou a judicialização?

	QTD.	%
Telefone celular	16	15,84%
Refrigerador	12	11,88%
Cartão de crédito	2	1,98%
Televisor	9	8,91%
Móveis	9	8,91%
Outros	31	30,69%
Não foi possível identificar nos autos	22	21,78%
Total Geral	101	100,00%

FONTE: Elaborado pelos autores

Percebe-se que, mesmo não sendo o fabricante dos produtos, atuando apenas na comercialização destes, o grupo econômico Via Varejo é sempre acionado para os litígios que versam sobre o vício dos produtos que transaciona.

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), em seu artigo 18, define a responsabilidade solidária dos comerciantes com os fornecedores dos produtos duráveis ou não duráveis, nos casos em que há vício e não defeito do produto.

Portanto, entende-se legítimo o pleito dos consumidores em face do Grupo Econômico, que, mesmo não sendo o fabricante dos produtos que comercializa, possui responsabilidade solidária a estes, pois assim determina a legislação consumerista em nosso país.

3.4. Respostas do judiciário ao pleito do consumidor

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15965

Outro ponto relevante abordado na pesquisa é o fato de que, em 68 (sessenta e oito) decisões, em um percentual de 67,33%, houve a restituição do bem ou do valor pago pelos Requerentes, deixando claro que o pedido formulado inicialmente foi julgado total ou parcialmente procedente, seguido por 24 (vinte e quatro) decisões, que representam 23,76% de casos nos quais o consumidor não teve o seu pleito atendido, enquanto que, em apenas 09 (nove) decisões, num total de 8,91, não foi possível identificar se o judiciário deu resposta aos pedidos formulados pelo Requerente.

Tabela 02 – Houve restituição de valores ou do bem?

	QTD.	%
Sim	68	67,33%
Não	24	23,76%
Não foi possível identificar nos autos	9	8,91%
Total Geral	101	100,00%

FONTE: Elaborado pelos autores

Nota-se que, para que a demanda seja julgada total ou parcialmente procedente, a fim de determinar a restituição do valor ou do bem, o pedido formulado pelo consumidor inicialmente era legítimo, havendo algum motivo para a reclamação dos produtos ofertados ou dos serviços prestados.

O número de clientes que demanda judicialmente contra essas empresas após terem entrado em contato por vias administrativas, Tabela 01, é praticamente o mesmo do número de demandas em que são determinadas as devoluções de valores pagos ou a substituição de bens aos consumidores.

Se a varejista oferta serviços de atendimento ao cliente para a solução de eventuais falhas na prestação de seus serviços, deveria, naturalmente, reduzir o número de demandas judiciais, assim os clientes (consumidores) teriam seus problemas resolvidos de forma administrativa.

Contudo, percebe-se que os sistemas de comunicação empresa/cliente do Grupo Econômico em questão, não vêm obtendo resultados satisfatórios, destacando-se a necessidade de atentar-se para os sistemas administrativos de resolução das questões, a fim de tentar minimizar o número de demandas judiciais que causam grandes prejuízos a essas empresas.

Ponto relevante na análise das demandas se dá no que tange aos pedidos relacionados ao dano moral. Embora tenha se pleiteado, na maioria dos casos, a condenação do Grupo Econômico ao pagamento de indenização pelos danos morais vivenciados pelos consumidores, percebe-se que o juízo, embora na maioria dos casos tenha determinado a devolução dos bens ou valores, não possui uma consolidação quanto ao pleito indenizatório.

Tabela 03 – Na sentença em 1º grau o dano moral foi?

	QTD.	%
Procedente	36	35,64%
Improcedente	40	39,60%
Não foi possível identificar nos autos	25	24,75%
Total Geral	101	100,00%

FONTE: Elaborado pelos autores

Percebe-se, com a análise dos dados, que não é possível traçar uma constante no que tange ao dano moral, isto porque as condenações, embora procedentes no pleito de restituição, não seguem a mesma proporção quanto ao dano moral.

Na Tabela 04, o dano moral representa 35,64% dos 36 (trinta e seis) casos analisados, sendo julgados procedentes, ou seja, o consumidor teve o seu pedido atendido pelo juiz de primeira instância, haja vista que no Juizado Especial há a possibilidade de recursos que são julgados pela Turma Recursal (2ª instância), na qual 03 (três) juízes analisarão a sentença declarada pelo juiz *a quo*, que não poderá participar desse novo julgamento e chegarão a um acordo, chamado tecnicamente de acórdão.

Dentre as decisões analisadas, 40 (quarenta) delas, isto é, 39,60%, o juiz *a quo*, julgou improcedente o pleito do Requerente em relação ao dano moral, isto é, o autor do pedido não obteve êxito na sua demanda. Em 25 (vinte e cinco) decisões, ou seja, 24,75%, não foi possível identificar se o dano moral foi requerido ou estipulado.

4. CONCLUSÃO

Conforme analisado durante este estudo, as empresas e fornecedores não oferecem ao usuário, de forma integral e com clara as informações, as respostas aos anseios do consumidor e o justo motivo da negativa em solucionar as pendências referentes ao produto adquirido.

Nesse diapasão, as empresas não têm se utilizado das ferramentas adequadas para prevenir a judicialização e, quando ela ocorre, não se utiliza de recursos inerentes, peculiares, específicos e individualizados a cada caso, capazes de combater com veemência as alegações dos usuários e/ou mesmo as decisões judiciais proferidas.

Por meio da análise dos dados, constatou-se que a empresa, na maioria das vezes, figurou no polo passivo da relação, deixando claro que o êxito no juízo *a quo* bem como no juízo *ad quem* é insignificante para as empresas em vista da demanda observada.

Logo, é possível concluir que a prática das empresas analisadas é a de negar o procedimento administrativo, e quando o usuário procura a via judicial, utiliza-se da negativa de figurar no polo passivo sob alegação de não ter responsabilidade pela fabricação do produto, pois apenas repassam mercadorias num comércio irresponsável e desorganizado.

Ao contrário, preferem arcar com o ônus de uma demanda judicial que não representa índices estratosféricos diante do lucro obtido a adequar seus procedimentos aos padrões legais e

https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15965

jurisprudenciais. Mais que estruturar, deve evoluir no atendimento das reclamações daquele que é peça fundamental para a própria existência das empresas, o consumidor.

Os setores jurídicos das empresas, por muitas vezes, enviam prepostos que não são treinados para a especificidade do direito do consumidor e não estão cientes da reclamação que ensejou a demanda, não sendo capazes de combater com propriedade as alegações dos usuários, ou mesmo as decisões judiciais prolatadas.

Contudo, a realização de estudos e publicações sobre o tema não é o bastante. Recomenda-se, sobretudo, considerar os direitos, deveres, ônus e bônus dos cidadãos, dando importância a todos os fatores decorrentes quando da movimentação da máquina judiciária.

Por todo o exposto, é possível constatar que o aumento exponencial e preocupante da judicialização da relação de consumo ocorre por ambiguidades cometidas pelas empresas no sentido de não resolver os problemas do consumidor pela via administrativa, por meio de Serviços de Atendimento aos Consumidores realmente eficazes, formados e imbuídos na preservação dos direitos do consumidor.

Entende-se que cada um dos envolvidos necessita repensar seus valores teóricos e suas práticas para que sejam garantidas a venda de produtos e a satisfação do consumidor, que é o agente que fomenta o mercado de consumo e, por conseguinte, a economia, alimentando a sua expectativa em relação ao bem adquirido, porquanto aquecer o mercado e manter a economia é um direito e dever das partes integrantes dessa relação, queira no polo passivo ou ativo, todos deverão contribuir.

Bem como, entende-se que deve necessariamente, haver um recrudescimento das sanções judiciais e administrativas aplicadas aos casos analisados, pois o que se verifica é que, como dito anteriormente, as sanções impostas pelo judiciário não são capazes de coibir a atitude negligente e muitas vezes leviana, pois os valores impostos a título educativo/coercitivo, são irrisórios em face do lucro anual obtido pelo conglomerado analisado.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual do Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em:https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5712489/mod_folder/content/0/Manual%20de%20Direito%20do%20Consumidor%20-%20Benjamin%2C%20Marques%20e%20Bessa.pdf. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2018.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf. Acesso em: 13 jul. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 out. 2023.

_____. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm . Acesso em: 25 out. 2023.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/

l8078compilado.htm . Acesso em: 25 de out. 2023.

_____. Resolução 121/2010 do Conselho Nacional de Justiça, de 05 de outubro de 2010. **Dispõe sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores, expedição de certidões judiciais e dá outras providências**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=92 . Acesso em: ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº: 1195642/RJ, Relator Ministra Nancy Andrighi, DJe 13/11/2012. Disponível em: https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=25733695&tipo=5&nreg=201000943916&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20121121&formato=PDF&salvar=false . Acesso em: 22 de out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº: 90366/MG, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJe 02/06/1997. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_90366_MG_1249762455163.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1698240082&Signature=iMnuHrjpmYAWqrE9qNnEoZcN33I%3D . Acesso em: 25 aut. 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Portaria Conjunta nº312/2013, de 10 de outubro de 2013. **Institui o sistema de Publicação de Sentenças, Decisões e Despachos na rede mundial de computadores, no âmbito da justiça de 1ª Instância do Estado de Minas Gerais.** Disponível em: https://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc03122013.pdf . Acesso em: 27 jul. de 2019.

CAPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfeet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Disponível em: https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF . Acesso em: 24 out. 2023.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor:** código comentado, jurisprudência, questões, decreto 2.181/97. 4. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

LEITE, Roberto Basilone. **Introdução ao direito do consumidor:** os direitos do consumidor e a aplicação do código de defesa do consumidor. São Paulo: LTr, 2002.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de, 1689-1755. O espírito das Leis / Montesquieu; apresentação Renato Janine Ribeiro; **tradução Cristina Murachco**. - São Paulo: Martins Fontes, 1996. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7703960/mod_resource/content/1/Montesquieu-O-espirito-das-leis_completo.pdf . Acesso em: 25 out. 2023.

MORAES, Paulo Valério dal Pai Moraes. **Código de Defesa do Consumidor:** o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais - interpretação sistemática do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RIBEIRO, R.P.L. **Judicialização da saúde suplementar:** estudo de caso. Rio de Janeiro; Ágora21, 2019.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor**. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SILVERIO, Karina Peres. **Acesso à Justiça**. ETIC- Encontro Toledo de Iniciação Científica - ISSN 21-76-8498, v. 4, n. 4, 2008. Disponível em: http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1898. Acesso em: 25 out. 2023.

VIAVAREJO. **Resultados 4T18 e 2018**. Rio de Janeiro: [s.n.]. Disponível em: https://mz-filemanager.s3.amazonaws.com/ce9bff9f-fb19-49b9-9588-c4c6b7052c9c/file_manager/54d7669d-f587-4dd0-a645-c7da0cfdb1c5/resultados_4t18.pdf . Acesso em: 24 out. 2023.

WATANABE, Kazuo et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

Recebido em: 13.09.2023
Aprovado em: 17.10.2023
Última versão dos autores: 27.12.2023

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: os autores confirmam que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** os autores garantiram que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil): RIBEIRO, Rafael. P. L.; MUCCI, Sandra B. O. **Razões e respostas**: um exame das demandas consumeristas no Juizado Especial Cível de Ponte Nova, MG (2013-2018). JURIS - Revista Da Faculdade De Direito, 32 (1). https://doi.org/10.14295/juris.v32i1.15965

Os artigos publicados na Revista Juris estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)