

LUCIANO NASCIMENTO SILVA
(ORGANIZADOR)

MUNDOS DO DIREITO ECONÔMICO DO MUNDO

SOCIEDADE, ECONOMIA E CRIME





Universidade Estadual da Paraíba

Prof. Antonio Guedes Rangel Junior | *Reitor*

Prof. Flávio Romero Guimarães | *Vice-Reitor*



Editora da Universidade Estadual da Paraíba

Luciano Nascimento Silva | *Diretor*

Antonio Roberto Faustino da Costa | *Editor Assistente*

Cidoval Moraes de Sousa | *Editor Assistente*

Conselho Editorial

Luciano Nascimento Silva (UEPB) | José Luciano Albino Barbosa (UEPB)

Antonio Roberto Faustino da Costa (UEPB) | Antônio Guedes Rangel Junior (UEPB)

Cidoval Moraes de Sousa (UEPB) | Flávio Romero Guimarães (UEPB)

Conselho Científico

Afrânio Silva Jardim (UERJ) | Jonas Eduardo Gonzalez Lemos (IFRN)

Anne Augusta Alencar Leite (UFPB) | Jorge Eduardo Douglas Price (UNCOMAHUE/ARG)

Carlos Wagner Dias Ferreira (UFRN) | Flávio Romero Guimarães (UEPB)

Celso Fernandes Campilongo (USP/ PUC-SP) | Juliana Magalhães Neuwander (UFRJ)

Diego Duquelsky (UBA) | Maria Creusa de Araújo Borges (UFPB)

Dimitre Braga Soares de Carvalho (UFRN) | Pierre Souto Maior Coutinho Amorim (ASCES)

Eduardo Ramalho Rabenhorst (UFPB) | Raffaele de Giorgi (UNISALENTO/IT)

Germano Ramalho (UEPB) | Rodrigo Costa Ferreira (UEPB)

Glauber Salomão Leite (UEPB) | Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (UFAL)

Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello Bandeira (IPCA/PT) | Vincenzo Carbone (UNINT/IT)

Gustavo Barbosa Mesquita Batista (UFPB) | Vincenzo Milittello (UNIPA/IT)



Editora indexada no SciELO desde 2012



Editora filiada a ABEU

EDITORA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

Rua Baraúnas, 351 - Bairro Universitário - Campina Grande-PB - CEP 58429-500

Fone/Fax: (83) 3315-3381 - <http://eduepb.uepb.edu.br> - email: eduepb@uepb.edu.br

Luciano Nascimento Silva
(Organizador)

MUNDOS DO DIREITO ECONÔMICO DO MUNDO
SOCIEDADE, ECONOMIA E CRIME

 **eduepb**
Campina Grande - PB
2020



Editora da Universidade Estadual da Paraíba

Luciano Nascimento Silva | *Diretor*

Antonio Roberto Faustino da Costa | *Editor Assistente*

Cidoval Moraes de Sousa | *Editor Assistente*

Expediente EDUEPB

Erick Ferreira Cabral | *Design Gráfico e Editoração*

Jefferson Ricardo Lima Araujo Nunes | *Design Gráfico e Editoração*

Leonardo Ramos Araujo | *Design Gráfico e Editoração*

Elizete Amaral de Medeiros | *Revisão Linguística*

Antonio de Brito Freire | *Revisão Linguística*

Danielle Correia Gomes | *Divulgação*

Depósito legal na Biblioteca Nacional, conforme decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

M965 Mundos do Direito econômico do mundo: sociedade, economia e crime. [Livro eletrônico] / Luciano Nascimento Silva (Organizador). – Campina Grande: EDUEPB, 2020.
1300 Kb - 195 p.

ISBN 978-85-7879-617-4

1. Direito econômico. 2. Sociologia da Economia. 3. Sistemas sociais - Teoria. 4. Direito e Crime. I. Silva, Luciano Nascimento. (Org.).

21 ed. CDD 341.378

Ficha catalográfica elaborada por Heliane Maria Idalino Silva – CRB-15ª/368

Copyright © **EDUEPB**

A reprodução não-autorizada desta publicação, por qualquer meio, seja total ou parcial, constitui violação da Lei nº 9.610/98.

Teoria da Integração Social e Relações entre Sistemas Sociais:
(...). *Esta integração de um conjunto de padrões valorativos comuns com a estrutura de disposições necessárias das personalidades constituintes é o fenômeno principal das dinâmicas dos sistemas sociais.*
(...) *Teoria econômica e outras versões de esquemas conceituais que dão proeminência a orientação baseada na razão instrumental não pode prover um adequado modelo para a análise dinâmica do sistema social em termos gerais.*

Talcott PARSONS

The Social System. Toronto: Free Press, 1951, p. 42.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	9
<i>Luciano Nascimento Silva</i>	
A RELAÇÃO ENTRE A ARBITRAGEM E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	14
<i>Bruna Rabêlo Carvalho</i>	
<i>Anne Augusta Alencar Leite</i>	
A TRANSFORMAÇÃO DA PRIVACIDADE NA INTER-RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA	25
<i>Daniel Sampaio de Azevedo</i>	
<i>Adriano Marteleto Godinho</i>	
O CARÁTER SIMBÓLICO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL NA EFETIVAÇÃO DA DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À TERRA NO BRASIL ..	39
<i>Danuza Farias Dantas Meneses</i>	
<i>Leonam Baesso da Silva Liziero</i>	
A TEORIA DOS SISTEMAS E OS DIREITOS HUMANOS	50
<i>José Augusto Segundo Neto</i>	
<i>Luciano Nascimento Silva</i>	
MEMÓRIA DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO: A VULNERABILIDADE COMO IRRITAÇÃO SOCIAL NO SISTEMA JURÍDICO	61
<i>Juliana Cavalcante Lira de Oliveira</i>	
<i>Ana Luisa Celino Coutinho</i>	
COMPLIANCE LABORAL À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN	74
<i>Larissa Teixeira Menezes de Freitas</i>	
<i>Marília Marques Rêgo Vilhena</i>	

A DES(RE)COMPLEXIFICAÇÃO DA LÓGICA PROTETIVA DO DIREITO DE AUTOR: O PROJETO *CREATIVE COMMONS* COMO RESULTADO DA INTERAÇÃO DOS PARADOXOS DO SUBSISTEMA AUTURAL E DOS MEANDROS DO CIBERESPAÇO 87

Matheus Victor Sousa Soares

Robson Antão de Medeiros

OS DIREITOS HUMANOS NA TRANSNACIONALIZAÇÃO DOS MERCADOS..... 101

Natércia Ester da Conceição Estevão Waty

Robson Antão de Medeiros

O DIREITO COMO SUBSISTEMA DA SOCIEDADE 112

Nayara Toscano de Brito Pereira

Luciano do Nascimento Silva

AS PROMESSAS DO DIREITO E O PARADOXO DA MODERNIDADE PERIFÉRICA 120

Newton de Oliveira Lima

João Bezerra Filho

DA NECESSÁRIA CONFORMIDADE DAS NOVAS RELAÇÕES LABORAIS AOS DIREITOS HUMANOS PARA A PERMANÊNCIA DA CLASSE TRABALHADORA..... 131

Raíssa Maria Falcão Costa

Marília Marques Rêgo Vilhena

TEORIA DOS SISTEMAS E REGULAÇÃO ECONÔMICA: O RISCO DA CAPTURA NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES 144

Renan Farias Pereira

Luciano do Nascimento Silva

A OUTRA FACE DA TELA: A UTILIZAÇÃO DE OBRAS DE ARTE PARA A LAVAGEM DE DINHEIRO E A OCULTAÇÃO DE PATRIMÔNIO NÃO DECLARADO 160

Samara Taiana de Lima Silva

Lorena de Melo Freitas

**DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS E TRANSIÇÕES DEMOCRÁTICAS
NO ESTADO DE DIREITO MODERNO..... 173**

Tiago Medeiros Leite

Luciano Nascimento Silva

PREFÁCIO

(...). *A fronteira do sistema nada mais é que o tipo e concreção de suas operações, o que individualiza o sistema. É a forma do sistema cujo outro lado se torna o ambiente*” (Luhmann, 1997, p. 76–77)

Niklas LUHMANN

Die Gesellschaft der Gesellschaft. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997, p. 76

A OBRA, EM SUA VERSÃO DIGITAL, ORA PREFACIADA CORRESPONDE à produção científica dos mestrandos que frequentaram o módulo *Mundos do Direito Econômico do Mundo – sociedade, economia e crime*, que é ofertado na grade curricular do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/CCJ/UFPB).

Nas páginas digitais que seguem o observador tem a oportunidade de leitura eletrônica acerca de uma descrição do conteúdo do referido módulo, correspondente aos tópicos construídos e trabalhados: *ementa, programa e conteúdo do curso: mundo I – Teoria dos Sistemas Sociais; mundo II – Sociologia e Memória do Direito Econômico; mundo III – A Constitucionalização do Direito Econômico; e, mundo IV – Economia, Direito e Crime, a metodologia empregada e a bibliografia preliminar*. As letras, de natureza jurídica, sociológica e econômica que seguem, são a referência de cognição e conteúdo programático lecionado:

A ideia de uma *Ementa – Estudos sobre as denominadas Sociologia da Economia e Sociologia do Direito Econômico*, apontamentos sobre Sociedade, Estado, Economia, Direito e Crime. Construções à luz da Teoria dos Sistemas de Talcott Parsons e Niklas Luhmann, a ideia de cooperação interdisciplinar entre as teorias da Sociedade, Economia e Direito, as reflexões sobre as possibilidades de construção do Direito

(estado e ordenamento jurídico econômico) como acoplamento estrutural entre Sociedade e Economia. Para tanto, o percurso de construção e análise teóricas é pelo nominado *Mundos do Direito Econômico do Mundo* no desvendar das suas complexidades.

MUNDO I - TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS – Parsons e Luhmann

- Teoria da Sociedade e Comunicação – Estruturalismo e Funcionalismo
- Economia da Sociedade (*Die Wirtschaft der Gesellschaft*)
- Direito da Sociedade (*Recht der Gesellschaft*)
- Sociedade e Economia – Direito Econômico Acoplamento Estrutural (*Gesellschaft und Wirtschaft-Wirtschaftsrecht als strukturelle Kopplung*)

MUNDO II – SOCIOLOGIA E MEMÓRIA DO DIREITO ECONÔMICO

- Economia Política e Direito Econômico / Escola de Direito do Recife
- O Programa de Tobias BARRETO
- Como é possível a Economia?
- Como é possível o Direito Econômico?
- Origens e Desenvolvimento: as duas grande guerras

MUNDO III – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ECONÔMICO

- Processo de Constitucionalização do Direito Econômico
 - Ordem Econômica e Constituição
 - Matrizes de Constituição
- Direito Econômico, Constituição e *Autopoiesis* Sistêmica
 - Sistema e Subsistemas / Sociedade, Economia e Direito
 - Relação: sistema/ambiente e ambiente/sistema
 - A *autopoiesis* e o acoplamento estrutural

MUNDO IV – ECONOMIA, DIREITO E CRIME

- Direito Econômico e Direito Penal Econômico (definição e conceito)
- A Criminalidade Econômica
- Organizações Criminosas (nacional, transnacional e mafiosa)
- A economia das Organizações Criminosas do Tipo Mafioso

A estrutura que concebe cientificidade às construções, uma linguagem nominada de *metodologia empregada* – Construção metodológica que deve ser interpretada como matriz original e em estágio experimental denominada *metodologia construtivista observacional estrutural funcional jurídica*, consistindo em um conjunto de métodos que apontam para uma sustentação do *Direito* como *Sistema* (Linguagem, Cultura e Saber – Sistema, Poder, Dominação e Civilidade), produto de natureza da sociedade. A tradução de construção sistêmica de autoreprodução, autoreferencial, reflexiva e circular. O tempo presente é o espaço de oportunidade para as construções, que representa o processo de evolução do saber e conhecimento, estes são construídos mediante a produção e forma das complexidades, o processo e o limite da diferença na unidade. Significa dizer o espaço da observação do limite da teoria traduzido no objeto da observação que é a teoria da sociedade. Uma teoria do direito só pode ser construída a partir da teoria da sociedade, o direito como subsistema do sistema social na sua imodificável estrutura binária de afirmação e negação (direito e não direito), com a operacionalidade estrutural fechada e a cognição transformadora aberta.

A) METODOLOGIA ESTRUTURAL FUNCIONAL
CONSTRUTIVISTA

- A1) Verdade;
- A2) Paradoxo;
- A3) Complexidade; e,
- A4) Interdisciplinarietà

E, finalmente, a memória registrada dos discursos construídos como explicações científicas ou argumentos de autoridade, aqui expostos como *referências bibliográficas preliminares*:

DE GIORGI, Raffaele. **“A Investigação Sociológica do Direito na Teoria dos Sistemas”**. (*A Sociological Investigation os Law in System Theory*). Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília/*University os Brasília Law Journal*, V. 02, N. 02, pp. 103-119, abril-agosto, 2016.

LLANAS, Israel Salas. **“Brevisimo análisis doxográfico sobre el Constructivismo:**

de los presocráticos a la cibernética de segundo orden”. (*A (Very) Brief Doxographical Analysis of Constructivism: from Pre-Socratics to Second-Order Cybernetics*). Madrid, Bajo Palabra. II Época. N°18, pgs 61-76, 2018.

LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Introducción de Ignacio Izuzquiza. Traducción de Santiago López PeHt y Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós / I.C.E.-U.A.B., 1990.

_____. **“The Autopoiesis of Social Systems”**. In: F. Geyer and J. van der Zouwen

(eds.), *Sociocybernetic Paradoxes*, Sage, London, 1986, 172ff.)

_____. **“O enfoque sociológico da teoria e prática do direito”**. Tradução do alemão para o português por Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. Florianópolis, *BuscaLegis – Revista*, N 28, Ano 15, pp. 15-29, Junho, 1994.

NEVES, Fabrício Monteiro. AGUILAR FILHO, Hélio Afonso de. **“O Acoplamento entre Sociedade e Economia: A Teoria dos Sistemas nas**

contribuições de Talcott Parsons e Niklas Luhmann” (*The Coupling Between the Economy and Society: The Theory os Systems in the constributions os Talcott Parsons and Niklas Luhmann*). Santa Maria/RS, Século XXI – Revista de Ciências Sociais (*Journal os Social Sciences Revue des Sciences Sociales*), Vol. 2, nº1, pp.138-167, jan./jun. 2012.

SAAD-DINIZ, Eduardo. “**A sociologia da decisão: a econômica, a política, a jurídica**”. São Paulo, *Revista da Faculdade de Direito da USP*, pp. 953-965, 2007.

Cabedelo, Novembro, Outono, 2019
Intermares, Praia do Surfista

Luciano Nascimento Silva

Pós-Doutor em Sociologia do Direito pela *Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento*, Itália (UNISALENTO). Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal (FDUC). Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (FADUSP). Professor Adjunto no CCJ/UEPB. Professor Colaborador Permanente no PPGCJ/CCJ/UFPB e no PPGDH/CCHLA/UFPB. Pesquisador Visitante CAPES/CNPQ no *Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg in Breisgau, Baden Wuttemberg, Deutschland*.

A RELAÇÃO ENTRE A ARBITRAGEM E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Bruna Rabêlo Carvalho¹
Anne Augusta Alencar Leite²

Introdução

A ARBITRAGEM, MEIO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS EXTRAJUDICIAL, caracterizado como meio de heterocomposição privada, que se encontra em exponencial crescimento na resolução de conflitos no Brasil, é mais antiga do que parece ser e mais madura do que aparenta também. O instrumento de resolução de litígios, antes considerado alternativo, hoje nomeado por majoritária parte da doutrina como meio adequado, é a mais antiga forma de solucionar conflitos que se alcança: num conflito que envolve duas pretensões distintas, o terceiro – não envolvido na controvérsia – decide o caso. Estudiosos apontam a sua origem como anterior à justiça estatal.³

-
- 1 Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB) e da Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual Civil do Instituto de Educação Superior da Paraíba. E-mail: brunarabeloc@gmail.com.
 - 2 Professora Adjunta II da Universidade Federal da Paraíba - UFPB; Doutora em Ciências Jurídicas pela UFPB; Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB; Experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Público. Atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Socioambiental, Direito Econômico, Direito da Seguridade Social, Direito do Trabalho, Direitos Humanos e Ciência Política. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Saberes Ambientais - homenagem a Henrique Leff: sustentabilidade, impacto, gestão e direitos”/ Cnpq/UFPB. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “NUPOD- Núcleo para Pesquisa dos observadores do Direito”/ Cnpq/UEPB. Docente do projeto de extensão “É preciso falar de Política: a construção da cidadania pelo conhecimento”/ UFPB. Autora de livros jurídicos, artigos científicos, membro de conselhos editoriais. Advogada.
 - 3 Cf. DELGADO, José Augusto. Arbitragem no Brasil – Evolução histórica e conceitual. In: MACHADO, Rafael Bicca (coord.). Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes. São

O reconhecimento do instituto, entretanto, desenvolveu-se de forma tímida no Brasil, talvez pela incipiente legislação existente sobre a matéria ou pela tradição jurídica estatal dos juristas nacionais, somente vindo a ganhar destaque processual nos últimos anos, com a promulgação da Lei 9.307/1996 (“LARb”), recentemente atualizada pela Lei 13.140 de 2015.

Um pouco mais evidente que a Arbitragem para quem não se interessa pela temática, o Direito Processual Civil, sistemática clássica, heterocompositiva, método de solução de conflitos judicial (estatal) no ordenamento jurídico brasileiro, também possui regramento que atualmente se dá pela Lei 13.105 de 2015 (“CPC/15”).

É neste cenário, entre o público e o privado – de resolução heterocompositiva de controvérsias, que se encontra a delicadeza de estabelecer a relação existente entre o sistema arbitral e o sistema processual civil de resolução de conflitos. É delicado por exigir cautela ao considerar a relação de (in)dependência de um em relação ao outro, de modo mais específico, da Arbitragem em relação ao Direito Processual Civil.

Este ensaio propõe demonstrar algumas das relações travadas entre o sistema processual arbitral e o sistema processual civil estatal, com a finalidade de demonstrar a hipótese de que a Arbitragem constitui um sistema autônomo em relação ao Direito Processual Civil.

Para atingir os fins pretendidos, é necessário partir do pressuposto de que a arbitragem em si constitui um sistema. Adota-se para esta análise o “sistema” como uma categoria extraída da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.⁴

O autor alemão, situado no campo da Sociologia, busca, a partir da teoria dos sistemas, explicar os fenômenos mais complexos existentes na modernidade, com pretensões de aplicá-la de forma abrangente. O autor considera a sociedade como um grande sistema social, em que há muitos

Paulo: Quartier Latin, 2008 e DOLINGER, Jacob. TIBURCIO, Carmen. Direito Internacional privado: arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

4 Leia-se a respeito em: LUHMANN, N. Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie. Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1984. (Social Systems. Stanford, Stanford University, 1995).

outros subsistemas independentes agrupados, cada um com um processo de comunicação próprio.

A pretensão da teoria é diminuir as complexidades existentes no mundo moderno a partir de diferenciações entre elementos, que diminuiria a complexidade do todo com a delimitação de elementos pertencentes ao que categorizará como sistemas.

Distante das pretensões deste trabalho, não é viável construir teoricamente o sistema arbitral como um “sistema”⁵, na acepção luhmanniana completa do termo, nem explicar todas as categorias que são desenvolvidas na teoria dos sistemas, em razão da incompatibilidade com a estrutura organizacional e o limite de páginas que a proposta do ensaio propõe.

O desenvolvimento do estudo dar-se-á a partir da demonstração da forma de convivência entre a regulamentação do processo arbitral, regulamentado pela LArb, e do processo judicial, pelo CPC/2015, a partir da relação de recepção ou não de elementos ou a dependência de um sistema em relação ao outro.

5 CARMONA, sem fazer referência à teoria dos sistemas de Luhmann, partilha desta visão que, pelas razões que aponta, pode, de forma simplificada, caracterizar a arbitragem como um sistema: “Sistema – e peço perdão pela simplificação rasteira – é uma reunião ou combinação orgânica de proposições, princípios e métodos coordenados de molde a formarem um todo científico ou um corpo de doutrina, tudo voltado à produção de um certo resultado. Se assim é, não vejo problema algum em reconhecer que a arbitragem constitui um verdadeiro sistema, com características próprias, a distinguir este método de solução de litígios de outros meios heterocompositivos de solução de controvérsias, como o processo ordinário estatal ou como os juizados especiais. (...) O reconhecimento de que a arbitragem forma um sistema, com métodos próprios e proposições específicas, justifica em grande parte seu sucesso recente no Brasil, muitas vezes atribuído – erroneamente – à grave crise do Poder Judiciário e ao descompasso de nosso processo estatal (envelhecimento do sistema processual fornecido pelo Estado). (...) os contendentes não escolhem a arbitragem para fugir deste horror, e sim porque querem um método diferente de julgar, mais arejado, mais técnico, menos burocrático. (...) Querem os contendentes outros métodos, outras proposições, outros princípios. Querem um outro sistema. A arbitragem, portanto, compõe uma estrutura diferente daquela oferecida pelo Estado para a solução de controvérsias. Diferente não quer dizer oposto, não significa avesso. Arbitragem e processo (estatal) não se repelem. Completam-se, amoldam-se, amalgamam-se. Mas, são diferentes. (CARMONA, Carlos Alberto. “Em torno ao árbitro”, Revista de Arbitragem e Mediação, ano 8, vol. 28, Editora Revista dos Tribunais, jan. mar./2011, pp. 48/49).

A Relação entre a Arbitragem e o Direito Processual Civil no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A Arbitragem é método de resolução heterocompositiva de conflitos alternativa – e também adequada – à justiça estatal,⁶ decorrente da autonomia da vontade das partes que podem optar por esta forma se solução de conflitos quando a matéria litigiosa constituir direito patrimonial disponível (Art. 1º, LArb).

O instituto tem caráter processual, cuja finalidade é a prestação jurisdicional. Salienta-se o pacífico entendimento acerca da natureza jurídica da arbitragem como jurisdição privada.⁷ Portanto, é possível identificar elementos da Teoria Geral do Processo ao falar sobre arbitragem, mas que é diversa da jurisdição estatal por conter elementos próprios, típicos, estruturalmente diversos, embora pretenda a mesma finalidade que a jurisdição estatal: a pacificação social.⁸

Nesta análise inicial, há o induzimento a que se aproxime a Arbitragem da jurisdição estatal e, portanto, do Direito Processual Civil. Mas, isso não deve ocorrer. A estrutura da Arbitragem é deveras diferente da jurisdição estatal⁹. Primeiro, porque é fundada a partir de um contrato

6 Trata-se como método alternativo, pois o ordenamento jurídico brasileiro estabelece constitucionalmente que os conflitos, via de regra, serão submetidos à apreciação do Poder Judiciário (Art. 5º, XXXV, CRFB/88). O acesso à jurisdição arbitral se dá por meio da autonomia da vontade das partes, por meio de convenção com força vinculante. Mas, reconhece-se que é método adequado, pois é o meio mais eficaz para determinadas controvérsias, tais como aquelas que demandam solução mais célere, julgamento mais especializado em razão da natureza da matéria, confidencialidade, flexibilidade procedimental, dentre outros aspectos benéficos do instituto que os colocam como opção privilegiada para a melhor solução de conflitos.

7 CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. 5. ed. revista e atualizada, de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 128.

8 PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito Processual, Departamento de Direito Processual, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02042013-165242/publico/Eduardo_de_Albuquerque_Integral.pdf. Acesso em: 28 nov. 2019. p. 3

9 Sobre a jurisdição arbitral no Direito Brasileiro, a valiosa disposição de CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO: “O juízo arbitral é delineado no direito brasileiro da seguinte forma: a) a convenção de arbitragem (compromisso entre as partes ou cláusula compromissória inserida em

entre as partes, um negócio jurídico processual. Segundo, porque tem um procedimento próprio que privilegia a flexibilidade e a influência das partes na organização procedimental, de acordo com a conviência do(s) árbitro(s) e a identificação de necessidade de adaptabilidade do caso concreto.¹⁰

Isso não significa que não há ingerência de nenhuma natureza do Código de Processo Civil, regulador do procedimento de jurisdição estatal, mas que as suas estruturas sistêmicas são diversas.¹¹ Fato é que esta ingerência não é obrigatória e nem de única ordem. Carmona adverte, inclusive, que, mesmo na hipótese de lacuna no procedimento arbitral, a legislação do direito processual civil não é a regra de integração, nas seguintes palavras: “Há quem sustente que a fonte natural para a integração das regras lacunosas será a lei processual. Não creio nisto. Deve o árbitro orientar-se pelos princípios do direito processual, não por qualquer lei processual.”¹²

contrato: lei cit., art. 3º); b) limitação aos litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º); c) restrições à eficácia da cláusula compromissória inserida em contratos de adesão (art. 4º, §2º); d) capacidade das partes (art. 1º); e) possibilidade de escolherem as partes as regras de direito material a serem aplicadas na arbitragem, sendo ainda admitido convencionar que esta “se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio (art. 2º, §§2º e 3º); f) desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral (art. 31); g) atribuição a esta dos mesmos efeitos, entre partes, dos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário (valendo inclusive como título executivo, se for condenatória: art. 31); h) possibilidade de controle jurisdicional ulterior, a ser provocado pela parte interessada (art. 33, caput e §§); i) possibilidade de reconhecimento e execução de suas próprias sentenças arbitrais produzidas no exterior (arts. 34 ss.) Mas os árbitros, não sendo investidos de poder jurisdicional estatal, não podem realizar as execuções de suas próprias sentenças nem impor medidas coercitivas (art. 22, §4º). (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 27. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2011).

10 *Idem*.

11 NUNES, Thiago Marinho. *Arbitragem, dispositivos e princípios do Código de Processo Civil*. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/ArbitragemLegal>. Acesso em: 28 nov. 2019.

12 CARMONA, Carlos Alberto. Flexibilização do Procedimento Arbitral. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano VI, n. 24, out./dez. 2009, p. 9.

Não raro ocorre de as partes submetidas ao procedimento arbitral invocarem a legislação pertinente ao Direito Processual Civil, o CPC/15 – o mesmo acontecia no CPC/73. É preciso ser claro, entretanto, que a aplicabilidade dessas regras não pode ser automática, obrigatória e independente. É certo que os princípios gerais de processo contidos no CPC/15 devem ser aplicados, pois são normas de natureza processual-constitucional.¹³

Situação clássica em que as partes submetidas à arbitragem se socorrem do CPC/15 para ver satisfeita determinada pretensão são as tutelas de urgência fundadas no Art. 300 e seguintes do CPC/15. Frisa-se: não há aplicação obrigatória, direta ou necessária deste instrumento. O processo arbitral possui competência para a análise e deferimento de tutelas de urgência, conforme se depreende do Art. 22-B, caput e parágrafo único da LArb em harmonia com o princípio constitucional de acesso à justiça. Correto é entender que a possibilidade de socorro às tutelas de urgência delineadas no CPC/15, julgadas pelo Poder Judiciário, somente serão válidas para as partes submetidas à litígio arbitral se não houver convenção em que tenham acordado o deferimento de medidas cautelares de maneira diversa.

Eleonora Coelho Pitombo esclarece: “Muito embora tal hipótese não esteja expressamente prevista na Lei 9.307/96, é plenamente legal, já que decorre de princípio constitucional de acesso à justiça. Mais do que isso, decorre da aplicação do princípio de que quando est *periculum in mora incompetentia non attenditur*, de acordo com o qual as partes podem formular pleitos emergenciais para evitar o perecimento de direito mesmo perante juízo incompetente.”¹⁴

13 Thiago Marinho Nunes pontua: “No âmbito interno, por mais que dispositivos do CPC não sejam aplicados à arbitragem, não há dúvidas de que seus princípios se aplicam. Devido processo legal, princípio da ampla defesa, contraditório, igualdade das partes, *inter alia*, constituem princípios de natureza processual-constitucional que se encontram dispostas na Lei 9.307/96 (“LArb”) e se aplicam a qualquer arbitragem. (NUNES, Thiago Marinho. *Litispêndência na Arbitragem e prevenção*. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/ArbitragemLegal/129,MI313981,21048-Litispendencia+na+arbitragem+e+prevencao>. Acesso em: 28 nov. 2019).

14 PITOMBA, Eleonora Coelho. Arbitragem e o Poder Judiciário: Aspectos Relevantes. In: Aspectos Práticos da Arbitragem. 1. ed. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo: 2006. p. 108.

A interligação realizada entre a Arbitragem e o CPC/15 não é tarefa privilegiada realizada pelas partes. Diversas são as situações em que a relação se dá a partir dos árbitros em relação ao Direito Processual Civil. Essas situações são oportunidades de cooperação entre o Tribunal Arbitral e o Poder Judiciário para ver satisfeita a pretensão das partes. Nestas hipóteses, encontram-se a concessão inicial de medidas cautelares pré-arbitrais no curso do procedimento arbitral, em que as partes não convencionaram de forma diversa para a solução, nem fora instituída ainda a arbitragem.¹⁵¹⁶

A possibilidade de citação, nos moldes do CPC/15, por meio do judiciário, para que a parte compareça em juízo em caso de descumprimento de cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição de arbitragem, disposta no Art. 7º da LArb.¹⁷

A utilização de anti-suit injunctions constitui outro exemplo em que há interferência na arbitragem por meio do Direito Processual Civil: “as anti-suit injunctions ou ‘medidas contra processo’ são medidas tomadas por uma das partes perante o juízo estatal para evitar a instauração, ou a continuação, de um processo ajuizado contra si diante de outra jurisdição.”¹⁸

Sistema Processual Arbitral

Se a finalidade do presente trabalho fosse estudar a teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, o melhor título para esta seção seria Subsistema Processual Arbitral e Subsistema Processual Judicial. Isso porque os sistemas constituem uma fronteira entre determinada parcela da sociedade e o todo.

15 PITOMBA, Eleonora Coelho. Arbitragem e o Poder Judiciário: Aspectos Relevantes. In: *Aspectos Práticos da Arbitragem*. 1. ed. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo: 2006. pp. 108-111.

16 Cf. Art. 19, LArb: “Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.”

17 PITOMBA, Eleonora Coelho. Arbitragem e o Poder Judiciário: Aspectos Relevantes. In: *Aspectos Práticos da Arbitragem*. 1. ed. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo: 2006. p. 112.

18 PITOMBA, Eleonora Coelho. Arbitragem e o Poder Judiciário: Aspectos Relevantes. In: *Aspectos Práticos da Arbitragem*. 1. ed. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo: 2006. P. 116.

A sociedade, como grande sistema social complexo, comporta, internamente, a existência de tantos outros subsistemas diferenciados e independentes. A teoria é baseada na diferenciação básica entre sistema e ambiente, na qual o sistema comporta todos os fatores que operacionalizam determinada parcela da sociedade e o ambiente são os elementos externos à esse sistema, tudo o que não faz parte dele, encontra-se fora da fronteira.¹⁹

Já que o enfoque não é a análise acurada da teoria dos sistemas – e não é sobre isso o trabalho, mas a experiência jurídica da arbitragem como uma das espécies do microuniverso processual, de onde se identificam outros como: microsistema dos juizados especiais, processo administrativo, processo coletivo, etc.²⁰, não é equivocado utilizar a denominação sistema processual arbitral.

Conforme já exposto, a Arbitragem, embora esteja situada na Teoria Geral do Processo, possui estrutura e instrumentos próprios. Isso permite que este subsistema possua fechamento operacional, o que o torna auto-referencial, capaz de se reproduzir de acordo com as suas próprias estruturas. É o que o torna um sistema autônomo.

A estrutura interna autônoma – pautada na flexibilidade, consubstanciada na autonomia da vontade das partes, adoção de regras processuais próprias existentes e a capacidade de construção do seu próprio procedimento na relação com o árbitro - permite que a realização de abertura cognitiva à outros sistemas, fluxos e trocas mútuas entre elementos podem ser identificados, tanto com sistemas de direito material, como em relação à própria processualística estatal. Enfatiza-se que a comunicação mútua

19 NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann**. 2005. 149 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Sociologia, USP, São Paulo, 2005. p. 17 Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-02102005-215154/pt-br.php>. Acesso em: 27 nov. 2019.

20 PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito Processual, Departamento de Direito Processual, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02042013-165242/publico/Eduardo_de_Albuquerque_Integral.pdf. Acesso em: 28 nov. 2019. p. 39.

entre sistemas, não é uma relação de puro recebimento, mas também de doação de elementos.²¹

Exemplo que esclarece a abertura cognitiva do sistema arbitral sem relação de dependência com outro sistema é a utilização de princípios decorrentes da teoria geral do processo-constitucional, que é extraída da normativa fundamental estatal, através do Código de Processo Civil, como molde para o desenvolvimento do devido processo legal.

A operacionalidade própria da Arbitragem permite que os elementos extraídos das trocas mútuas com os outros sistemas decorrentes da abertura cognitiva sejam internalizados de acordo com a sua própria significação, que, por sua vez, comporão o seu funcionamento de forma diversa daquela em que se dá no sistema de origem.²² Utilizando-se da casuística dos princípios e do desenvolvimento do devido processo legal, a internalização dessas normas criará, no sistema interno arbitral, um devido processo legal próprio à jurisdição arbitral.

Assim, pois, dá-se a autonomia do Sistema Processual Arbitral.

Considerações finais

Pelo exposto no desenvolvimento do ensaio, foi permitido indicar como a Arbitragem é composta por características próprias que viabilizam sua própria formatação, amparados pela autonomia da vontade das partes e a direção do órgão julgador da caso concreto, o árbitro.

Não se nega, pelo contrário, reconhece-se o caráter processual da Arbitragem, mas isso não a torna dependente da processualística estatal amparada pelo Direito Processual Civil. Evidenciou-se o seu caráter autônomo.

21 A abertura do Direito Processual Civil ao negócio jurídico processual é uma evidência das trocas mútuas existentes entre os sistemas e da posição de doador que a Arbitragem também assume.

22 PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito Processual, Departamento de Direito Processual, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02042013-165242/publico/Eduardo_de_Albuquerque_Integral.pdf. Acesso em: 28 nov. 2019. p. 315.

A abordagem sistemática da Arbitragem permite, portanto, esclarecer a relação existente entre este instituto e o Direito Processual Civil. Considerando-os como subsistemas inseridos no grande sistema social, as suas relações se desenvolvem conforme as relações entre sistemas autônomos.

A especialidade do sistema da Arbitragem e a sua capacidade de diferenciação dentro do ambiente social e processual permite esclarecer o equívoco de uma necessária vinculação entre a Arbitragem e o Direito Processual, quando, na verdade, a relação entre os dois sistemas se dá a partir de interferências mútuas, mas que não determina a dependência de um relação ao outro, já que essas interferências são ressignificadas quando passam a operar internamente em cada um dos sistemas.

Evidencia-se, pois, a hipótese de que a Arbitragem representa um Sistema Processual Autônomo. A relação entre a Arbitragem e o Direito Processual Civil no ordenamento jurídico é de caráter cooperativo, de interferências mútuas, que não representa vínculo de obrigatoriedade e dependência.

Referências

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. 5. ed. revista e atualizada, de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. “Em torno ao árbitro”, Revista de Arbitragem e Mediação, ano 8, vol. 28, Editora Revista dos Tribunais, jan. mar./2011.

CARMONA, Carlos Alberto. Flexibilização do Procedimento Arbitral. In: Revista Brasileira de Arbitragem, ano VI, n. 24, out./dez. 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 27. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2011.

NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann**. 2005. 149 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Sociologia, Usp, São Paulo, 2005. p. 17 Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-02102005-215154/pt-br.php>. Acesso em: 27 nov. 2019.

NUNES, Thiago Marinho. **Arbitragem, dispositivos e princípios do Código de Processo Civil**. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/ArbitragemLegal>. Acesso em: 28 nov. 2019.

NUNES, Thiago Marinho. **Litispêndência na Arbitragem e prevenção**. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/ArbitragemLegal/129,MI313981,21048-Litispendencia+na+arbitragem+e+prevencao>. Acesso em: 28 nov. 2019.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Processo Arbitral e Sistema**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito Processual, Departamento de Direito Processual, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02042013-165242/publico/Eduardo_de_Albuquerque_Integral.pdf. Acesso em: 28 nov. 2019.

PITOMBA, Eleonora Coelho. Arbitragem e o Poder Judiciário: Aspectos Relevantes. In: Aspectos Práticos da Arbitragem. 1. ed. Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo: 2006.

A TRANSFORMAÇÃO DA PRIVACIDADE NA INTER-RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA

Daniel Sampaio de Azevedo¹

Adriano Marteleto Godinho²

1 Introdução

OS SISTEMAS POLÍTICO E ECONÔMICO, A PARTIR DA NOVA INFRA-estrutura do sistema de tecnologia de informação (a dizer, da tecnologia de processamento de dados realizada principalmente de modo interativo), compreenderam que, segundo suas respectivas funcionalidades, a acumulação organizada e catalogada de informações sobre o cidadão/consumidor permitiria um maior, mais difuso e penetrante controle social.

Em contrapartida, o sistema jurídico, ante a inevitabilidade do avanço destas tecnologias, e de seu uso para o fim de organização e catalogação de informações sobre o cidadão/consumidor, reorganizou suas estruturas de tutela da privacidade, transformando o que se compreende

1 Advogado, com LL.M pela Washington University in St. Louis, MO (EUA), e Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba.

2 Professor adjunto da Universidade Federal da Paraíba e do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da UFPB. Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Membro fundador do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) e do Instituto de Direito Civil-Constitucional (IDCC). E-mail: adrgodinho@hotmail.com.

como intimidade e vida privada em um direito de controle informacional, que tem os dados pessoais³ seu objeto de atenção.

O objetivo do presente artigo não será, contudo, o de compreender o alcance desta tripla inter-relação entre Política, Economia e Direito, embora os limites entre o sistema político e o econômico, quando em pauta os dados pessoais, não sejam muito claros. O objetivo deste artigo é compreender como o Direito e a Economia se inter-relacionam, principalmente à vista do avanço dos interesses econômicos sobre a massa de indivíduos e suas vidas privadas, a partir da constante irritação que o sistema econômico provoca no sistema jurídico.

Para isto, a partir de Shoshana Zuboff (2015), buscar-se-á descrever como o sistema econômico, à vista da nova infraestrutura do sistema de tecnologia de informação (e suas funcionalidades de mediação computacional), reproduziu seu código binário ter/não ter em direção a uma nova lógica de acumulação, que tem nos dados pessoais sua matéria-prima.

Em seguida, será abordada a reação do sistema jurídico às irritações que esta realidade do sistema econômico provocou, a partir da compreensão de que os dados pessoais são acoplamento estrutura entre o sistema econômico e o jurídico. Com efeito, demonstrar-se-á, com isto, que essas reações transformaram a própria definição de privacidade, compreendida que era como o direito de ser deixado só, segunda a formulação concebida por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis (1890), para ser concebida à vista da proteção dos dados pessoais, então tornada matéria-prima de relações econômicas.

2 Nova lógica de acumulação do sistema econômico: *big data* e a economia de vigilância

Bilhões de pessoas fazem uso de meios computacionais de comunicação, número que cresceu substancialmente nos últimos anos (ONU, 2018). A mediação computacional, como nomeia Zuboff (2015, p. 76),

3 O conceito de dado pessoal que se utiliza neste trabalho é aquele preconizado pelo art. 5º da Lei nº 13.709, de 14 ago. 2018, que diz ser dado pessoal toda “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (BRASIL, 2018).

está espalhada por toda a atividade humana, do processo produtivo, e respectivas relações de trabalho, às relações sociais e familiares. Facebook, Instagram, Whatsapp, LinkedIn, programas de gestão financeira, de recursos humanos, plataformas de processos judiciais: todos estes meios informacionais são tipos de aplicação da mediação computacional que ilustram a onipresença da tecnologia de informação no cotidiano de pessoas naturais e jurídicas, públicas e privadas.

A mediação computacional compreende duas operacionalidades diversas das mediações tecnológicas que a precederam, a considerar especificamente o processo produtivo e as relações de trabalho. A primeira delas é a mediação por automação. Tal mediação (que não se distancia muito da lógica das tecnologias até então utilizadas) constitui basicamente a substituição de “human body with machines that enable more continuity and control” (ZUBOFF, 2015, p. 76)⁴. Toda engrenagem que dispensa o esforço e a força humanos na produção constitui esta operacionalidade da mediação computacional por automação.

A segunda operabilidade, no entanto, acontece pela capacidade de autoprodução ou reprodução de mais informação, além da automação. Isto é, afora a substituição do corpo humano, a mediação computacional opera e gera mais informação, numa cadeia de autorreprodução informativa que textualiza todo o contexto produtivo, conforme acentua Zuboff. A esta textualização, a citada autora denomina de *informatate*, em paralelo a operacionalidade de *automate* (ZUBOFF, 2015, p. 76):

[...]when it comes to information technology, automation simultaneously generates information that provides a deeper level of transparency to activities that had been either partially or completely opaque. It not only imposes information (in the form of programmed instructions), but it also produces information. The action of a machine is entirely invested in its object, but information technology also reflects back on its activities and on the system of activities to which it is related.

4 Tradução livre do autor. No original: “human body with machines that enable more continuity and control”.

This produces action linked to a reflexive voice, as computer-mediation symbolically renders events, objects, and processes that become visible, knowable, and shareable in a new way. This distinction, to put it simply, marks the difference between ‘smart’ and ‘dumb.’

The word I coined to describe this unique capacity is *informatate*. Information technology alone has the capacity to automate and to *informatate*. [...] ⁵

Toda a cadeia produtiva é, portanto, informada, textualizada, tornada completamente transparente. Nada deixa de ser registrado, observado, armazenado. Dados dos mais diversos (pessoais ou não) são coletados diariamente, formando uma base informacional sobre tudo o que acontece no ambiente de produção.

A mediação computacional cria processos céleres, mais precisos e controlados, e também faz o registro desses processos e de todo o entorno. Até mesmo o comportamento humano de quem participa de sua mediação, como, por exemplo, dos agentes, operadores e empregados, que têm suas informações catalogadas pela mediação computacional, é codificado. Esta textualização da materialidade do ambiente de trabalho, do ambiente da cadeia de produção, é composta e estruturada de modo abrangente como “*eletronic text*” (ZUBOFF, p. 76).

É o que se pode chamar de banco de dados. A mediação computacional, ao gerar informação para além daquelas ligadas à sua automação, acumula em textualização eletrônica todo o plexo de dados que torne

5 Em tradução livre: “[...] quando se trata de tecnologia de informação, automação simultaneamente gera informação que confere uma um nível profundo de transparência a atividades que era parcial ou totalmente opacas. Isto não só impõe informação (na forma de instruções programadas), como produz igualmente informação. A ação da máquina é inteiramente investida em seu objeto, mas a tecnologia de informação também reflete sobre suas próprias atividades e ao sistema de atividades a que está relacionada. Isto produz ação vinculada a um voz reflexiva, à medida em que a mediação computacional simbolicamente reproduz eventos, objetos e processos que se tornam visíveis, conhecidos e compartilháveis de uma nova maneira. Esta distinção, simplificada, marca a diferença entre ‘inteligente’ e ‘estúpido’.
A palavra que eu cunho para descrever esta capacidade única é *informatate*. A tecnologia de informação sozinha tem a capacidade de automatizar e *informatate* [...]”.

identificado ou identificável o hábito das atividades mediadas – dos processos relacionados à própria produção à conduta humana envolvida no trabalho.

Este banco de dados é informado por uma lógica de acumulação, pois, quanto mais se acumular informação (ou seja, quanto mais se textualizar e registrar eletronicamente processos e hábitos), mais continuidade e controle se terá da produção – sua escala, os resultados financeiros, a produtividade de setores e a individual dos trabalhadores, e por aí adiante.

O sistema econômico acomodou esta lógica de banco de dados para além dos muros da divisão do trabalho. Autorreferenciou esta lógica de acumulação na memória de seu código binário ter/não ter, abundância/escassez, conforme elucidam Neves e Aguilar Filho, ao afirmarem que “empresas reproduzem, no fenômeno econômico, o código binário ter/não ter. Diferenciações, quaisquer que sejam, reproduzem o código estrutural, de outra maneira não poderiam pertencer no sistema ao qual correspondem” (2012, p. 156).

O sistema econômico reconheceu valor nestas textualizações eletrônicas produzidas, reproduzidas e acumuladas pela mediação computacional, porque, apesar das diferenças em relação às tecnologias predecessoras utilizadas nos processos produtivos, reproduzem o mesmo código estrutural de seu sistema – ter/não ter (ZUBOFF, p. 77):

The key point here is that when it comes to the market sphere, the electronic text is already organized by the logic of accumulation in which it is embedded and the conflicts inherent to that logic. The logic of accumulation organizes perception and shapes the expression of technological affordances at their roots. It is the taken-for-granted context of any business model. Its assumptions are largely tacit, and its power to shape the field of possibilities is therefore largely invisible. It defines objectives, successes, failures, and problems. It determines what is measured, and what is passed over; how resources and people are allocated and organized; who is valued in what roles; what activities are undertaken – and to what purpose. The logic of accumulation

produces its own social relations and with that its conceptions and uses of authority and power.⁶

Os bancos de dados, assim, passaram ao centro do código estrutural do sistema econômico, transformando a estrutura a caminho de uma nova lógica de acumulação. Seu maior valor não é qualquer informação, mas aquela que se refere aos dados pessoais, que agora são avaliados como commodity (DONEDA, 2006, p. 372). Isto porque, no momento em que a mediação computacional, pela automação e informação (informate), transformou o sistema produtivo com a textualização eletrônica de todo processo, os dados pessoais catalogados, registrados e armazenados foram tomando significativa importância, seja no controle dos agentes envolvidos, seja na possibilidade de produzir mais riqueza no mercado de bens e serviços.

Como esclarece Bioni (2019, p. 48), foi “o avanço da tecnologia, propulsor de um salto quantitativo e qualitativo no processamento da informação, que permitiu a introjeção desses dados como um fator crítico da atividade empresarial”, o que, na concepção de Zuboff (2015, p. 77), deu origem ao “surveillance capitalism” – capitalismo de vigilância. Uma economia de vigilância que se estrutura na lógica de acumulação de dados pessoais para promover uma “observação permanente do comportamento dos indivíduos que a movimenta, sendo suas informações pessoais matéria-prima a ser explorada para a geração de riqueza” (BIONI, 2019, p. 49).

Há aqui dois aspectos que precisam ser referidos. O primeiro é o da observação permanente, mais eficiente do que pan-óptico de Jeremy Bentham; ou outro é o da geração de riqueza. Segundo Byung-Chul Han

6 Em tradução livre: “O ponto chave aqui é que, quando vem à esfera do mercado, o texto eletrônico já está organizado pela lógica da acumulação, em que está incorporado, e pelos conflitos inerentes a esta lógica. A lógica de acumulação organiza percepções, e forma a expressão das disponibilidades tecnológicas em sua raiz. Isto é o para valer de qualquer modelo de negócio. Suas suposições são largamente tácitas, e seu poder de conformar o campo das possibilidades também é, assim, largamente invisíveis. Ela define objetivos, sucessos, fracassos e problemas. Ela determina o que é mensurado, e o que já nada vale; como recursos e pessoas são alocadas e organizadas; quem é avaliado e em que posição; que atividades são assumidas, e para que propósito. A lógica de acumulação produz suas próprias relações sociais e, com isto, seus conceitos e usos de autoridade e poder”

(2019), o banco de dados ou Big Data permite o registro integral da vida, até mesmo dos sentimentos e pensamentos das pessoas (HAN, 2019, p. 85):

Hoje, cada clique que damos e cada termo que pesquisamos ficam salvos. Cada passo na rede é observado e registrado. Nossa vida é completamente reproduzida na rede digital. Os nossos hábitos digitais proporcionam uma representação de nosso caráter, e nossa alma, talvez até mais completa ou mais precisa do que a imagem que fazemos de nós mesmos.

Isto só é possível ante a orientação de captura do “everydayness”⁷, de dados compartilhados pelas pessoas diariamente, os quais são extraídos pelo sistema econômico com maior interesse pelo caráter de exposição das subjetividades (ZUBOFF, 2015, p. 79). De forma que esta ubiquidade do banco de dados (“everydayness”), construída pela mediação computacional, alimenta-se de uma permanente vigilância; de uma permanente observação que, ao contrário do pan-óptico benthaniano, tem um registro integral da vida, um controle completo exercido sobre o indivíduo, um aprisionamento em uma memória digital em que nada é esquecido ou apagado (HAN, 2019, p. 86).

O segundo aspecto é o da geração de riqueza. As pessoas identificadas e identificáveis pelos dados pessoais, que são diariamente coletados (“everydayness”) segundo a nova lógica de acumulação do sistema econômico, tornam-se produto de um “varejo de dados” (BIONI, 2019, p. 49). Com efeito, o banco de dados deu ensejo a um mercado em que se promete, a partir da coleta descomunal de dados pessoais, “uma visão 360° de seus clientes”, como anunciou a empresa norte-americana ACXION (HAN, 2019, p. 78).

7 Segundo Zuboff, a partir de Constantiou e Kallinikos, este termo é utilizado para se referir a uma capacidade de Big Data de “capturing small data from individuals’s computer-mediated actions and utterances in their pursuit of effective life” (2015, p. 79).

O certo é que esta nova lógica de acumulação do sistema econômico (produto da transformação operada em seu código binário ter/não ter pela acumulação de dados pessoais, tornada possível pela mediação computacional textualizada de banco de dados/Big Data), “[proporciona] uma nova definição dos poderes e direitos a respeito das informações pessoais e, conseqüentemente, sobre a própria pessoa” (DONEDA, 2011, p. 93), a produzir irritações no sistema jurídico e, assim, por operação das próprias estruturas desse sistema, transformar a estrutura de tutela de direitos correlatos, especificamente o direito à privacidade.

3 Privacidade: direito de estar só e o controle informativo dos dados pessoais

Este “varejo de dados” pessoais, que define um novo lugar de poderes e direitos na sociedade contemporânea, implicou no sistema jurídico uma transformação da estrutura em torno do direito à privacidade. Este não é mais visto apenas como o direito de estar só, conforme defendido por Samuel D. Warren e Louis Brandeis, considerado o marco inicial de sua compreensão (CANCELIER, 2017, p. 217).

O artigo Right to Privacy (WARREN, BRANDEIS, 1890) intenta identificar, no sistema da common law, meios de tutelar o direito à privacidade. A partir de uma série de precedentes antigos, os autores relacionarem essa tutela às soluções adotadas em casos que envolviam violações ao direito de propriedade e à honra, como nas situações de difamação. E, a partir da expressão cunhada pelo magistrado da Suprema Corte do Estado de Michigan, Thomas McIntyre Cooley, Warren e Brandeis chegaram à conclusão da necessidade de uma tutela específica à privacidade, como sendo o direito de estar só (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 195):

Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right “to be let alone”. Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to

make good the prediction that “what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops”.⁸

Curioso que, àquela época, as tecnologias emergentes e os modelos de negócios então desenvolvidos já provocassem irritação no sistema jurídico a ponto de se invocar a necessidade de proteção de um direito que resguardasse o perímetro de intimidade e segredo das pessoas (pessoas). Warren e Brandeis tinham a exata compreensão de que o aumento da complexidade da vida levava o indivíduo a buscar refúgio do mundo, de suas veleidades, de seus excessos, “but modern enterprise and invention have, through invasions upon his privacy, subjected him to mental pain and distress, far greater than could be inflicted by mere bodily injury” (WARREN BRANDEIS, 1890, p. 196)⁹.

Mas estas irritações, que jogaram luz sobre necessidade de proteger a individualidade da pessoa, apenas ratificaram o que, para aqueles autores, a common law já protegia: “a man’s house as his castle, impregnable” (WARREN, BRANDEIS, 1890, p. 220)¹⁰. A privacidade enquanto direito de ser deixado só refletia a capacidade de manter a intimidade e vida privada indevassáveis, como o recante intocável de seu titular. E continuou assim por boa parte do século XX, até que a lógica de acumulação começou a se insinuar sobre os dados pessoais, a ponto de surgir as primeiras leis sobre dados pessoais¹¹, como a Lei do Land alemão de Hesse, de 1970, e o Privacy Act norte-americano, de 1974 (DONEDA, 2011, p. 96).

8 Em tradução livre: “Invenções recentes e métodos comerciais novos chamam a atenção para o próximo passo que deverá ser dado na proteção da pessoa e na salvaguarda do direito individual de ser deixado só, tal como enunciado pelo juiz Cooley. Fotografias instantâneas e empresas de jornal tem invadido o sagrado recanto da vida privada e doméstica; e uma numerosa quantidade de equipamentos mecânicos ameaçam fazer valer a predição de que o que é sussurrado na alcova deve ser proclamado nos tetos”.

9 Em tradução livre: “mas a empresa e invenções modernas têm, a partir da invasão da privacidade, submetido o indivíduo à dor moral e ao estresse, bem mais intensos do que aquela dor que pode ser impingida por uma mera lesão corporal”.

10 Em tradução livre: “a causa do homem como seu castelo, inexpugnável”.

11 Doneda (2011, p. 96) faz uso de uma classificação de Viktor Mayer-Schönberger que identifica “quatro diferentes gerações de leis que partem desde um enfoque mais técnico e restrito até uma abertura mais recente a técnicas mais amplas e condizentes com a profundidade da tecnologia adotada para o tratamento de dados”.

De fato, enquanto o simples direito de estar só exigia não mais que a imposição de um dever geral de abstenção – isto é, de se estabelecer, em um sentido negativo, que os outros não violassem a vida privada de um indivíduo –, a nova lógica de acumulação propulsionada pelo desenvolvimento tecnológico, marcado pelas mediações computacionais, dá à ideia de tutela da privacidade nuances ativas, dotando o titular do direito medidas concretas de respeito à sua privacidade. Assim é que, nas economias capitalistas, surgem estas primeiras leis de proteção de dados pessoais (DONEDA, 2011, p. 96). No Brasil, a Lei nº 13.709, de 14 ago. 2018, conquanto com atraso de décadas, vai estabelecer mecanismos que permitirão a qualquer pessoa natural a adoção de instrumentos ativos de tutela, como a exigência, por exemplo, da supressão de cadastros de dados pessoais (art. 18, IV).

Embora haja uma compreensão de que a proteção de dados pessoais está em campo de proteção autônomo do direito, constituindo um direito de personalidade em si¹², parece evidente que a resposta do sistema jurídico às irritações do sistema econômico, a partir dos dados pessoais, tem pertinência direta com a privacidade. Se não há uma evolução deste direito, há uma transformação, porque, como visto no tópico anterior, a textualização promovida pelas mediações computacionais faz dos dados pessoais matéria-prima para o controle e captura do “everydayness”, dos hábitos indiferenciados que exibem na textualização do banco de dados “a nossa alma” (HAN, 2019, p. 85).

O direito à privacidade, portanto, a partir da geração de leis sobre dados pessoais, passa a ser uma estrutura que capacita o sistema jurídico dotar a pessoa de poder e controle, positivo e negativo, sobre as informações que são tratadas a seu respeito, seja para incluí-las ou excluí-las do fluxo de informação promovido pelo sistema econômico, com o apoio

12 Quem assim se posiciona é Bioni, em sua obra *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*: “A dinâmica de proteção dos dados pessoais foge à dicotomia do público e do privado, diferenciando-se substancialmente do direito à privacidade. Propugnar que o direito à proteção dos dados pessoais seria uma mera evolução do direito à privacidade é uma construção dogmática falha que dificulta a sua compreensão” (BIONI, 2019, p. 98-99).

das mediações computacionais. É como esclarece Stefano Rodotà, enfatizando a face negativa do direito à privacidade (2008, p. 109):

[...] O poder de controlar as informações que me dizem respeito, que é a definição mais atualizada do *right to privacy*, manifesta-se também como poder negativo: ou seja, como direito de excluir da esfera privada uma determinada categoria de informações. A privacidade especifica-se assim como direito de controlar o fluxo de informações relativas a uma pessoa, tanto na “saída” como “na entrada”: tendência confirmada pelas primeiras leis com que alguns estados norte-americanos (Ohio, Connecticut) declararam ilegítimo, e penalmente sancionável, o envio de mensagens via fax, com ou sem manifestação de vontade do destinatário. [...].

A inevitabilidade do controle desempenhado pelo banco de dados (Big Data), que tudo observa e permanentemente registra pela mediação computacional, levou o sistema jurídico a operacionalizar esta transformação, caso contrário, soçobriria por completa inadequação a tutela da privacidade.

Se antes a tutela da privacidade limitava-se ao direito de ser deixado só, haja vista a menor complexidade de interesses e meios de obtenção de dados pessoais, na sociedade contemporânea, ela passou a exigir uma resposta à “nova angústia” [*rectius*: expectativa], que “nasce da consciência da forte defasagem entre a rapidez do progresso técnico-científico e a lentidão com que amadurece a capacidade de controle dos processos sociais que acompanham tal progresso” (RODOTÀ, 2008, p. 42).

Embora se possa compreender que se está diante de uma irritação do sistema jurídico provocada pelo sistema tecnológico, em verdade, o efeito que aquele sistema sofre da tecnologia decorre, na verdade, das operações autorreferenciais do sistema econômico (reprodução na estrutura do código binário ter/não ter, segundo uma nova lógica de acumulação do banco de dados). E estas operações ocorrem, por sua vez, como fruto das irritações havidas nas mediações computacionais desenvolvidas pelo

rápido “progresso técnico-científico” em torno dos dados (informações) pessoais.

Interessa, portanto, ao sistema jurídico, para que a tutela da privacidade não quede inútil (e assim, o próprio sistema), o disciplinamento do tratamento de dados pessoais, aos quais o sistema econômico atribui valor segundo seu próprio código estrutural ter/não ter. Por isto, é possível compreender que os dados pessoais, avaliados pelo sistema jurídico como atributos da personalidade humana (DONEDA, 2011, p. 93), são uma estrutura compartilhada entre este sistema e o sistema econômico, na condição de acoplamento estrutural.

Os dados pessoais, realmente, permitem a inter-relação entre um sistema e outro, sem que isto significa o condicionamento de um pelo outro, mas uma propulsão à transformação de cada qual segundo suas próprias estruturas em autopoiesis (NEVES, 2005, p. 55-56).

4 Conclusão

Buscou-se com o presente artigo demonstrar que o uso da tecnologia de informação pelo sistema econômico, a partir do que Shoshana Zuboff nomeia de mediações computacionais, em sua dupla capacidade de automate e informate, provocou no sistema jurídico uma transformação na compreensão do direito à privacidade.

A considerar que a privacidade, originalmente, era compreendida como o direito de ser deixado só, conforme as formulações de Warren e Brandeis, o crescente uso de tecnologias mais sofisticadas de armazenamento de informações – em especial, de informações pessoais – foi exigindo uma resposta do sistema jurídico que pudesse contemplar a privacidade dentro de suas estruturas de tutela. Então surge, assim, a concepção, conforme explicada por Stefano Rodotà, de controle do fluxo de informações que o indivíduo passou a ter, quando relacionado a seus dados pessoais.

De sorte que, a partir destas considerações, demonstrou-se como os dados pessoais funcionam como acoplamento estrutural entre os sistemas econômico e jurídico, de modo a transformar as próprias estruturas deste último sistema em relação à definição do direito à privacidade.

Referências

AGUIAR FILHO, Hélio Afonso de; NEVES, Fabrício Monteiro. O acoplamento entre sociedade e economia: a teoria dos sistemas nas contribuições de Talcott Parsons e Niklas Luhmann. *Século XXI – Revista de Ciências Sociais*. vol. 2, nº 1, p. 138-167, jan.-jun. 2012.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 1 ed. 2. reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRANDEIS, Louis D.; WARREN, Samuel D. The Right to Privacy. *Havard Law Review*, vol. 4, n. 5, pp. 193-220, dec. 15, 1890. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso: 06 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso: 04 nov. 2019.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 76, p. 213-240, ago. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n76/2177-7055-seq-76-00213.pdf>. Acesso: 06 nov. 2019.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*. Joçoaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul.-dez. 2011.

HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica. O neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Tradução de Maurício Liesen. 1. ed. Belo Horizonte: Ed. Âyniné, 2018.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. ITU releases 2018 global and regional ICT estimates. Disponível em: <https://www.itu.int/en/mediacentre/Pages/2018-PR40.aspx>. Acesso em 04 nov. 2019).

NEVES, Romulo Figueira. Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. 2005. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. doi:10.11606/D.8.2005.tde-02102005-215154. Acesso em: 2019-11-05.

RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ZUBOFF, Shoshana. Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. *Journal of Information Technology*, vol. 30, p. 75-89, 2015.

O CARÁTER SIMBÓLICO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL NA EFETIVAÇÃO DA DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À TERRA NO BRASIL

Danuza Farias Dantas Meneses¹
Leonam Baesso da Silva Liziero²

I – Introdução

O PRESENTE ARTIGO BUSCA DISCUTIR O CARÁTER SIMBÓLICO DA função social da propriedade rural, bem como a concepção de legislação simbólica da norma dentro da perspectiva proposta por Marcelo Neves, a fim de pensar a eficácia dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, discute as especificidades da legislação simbólica, tanto em seu caráter positivo quanto em seu caráter negativo, buscando esquivar-se das generalizações superficiais acerca da temática, para de fato compreender como a correlação entre os sistemas político e jurídico interferem na constituição, e como está adquire este caráter simbólico, especificamente na efetivação dos direitos sociais.

-
- 1 Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), na área de concentração em Direito Econômico, Linha 03 - Direitos Sociais, Biodireito e Sustentabilidade Socioambiental, com bolsa de financiamento cedida pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e sob orientação do Professor Dr. Leonam Baesso da Silva Liziero.
 - 2 Professor Visitante do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e da Graduação em Direito do Departamento de Ciências Jurídicas (DCJ)/UFPB.

II – Legislação simbólica e suas nuances diante da função social da propriedade rural

O princípio da função social da propriedade rural é um princípio de natureza constitucional, relativizador do direito absoluto de propriedade, que obriga os proprietários rurais a exercer o direito de propriedade segundo as regras da lei (BORGES, 2012, p. 62), cumprindo os requisitos postos pelo artigo 186 da CF/88³⁴, com o intuito de atribuir um caráter social à propriedade privada (rural). Desta forma, percebe-se que os debates de democratização do acesso à terra e de modificação do cenário de concentração fundiária brasileira surtiram efeito a partir da prioridade do alcance de um bem-estar social dado pela CF/88, tendo como consequência direta a constitucionalização do princípio da função social da propriedade.

Vê-se, assim, que estão presentes elementos econômicos e, principalmente, sociais vinculados ao cumprimento da função social da propriedade rural (BORGES, 2012, p. 62) ao se pensar a constitucionalização da função social da propriedade rural, e a consequente relativização do direito de propriedade através de sua funcionalização, com a ideia de bem estar social a partir da implementação do Estado Social através da CF/88.

Entretanto, essa relativização do direito absoluto de propriedade e a atribuição de uma função social se contrapõem ao atual cenário de concentração fundiária que se buscou modificar com a constitucionalização do princípio supramencionado. E é justamente esta contradição que traz à tona a discussão sobre o caráter simbólico da norma, no intuito de apaziguamento social e ausência de intencionalidade de torná-la eficaz, que

3 Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - Aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

4 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 09 de novembro de 2019.

também diz respeito, de forma geral, aos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, far-se-á necessário realizar este debate com a seriedade e rigor acadêmicos necessários para que este não seja posto dentro da perspectiva da supervalorização do caráter simbólico do direito, que é simplificadora e que impossibilita que se façam distinções ou análises diferenciadas em relação ao ordenamento jurídico (NEVES, 2018, p. 26-27), bem como não englobar a discussão de efetivação dos direitos sociais a um caráter meramente simbólico⁵; sendo crucial entender o que, de fato, seria uma legislação simbólica e seus possíveis efeitos para se pensar a efetivação dos direitos sociais no Brasil, e, conseqüentemente, da função social como meio de democratização do acesso à terra.

Logo, de antemão, é necessário compreender que o direito positivo apresenta limitações concretas ao se atribuir à lei o papel de “meio insuperável para se alcançar determinados *fins* desejados pelo legislador” (NEVES, 2018, p. 29), principalmente quando se trata de alteração do *status quo* das desigualdades sociais, o que implica num modelo funcional simplista e ilusório, e que não corresponde à complexidade do ambiente social dos sistemas jurídico e político, que é demasiadamente acentuada.

Por conseguinte, é preciso bastante cuidado ao se pensar a atividade legiferante como mecanismo para que a atuação do Estado seja apresentada como instrumento seguro de controle social (NEVES, 2018, p. 29). Tal cuidado se faz necessário porque existe uma tendência do direito a desempenhar uma função hipertroficadamente simbólica de atividades legiferantes – tanto das leis como dos discursos que estão ao entorno de seus objetos – devido à interferência/ingerência do sistema político sobre o sistema jurídico, ocasionando um desequilíbrio no acoplamento estrutural, realizado pela Constituição, entre os sistemas jurídico e político⁶.

5 [...] A noção de direito como simbolismo é incompatível com o conceito de legislação simbólica: partindo-se de que toda atividade jurídica, quanto prática quanto teórica, seja primariamente simbólica, perde o sentido o tratamento da legislação simbólica como um problema específico do sistema jurídico (NEVES, 2018, p. 26)

6 [...] É possível também uma leitura no sentido de que a Constituição na acepção moderna é fator e produto da diferenciação funcional entre direito e política como subsistemas da sociedade.

Exatamente por isso é preciso discutir a legislação simbólica, e sua tipologia, para perceber que esse caráter simbólico se dá quando há prevalência do significado político-ideológico em detrimento do seu sentido normativo-jurídico (NEVES, 2018, p. 27).

Não se pode olvidar que há uma quantidade considerável de leis no ordenamento jurídico brasileiro que, segundo Neves (2018, p. 30), “desempenham funções sociais latentes em contradição com a sua eficácia normativo-jurídica”. O supracitado autor (2018, p. 30) conceitua, então, a legislação simbólica como “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que servem primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”. Deste modo, prevalece o sentido político sobre o sentido jurídico-normativo da legislação, supervalorizando a sua dimensão político-valorativa ou político-ideológica (Neves, 2018, p. 30)⁷.

Outro ponto a ser abordado e de extrema importância para uma análise acerca do caráter simbólico da norma é que esta não se define apenas a partir das intenções do legislador. A atividade legiferante adquire um caráter simbólico apenas quando se restringe ao ato da produção normativa sem providenciar o aparato – os pressupostos – para que esta norma seja eficaz ainda que haja condições para tal. Do mesmo modo que não se pode pensar a distinção entre a legislação simbólica como efeitos não tencionados, ao passo que a legislação instrumental seria a de efeitos

Nessa perspectiva, a constitucionalização apresenta-se como o processo através do qual se realiza essa diferenciação.

De acordo com esse modelo, Luhmann define a constituição como “acoplamento estrutural” entre política e direito. Nessa perspectiva, a Constituição em sentido especificamente moderno apresenta-se como uma via de “prestações” recíprocas e, sobretudo, como mecanismo de interpenetração (ou mesmo de interferência) entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito, na medida em que ela “possibilita uma solução jurídica do problema de auto referência do sistema político e, ao mesmo, uma solução política do problema de auto referência do sistema jurídico”. (NEVES, 2018, p. 66)

7 [...] “Porém, o conceito de legislação simbólica deve referir-se abrangentemente ao significado específico do ato de produção e do texto produzido, revelando que o sentido político de ambos prevalece hipertroficamente sobre o aparente sentido normativo-jurídico. A referência deôntico-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou político-ideológica.” (NEVES, 2018, p. 31)

tencionados. Quaisquer das duas perspectivas recairia em erro, e, principalmente, em simplificação equivocada⁸ de um fenômeno extremamente complexo que é a análise do que seria o efeito simbólico de uma norma e suas consequências para o ordenamento e para a sociedade.

A limitação da normatização dos direitos sociais e a negação de sua efetividade, apontando um conteúdo simbólico da norma, também foi pontuada por Ferdinand Lassalle ao afirmar que a Constituição seria o somatório dos fatores reais de poder vigentes na sociedade (NEVES, 2018, p. 53). Ao mesmo tempo em que Hesse (1991, p. 19) trazia uma ideia oposta à de Lassalle, ao discutir a força normativa da Constituição, aqui tratada como legislação instrumental, determinando que a normatividade teria limites⁹ e deveria romper o isolamento entre a norma e a própria realidade, ao afirmar que “a Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta de seu tempo. Todavia, ela não está condicionada simplesmente por esta realidade (HESSE, 1991, p. 25). Assim, percebe-se que a legislação simbólica possui uma intrínseca ligação com a influência/correlação entre os sistemas político e jurídico, que nor-teiam a discussão constitucional de forma específica a cada casuística,

8 Sobre tal afirmativa Marcelo Neves afirma “[...] não concebo a legislação simbólica em termos do modelo simplificador que a explica ou a define a partir das intenções do legislador. Evidentemente, quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, apesar de estar e condições de criá-los, há indício de legislação simbólica. Porém, o problema da legislação simbólica é condicionado estruturalmente, sendo antes de se falar em interesses sociais que a possibilitam do que de vontade ou intenção do legislador. Por outro lado, não cabe, no sentido oposto, distinguir a legislação simbólica da legislação instrumental com base na diferença entre, respectivamente, efeitos não-tencionados e tencionados, pois nada impede que haja legislação intencionalmente orientada para funcionar simbolicamente” (2018, p. 31).

9 “[...] Isso significa que o Direito Constitucional deve preservar, modestamente, a consciência dos seus *limites*. Até porque a força normativa da Constituição é apenas uma das forças de cuja atuação resulta a realidade do Estado. E esta força tem limites. A sua eficácia depende da satisfação dos pressupostos acima enunciados. Subsiste para o direito Constitucional uma enorme tarefa, sobretudo porque a força normativa da Constituição não está assegurada de plano, configurando missão que, somente em determinadas condições, poderá ser realizada de forma excelente. A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões de poder, mas quando envia esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder (Machtfragen)”. (HESSE, 1991, p. 26 – 27)

modificando assim a relação entre esses dois sistemas e o papel desempenhado pela Constituição enquanto acoplamento estrutural entre eles.

III – O modelo tricotômico de Kindermann e o contrassenso entre o caráter negativo da legislação simbólica e a efetivação dos direitos sociais

As perspectivas apresentadas no tópico anterior trazem diferentes conceituações de constituição, ao mesmo tempo que fazem correlações distintas acerca da relação entre os sistemas jurídico e políticos. Assim, trazem a importância de se pensar e discutir uma tipologia da legislação simbólica constitucionalmente posta, a fim de analisar essa correlação entre sistema político e sistema jurídico, conforme fez Marcelo Neves (2018, p. 33), ao apresentar o modelo tricotômico proposto por Kindermann para esta tipologia acerca do conteúdo da legislação simbólica. Desta forma o mesmo destrinchou esta tipologia em três categorias, a saber: a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios.

A primeira possibilidade de atribuição de caráter simbólico da norma seria com a finalidade de confirmação de valores sociais¹⁰, quando esta proviesse de uma vitória legislativa ou reconhecimento de superioridade entre grupos conflitantes “sendo-lhes secundária a eficácia normativa da respectiva lei” de modo que as expectativas sociais acerca do ato legiferante satisfazem-se apenas com sua expedição (NEVES, 2018, p. 33).

O caráter simbólico também poderia incidir enquanto legislação-à-libi, que tem funcionalidade de produzir confiança nos sistemas político e jurídico a partir da atividade legiferante ou a partir da interpretação do ordenamento, sem que haja o mínimo de condições de efetivação das

10 A legislação simbólica destinada primariamente à confirmação de valores sociais tem sido tratada basicamente como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores ou interesses. Constituiria um caso de política simbólica por “gestos de diferenciação”, os quais “apontam para a glorificação ou degradação de um grupo em oposição a outros dentro da sociedade”. Mas a legislação afirmativa de valores sociais pode também implicar “gestos de coesão”, na medida em que haja uma aparente identificação da “sociedade nacional” com os valores legislativamente corroborados, como no caso de princípios de “autenticidade”. (p. 36)

respectivas normas. É a partir desta tática que o legislador tenta se desonerar das pressões políticas e sociais e apresentar o Estado como próximo às demandas sociais, apaziguando conflitos, mantendo o Estado-Legislador merecedor da confiança dos cidadãos (NEVES, 2018, p. 36-37). A atividade legiferante serve, neste caso, como álibi¹¹ perante a exigência de uma atuação estatal frente a uma casuística específica, ainda que tal posição em nada possa alterar momentaneamente o fato, muito menos resolvê-lo.

Neste caso, far-se-á necessário pontuar duas especificidades acerca desta análise supramencionada a ponto de não incorrer em uma análise simplista e equivocada. A primeira é a tendência de imunização do sistema político através da legislação-álibi por outras formas de resolução de conflitos sociais, desempenhando uma função ideológica que, conseqüentemente, causa uma função hipertroficadamente simbólica de uma lei em detrimento de sua função normativo-jurídica (NEVES, 2018; MELO, 2009). A segunda, e mais importante, é que esta forma de legislação simbólica não pode ser restringida a atividades conscientes das elites para alcançar seus fins, uma vez que tentativas de manipulação desse tipo “tornam-se usualmente conhecidas” e tendem ao fracasso. (NEVES, 2018, p. 40). Outro ponto crucial a se mencionar ainda sobre essa segunda especificidade é que, segundo Neves (2018, p. 40 – 41), a legislação-álibi nem sempre obtém êxito em sua função simbólica. Quanto mais ela for empregada, tanto mais frequentemente fracassará”, pois é uma “irritação”

11 Marcelo Neves (2018, p. 39) afirma que “a legislação-álibi decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que sejam resolvidos. A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade. Entretanto, é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, pois as variáveis normativo-jurídicas defrontam-se com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos. A resolução dos problemas da sociedade depende da interferência de variáveis não normativo-jurídicas. Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira conseqüente conforme o respectivo texto legal”.

à consciência jurídica já que coloca em descrédito o sistema jurídico a partir da ineficácia da norma que se torna usual e cotidiana.

E, para completar o modelo tricotômico de kindermann, apontado por Marcelo Neves, o caráter simbólico da norma ainda poderia ser posto como o ato de adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios ao contar intencionalmente com a ineficácia normativo-jurídica, de modo que o acordo se dá, não com a normatização da atividade legiferante, bem como seu conteúdo, mas sim “na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado” (NEVES, 2018, p. 41).

É necessário pontuar que a legislação simbólica não possui apenas um sentido negativo, relacionado à falta de eficácia e vigência social - conforme apontam Melo (2009), Neves (2018), Borges (2012) - podendo possuir também um sentido positivo: produzir efeitos relevantes para o sistema político, de natureza não especificamente jurídica.

No tocante à confirmação de valores sociais, é possível a distinção de três efeitos socialmente relevantes: a) convencimento da sociedade da consistência do comportamento e norma valorados positivamente, ocasionando uma sensação de tranquilidade social; b) afirmação pública de uma norma moral pelo legislador conduz às principais instituições da sociedade a servirem-lhe de sustentação, mesmo que faltem ao respectivo texto legal a força normativo-jurídica e a eficácia que lhe sejam específicas; c) a legislação simbólica, confirmadora de valores sociais, distingue “quais culturas têm legitimação e dominação pública e quais são consideradas desviantes, sendo, portanto, geradora de profundos conflitos entre os respectivos grupos (NEVES, 2018, p. 53 – 54). O aspecto positivo da legislação-álibi seria a desoneração do sistema político das pressões sociais por modificações do *statu quo*, visto que se trata de um mecanismo com amplos efeitos político-ideológicos. Já o efeito básico da legislação como fórmula de compromisso dilatatório seria o de apaziguar os conflitos a partir de uma positivação esvaziada de eficácia, mantendo o *statu quo*, ao mesmo tempo que há uma “cessão” ao reconhecimento formal de determinado direito.

Assim, a função social da propriedade rural enquanto mecanismo de democratização do acesso à terra encontra barreiras significativas de

eficácia e efetividade, incidindo sobre a mesma a configuração de legislação simbólica - no modelo tricotômico de Kindermann apresentado por Marcelo Neves. Pois, apesar de ter o condão de relativizar o direito absoluto de propriedade, a função social foi esvaziada na sua forma procedimental e interpretativa, de modo que a concentração fundiária se mantém ainda que haja o seu descumprimento ou de uma de suas sub-funções; tendo, portanto, um caráter muito mais simbólico enquanto compromisso dilatatório e enquanto legislação-álibi por parte do Estado ao discutir política agrária enquanto medida conciliatória, do que de fato possibilitando o acesso à terra e assegurando este enquanto um direito fundamental (Ommati, 2017, pg. 40).

Considerações finais

O presente artigo trouxe em seu cerne a discrepância entre a função hipertroficamente simbólica – posta como legislação simbólica - e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais, especificamente o princípio da função social da propriedade. Discutiu-se, no decorrer do texto, as complexidades da legislação simbólica, tanto em seu caráter negativo, quanto em seu caráter positivo, bem como a correlação entre sistemas jurídico e político, para definir a legislação simbólica e suas condicionantes diante da norma, especificamente das que tratam sobre direitos sociais.

Desta forma não se reduziu a questão acima exposta a uma simples discussão sobre ineficácia, mas sim uma discussão aprofundada da função simbólica de textos constitucionais carentes de concretização normativo-jurídica dentro dos marcos teóricos propostos por Marcelo Neves para se pensar a função social enquanto mecanismo de democratização do acesso à terra.

Discutiu-se as concepções do modelo tricotômico pensado por Kindermann – confirmação dos valores sociais, legislação-álibi e atos como compromissos meramente dilatatórios - enquanto categorias da legislação simbólica, principalmente no que se trata de direitos sociais, fazendo um recorte no tocante à função social da propriedade rural.

Assim, encerra-se o presente texto apontando a contraposição entre as disposições da função social e manutenção do cenário de concentração fundiária, afirmando que este é ineficaz e inefetivo. Desta forma, incidem os aspectos negativos da legislação simbólica - propostos no modelo tricotômico de Kindermann, apresentado por Marcelo Neves – sobre o princípio da função social da propriedade rural; pois, apesar da relativização do direito absoluto de propriedade condicionado pela função social, esta foi esvaziada na sua forma procedimental e interpretativa – atuando muito mais como um compromisso dilatatório, do que como mecanismo de democratização do acesso a terra. Tal fato se demonstra com a simples constatação da manutenção do *status quo* cenário fundiário brasileiro. Destarte é perceptível que a função social ainda tem um caráter muito mais simbólico enquanto compromisso dilatatório e enquanto legislação-álibi por parte do Estado, do que enquanto mecanismo de democratização do acesso à terra.

Referências

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 1991.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 09 de novembro de 2019.

BORGES, Antonino Moura. **Curso completo de direito agrário**. 4ª edição ampliada e atualizada. Campo Grande: Contemplar, 2012.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

MELO, de Tarso. **Direito e ideologia: um estudo a partir da função social da propriedade rural**. 1ª edição. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

OMMATI, Jose Emilio Medauar. **Uma Teoria dos Direitos Fundamentais**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

A TEORIA DOS SISTEMAS E OS DIREITOS HUMANOS

José Augusto Segundo Neto¹

Luciano Nascimento Silva²

Introdução

EM SUAS AULAS NO CURSO MINISTRADO NO INVERNO DE 1992, NA Universidade de Bielefeld, Alemanha, Niklas Luhmann registrava que a sociologia estava em uma crise de caráter teórico, não havendo “*uma descrição teórica coerente sobre a situação dos problemas da sociedade contemporânea*” (LUHMANN 2010, 35), não havendo propriamente uma teoria geral de sistemas, a despeito dos esforços despendidos nos anos 1950 pela *Society for General Systems Theorie* objetivando aglutinar todas as publicações relativas a esse campo os diferentes aspectos parciais da teoria como finalidade de produzir uma teoria geral (LUHMANN 2010, 59).

Essa constatação demonstra o respeito teórico com que o autor alemão tratava seu próprio pensamento ao buscar estabelecer uma teoria geral da sociedade que pudesse descrevê-la e, para tanto, utilizou-se da teoria dos sistemas visando à criação de um princípio universal que atingisse uma maior precisão conceitual.

1 jgkljkljkfgjhlghklghljljljhlglkj

2 Pós-Doutor em Sociologia e Teoria do Direito no Centro di Studi sul Rischio dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento - CSR-FG-UNISALENTO (2013-2015); Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - FDUC (2003-2007); Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo - USP (2001-2003)

Constata Mário Losano que os juristas falam de ‘sistema jurídico’, mas quase nenhum deles define ‘sistema.’ E apesar disso,

A noção de sistema é, de fato, um pelar da sabedoria ocidental. A ela faz referência – consciente ou inconsciente, por consenso ou por dissenso – qualquer um que empreenda uma descrição científica ou uma construção teórica. Em suma, ela é uma chave de leitura para passar em revista a evolução de toda a ciência jurídica (LOSANO 2008, introdução).

O contributo inquestionável da Jurisprudência dos conceitos foi a “*elaboração de um sistema conceptual-abstracto*”, construído de acordo com o princípio da subordinação de conceitos cada vez mais especiais aos de extensão ampla, mas cada vez mais escasso conteúdo e que devia “*permitir atribuir a cada conceito não apenas o seu ‘lugar’ no seio do sistema, mas também subsumir situações de facto concretas às previsões normativas da lei e, assim, determinar a situação jurídica.*” [CITATION LAR14 \p 230 \l 1046]. Nesse contexto se entende que o direito não é um simples amontoado de normas, mas um todo unitário, ou seja, um sistema normativo.

Se o sistema era conhecido do direito e a introdução da teoria dos sistemas nas ciências sociais é atribuída a Luhmann e o fez a partir da teoria de Talcott Parsons:

Deve-se agradecer a Parsons por ter dado visibilidade à arquitetura teórica, já que graças a ela pode-se julgar o que é possível empreender com a teoria, e ainda criticá-la. O desenho oferece um espaço lógico de possibilidades, e em razão disso é possível perguntar como se pode garantir que tais possibilidades sejam reais, e também que os compartimentos desenhados por Parsons estejam, na realidade, efetivamente ocupados. Para ele, essas formulações nunca constituíram um problema, já que considerava que se a ação se realizava, seria preciso mobilizar uma dessas possíveis combinações, Sua resposta obstinada se fazia presente na

convicção de que sua teoria estava constituída por um *realismo analítico*... (LUHMANN 2010, 58)

Luhmann utilizou-se da definição de Direito concebida por Parsons para desenvolver suas hipóteses, mudando o foco da teoria estrutural funcionalista para a funcional estruturalista ou seja, inverte a lógica parsoniana e eleva a função como elemento principal de sua teoria (LUHMANN 2016, 29).

Por outro lado, como observa o próprio Luhmann (LUHMANN, 2016, 17), a Teoria dos Sistemas “*é hoje um conceito coletivo para significados e níveis de análises bem diferentes*”, desenvolvendo-se de maneira vertiginosa e não pode ser apresentada atualmente como uma totalidade consolidada de conceitos fundamentais, axiomas e respectivos enunciados derivados. Por um lado, ela serve como designação coletiva para empreedimentos de pesquisas de tipos bem diferentes e, por outro, essas pesquisas conduzem a experiências com novos problemas e tentativs de consolidar conceitualmente esas experiências (LUHMANN, 2016, 33).

A teoria dos sistemas proposta por Luhmann:

Na teoria luhmanniana, a comunicação é o operador central dos sistemas sociais, de forma que as comunicações entre os sistemas e seus elementos são essenciais a uma sociedade, ou seja, a sociedade é composta por vários sistemas sociais que se comunicam, de modo que é impossível a não comunicação entre esses sistemas.

Nesse contexto, o meio social catalisado pela comunicação propicia uma infinita possibilidade – complexas e contingentes - de escolha para o indivíduo, não sendo difícil compreender que a partir daí gera-se o risco de que a escolha realizada não seja a mais adequada.

O ambiente é essencial para a teoria do sistema, havendo um “*consenso de que a diferença entre sistema e ambiente deve servir de ponto de partida para toda análise sistêmico-teórica*” (LUHMANN, 2016, 33). Os sistemas estão inseridos em um mundo que os circundam (ambiente) e como o meio social é formado por vários sistemas e subsistemas, é o próprio sistema quem opera como observador aplicando a si mesmo a diferenciação

entre sistema/ambiente, de modo indutivo e interno. O sistema se auto-diferencia observando e determinando sua diferença com relação ao ambiente, daí este não ser menos importante do que aquele (PEREIRA 2011, 87), de forma que aquilo que está na fronteira (operacional) do sistema se constitui em ambiente. O sistema deve ser autopoiético, de forma que a ciência social tem por fim tratar com seres humanos no universo da cultura criado por eles próprios de forma que o sistema necessariamente deve interagir com o ambiente, recebendo ou enviando informações.

Contingência, complexidade, risco, sentidos e expectativa são variáveis que não podem ser desprezadas no pensamento luhmaniano. Para o pensador alemão (LUHMANN, 1983, 109-110),

... o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas. Na dimensão temporal essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização. Frente à crescente complexidade social isso pressupõe uma diferenciação entre expectativas cognitivas (disposição à assimilação) e normativas, além da disponibilidade de mecanismos eficientes para o processamento de desapontamentos, frustrações. Na dimensão social essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja, apoiadas sobre o consenso esperado a partir de terceiros. Dada a crescente complexidade social isso exige cada vez mais suposições fictícias do consenso e também a institucionalização do ato de institucionalizar através de papéis especiais. Na dimensão prática essas estruturas de expectativas podem ser fixadas externamente através de um sentido idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas. Dada a crescente complexidade social isso exige uma diferenciação dos diversos planos da abstração.

Como dito alhures, a sociedade se compõe unicamente de comunicação. Em um mundo constituído sensorialmente, e portanto altamente complexo e contingente, torna-se vantajoso referir os diversos passos da seleção uns aos outros. No processo cotidiano de comunicação isso ocorre quando alguém escolhe uma comunicação de diversas outras possíveis e o seu destinatário trate o que foi comunicado como fato ou como premissa de suas próprias seleções (e não como seleção) incorporando a escolha do outro no resultado da seleção prévia. Isso alivia o indivíduo em grande parte do exame próprio das alternativas. *As estruturas “potencializam esse efeito aliviante na medida que estabelecem as referências de uma seleção a outra”* (LUHMANN 1983, 54).

A estrutura de seleção é seletiva e continua sendo seletiva mesmo quando não realizada de forma consciente, ou seja, quando é simplesmente vivenciada. Existem outras possibilidades e elas se apresentam ao ocorrerem desapontamentos de expectativas. *“É nessa possibilidade de desapontamento e não na regularidade da satisfação que se evidencia a referência de uma expectativa à realidade”* (LUHMANN 1983, 55). Todas as estruturas, enfim, se conectam com o desapontamento, sendo imprescindível se aceitar os riscos. Aprofundamento essa questão, observa Luhmann que

Especialmente em um mundo com crescente complexidade e contingência isso poderia conduzir a um nível insustentável de tensões e problemas de orientação, caso o sistema social da sociedade como um todo não apresentasse duas possibilidades contrárias de reação a desapontamentos de expectativas. Mesmo quando os desapontamentos se tornam visíveis e têm que ser inseridos na visão de realidade como objeto de experimentação, ainda existe a alternativa de modificação da expectativa desapontada, adaptando-a à realidade decepcionante, ou então sustentar a expectativa, e seguir a vida protestando contra a realidade decepcionante. Dependendo de qual dessas orientações predomina, podemos falar de expectativas cognitivas ou normativas. (LUHMANN 1983, 55-56).

Modernidade e direitos humanos: A sociedade moderna é caracterizada pela complexidade:

Designaremos complexa uma quantidade conexas de elementos, quando, em virtude de restrições imanentes à capacidade de conexão dos elementos, cada elemento não puder mais a qualquer momento ser conectado a qualquer outro elemento. (...) Nesse sentido, complexidade é um estado de coisas autocondicionante, ou seja: já pelo motivo de que os elementos têm de ser constituídos complexamente, a fim de poderem atuar como unidade para níveis mais elevado de formação sistêmica, a capacidade de conexão dos elementos também é limitada, e com isso, a complexidade se reproduz como realidade dada inevitável em cada nível superior da formação sistêmica. (LUHMANN, 2016, 42-43).

Complexidade significa a necessidade essencial da escolha dentre as mais variadas possibilidades que o ser pode eleger, aquela adequada. Melhor dizendo Luhmann (1983, 45), “*como complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas*”.

Na sociedade moderna, complexidade significa pressão seletiva, pressão seletiva significa contingência e contingência significa risco.

O professor Luciano Nascimento Silva (2015, 66) registra que o Direito elege os Direitos Humanos “*como o instrumento jurídico-sociológico de sistematização das complexidades do modelo de sociedade*” que, não só traduz a legitimidade de uma Ciência Jurídica que organiza a complexidade social, como também constrói os Direitos Humanos enquanto Direitos Fundamentais “*pelo procedimento de legitimidade da normatização constitucional, produção legislativa e decisão judicial*”.

O mesmo professor (SILVA, 2015, 70) leciona que o fenômeno dos direitos humanos é composto por três proposições: a) proposição jurídica, vinculada à busca pelos fundamentos dos direitos humanos

(historicidade, politicidade e juridicidade) o que leva a procurar os caminhos do arcabouço jurídico que origina o sistema dos direitos humanos, abordando o sistema de garantias jurídicas e de tutela dos direitos humanos; b) proposição política, representada pelo estudo da democracia e sua relação com a efetividade dos direitos humanos, a discussão das teorias políticas no universo complexo e da diversidade de matrizes do pensamento democrático e, c) proposição escolástica, relacionada com a ideia da criação de um Ensino Jurídico Superior em direitos humanos, a ser iniciado pelo Ensino Fundamental, desenvolvendo-se no Ensino Médio e a se consolidar no Ensino Jurídico Superior, a planificar uma cultura escolástica dos direitos humanos como produto histórico e cultural da humanidade e como cultura da justiça universal na diversidade humana, da tolerância e da paz entre os povos.

Lembra Luhmann (2000, 156) que o ocidente tomou a noção de contrato social como explicação da fundação do direito e da política. O sistema da moral deu origem a sistemas com menor complexidade qual seja, os da política do direito, traduzindo o processo de diferenciação de direito e política, característico da modernidade.

À ideia de contrato, o iluminismo apresentou a tríade liberdade-igualdade-propriedade, de forma que tornaram-se pressupostos naturais do contrato. Entretanto, ao mesmo tempo em que refletia a moderna diferenciação de direito e política, a fórmula do contrato revelava-se fragilizada em face dessa mesma diferenciação. *“Uma vez que foi pensado como a unidade jusnaturalista de direito e política, o contrato confrontava-se com a própria noção de diferenciação social, que implicava a independência do direito e da política, também, da instância moral”* (MAGALÃES 2010, 34).

Nesse contexto a noção de igualdade se encontrava apoiada na desigualdade entre cidadãos, assim a noção de soberania que era, a um só tempo, popular e absoluta.

A questão também é posta pela contemporaneidade e refletida na concepção ontológica de Constituição quando se submete a jurisdição à pretensão política de soberania decidida pelos poderes estatais. Enfim, como garantir a soberania do direito? À evidência, isso só é possível com

as cláusulas democráticas; quando as constituições sejam consideradas normativas, refletindo a independência dos sistemas jurídico e político, apesar dos contatos que necessariamente deve haver. É exatamente por isso, adverte Luhmann,

que uma solução para o problema da soberania ainda não pode ser encontrada, pois ela se coloca no interior do sistema político. No sistema político, *mutatis mutandis*, são reconhecíveis os problemas de auto-referenciabilidade que também irritam o sistema jurídico. Na fórmula da soberania expressa-se uma tautologia: eu decido como decido. Se se acrescenta uma negação emerge um paradoxo: eu decido sem vínculos com efeitos vinculantes para todos inclusive também para mim mesmo a partir do momento em que faço parte do sistema: eu me vinculo e me desvinculo. Além do mais é evidente que esse “privilégio” só pode ser praticado em um lugar, ou seja, apenas em operações específicas. O sistema soberano requer o soberano - ainda que esse seja o “povo.” No sistema, o decidir soberanamente é não apenas respeitado e dotado de poder de ação, mas também observado. Sob esse aspecto, a soberania define não mais o direito a um arbítrio incondicionado (o que no plano empírico seria dificilmente imaginável), mas apenas uma diretriz, daí a regra: observa o observador que exerce a soberania no sistema.

Os indivíduos fundam o contrato social e, a partir daí, fundam o direito. Ocorre que essa ideia, que tinha como pressuposto a noção de direitos humanos (direitos naturais) demonstrou ser paradoxal. Ora, na medida em que o individualismo concebeu a humanidade dos indivíduos (totalidade) como expressão de uma natureza humana não é apenas os indivíduos que fundam o contrato social (e o direito), mas é também o direito (natural) quem funda os indivíduos. (LUHMANN, 2000, 158) e daí tem-se um novo paradoxo, da diferença entre direito e indivíduo, subjacente à noção de contrato social.

Desse modo, os direitos são concebidos como direitos que podem ser salvos do estado de natureza no estado civil, que sobrevivem a esta travessia, pois o contrato social não pode ser dissolvido.

Pois bem.

Nas Constituições, o paradoxo da unidade da diferença entre direito e política não se resolve mais mediante a antiga hierarquia entre direito divino, natural e positivo, como o fora quando da afirmação do Estado a soberania absoluta, mas sim por meio da definitiva afirmação da positividade do direito, de modo tal que uma nova diferenciação tornou-se necessária: o direito positivo bifurca-se em direito intangível e direito disponível. Para Luhmann, o que está em jogo aqui, tanto para o sistema jurídico quanto para o sistema político, é uma nova modalidade de diferenciação entre heteroreferência e autorreferência nas operações internas do sistema. Nesse passo, a Constituição nada mais significa que *“o dispositivo voltado para diferenciar a autoreferencialidade da heteroreferencialidade nas operações internas do sistema”*.

A Constituição, enquanto acoplamento, limita e cria espaços para os sistemas jurídico e político. A função consentida aos sistemas, nas Constituições, refletiu-se na diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais. Nesse sentido, a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, manifesta-se também como uma diferença temporal. O direito tem sua validade fundada na Constituição e se deixam projetar para o futuro de tal forma que, exatamente por isso, podem ser “efetivados” no presente (MAGALHAES, 2010, 46). A contínua projeção do direito no futuro não resulta do caráter “programático” deste, mas sim de sua própria função: aquela de criar vínculos.

No mesmo sentido também os direitos humanos, com fundamento nas Constituições, adquiriram diferentes significados para o direito e para a política. Para o sistema jurídico, os direitos se colocam como o fundamento da própria Constituição; para o sistema político, por sua vez, os direitos são, tanto quanto a Constituição, um instrumento político, *“no duplo sentido de política instrumental – modificadora de situações – e de política simbólica – não modificadora de situações”*. (LUHMANN, 2002, p.

548). Ocorre que, nas condições da sociedade moderna, os direitos humanos, não integram o direito nem a política pois se tratam de dois diferentes sistemas sociais, voltados para a solução de diferentes problemas sociais devido à diferenciação entre os sistemas jurídico e político.

Em que pese a afirmação dos direitos humanos exercer um papel muito mais simbólico na esfera política; em que pese as Constituições poderem muitas vezes exercer um papel simbólico, em decorrência de o direito não ter se fechado operativamente, deve-se sempre considerar que “a teoria dos Direitos Humanos tem por finalidade ofertar um novo programa de civilidade para a sociedade moderna”.

Referências

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7ª. Tradução: José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LOSANO, Mário G. *Sistema e estrutura n direito: das origens à escola histórica*. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. Vol. 1. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

_____. “O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento.” *Revista Themis*, 2000: 153-161.

_____. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

_____. *Sociologia do direito I*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. “O paradoxo dos direitos humanos.” *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, 2010: 31-48.

PEREIRA, Geailson A. “O direitos como sistema autopoietico.” *Revista CEJ* 55 (out./dez. XV): 86-92.

SILVA, Luciano Nascimento. “Direitos Humanos e o observador: complexidade, contingência, autopoiesis, paradoxo e expectativa.” *Revista Tema*, jan. - dez. de 2015: 65-79.

MEMÓRIA DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO: A VULNERABILIDADE COMO IRRITAÇÃO SOCIAL NO SISTEMA JURÍDICO

Juliana Cavalcante Lira de Oliveira¹
Ana Luisa Celino Coutinho²

Introdução

O DIREITO PRIVADO BRASILEIRO TEM PASSADO POR INÚMERAS mudanças em seu conteúdo nos últimos anos. Falar de uma memória do direito privado, demanda a compreensão da inevitável e necessária comunicação do sistema jurídico com seu entorno, de modo a fazê-lo apresentar uma realidade jurídica válida em resposta às complexidades sociais, a mitigar as contingências. Perceber, portanto, o direito com um sistema social possibilita a compreensão dos fatores externos ao ordenamento jurídico que, após serem processados pelo próprio direito, implicarão na sua transformação.

Para tanto, o presente trabalho terá como metodologia de análise a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, segundo a qual a sociedade é uma malha de comunicação complexa, na qual os sistemas sociais, dentre os quais o direito, interagem entre si, a desfazer e, paradoxalmente, recriar as complexidades sociais. A relação entre o direito e seu entorno social vem sendo há muito estudada como fenômeno relevante às ciências sociais e jurídicas, porquanto o direito seja, na visão de Luhmann, o grande eixo

1 Advogada, especialista em Direito de Família e Sucessões pelo complexo de ensino Damásio de Jesus. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba.

2 Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora Titular do Departamento de Direito Privado do CCJ/UFPB e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

em torno do qual os sistemas sociais orbitam. Sem o direito não haveria durabilidade dos sistemas autônomos.

A modernidade tem buscado apresentar o direito como um sistema de resolução dos problemas individuais, mas o sistema jurídico, enquanto sistema social autônomo, tem a função de enfrentar as complexidades e neutralizá-las, não pela resolução, mas pela organização. Direito é, portanto, argumentação; é, precisamente, a linguagem que levará a formação da verdade jurídica, por meio da comunicação entre as instituições. O sistema jurídico funciona como uma engrenagem, com operacionalidade fechada e cognição aberta. Significa dizer que o direito opera sob uma estrutura procedimental pré-definida, mas, por ser parte da sociedade, como um subsistema em relação a ela, mantém-se em constante observação de seu entorno e dos outros sistemas, atendo às irritações causadas pelas complexidades sociais.

A percepção da relação sistêmica estabelecida entre o direito e a sociedade é pressuposto à construção da teoria que caracteriza as transformações pelas quais o direito tem passado, a viabilizar, no caso do presente trabalho, a compreensão de como a vulnerabilidade, enquanto fator social, foi recepcionada pelo ordenamento brasileiro como valor jurídico, a modificar o próprio funcionamento do direito privado e a compreensão do que seria seu conteúdo. Uma análise embasada na sociologia jurídica, portanto, como proposta de visão interdisciplinar do fenômeno jurídico-social, possibilitará a apresentação de uma memória do direito privado brasileiro, pontualmente no que se refere à proteção atualmente conferida aos grupos vulneráveis como resposta à interação sistêmica entre o direito e a sociedade.

O direito como sistema social e sua relação com a sociedade

O estudo da sociedade em suas extensões há muito desperta interesse teórico, nas mais diversas áreas de conhecimento. As proposituras de compreensão do fenômeno social divagaram desde a apresentação da sociedade estratificada em um conjunto de elementos até uma visão una, interdependente. Atribui-se a Niklas Luhmann o mérito de ter proposto uma teoria científica que, a empenhar-se na compreensão da sociedade

enquanto malha de comunicação, teria como objeto de estudo o fenômeno social em sua integralidade.

A teoria luhmanniana estrutura-se no estudo do sistema social da sociedade moderna, formado por uma série de outros sistemas autônomos que, em constante interação, observarão a sociedade e poderão descrevê-la, ou caracterizá-la. A sociedade, portanto, a englobar os sistemas autônomos, dentre os quais o direito, descreve a si mesma e suas relações. Compreender a teoria de Luhmann e a proposta de uma sociologia jurídica nela baseada exige a compreensão de alguns conceitos básicos, que denominarão os elementos componentes das relações de interação sistêmicas que serão responsáveis pela transformação da sociedade, como reflexo das reformas ocorridas internamente nos sistemas.

A sociedade funciona como uma grande malha comunicativa, na qual interagem inúmeras engrenagens autônomas e funcionais, que devem enfrentar reciprocamente as irritações e complexidades que vierem a ser apresentadas, de modo a se garantir a preservação do procedimento interno do sistema e, especialmente, atingir as expectativas criadas pelo ambiente. A sociedade moderna possibilita ao homem uma pluralidade de experiências, de sorte que “o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas” (STURZA; ROCHA, 2014).

As experiências cotidianas apresentam à sociedade possibilidades complexas e contingentes que, sob a compreensão da teoria luhmanniana, precisarão ser enfrentadas pelos sistemas sociais. Luhmann (1983, p. 45) sugere que o “homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através do seu organismo”. Significa dizer que as experiências humanas apresentam-se amplas em possibilidades³. A teoria dos sistemas proposta por Niklas Luhmann,

3 Luhmann (1983 *apud* STURZA; ROCHA, 2014) sustenta que as experiências cotidianas, concretas, remetem a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. A complexidade se verifica quando existem mais possibilidades do que se pode realizar. A

portanto, possibilita a compreensão da sociedade a partir da análise do cotidiano. Em sua concepção, os diferentes sistemas que formam a sociedade operam paralelamente, segundo seu próprio procedimento e sem que seus choques modifiquem sua essência, dentro de uma malha comunicativa, a partir da qual enfrentam a realidade.

A interferência dos sistemas sociais diante das complexidades do mundo se justifica ante a limitação humana de compreendê-las e organizá-las, de sorte que caberá aos sistemas sociais a sua função de redução das complexidades, que nada mais são do que os acontecimentos e estados de um sistema que, diante da infinitude de opções diante de um fato, fica impossibilitado de processar sem antes enfrentar e tentar reduzir a própria complexidade. A redução das complexidades, por sua vez, implicará numa contingência, como consequência da escolha de uma entre as possibilidades apresentadas, que, não sendo necessária ou impossível, simplesmente é e poderia ser diferente. A contingência, inevitavelmente, como expressão da liberdade de escolha dentro do sistema encaminhará o observador a uma fonte de incertezas, ao perigo de desapontamento e aos riscos (LUHMANN, 1983).

Paradoxalmente, os sistemas sociais trazem em si a capacidade de criar sua própria complexidade, num processo de *autopoiesis* de formação de seus próprios elementos e, neste processo, por meio do processamento autônomo das comunicações sociais, ocorre a evolução social (STURZA; ROCHA, 2014). O critério de escolha dos sistemas sociais diante das complexidades será formado pela comunhão de várias categoriais, desde a norma, a expectativa, os valores; o somatório de fatores que impliquem na formação de uma ordem preferencial daquilo que o sistema busca atingir simbolicamente. Com a *autopoiesis* essa mesma ordem preferencial de sentido pode ser modificada internamente pelo sistema social e é isso caracteriza o avanço da sociedade.

contingência, por sua vez, decorre do fato das possibilidades apontadas apresentarem-se diferentes do esperado; seria dizer que a contingência ocorre quando a possibilidade refere-se a algo inexistente, inatingível, ou que, diante da experiência concreta e em razão dela, deixa de existir. Na prática, complexidade é seleção forçada e contingência, por seu turno, o perigo de desapontamento e a necessidade de enfrentamento do risco.

A sociedade, portanto, como sistema social, opera por meio da comunicação, que lhe é elemento constitutivo e sem o qual a sociedade não existe e, a partir dessa compreensão, o homem, enquanto indivíduo, não faz parte da sociedade, mas funciona como ambiente no qual o sistema social opera. Os limites e sentidos da comunicação são definidos historicamente, daí se considerar que a sociedade é mutável, ainda que não seja composta organicamente pelas pessoas. O ambiente, por meio do processo comunicativo, apresenta ao sistema novas complexidades, a impulsionar a sua transformação pela *autopoiese*, o que, por si, não possibilita a formação de prognósticos. Transformar-se não será necessariamente um progresso, mas uma adaptação do sistema que passará a operar sob outra ordem preferencial.

Significa dizer que “a sociedade pós-moderna alavanca um recrudescimento do paradigma racional para dar espaço à epistemologia construtivista, da pluralidade social, da complexidade, dos paradoxos e dos riscos” (STURZA; ROCHA, 2014). Não por outro motivo, a sociedade somente poderá ser descrita por ela mesma.

O direito, igualmente, é um sistema de operacionalidade fechada e cognição aberta, que sofre irritações provenientes do meio e dos outros sistemas com os quais interage e, a partir do processamento dessas irritações, modifica-se, a visar reduzir as complexidades sociais, validando-se, portanto, à expectativa criada pelo ambiente. Diz-se que no sistema jurídico o juízo de apreciação das contingências não é de verdadeiro ou falso, mas de válido e inválido, conforme o seu resultado tenha sido ou não obtido em conformidade com o processo operacional do sistema.

Luhmann (1983) destaca que a convivência humana será necessariamente submetida ao direito, como fato social, que em tudo deixará sua marca e sem o qual nenhum aspecto da vida encontrará um sistema duradouro. O direito, portanto, nas palavras do autor, “se adéqua não aos mandamentos da humanidade, mas às necessidades de uma sociedade funcionalmente diferenciada” (LUHMANN, 1983, p. 132). Significa dizer que o cotidiano social será sempre cunhado pelo sistema jurídico que, diante de uma complexidade, que lhe cause irritações, pode transformar-se.

Essa realidade é especialmente percebida quando da interação do direito com a sociedade, quando esta, por seus processos comunicativos, faz surgir possibilidades até então não conhecidas pelo sistema jurídico, diante das quais, valendo-se de sua *autopoiese*, transformar-se-á para diminuir as complexidades enfrentadas, criando, paradoxalmente, novas complexidades internas. A relação entre o sistema jurídico e a sociedade não se dá por meio da simples incorporação de institutos jurídicos, mas através da interação sistêmica, cujo processamento é pré-definido e, ao fim, pode ser validado. Luhmann (1994) explica que “o direito não pode importar as normas jurídicas de uma ambiente social [...], tampouco pode dar normas a este ambiente [...]. Todo contato do sistema jurídico com o ambiente deve, portanto, utilizar uma forma diversa de expectativa”.

O direito se incumbirá, portanto, de neutralizar a contingência e as decepções individuais e, assim, apresentar respostas às expectativas criadas pelo ambiente no qual opera e é no processo de formação dessas respostas que as irritações sociais serão processadas e poderão levar à transformação do direito, tal qual ocorreu nos últimos anos com a normativa do direito privado diante das complexidades da vulnerabilidade social de alguns grupos.

A memória do direito privado brasileiro e a proteção do vulnerável

A dissertar sobre as inter-relações entre as ciências do direito e da sociologia, Luhmann (1994) destaca que o prognóstico dessa relação é positivo, na medida em que as duas ciências carecem dessa interdisciplinaridade que, ao uni-las, paradoxalmente, assegura a sua independência, pois supõe oferta de discussão, em detrimento uma de fusão sistêmica. Em suas palavras, Luhmann (1994) pontua que a observação do mundo por si mesmo somente é possível diante das linhas divisórias apresentadas em razão da evolução e construção de complexidades mais ricas.

Daí que a reprodução que ocorre no interior do sistema jurídico, pela transformação de suas estruturas, é reflexiva e, ao passo em que enfrenta as complexidades apresentadas, cria novas demandas a serem tratadas pelo próprio sistema, a evidenciar cisões de paradigmas, pontos divisórios e mudanças que, integrando-se ao sistema, formarão a sua memória.

De Giorgi (2006) ao tratar sobre a memória do direito, inicia suas reflexões a questionar se o direito em si não seria sua própria memória, na medida em que, de certo modo, em sua operacionalização interna, reproduziria as relações sociais, como representação de uma recordação do próprio sistema. A memória, portanto, seria compreendida pelo citado autor como um princípio explicativo, uma realidade criada cognoscitivamente para si, seja pelos indivíduos, pela sociedade, ou pelos demais sistemas sociais. A memória teria por função, portanto, justificar-se a si mesma, como decorrência de sua própria evolução.

Em se tratando do sistema jurídico, a formação de sua memória advém das relações de modificação do meio e as respectivas transformações internas ocorridas no próprio sistema, em processo contínuo, do qual o direito se sobressairá, ao fim, como resultado das transformações do próprio direito.

A sociologia jurídica, como lócus de pesquisa, parte do pressuposto indissociável de que a sociedade e o direito não se confundem. Como sistemas diversos, operam de forma fechada mantendo sua cognição aberta reciprocamente e em constante observação do entorno e dos demais sistemas sociais que compõe a malha comunicativa da sociedade.

Os fatos sociais, via de regra, provenientes da cultura do povo e da comunicação entre os indivíduos tendem a apresentar maior dinamicidade do que as normas jurídicas, estas enquanto resultado autorreferencial do sistema jurídico em si. Na lição de De Giorgi (2006, p. 44), “a função da memória é expressão de um sistema modificado capaz de sintetizar novos comportamentos que são relevantes para seu presente estado de atividade”.

A memória do sistema jurídico, portanto, está em todo lugar e é por meio dela que o sistema se apresenta e operacionaliza. A sua memória guiará o sistema jurídico no enfrentamento das causas cotidianas, a evidenciar a diferenciação entre o que o direito irá recordar e o que irá esquecer no processo de diminuição das complexidades e, paradoxalmente, criação de novas complexidades. De Giorgi (2006, p. 48-49) ensina que o direito “conhece a contingência de sua temporalidade, assim como também sabe

que é absolutamente imperiosa a necessidade de um exame de consistência de sua própria construção de eventos [...] de seu próprio estado de excitação e do modo como isto é tratado”.

É através da compreensão de sua memória que o sistema se estabiliza, se faz presente em si próprio e, assim, faz-se uma realidade, pela autoconstrução. A memória é sempre o presente, e por meio dela o direito apresenta espaços de liberdades com uma extensão temporal definida, que lhe permitirá o enfrentamento dos casos individuais também de forma sistêmica. Significa dizer que o sistema jurídico deve aprender consigo mesmo, de modo a possibilitar que, diante do caso concreto, parta de premissas já memorizadas pelo próprio direito, a evidenciar, portanto, o ordenamento jurídico como uma construção da realidade a partir de sua própria memória.

A relação do sistema jurídico com a sociedade atual foi construída sobre o postulado da igualdade formal, que pressupunha – equivocadamente – serem todas as pessoas iguais perante o Estado, de sorte que o que ocorria no interior das relações pessoais era irrelevante para o mundo e, em consequência, para o sistema jurídico. Essa era a memória do direito.

O obstáculo intransponível dessa concepção, todavia, reside no indivíduo. Nas palavras de De Giorgi (2006, p. 176) “permanecem excluídos os indivíduos que são constrangidos a sentir e viver a própria individualidade através da diferença entre indivíduo e sociedade, ou seja, através da experiência da própria diferença.” As individualidades, portanto, tendem a ser subjugadas numa sociedade que se comunica pelas organizações, pelas totalidades. Indivíduos que pertencem aos estratos sociais que fogem à racionalidade do homem médio, tendem a ser preteridos nas relações sociais, o que causa complexidades de exclusão e desarranjo social, que, por sua vez, apresentam-se como irritações diante do direito, impelindo-o a transformar-se, de modo a garantir a segurança do próprio sistema.

Esse modelo até então adotado de relação entre o direito e a sociedade trouxe a lume a conclusão de que “quanto mais os indivíduos são iguais como cidadãos, mais os cidadãos são desiguais como indivíduos” (DE GIORGI, 2006, p. 179). O postulado da igualdade formal, portanto,

veio a causar desigualdades materiais intoleráveis dentro da sociedade. Ou seja, o tratamento dado pelo direito à questão da individualidade, enquanto complexidade social que irrita o sistema jurídico, implicou, ao longo do tempo, na formação de mais complexidades.

Daí a necessidade de transformação. Ao adotar como objeto de pesquisa neste trabalho o direito privado brasileiro, é possível verificar a vulnerabilidade como o fator social que define a individualidade dentro da sociedade, e compreender que este foi percebido e sistematizado pelo ordenamento jurídico, a implicar significada reforma nos institutos que o compõe e evidenciar o que a doutrina viria a compreender por proteção do vulnerável.

Na operacionalidade do sistema jurídico, ao direito privado compete a defesa dos interesses individuais, mas a história de formação do direito civil especialmente evidencia certo distanciamento dos mais fracos, a considerar o pressuposto de igualdade formal que compôs, por muito tempo, a memória da sociedade brasileira.

Porém, a dimensão existencial da pessoa assume função de destaque na nova concepção do direito privado, que passou por transformações, as quais modificaram sua estrutura e funcionamento, com a identificação de certos grupos que, diante de sua vulnerabilidade, demandaram do sistema jurídico uma resposta às complexidades que lhe são próprias. A pluralidade humana implica na elevada complexidade social, que, sendo sistematizada sob a égide do tratamento formalmente igualitário, implicará inevitável desequilíbrio nas relações sociais, a polarizar um lado prevalente sobre outro, que reivindica sua proteção. Causam, portanto, contingências no sistema de modo a transformá-lo.

Nas palavras de Marques (2012), a concepção de que o sujeito de direito poderia livremente autorregrear sua vida, a ponto do ordenamento jurídico rejeitar qualquer identificação de fraqueza do indivíduo ou de determinado grupo, foi alterada sensivelmente, a impulsionar a mudança percebida no direito privado, que, tendo se transformado em consequência da observação do sistema social, notadamente das complexidades que destacaram a vulnerabilidade enquanto fator que causaria irritação no sistema jurídico, o direito privado passa a ser plural.

O grande marco histórico, político, econômico e social responsável pela alteração da memória do sistema jurídico brasileiro foi a Constituição Federal de 1988, responsável por fundir o que Marques (2012, p. 28) denomina de “novo direito privado resultado da influência dos direitos civis (ou fundamentais de liberdade) e dos direitos sociais e econômicos (ou direitos fundamentais positivos de prestação); [...] ciente de sua função social, [...] guiado pelos valores da ordem constitucional”.

Em sequência, o Código Civil de 2002 adveio como uma resposta do sistema jurídico aos comandos sociais que clamaram mudanças. A conceber cláusulas gerais permitiu a concretização do direito privado de forma mais solidária e protetiva. Marques (2012, p. 87) destaca que “o interessante da noção de vulnerabilidade é justamente que tem certo aspecto objetivo, pois ela prescinde da comparação e nisso se diferencia da igualdade” O novo direito privado, como transformação da memória do direito, identifica a diferença e, com fundamento em si próprio e nos princípios que o norteiam, passa a incluir o indivíduo.

A vulnerabilidade, como valor social, irrita o sistema jurídico e exige respostas, seja no combate à discriminação dos diferentes, por meio da proteção, seja na garantia do direito de continuar sendo diferente. De acordo com Marques (2012, p. 117), a vulnerabilidade dispensa a comparação, pois é mais do que um estado do ser; “não é o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a explicação destas regras ou da atuação do legislador, [...] é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradas, à procura do fundamento da igualdade”.

Os reflexos a partir daí são significativos. O sistema jurídico passa a compreender institutos que até então eram estranhos ao direito e garantir meios de tutela de interesses que até então não eram conhecidos pelo sistema. A título ilustrativo, tem-se o direito do consumidor, das crianças e adolescentes, da família (ou das famílias), entre outros tantos grupos que contemplam, objetivamente, sujeitos vulneráveis perante a antiga concepção do homem médio, a cujo respeito o direito passou a operacionalizar de forma diferente.

A memória do direito privado brasileiro, portanto, admite em seu bojo, entre outros tantos conceitos, o valor jurídico do afeto, o direito à convivência familiar, a hipossuficiência presumida do consumidor, os sujeitos hipervulneráveis, a tutela do idoso e o direito à própria identidade. Diz-se *admite*, com a conjugação verbal no tempo presente, porque a memória do direito é exatamente isto: a realidade atual construída pelo próprio sistema.

Conclusões

Desenvolveu-se no presente trabalho uma análise acerca do sistema jurídico brasileiro, pontualmente em sua relação com a sociedade e as complexidades sociais que causam irritações aptas a transformar o próprio direito. A teoria luhmanniana dos sistemas sociais possibilitou que, partindo de uma análise teórica, fosse possível a construção de um breve passado do direito privado brasileiro, a influenciar a formação da memória desse direito.

Feitas, inicialmente, as ponderações conceituais, e contextualizado o leitor sobre os conceitos que Niklas Luhmann, em seus estudos sociológicos, importou para as ciências sociais, acerca, sobretudo, da operacionalização do sistema jurídico em suas relações com o entorno e com os outros sistemas, foi possível verificar que as complexidades postas no sistema jurídico não mais poderiam ser tratadas sob o postulado e pressuposto da igualdade formal, que deixara de lado até então as individualidades e diferenças.

Concluiu-se, portanto, que, a partir da observância das complexidades sociais, notadamente da fraqueza de alguns grupos, a implicar desigualdade material nas relações estabelecidas, o sistema jurídico recebeu irritações que demandaram uma transformação na operacionalidade do próprio sistema, a visar eficiência na diminuição das complexidades e, assim, atingir as expectativas do ambiente.

Assim, a vulnerabilidade, como fator social, foi sistematizada pelo sistema jurídico, a transformá-lo de forma significativa e – é provável – irrevogável. O direito privado mudou, tornou-se, assim, o direito dos

diferentes, daqueles que eram excluídos, a contemplar, portanto, a solidariedade e a inclusão como valores norteadores da concretização do próprio direito, pautando-se, assim, numa noção de igualdade que supera a simples formalidade e implica na reconstrução do próprio sistema jurídico.

Referências

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **Uma proposta de dimensão prescritiva ao sistema jurídico a partir do pensamento sistêmico**. UFSC, Centro de Ciências Jurídicas, Pós-Graduação em Direito, Florianópolis: 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/128843>>. Acesso em 23 out. 2019.

BODIN DE MORAES, Celina. O princípio da solidariedade. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Celso de (orgs). **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória** / Raffaele De Giorgi – Trad. De Guilherme Leite Gonçalves – São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. A investigação sociológica do direito na teoria dos sistemas. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 2, n. 2, p. 103-119, 1 abr. 2016. Disponível em: < <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24494>> Acesso em 21 nov. 2019.

LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do Direito. **SeqÜência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 15-29, jan. 1994. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15871>>. Acesso em: 25 nov. 2019. doi:<https://doi.org/10.5007/%x>.

_____. **Sociologia do Direito I.** tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral.** Ed. Vozes, São Paulo: 2016.

LUHMANN, Niklas; GEORGI, Raffaele de. **Teoría de la sociedad.** Guadalajara, Jalisco México: Universidad de Guadalajara, 1993.

MARQUES, Claudia Lima. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** Claudia Lima Mares, Bruno miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Marcelo Pereira de. **A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner.** Tempo soc., São Paulo: 2006. V. 18, n. 1, p. 351-373. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702006000100018&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 23 out. 2019.

MELO JUNIOR, Luiz Cláudio Moreira. A teoria dos sistemas sociais em Niklas Luhmann. **Soc. estado.**, Brasília: 2013. V. 28, n. 3, p. 715-719. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922013000300013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 21 out. 2019.

STURZA, Janaína Machado; ROCHA, Claudine Rodembusch. **O diálogo entre sociedade e direito na era contemporânea: perspectivas através da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.** Florianópolis: CONPEDI, 2014. ISBN: 978-85-68147-36-8. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=140>>. Acesso em 21 out. 2019.

COMPLIANCE LABORAL À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

Larissa Teixeira Menezes de Freitas¹

Marília Marques Rêgo Vilhena²

Introdução

ANALISAR COMO A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN auxilia no estudo do conceito hodierno de *compliance* laboral é o objetivo do presente texto, contudo, para que esta finalidade seja alcançada, antes de mais nada, cumpre conceituar o referido instituto e destacar como as alterações sofridas pelo sistema laboral vinculou o conceito de *compliance* utilizado pioneiramente para combater a corrupção num aliado também do mundo do trabalho.

Compliance tem origem no verbo inglês: “to comply” que significa cumprir, ou seja, agir de acordo com as regras. É um conjunto organizado e sistematicamente voltado para o cumprimento de normas legais, regulamentares e administrativas a fim de evitar desvios e inconformidades que possam acontecer em determinada instituição ou empresa³.

Para Geoffrey Miller (2014, p.02), a função de conformidade consiste em esforços que as organizações empreendem para garantir que os funcionários e outras pessoas associadas à empresa não violem as regras, regulamentos ou normas aplicáveis. É uma forma de aplicação da lei

-
- 1 Doutoranda do Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba
 - 2 Professora Doutora pelo Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba
 - 3 O *compliance* se tornou uma atividade essencial de controle interno em corporações e outras organizações complexas.

internalizada que, se funcionar de forma eficaz, pode substituir muito (embora não todos) das atividades de execução fornecidas pelo Estado.

Tem seu surgimento datado do início do século XX nos Estados Unidos, especialmente em 1977 quando foi promulgado o FCPA (Foreign Corrupt. Practices Act): lei anticorrupção transnacional norte-americana que criou sanções cíveis, administrativas e penais no combate à corrupção comercial internacional. No Brasil, surgiu com a Lei 12.683/2012 da Lavagem de Dinheiro e com a Lei 12.846/2013 da Empresa Limpa que prevê multas em caso de prática de atos contra a Administração Pública e descontos para quem possuir programa de integridade⁴.

O *compliance* dentro de uma empresa significa a transparência e o agir de acordo com os códigos de ética e diretrizes internas. Tal ferramenta para além da preocupação com os atos anticorrupção, também surge como elo interdisciplinar para outras matérias. Assim, o *compliance* moderno preocupa-se com questões econômicas, mas também com direitos sociais, trabalhistas e ambientais.

O Direito no decurso do tempo se transforma e evolui através de mudanças em seus paradigmas. A Justiça do Trabalho e o direito laboral se transformaram, bem como, algumas ferramentas de outras ciências se incorporaram aos discursos e conceitos jurídicos, como por exemplo, o *compliance*. A existência para os subsistemas especializados do Direito é relativamente nova: trabalhista, penal, ambiental, desportivo. E o instituto revela inúmeras vantagens: segurança e controle mais amplo por meio do empregador, transparência para o mercado (tanto para investimentos quanto para consumo), diminuição de punições governamentais e multas, eliminação de fraudes internas, dentre outras.

Para Rômulo Neves (2005, p. 08), a realidade social sofreu transformações históricas, com o desaparecimento de certas formas de organização social e o aparecimento de outras, com o aparecimento de novos atores sociais e o desaparecimento de outros e com o surgimento de

4 Art. 7º: Serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...) VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

ideias que não faziam sentido nos momentos em que as teorias clássicas⁵ foram formuladas. E assim, as poucas tentativas teóricas que buscaram, contemporaneamente, abranger a análise de toda a sociedade, como o fizeram as teorias clássicas, limitaram sua eficácia ao definir apenas um ponto da sociedade ou das relações sociais.

Assim, em razão da impossibilidade de entendimento do atual fenômeno que acontece com as relações sociais e com o próprio Direito, pelas teorias clássicas, convém analisar a teoria dos sistemas desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann (1927-1998). O referido pensamento ganha força em razão de ter sido elaborado por um autor que viveu no tempo atual, ou seja, vivenciou momentos do final do século XX e elaborou uma teoria contemporânea, bem como, possui aspectos mais científicos e lógicos do que os estudos dos autores clássicos: Karl Marx, Émile Durkheim e Max Weber.

Citando Luhmann, Rômulo Neves (2005, p.10), escreve que as teorias clássicas já não conseguem abarcar os fenômenos contemporâneos com eficácia porque se detêm nas relações sujeito-objeto, mas a sociedade contemporânea já não mais reconhece tais teorias. Outrossim, Luhmann critica a forma ultrapassada de análise social através do ser humano como centro da análise da sociedade. Para o referido autor, “o indivíduo é um elemento fora do sistema social e atua apenas como um elemento acoplado, provocando apenas ruído ou irritação ao funcionamento do sistema”. E não, como o centro do universo, representado, por exemplo, no desenho de Leonardo da Vinci: o homem vitruviano. O centro do sistema de Luhmann é a comunicação e não o ser humano.

A teoria de Luhmann é composta por alguns conceitos-chaves⁶ primordiais para o entendimento, dentre os mais significativos: sistema, ambiente, acoplamento estrutural, paradoxos e autopoiese. Na ideia luhmanniana, os sistemas sociais (o mais expansivo e mais abrangente de

5 As teorias clássicas de Émile Durkheim, Karl Marx e Max Weber que tentaram estabelecer teorias gerais para a sociedade.

6 “O desenho da teoria dos sistemas sociais foi apresentado de forma mais completa basicamente em duas obras de Luhmann, *Soziale Systeme (Sistemas Sociais)*, de 1984 e *Die Gesellschaft der Gesellschaft (A sociedade da sociedade)*, de 1998” (NEVES, 2005, p. 13)

todos eles é a Sociedade), e esses, constituídos de subsistemas: Direito; Política; Economia; Ciência; Religião; Arte, por exemplo. Um sistema social (todo) é uma separação entre sistema e ambiente (partes), ou seja, a cada observação parcial da sociedade podemos fazer essa divisão. Os sistemas são dotados de complexidades e Luhmann busca explica-las e não repeli-las. Já o mecanismo de acoplamento estrutural⁷ acontece quando os sistemas utilizam elementos de outros sistemas para evoluir e transformarem-se internamente.

Portanto, para Luhmann, os sistemas possuem paradoxos e se autorregulam através de acoplamentos estruturais realizados por meio da comunicação. Todo sistema é menor do que o ambiente, ou seja, o sistema está contido em um ambiente. Desse modo, um sistema passa por evolução e transformação em esforço contínuo para se harmonizar com o ambiente. Na busca pelo equilíbrio entre sistema e ambiente, nasce a ideia de *autopoíese*:

Os sistemas sociais, mediante a autopoíese, geram e reproduzem internamente seus próprios elementos de funcionamento sem a interferência ou influência de elementos externos. Os sistemas sociais são, portanto, sistemas auto referenciais, ou seja, todos os processos comunicativos internos dizem respeito a elementos internos e são definidos a partir de orientação interna. (NEVES, 2005, p.21)

Os referidos conceitos utilizados na teoria dos sistemas, por Luhmann advém de outros campos científicos: cibernética (Heinz von Foerster), biologia (Francisco Varela e Maturana) e a lógica (Spencer

7 Nesse sentido, a sociedade vai aparecer como resultado das relações entre sistemas não exatamente imbricados, mas acoplados desde as suas próprias estruturas. Pode-se dizer que as diversas formulações desta teoria buscaram dar conta de um problema comum tanto à sociologia quanto à economia, o de subsumir o econômico no social (NEVES, 2005, p.162)

Brown)⁸. Assim, a teoria dos sistemas é transdisciplinar e auxilia a entender o funcionamento de subsistemas sociais, a exemplo do Direito.

Importante destacar que o Direito é um subsistema cultural, linguístico e que cria condições próprias para se manter - buscando a harmonia - e se reproduzir (*autopoiese*). Para tanto, necessita gerenciar seus próprios paradoxos. Mas o que são paradoxos? A palavra advém do latim: *paradoxon* e segundo o Dicionário Houaiss, significa: pensamento, proposição ou argumento que contraria os princípios básicos e gerais que costumam orientar o pensamento humano; contradição.

Para Luhmann (2000, p.153), em situações de crise, numa troca de razões de fundamentação ou na busca por formas basicamente diferentes de estabilidade, manifesta-se o paradoxo: “a fim de conduzir a troca de paradigmas, ensinando também que não se pode agir, nessa questão, simplesmente de forma voluntarista”.

Assim, de acordo com a teoria dos sistemas luhmanniana, a razão de ser dos paradoxos é o liame condutor da mudança de paradigmas para garantir a estabilidade daquele sistema. É justamente o que se observa atualmente no mundo do trabalho, especialmente no Brasil, após a positividade de legislações que tratam de *compliance*⁹ e da Reforma Trabalhista de 2017: o subsistema “Direito” sofreu uma crise e via acoplamento estru-

8 Para mais detalhes ver: Foerster, H. von. *On Self-organizing Systems and their Environment*. Nova York, Pergamon, 1960; Gunther, G. “Cybernetic Ontology and Transjunctional Operations”. In: Yovits, M., Jacobi G. & Goldstein G. (Org.) *Self Organizing Systems*. Washington D. C., Spartan Books, 1962; Spencer-Brown, G. *Laws of form*. Londres, Allen & Unwin, 1969; Varela, F. *Principles of biological autonomy*, Nova York, Elsevier, 1979 e Maturana, H. e Varela, F. *Autopoiesis and cognition*, Boston, D. Reidel, 1979. Todos esses autores estavam envolvidos, na década de 1960, com a pesquisa cibernética e com o desenvolvimento da teoria dos sistemas auto-organizados, contribuindo cada um com um ou mais conceitos. Foram desenvolvidos modelos de explicação para os sistemas recursivos e autopoéticos. A teoria dos sistemas sociais de Luhmann é tributária mais desta mudança de perspectiva, que possibilitou o desenvolvimento dos conceitos de sistemas sociais fechados operacionalmente, mas abertos cognitivamente, do que da tradição sociológica. (NEVES, 2005, p.11)

9 O início da utilização do termo no Brasil se deu com a Legislação 12.846/2013 e pelo Decreto nº 8.420, de 2015. No Distrito Federal há a Lei 6112/2018 (PL 1806/2017), que torna obrigatória a implantação de programas de integridade para as empresas que celebrem com o Governo contratos acima de R\$ 80 mil com duração superior a seis meses.

tural de outros subsistemas (político e econômico), alterou seu paradigma por meio do surgimento dos paradoxos.

Para Luhmann (1984, p.55), os sistemas tanto necessitam realizar uma auto adaptação, ou seja, administrar suas próprias complexidades, quanto administrar seu entorno, ou seja, harmonizar-se com outros sistemas dentro do mesmo ambiente:

Los sistemas complejos no sólo necesitan adaptarse a su entorno, sino también a su propia complejidad. Tienen que afrontar improbabilidades e insuficiencias internas, y desarrollar disposiciones construidas expresamente para reducir conductas divergentes; sólo así es posible la existencia de estructuras dominantes. Los sistemas complejos, por lo tanto, están constreñidos a la autoadaptación en un doble sentido: la adaptación propia y la adaptación a su propia complejidad. Sólo así es explicable que los sistemas no puedan seguir sin interrupción los cambios realizados en el entorno, sino que tengan que tomar en cuenta también otros aspectos de la adaptación que finalmente encuentran su razón de ser en la autoadaptación.

Ainda sobre o subsistema “Direito”, Luhmann (2000, p.155) observa sua incapacidade de fundamentação teórico-social: “o Direito tem que ajudar-se a si mesmo, tem de tentar domesticar o seu próprio paradoxo”. Surge então o questionamento do presente texto: o conceito de *compliance*, especialmente o de cunho trabalhista, tornou-se solução para resolução do paradoxo intrínseco do subsistema Direito do Trabalho? O paradoxo atual do Direito do Trabalho é: como efetivar direitos fundamentais laborais? O *compliance* é uma solução real, ilusão do sistema ou ocultação do verdadeiro paradoxo?

Para Raffaele Di Giorgi (2016, p.116) a teoria dos sistemas assume como seu ponto de observação o “déficit de racionalidade do direito”. Para o autor, em sua estrutura, “o direito possui tautologia e paradoxo, indecidibilidade e fechamento ao externo”.

Sobre paradoxos do direito, interessante evidenciar um primeiro paradoxo apontado por Luhmann em seu texto: “O paradoxo dos Direitos Humanos e três formas de seu desdobramento”. Ele aponta como um paradoxo inicial a ressignificação da figura semântica, ou seja, a substituição do termo “Direitos Naturais” pelo conceito de “Direitos Humanos”, na tentativa de reconstruir um modelo de eficácia e um novo sentido para um termo já ultrapassado e sem credibilidade.

A expressão Direitos Naturais¹⁰, derivada da própria razão da natureza humana, passou a não convencer em função do que a modernidade produziu, por exemplo: a expansão napoleônica (1799 a 1815) e as duas grandes guerras mundiais. A segunda grande guerra (1939 a 1945) é o momento de maior abalo para a expressão: direito natural. Como após a segunda guerra e a morte de mais de 45 (quarenta e cinco) milhões¹¹ de pessoas pode-se, ainda, falar em direito natural? Como continuar a existir um direito natural, se o direito a vida (principal alicerce) fracassou?

O pensamento euro centrista, em razão da trágica realidade que vivenciava, reinventou a linguagem e a expressão: Direitos Humanos. Para Luhmann (2000, p.153), “o problema da fundamentação dos direitos humanos é uma herança que a decadência do antigo Direito Natural europeu nos deixou.” Então, o primeiro paradoxo dos Direitos Humanos é quando essa nova expressão substitui um termo decadente chamado de Direito Natural. Esta, não mais persuadia e nem reconstruía o processo civilizatório para dotá-lo de eficácia e efetividade.

Para Luhmann (2000, p.155):

10 Direitos imutáveis, eternos, irrevogáveis. Conceitualmente, os Direitos Humanos e fundamentais são diferenciados. Para Ingo Wolfgang Sarlet (2004), diferenciam-se no âmbito formal, mas se assemelham no material: formalmente, os direitos humanos são inerentes ao ser humano e existem independentemente de território definido, portanto, aspiram à validade universal e têm caráter supranacional, enquanto os fundamentais necessitam de posituação constitucional em determinado Estado.

11 Disponível em: <<https://www.nationalww2museum.org/students-teachers/student-resources/research-starters/research-starters-worldwide-deaths-world-war>> Acesso em: 01 de agosto de 2019

Partimos da tese de que se pode observar uma determinada “catástrofe” (N.T.: mudança evolutiva abrupta) na Europa do século XVI, e que os “direitos humanos” são o resultado da de construção do Direito Natural (em que, para autoengano dos protagonistas, o termo Direito Natural é mantido, mas adaptado como um tipo de direito racional).

Assim, surge o primeiro paradoxo luhmanniano e o seu desdobramento: como reconstruir e ressignificar regras que decaíram e perderam sentido? Isso aconteceu com o advento da expressão “Direitos Humanos” após a derrocada do termo “Direitos Naturais”. Para Luhmann (2000, p. 157): “O conceito de Direitos Humanos (em oposição a direitos civis) sugere que se tenha achado uma solução para esse paradoxo, e que daí para diante ele possa ser esquecido novamente. Mas em que consiste essa solução?”

Nesse ínterim de discussão sobre uma possível solução para a resolução do paradoxo, cumpre tecer algumas aproximações entre a resignificação semântica do termo Direitos Humanos e da terminologia *compliance*. Assim como o fraco poder de convencimento dos direitos naturais, o termo *compliance* também é uma reinvenção de regras que decaíram. Logo, o referido termo é também uma ressignificação da estrutura semântica do sistema.

Na realidade, precisa-se reconstruir o modelo de eficácia e eficiência nas regras do subsistema do Direito. Como as regras clássicas (do Direito do Trabalho, por exemplo) não possuem mais a força persuasiva de outrora, surgiu então uma palavra que adentrou ao discurso jurídico hodierno: *compliance*. É uma reconstrução do sentido. É uma ilusão funcional. Em outras palavras, é funcionalizar as ilusões de que o sistema irá funcionar melhor e vai garantir direitos fundamentais laborais. Será verdadeiro?

O *compliance* se mostra como uma solução para a efetividade de direitos, mas será que essa substituição de poder estatal, reconhecido e incentivado pelo próprio Estado, e gerenciado pelas empresas terá o

condão de resolver o paradoxo criado pelo próprio Direito do Trabalho ou será apenas uma ilusão do funcionamento do próprio sistema, fica o questionamento.

Assim, o primeiro paradoxo apontado por Luhmann: as estruturas do sistema são puramente semânticas. O novo termo *compliance* trabalhista vem para revigorar as forças das regras já esgotadas pelo seu tempo e recai no segundo paradoxo apontado por ele: os Direitos Humanos são erigidos ao status quando são descumpridos:

Normas são reconhecidas por meio de suas violações; e os direitos humanos na medida em que são descumpridos. Assim como frequentemente as expectativas tornam-se conscientes por via de sua frustração, assim também as normas frequentemente pela ofensa a elas. A situação de frustração conduz nos sistemas que processam informações à reconstrução de seu próprio passado, ao processamento recorrente, com resgate e apreensão do que no momento for relevante. Parece que a atualização dos direitos humanos, hoje, utiliza-se em nível mundial primariamente deste mecanismo. (LUHMANN, 2000, p. 150)

A norma, portanto, é criada para construir segurança, mas a validade aparece quando é violada por alguém, dessa maneira, é tida como direito humano. A validade da norma, para Luhmann mostra-se em seu descumprimento. Inclusive, quanto ao caráter temporal, ou seja, um direito humano descumprido hoje pode não ser o mesmo a ser protegido no futuro. Dessa maneira, convém estudar a teoria dos sistemas de Luhmann por apresentar substratos que elucidam tais comportamentos, principalmente no mundo do Direito.

Assim, através desse processamento recorrente entre expectativa e frustração ou reconhecimento de normas e suas violações é que os sistemas processam suas informações recorrentemente e apreendem o que for de mais relevante naquele momento. Então, o primeiro paradoxo analisado alhures por Luhmann sobre a substituição do termo direito natural por

direito humano, foi fruto de um desses processamentos do sistema denominado Direito. Bem como, o termo inovador *compliance* erigido como solução para efetivação de direitos fundamentais laborais também surgiu através da atualização e processamento interno do seu respectivo sistema.

Os paradoxos surgem com novas nomenclaturas e cabe ao Direito (já que é um subsistema próprio), domesticá-lo e transformá-lo na mudança de paradigma. É nessa metáfora da autopoiese que o Direito transforma suas normas e estruturas normativas.

Quanto ao Direito do Trabalho, fruto de muitas lutas operárias internacionais e nacionais para sua positivação (que não é sinônimo de força normativa), cumpre uma auto-observação enquanto sistema acerca do instituto do *compliance* e dos principais pontos adstritos ao conceito: proteção da pessoa jurídica, limites ao poder diretivo moderno, proteção contra corrupção, benefício financeiro para as empresas, participação dos trabalhadores na implantação da ferramenta, por exemplo.

O pesquisador, denominado por Luhmann de observador¹² analisa que o centro do sistema é a ressignificação das estruturas semânticas da comunicação, ou seja, a chave da estrutura do sistema é a semântica. O observador é muito limitado em sua visão. Para Luciano Nascimento Silva (2010, p.03), “o observador só vê aquilo que vê, não vê aquilo que não vê”. Portanto, a teoria dos sistemas é grandiosa e a contribuição de Luhmann é primordial para auxiliar no desvendar dos mistérios para o entendimento do mundo. A caminhada para a real efetivação e resolução dos paradoxos jurídicos é distante, todavia, cumpre percorrê-la utilizando-se de teorias lógicas e científicas.

Previendo um futuro nebuloso e incerto, as normas e decisões judiciais (estruturas de comunicação do subsistema do Direito) deverão sofrer mutações e ressignificações semânticas para se adaptarem aos

12 Para Luciano Nascimento (2010, p.03), o observador: (...) constrói a definição dos fenômenos sociais (interação, organização, sistemas) com base no critério da identificação das diferenças. Por este método nasce a *Teoria da Sociedade* ou *Teoria dos Sistemas Sociais*, no entanto, o *Observador* que observa e é observado, mas não consegue se auto-observar, não observa tudo. O *Observador* “só vê aquilo que vê, não vê aquilo que não vê”.

novos tempos. É o que acontece com o conceito de *compliance* trabalhista: uma ressignificação da figura semântica onde o desejo central é a almejada - efetividade de direitos fundamentais laborais - apesar de a sociedade moderna ter perdido o sentido de humanidade e os Direitos Humanos não possuam mais tanta força normativa.

Referências

BRASIL. **Lei 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília-DF, ago 2013.

BRASIL. **LEI 12.683, DE 9 DE JULHO DE 2012**. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Brasília-DF, jul 2012

BRASIL. **DECRETO 8.420, DE 18 DE MARÇO DE 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília-DF, mar 2015

DE GIORGI, Raffaele. “**A Investigação Sociológica do Direito na Teoria dos Sistemas**”. (*A Sociological Investigation os Law in System Theory*). Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília/*University os Brasilia Law Journal*, V. 02, N. 02, pp. 103-119, abril-agosto, 2016.

DISTRITO FEDERAL. **LEI 6112/2018**. Dispõe sobre a obrigatoriedade da implantação do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Distrito Federal, em todas esferas de Poder, e dá outras providências. Brasília - DF, fev, 2018

LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Introducción de Ignacio Izuzquiza. Traducción de Santiago López PeHt y Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós / I.C.E.-U.A.B., 1990.

_____. “**The Autopoiesis of Social Systems**”. In: F. Geyer and J. van der Zouwen

(eds.), *Sociocybernetic Paradoxes*, Sage, London, 1986, 172ff.)

_____. “**O enfoque sociológico da teoria e prática do direito**”. Tradução do alemão para o português por Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. Florianópolis, *BuscaLegis – Revista*, N 28, Ano 15, pp. 15-29, Junho, 1994.

_____. **Soziale Systeme**. Grundrisse einer Allgemeinen Theorie. Frankfurt: Suhrkamp, 1984.

_____. **O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento**. Tradução de Paulo Antônio de Menezes Albuquerque e Ricardo Henrique Arruda de Paula. *Themis, Fortaleza*, v. 3, n. 1., 2000.

MILLER, Geoffrey Parsons. **The Compliance Function: An Overview**. *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*. Edited by Jeffrey N. Gordon and Wolf-Georg Oct, 2015

SILVA, L. N. . **O observador e a teoria do conhecimento** - a invenção do saber científico. In: SILVA, Luciano Nascimento; BENE, Caterina Del. (Org.). *Filosofia do Direito - Estudos do Centro de Studi Sul Rischio dell' Università del Salento*, Itália, dos Profs. Drs. Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi. 1ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014, v. 1, p. 71-80.

_____ - **Il Diritto come Sistema Autopoietico**. In: SILVA, Luciano Nascimento; LEMOS, Jonas. (Org.). *Luhmann e gli Osservatori - Collana*

Teoria della Societa. 1ed.Lecce: Casa Editrice Pensa Multimedia, 2015, v. 1, p. 54-69.

NEVES, Fabrício Monteiro. AGUILAR FILHO, Hélio Afonso de. “**O Acoplamento entre Sociedade e Economia: A Teoria dos Sistemas nas contribuições de Talcott Parsons e Niklas Luhmann**” (*The Coupling Between the Economy and Society: The Theory os Systems in the constributions os Talcott Parsons and Niklas Luhmann*). Santa Maria/RS, Século XXI – Revista de Ciências Sociais (*Journal os Social Sciences Revue des Sciences Sociales*), Vol. 2, nº1, pp.138-167, jan./jun. 2012.

NEVES, C. E. B.. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**. 2005. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade de São Paulo.

SAAD-DINIZ, Eduardo. “**A sociologia da decisão: a econômica, a política, a jurídica**”. São Paulo, *Revista da Faculdade de Direito da USP*, pp. 953-965, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

A DES(RE)COMPLEXIFICAÇÃO DA LÓGICA PROTETIVA DO DIREITO DE AUTOR: O PROJETO *CREATIVE COMMONS* COMO RESULTADO DA INTERAÇÃO DOS PARADOXOS DO SUBSISTEMA AUTORAL E DOS MEANDROS DO CIBERESPAÇO

Matheus Victor Sousa Soares¹
Robson Antão de Medeiros²

“Saberíamos muito mais das complexidades da vida se nos aplicássemos a estudar com afinco as suas contradições em vez de perdermos tanto tempo com as identidades e as coerências, que essas têm a obrigação de explicar-se por si mesmas. (José Saramago)”

Introdução

E DIFÍCIL FALAR EM “CRISE DO DIREITO”, PRINCIPALMENTE QUANDO se adota uma abordagem sistêmica do fenômeno jurídico onde é admitida, como máxima, que os sistemas sociais são erigidos conforme a matéria prima por eles produzida, isto é, de modo autorregulado/autopoético. Ainda assim, é palatável se referir a “perturbações” em seus subsistemas; fala-se, então, em “agonia do direito autoral”; em “transformações no compartilhamento de obras autorais”; em “desaparecimento do autor”. Em comum: perturbações motivadas pela resistência à “realidade” do ciberespaço.

1 Mestrando do Programa de Graduação em Ciências Jurídicas vinculado à Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Graduado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG)

2 Doutor, professor dos cursos de Graduação em Direito, do Programa de Pós-Graduação em Direito – CCJ – UFPB – e do Programa de Mestrado Profissional em Gerontologia – CCS – UFPB

Diante disso, questiona-se como foi possível a estruturação de um subsistema autoral devotado à tutela simultânea dos interesses pessoais autor, do valor econômico da obra, do papel dos intermediários da cadeia criativa e das prerrogativas da coletividade? Ou não foi possível? Ou ainda, e se foi possível por um certo tempo, longo, decerto, mas ainda assim, contra as expectativas *ad aeternum* da lógica de blindagem autoral? Estas são perguntas que ilustram o paradoxo do qual decorre a complexidade do direito autoral, potencializada pelos novos arranjos da comunicação da Era Digital, que dão à linguagem autoral um novo *sentido* mediante sua “recodificação” no ciberespaço.

Neste sentido, este artigo busca constatar e problematizar os paradoxos dos direitos autorais, dando ênfase às consequências do paradoxo “ciber”: aumento das possibilidades de disponibilização do conteúdo gerando como contrassenso a ampliação de práticas ilícitas de armazenamento, modificação e transmissão de obras autorais.

Ocorre que atualmente os Direitos Autorais se inserem em um quadro cibercultural e têm sua incolumidade secular desafiada. Tanto ele, enquanto subsistema do Direito, perde a utilidade, quanto some, consideradas suas finalidades, a própria figura do ao autor, como pretexto da lógica protetiva corrente.

Neste contexto, desenvolve-se este estudo partindo dos postulados da Teoria Geral dos Sistemas, aperfeiçoada pelas constatações de Niklas Luhmann, para se debruçar sobre o paradoxo estrutural dos direitos autorais, ao mesmo tempo em que se recorre ao movimento *Creative Commons* e suas licenças homônimas como representantes das categorias da auto-poiese perante o subsistema autoral.

1 O desnublamento das categorias Luhmannianas: da autopoesis e da essencialidade do paradoxo à emergência de uma nova complexidade ciberestruturada

Em revisitação às categorias fundamentais da Teoria dos Sistemas, o que se faz mediante o recurso a uma Teoria Geral dos Sistemas Sociais, da qual é expoente o sociólogo Niklas Luhmann, se desnublam a importância

do paradoxo, sua essencialidade, no surgimento e na administração da complexidade do mundo. Sobre o tema, Neves e Neves (2006, p.191) apontam que “[...] complexidade significa a totalidade dos possíveis acontecimentos e das circunstâncias: algo é complexo, quando, no mínimo, envolve mais de uma circunstância”, acrescentando que:

Com o crescimento do número de possibilidades, cresce igualmente o número de relações entre os elementos, logo, cresce a complexidade(...) essa complexidade extrema do mundo, nesta forma, não é compreensível pela consciência humana. A capacidade humana não dá conta de apreensão da complexidade, considerando todos os possíveis acontecimentos e todas as circunstâncias no mundo. Ela é, constantemente, exigida demais. Assim, entre a extrema complexidade do mundo e a consciência humana existe uma lacuna. E é neste ponto que os sistemas sociais assumem a sua função. Eles assumem a tarefa de redução de complexidade (...) se, de um lado, os sistemas sociais operam para a redução da complexidade, por outro, eles também constroem sua própria complexidade (NEVES E NEVES, 2006, p.191).

Essa complexidade é incrementada pelos novos elementos advindos do ciberespaço e pelas relações sociais entre os elementos novos preexistentes de sentido modificado que essa nova canalização do fluxo informacional constrói, revelando a adequada transposição do conceito biológico de autopoeise aos sistemas sociais.

Digno de nota é que se fala em “complexidade percebida”. Isto porque esta complexidade não é estática e não existe em si mesma, necessitando de um observador. Essa figura é fundamental na lógica sistêmica de Luhmann e é importante no vislumbre das repercussões do ciberespaço nos direitos autorais, ao se admitir o Direito como único em que consegue se auto-observar, isto é, descrever a complexidade, conforme a percepção e descrição daquilo que é complexo por outro observador “superior”. Para cristalizar, em sistemas hipercomplexos como o Direito, a

complexidade percebida, ao menos por tempo razoável para que se determinem mais facilmente as estruturas do sistema social em diferenciação por vir, recorre-se a ideia de *sentido*, atribuído – e isso é paradoxal – pelas próprias estruturas.

Curvello e Scroferneker (2008) falam sobre a instabilidade da entidade sistema, caracterizando-o como processual e que se organiza a partir de eventos sobrepostos, o que torna imprecisa a mudança de decisão. Conforme os mesmos, “sempre se está decidindo de uma maneira nova sobre um mesmo tema. E mais: ainda que se decida sobre determinado evento, sempre haverá abertura para a contingência, para o indeterminado” (CURVELLO; SCROFERNEKER, 2008, p. 8).

Isso implica na constatação de sistemas operativamente fechados e cognitivamente abertos, onde a comunicação atua como chave e cadeado tornando a unidade básica – e a multiplicidade estruturante – o paradoxo. O que entra incrementando o modelo operativo do sistema é, antes mesmo de captado, processado para então ser assumindo como elemento constituinte do sistema, ainda que advindo, a rigor, do exterior; é preciso que as estruturas de certo sistema social *fagocitem* antecipadamente a informação externa para que possa esta ser reintroduzida “compativelmente” com o sistema. Caso ocorra doutra maneira, o sistema sofre forçosamente interferência externa, sendo substituído pelo sistema agressivo que lhe desafia as estruturas.

É Corsi *et al* (1996, p. 124) que lança luz à questão do paradoxo e sobre seu desdobramento específico no sistema do Direito:

Las paradojas surgen cuando el observador, que en cuanto tal señala algunas distinciones, hace surgir la cuestión de la unidad de la distinción que está utilizando. Toda distinción es inherentemente paradójica, precisamente porque los dos lados que la constituyen siempre están presentes contemporáneamente: el uno en cuanto lado indicado, el otro como el lado que debe ser sobreentendido como lado al ojal se hace referencia (...) Un ejemplo de esta duplicidad de cada observación lo encontramos en una distinción fundamental

para cualquier sistema que sea capaz de observar, la decisión entre sistema y entorno (...) El sistema jurídico, que opera con base en la distinción entre quién está en lo legal y quién en lo ilegal, se encuentra ante una situación paradójica cuando se le pregunta con qué derecho el sistema jurídico establece quién está en el derecho y quién no.

Como se percebe, o paradoxo tem uma função específica, que é forçar ao observador conceber formas de organização adequadas, eficientes, captando não de consensos e de complementariedades a natureza do objeto, mas encarando estes fenômenos como decorrência do aumento de complexidade e implicadores da formação de sistemas sociais. Diz Luhmann (1999, p.136) citado por Neves e Neves (2006, p.195) que a complexidade “assume a forma de um paradoxo: complexidade é a unidade de uma multiplicidade. Um fato é expresso em duas versões distintas: como unidade e como multiplicidade, e o conceito nega que se trate de algo distinto”.

Contextualizando no ciberespaço, tratar-se-á de uma “complexidade ciberestruturada” para conectar a expressão “complexidade organizada” utilizada por Luhmann. Esta expressão não sugere que o ciberespaço organiza a complexidade, mas que a complexidade é acentuada pelos caracteres ciber. O que se espera é que essa nova complexidade percebida pelo observador do ciberespaço e que requinta os métodos de aquisição, armazenamento e transmissão das informações, gere modelos de escoamento da produção comunicativa – para além da mensagem oral e escrita, da ideia presença e ausência – que a acompanhem a aceleração do ciberespaço e consigam captar valores econômicos, políticos e sociais reequacionados pela cibercultura.

Traz Stockinger (2001) que a capacidade de autorregulação assentada na comunicação somente pode ser alcançada considerando que o sistema constitui seus próprios elementos; determina o modo como seus elementos se relacionam; que o sistema reproduz a totalidade de suas próprias estruturas, inclusive quando estas são amalgamadas através

do acoplamento estrutural; que a informação é a energia sociogenética processada de modo autorreferencial, não correspondendo, pois, a uma moral determinada “por fora”; que o sistema se baseia em um princípio de seleção; que o desequilíbrio do sistema sugere um comportamento imprevisível direcionado ao reestabelecimento da coerência interna. Observa Stockinger (2001, p. 109-111) que a internet como ambiente tem o condão de não apenas amplificar a formação de campos de comunicação social nos moldes de “instrumentos”, mas “é capaz de fazer emergir construções culturais e sociais inéditas, que se transformam praticamente em sujeito, ganham “vida” própria, uma vida virtual equipada com inteligência artificial”.

Revela-se uma progressão do ciberespaço de subsistema a sistema propriamente. Desta feita, é possível ao ciberespaço introduzir novos elementos ao sistema social principal. No mesmo ritmo que introduz novos elementos, emula suas próprias relações e engendra as relações dos sistemas sociais tradicionais em suas próprias, gerando uma socialidade diferente da corrente na IRL (*in real life*) (PALACIOS, 1996).

Esses elementos e relações são, naturalmente, se persistentes, exigidos pelos sistemas sociais, que passam a reproduzi-las em massa. Disso extrai-se uma relação simbiótica fibrosa, isto é, composta de vários canais comunicacionais irrigados por vitais informações processadas e difícil, para não dizer impossível, partição. Estruturas e operações ao mesmo tempo preservadas e flexíveis, aptas a fazer emergir novas estruturas.

Cria-se complexidade própria no afã de reduzir complexidades préteritas, o que induz a um novo processo de seleção, envolvendo, assim contingência e risco como ferramentas gerais de constituição e operabilidade dos sistemas sociais. É factível: toda tentativa de descomplexificação, se bem-sucedida, implica, em uma recomplexificação do sistema, senão imediata, probabilística. Assim, fala-se em uma interpenetração do ciberespaço no subsistema autoral certificada por um acoplamento estrutural *experimental* que tende a ser reproduzido pelas subseqüentes atualizações dos sistemas sociais.

Ter-se-á, assim, o ciberespaço como um novo sistema social (sistema social virtual em um ambiente sobreposto ao “mundo” como unidade analítica luhmaniana absoluta) ou, diante dos elementos e relações com elementos nele surgidas como subsistema, sucessivas atualizações de sentido dos sistemas sociais – incluído nesse arquipélago sistêmico o Direito e os Direitos Autorais, e seus respectivos mecanismos de proteção da propriedade – em decorrência da ampliação probabilística da integração *online*? Em outras palavras, seriam as intercorrências do ciberespaço “eventos potencializadores/atualizadores” do sistema social ou substancialmente indícios da constituição de um novo sistema social?

Nesse contexto, falar sobre cibercultura não é mera prefixação irresponsável: é a enunciação de *devir* humano. Se os efeitos desta transformação serão armagedônicos ou, por outro lado, providenciais, dependerá da postura adotada pelas unidades comunicacionais diante do aumento da complexidade, gerado pela acentuação e desocultação sucessiva de paradoxos, aí incluído o paradoxo autoral incrementado pelos valores da cibercultura.

2 Direito autoral e genética paradoxal: em prol de uma Engenharia reconstrutiva assessorada pelas licenças creative commons

Se a linguagem e o processo comunicativo criam realidades, pode-se falar que, emergente, o ciberespaço desponta como subsistema, auxiliando a operação dos sistemas sociais. Porém, nesse movimento de suporte, o ciberespaço constitui suas próprias estruturas, de modo que coopera somente até o momento em que possa reclamar sua existência definitiva, corpórea, como sistema social autônomo.

É essa vitalidade plena do ciberespaço que ameaça os direitos autorais³ alimentando que, cada vez mais, se descortinem os artifícios que

3 Comentando sobre o armazenamento e potencial transmissão dos dados da obra na chamada nuvem (*cloud computing*), Garcia (2013, p. 225) que “La relación entre tecnología y derechos de autor no ha sido fácil, ni pacífica. La fotografía, la fotocopidora, la doble casetera, la video-grabadora, la tecnología peer to peer que facilita la descarga de contenidos musicales digitales, el mp3, y los dispositivos electrónicos como el ipod o el kindle de Amazon, han sido objeto de cuestionamientos por los autores y, ahora, por los proveedores de contenidos (literarios,

ocultam seu paradoxo essencial – e paradoxos correlatos – como a ideia de escassez de bens, nos dizeres de Lessig (2001), não rivais, a indispensabilidade de um suporte material para sua propagação e a necessidade de identificação de um sujeito criador, decerto autor, nos bastidores da criação intelectual.

Contudo, prenuncia-se uma ordem autoral, surgindo da desordem da obra intelectual colocada “em rede”. Isso porque uma vez atribuído sentido progresso ao Direito Autoral – propriamente à lógica protetiva do autor/obra/coletividade mediante estruturas fundamentadas na ideia de propriedade intelectual modernamente mitigada pelas necessidades do *fair use* – é possível perceber não apenas a necessidade atualizações obrigativas de sentido motivadas pelo pela lógica de transparência imperativa e solidariedade compulsória do ciberespaço (PALACIOS, 1996), mas também *como* serão realizadas essas atualizações. Alinhavando esta situação, coloca Neves e Neves (2006, p. 197-198) que “quem tem experiência de algo determinado também pode ser remetido a outras experiências que, por sua vez, podem ser atualizadas ou potencializadas”.

Essa tentativa de reduzir essas complexidades pelo próprio subsistema autoral – uma auto simplificação – somente é possível optando por um entre dois caminhos: sentenciar à “morte” o direito autoral e endossar sua sequencial substituição pelas estruturas de compartilhamento do ciberespaço – esmagando, no percurso, o autor e sua individualidade; o leitor enquanto consumidor; a obra como peça original –; ou extrair do próprio subsistema autoral, endogenamente, instrumentos adaptativos. A oferta de licenças *Creative Commons* se alinha à segunda solução.

Sobre as referidas licenças, Branco e Britto (2013) anotam que mediante o sistema *Creative Commons* é possibilitado aos autores o licenciamento de suas obras intelectuais por intermédio de licenças públicas, as quais permitem a sua utilização pela coletividade nos termos/limites estabelecidos nas licenças. Há, pois, a viabilidade de o autor, escolher apenas

gráficos, musicales) en el ciberespacio. La pugna es evidente entre los titulares de los derechos sobre los contenidos y aquellos que pregonan a ultranza el acceso a la cultura y al conocimiento propiciado por las nuevas tecnologías de la información.

alguns direitos reservados em lugar do “todos os direitos reservados” como limites a utilização de sua obra, “essa solução protege os direitos do autor, que os tem respeitados, ao mesmo tempo que permite, por meio de instrumento juridicamente válido, o acesso à cultura e o exercício da criatividade dos interessados em usarem a obra licenciada” (BRANCO; BRITO, 2013, p.60).

Anote-se que o subsistema autoral tem a vantagem de, em sua genética, ter a técnica como aliada, uma vez que sua significância enquanto ramo do direito se deu em razão do avanço da tecnologia, precisamente da prensa de Gutemberg em 1450 (FRAGOSO, 2009). Diante desse pressuposto, o subsistema autoral tem, ainda que dormentes, as estruturas para compatibilizá-lo com os ditames ciberespaço, apenas sendo necessária uma dedicada retroação para notar importância de alguns de seus instrumentos.

Isso porque o problema que se mostra com a virtualização da informação – no caso, do conteúdo das obras autorais convertido em dados – é o mesmo causado pela prensa de Gutemberg: acesso amplo *versus* remuneração e reconhecimento do autor e dos intermediários; um problema binomial, inclusive: licitude/ilicitude da cópia *versus* acesso/restrrição do conhecimento que aponta para perturbações na conjuntura social (ADOLFO, 2008), econômica (WACHOWICZ, 2008), jurídica (MIZUKAMI, 2007) e, tanto quanto na época do *Copyright Act* e do Estatuto da Rainha Ana, político (FRAGOSO, 2009). Diz Lewicki (2011, p. 287) que “mais que anacrônica, a situação é paradoxal: nenhum ramo do direito privado sofreu de forma tão intensa os influxos da tecnologia, e poucos continuam tão atados às suas origens”.

Retoma-se, assim, a indagação: como foi possível a estruturação de um subsistema autoral devotado à tutela simultânea dos interesses pessoais autor, do valor econômico da obra, do papel dos intermediários da cadeia criativa e das prerrogativas da coletividade? E responde-se: foi possível graças o artifício da vinculação da proteção da obra autoral à proteção da propriedade enquanto direito fundamental.

O que se vê é que tal transposição valorativa fez com que o subsistema autoral se edificasse com a mesma solidez que a os direitos de

propriedade. Mas o direito de propriedade se refere secularmente à tutela de bens corpóreos. Com o ciberespaço, com a virtualização progressiva e inadiável da informação, a corporalidade que reveste os direitos autorais, que os encobre de fato, e que os aproxima da propriedade, desaparece; conseqüentemente, a solução estabilizante do subsistema autoral pela interpretação como propriedade, tremeluz, deixando entrever a verdade encoberta: a obra autoral é imaterialíssima.

Dessa forma, o que de similar a esta solução tão longamente sustentada se poderia fazer hoje, com a Internet? E, mais uma vez, ousa-se responder: deve-se realçar que o direito autoral é vocacionado à realização de uma função social e, ao mesmo tempo, operar no sentido de criar uma vitrine de instrumentos que permitam a introjeção da noção da prevalência do aspecto cultural dos direitos autorais em lugar dos ganhos patrimoniais, não só para a coletividade⁴, mas também para os próprios autores.

A princípio, tal abordagem parece desconstruir as fundações da lógica protetiva e, com isso, em lugar de incrementar a resiliência do subsistema autoral, contribuir para sua extinção, primeiro econômica e, após, a completa anulação de suas finalidades de estímulo ao progresso artístico e científico. Ocorre que, como anotado linhas atrás, a ideia de proteção é uma criação do próprio subsistema autoral para se manter forte em uma dada circunstância histórica, não sendo o seu elemento distintivo; refloresce, no crepúsculo do ciberespaço, uma reconexão do direito autoral com seu escopo primordial: o incentivo à aderência à matriz cultural de ideias processadas pela cultura, retroalimentativamente e exteriorizadas para recompor o ciclo criativo. A isso, Tridente (2009, p. 93) se refere como *paradoxo estrutural*, sendo ele decorrente principalmente “do fato de que toda nova criação precisa utilizar os signos de comunicação já existentes para possibilitar a expressão de novas ideias”. Esses signos, porém, muitas vezes, pela arquitetura do subsistema autoral, estão indisponíveis

4 Sobre o tema, Branco e Britto (2013, p.21) argumentam que “o projeto Creative Commons aproxima os autores dos usuários das obras, dispensando alguns dos intermediários que se tornaram obsoletos com a popularização dos meios tecnológico”

aos novos autores, o que encerra um obstáculo aparentemente incontornável para o surgimento de outras criações.

Diante disso, tem-se que a disponibilização, inclusive na própria Rede, de licenças variadas, plásticas, adaptadas aos sistemas de proteção autoral e adaptáveis pelos usuários às flutuações do ciberespaço, de fácil obtenção, intuitivas, amplamente compreensíveis, legíveis por aparelhos eletrônicos *online* e *offline*, auxilia na consecução desse objetivo remodelador do subsistema autoral (BRANCO; BRITTO 2013).

Isso, complementado pela educação em direitos autorais – comprometida com a cientificação da coletividade sobre os aspectos gerais da responsabilidade civil – gera um espírito de partilha e respeito mútuo, de entendimento entre emissores e receptores da mensagem, que é indispensável diante da interatividade inerente ao ciberespaço e que assegura uma sobrevida estratégica ao subsistema autoral apostando no rearranjo auto-poético de suas prioridades em um mundo conectado.

A descomplexificação do sistema em prol da manutenção, ainda que parcial, das prerrogativas exploratórias do autor, realiza-se, conforme os fins deste estudo, por meio o licenciamento *Creative Commons pari passu* à construção de sua própria complexidade, em tempos de um tecnomarco civilizatório, que oportuniza inscrever – reinscrever – , em termos de “tábula rasa”, diretrizes operativas.

Considerações finais

A vantagem das licenças *Creative Commons* é a possibilidade de alterar a lógica da blindagem autoral sem utilizar de mecanismos agressivos de substituição. Mantem-se a genética paradoxal, mas se administra com cautela o que pode ser operativamente alterado em termos de ferramentas, mecanismos.

Nem se nega a legislação, nem se endossa suas tendências; o que se faz é perceber as incipiências e tentar supri-las com soluções paliativas e experimentais, mas que têm alta possibilidade de absorção pelo sistema, quando este perceber sua indispensabilidade, sendo, por conseguinte, reproduzido junto das demais estruturas e relações.

As licenças operam nos limites do subsistema autoral, se valendo dos próprios dispositivos legais sem desestabilizá-lo. Elas conseguem incrementar direitos, reduzir privilégios e eliminar intermediários desnecessários, ao mesmo tempo que afirmam a variância característica do ciberespaço ao lidar com os fenômenos próprios da cibercultura, como o a autoria colaborativa, a cultura do *remix*, a demanda pelo fluxo de informação confiável e transparente e a monetização seletiva, opcional e razoável, sem sobressaltos. Esses fenômenos fazem parte do que se toma pela recomplexificação chancelada pelo uso das licenças *Creative Commons* na esteira do que chama Luhmann de “complexidade organizada”.

O emprego das licenças *Creative Commons*, assim, nascido da urgência de retomar as rédeas do subsistema autoral à beira da catarse extintiva pela abertura ao ciberespaço, tem o condão de inspirar oportunamente as Cortes e o Legislador na busca de uma nova lógica protetiva, consentânea ao ciberespaço, apropriada para substituir às antiquadas tendências monopolizantes. Alimenta-se, paradoxalmente, o paradoxo autoral, estrutural e tecnológico, com certa ansiedade tecnofílica.

Referências

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas benefícios coletivos:** a dimensão privada do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008

BRANCO, Sérgio. BRITTO, Walter. **O que é creative commons:** novos modelos de direito autoral em um mundo mais criativo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013

CORSI, Giancarlo et al. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann.** Universidad Iberoamericana, 1996.

CURVELLO, João José Azevedo; SKROFERNEKER, Cleusa Maria Andrade. A comunicação e as organizações como sistemas complexos:

uma análise a partir das perspectivas de Niklas Luhmann e Edgar Morin. In: **E-compós**. 2008.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral**: da antiguidade à internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009

LESSIG, Lawrence. **The future of ideas**: the fate of the Commons in a connected world. New York: Random House, 2001. Disponível em http://www.the-future-of-ideas.com/download/lessig_FOI.pdf. Acesso em 20 nov. 2019

LEWICKI, Bruno. A historicidade do direito autoral. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva;

WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Direito da propriedade intelectual**: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2011. p. 281-299. 3ª reimpressão

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

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. **Função social da propriedade intelectual**: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88. 2007. 537 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7613>. Acesso em: 20 out. 2019

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais. **Sociologias**, v. 8, n. 15, p. 182-207, 2006.

PALACIOS, Marcos Silva. Cotidiano e Sociabilidade No Cyberespaço: Apontamentos Para Uma Discussão. In: FAUSTO NETO, Antônio;

PINTO, Milton José. (Org.). **O indivíduo e as mídias**. Rio de Janeiro: Diadorim, 1996, p. 87-104

STOCKINGER, Gottfried. A interação em ciberambientes e sistemas sociais *In*: LEMOS, André. PALACIOS, Marcos (org.). **Janel@s do ciberespaço**. Porto Alegre: Sulina 2001. p. 106-127

TRIDENTE, Alessandra. **Direito Autoral**: paradoxos e contribuições para revisão da tecnologia jurídica no século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009

WACHOWICZ, Marcos. Reflexões sobre a revolução tecnológica e a tutela da propriedade intelectual. *In*: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (org.). **Propriedade intelectual em perspectiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

OS DIREITOS HUMANOS NA TRANSNACIONALIZAÇÃO DOS MERCADOS

Natércia Ester da Conceição Estevão Waty¹
Robson Antão de Medeiros²

Introdução

O MARCO DA ECONOMIA LIBERAL DISTINGUE-SE PELA RELATIVIZAÇÃO da soberania do Estado, reduzindo drasticamente a sua atuação intervencionista e o caráter transfronteiriço, bem assim a transnacionalização dos mercados que limita cada vez mais os mecanismos de representação e controle sócio-económico nacional. Este quadro traça um panorama sobre os fatores que se interpõem à efetividade dos direitos humanos revelada pela realidade cotidiana, demonstrando o descompasso entre os preceitos constitucionais e a sua materialização, decorrente de uma discrepância entre o discurso e a prática.

Pressupõe-se que sem um Estado intervencionista a atuar na interdição das arbitrariedades da economia liberal, recurso e escudo do cidadão contra as condições infra-humanas causadas pelo mercado globalizado, não há garantia da efetividade dos direitos humanos. Aborda-se um dos mais emblemáticos assuntos que atravessam a humanidade cuja discussão sobre sua efetiva resolução perpassa a história que é a efetivação dos direitos humanos.

Numa perspectiva panorâmica inicia-se a reflexão sobre o direito económico e o mercado, onde está examinada a relação sob o viés do direito

1 Doutoranda em Direitos Humanos

2 Doutor. Professor dos Cursos de Graduação em Direito, do Programa de Pós-graduação em Direito/CCJ/UFPB e do Programa de Mestrado Profissional em Gerontologia/CCS/UFPB.

econômico, enquanto regulador da economia no mercado e avança-se em torno dos desafios que a efetividade dos direitos humanos suscita.

Seguindo o movimento da economia, no contexto dos mercados, ensaia-se uma reflexão sobre o deserto dos direitos humanos a apontar para a realidade na qual os interesses econômicos, revestidos de poder decisivo e ampliado sobre os destinos da humanidade se sobrepõem aos direitos humanos.

Direito econômico e o mercado

O direito econômico, concebido como ordenamento constitucional da economia, concentra-se na regulamentação das atividades econômicas, de modo que prevaleça a economia dirigida tornando-se, para o efeito, crucial que haja maior intervenção estatal a contrapor-se à economia do mercado, centralizada na propriedade privada e na total liberdade dos agentes econômicos.

A partir desta reflexão delinea-se a dupla instrumentalidade do direito econômico; por um lado a de proporcionar ferramentas para a organização do processo econômico capitalista de mercado, por outro, a de vincar o Estado como um instrumento de influência na transformação social.

Parece importante destacar que prestigiar o direito econômico desta dupla instrumentalidade significa resgatar a sua categorização de instrumento de materialização dos direitos sociais, para que a política econômica esteja sujeita aos dispositivos constitucionais cujo centro de gravidade fundamenta-se no respeito à dignidade humana.

Nesta perspectiva, o desenvolvimento econômico pressupõe a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e geográficas, a prevalência dos direitos sociais, entre outros apresentando-se, assim, o direito econômico importante e fundamental mecanismo de transformação da realidade econômica e social, através da implementação de uma política econômica adequada, de acordo com Moraes e Terra (2012).

A vanguarda do mercado na atividade econômica produz miséria social, acentua desigualdades sociais entre os indivíduos e entre países, transforma os dispositivos constitucionais em letra morta e em garantias

formais, uma vez que as múltiplas oportunidades criadas pelo mercado, *à priori*, não predis põem de condições materiais que possibilitem a maioria da população a participar e usufruir do desenvolvimento econômico.

Saliente-se que com a prevalência do mercado global na economia, as suas políticas de acesso não encontram resposta de concorrência nos cidadãos que menos condições têm de arcar com os custos dessa concorrência.

Mesmo na concepção mais limitada da atuação do poder público, crê-se ser da responsabilidade do Estado controlar a economia de seu respectivo país, através de maior ou menor intervenção, pelo menos para garantir uma existência minimamente dignificante.

Como exemplo ilustrativo podem ser mencionados os serviços de assistência social básicos como saúde, educação, informação, cultura para a população, sob o risco da eclosão de uma doença social degenerativa, um assassinato massivo, qual genocídio, tornando o recurso às políticas deflacionárias um paliativo fadado ao fracasso, a pior solução quando a principal tarefa do Estado é garantir aos seus cidadãos uma vida digna, para além de proteção e segurança da sociedade, enfatizam Bauman e Bordoni (2016).

Ocorre um processo de inclusão quando se operacionaliza nos dispositivos constitucionais a passagem de garantias formais para garantias materiais, destarte, os cidadãos passam a ser participantes do mercado, cenário em que é irrelevante o modo dessa participação, quer seja em forma de corporações, de indivíduos ou grupos econômicos, sendo o mais importante a presença do povo, entendido como coletividades que devem ser incorporadas no desenvolvimento da economia.

O direito econômico destaca-se pela busca da efetividade da função social da economia onde se consubstancia a materialização das funções sociais no reconhecimento dos direitos fundamentais e a crença de garantido desenvolvimento da personalidade do indivíduo que Canotilho (1999) acentua na possibilidade de ser assegurado ao cidadão o desenvolvimento integral, a liberdade de participação crítica no processo político e as condições de igualdade econômica, social e política, através

do pertinente papel do Estado de realizador de direitos, que significa medidas intervencionistas à favor das pessoas que encontram obstáculos ao desenvolvimento da sua personalidade.

O passo em direção ao pensamento de Canotilho (1999) sobre o direito ao desenvolvimento da personalidade na atual crise do Estado, referenciado por Bauman, apresenta-se como apragmática e irrealista, pois, as políticas econômicas atuais, viradas para a liberdade do mercado, estão completamente divorciadas do direito econômico, no seu ordenamento constitucional da economia, na qual atribui ao Poder Público a intervenção regulatória no comportamento dos agentes econômicos no mercado liberal.

Neste contexto seria da competência do Estado, ainda na linha da sua regulamentação, disciplinar as políticas do mercado, a serem regidamente edificadas sobre valores inerentes à criação de condições de uma vida digna para todos.

Esta competência é, irrefutavelmente, pouco provável de prosperar, com a atual velocidade do crescimento do mercado privado global e, analisadas as circunstâncias, parece cristalina a tendência da restrição da soberania do Estado Social intervencionista em planejar e dirigir a economia para o bem-estar social.

Ademais, a conjuntura social vigente parece ser preanúncio de o direito econômico estar a enfrentar uma limitação estrutural na criação de diretrizes para a atuação do Estado na ordem econômica, com a finalidade de criar deveres jurídicos estatais, em busca da materialização do bem estar social coletivo.

De acordo com Silveira (1997) sobre o Direito Econômico e cidadania onde se localiza o seguinte pensamento:

Nota-se que o Direito Econômico tem como característica marcante a efemeridade de suas normas, a flexibilidade das mesmas. Efemeridade devido ao fato de que elas são, necessariamente, adstritas à ideologia de determinada constituição. Revogada ou reformada esta, acrescentando-se palpáveis modificações em

termos ideológicos, conseqüentemente, muda-se aquela, para que, novamente, adeque-se à nova ordem.

Por inferência, este pensamento revela que as normas do Direito Econômico são singelas quanto bastam para limitar e disciplinar políticas cada vez mais complexas do mercado globalizado e igualmente incapazes de dar soluções eficazes às multifacetadas situações sociais, econômicas, cada vez mais diferenciadas.

Na ótica da Silveira (1997), o Direito Econômico funcionaria essencialmente como um instrumento de freio de condutas liberais na economia, em que as normas:

Funcionam, destarte, como fonte de auxílio subsidiária para a concretização dos direitos adquiridos constitucionalmente, dentre eles, os Direitos Fundamentais, haja vista serem a cidadania e a dignidade da pessoa humana fundamentos da atual Carta Constitucional, a construção de uma sociedade justa é objetivo fundamental, devendo-se pautar no referencial da realização da Justiça Social.

Pode-se sugerir deste posicionamento o ideal do funcionamento, não só do Direito Econômico (como ordenamento constitucional de regulamentação do mercado capitalista), mas de todos outros dispositivos constitucionais em prol da humanização da sociedade, haja vista que o que se tem colhido na humanidade são sacrifícios humanos a ofuscar as esperanças da dignidade humana.

Há uma regressão para o Estado da natureza quando a tendência devia ser a da progressão ao Estado social quando a injustiça desfila impunemente pelas ruas, aos olhos nus se espreita a violência social e institucional; são emblemas nos conglomerados humanos, nas grandes cidades, as desigualdades entre as pessoas e países e são marco mundial a intolerância política, racial, tribal e religiosa.

Parece dever seguir-se o pensamento de Pereira (2010) quando reconhece que a atuação do governo na economia é justamente para garantir

um crescimento estável em longo prazo, provados ao longo da história os benefícios daí resultantes, por evitarem fortes desajustes e quando acresce que o crescimento de economia de forma descontrolada provoca efeitos nocivos, bem visíveis na realidade brasileira e em muitos outros países de condições semelhantes.

O deserto dos Direitos Humanos nos mercados

Esta reflexão é baseada na análise do Direito Económico e o mercado que ajuda na compreensão de algumas forças que sendo operativas pode favorecer um padrão de vida desejável.

A análise estendeu-se também na identificação de fraquezas geradoras de um mal estar social generalizado, que não sendo corrigidas, poderão gerar uma cadeia desastrosa de problemas. Ainda que, não em forma de oráculo, pode predizer-se que as mais destacáveis características do presente e do futuro quadro histórico, não se prevê qualquer razão para acreditar, a avaliar todos os sistemas económicos encabeçados pelo mercado, na efetividade dos direitos humanos.

O estágio do desenvolvimento da economia no mercado caminha em alta velocidade, em contramão de ser o cidadão o beneficiário maioritário, sendo legítimo colocar-se a questão de saber se será possível mudar com reformas económicas maciças ou provavelmente o ponto central, se há interesse em mudar.

Para Bauman & Bordoni (2016) indicam resolutamente o problema modal contido na economia do mercado, ao tratar-se da redundância a impossibilitar as famílias do poder de compra, privando-as de poupanças e reduz o consumo, fato com repercussões no comércio e na produção, o que leva, por conseguinte, caminhar-se em direção ao mais temível estágio das crises económicas: a estagnação. Em face disso, a solução adotada pelo Estado e pelo governo pode ser a do aumento de impostos para a compensação, uma solução, de resto, que só afunda ainda mais. Deste pressuposto, comparado com a realidade circundante, pode afirmar-se com alguma tranquilidade que esta solução produz no cidadão uma existência indigna e famélica.

Para que nada fique oculto a esta análise percuciente, se o percurso histórico não for alterado, tal como Bauman & Bordoni mencionam no problema nodal, Popper (1974, p. 137) adverte que se os homens descuidarem de vigiar, se não houver fortalecimento das instituições democráticas, se não for resgatado o papel intervencionista do Estado ter-se-á perdido a liberdade do homem e que, sem mais nada a ganhar, ter-se-á perdido até o planejamento, questionando-se “por que se levariam avante planos para o bem do povo, se o povo não tem poder para apoiá-los?”

A economia liberal tem poderes tanto decisórios quanto ampliados. Atendem-se aos argumentos de Moraes e Terra (2012), em relação aos movimentos da economia liberal que apresenta um argumento descrito de modo problematizado, no qual acentua que, na atualidade, as decisões sobre a moeda, a produção industrial e a consequente comercialização tendem a ser tomadas no âmbito de organismos multilaterais, conglomerados multinacionais, bancos, fundos de investimento, fundos de pensão e companhias seguradoras com atuação mundial e pergunta como poderão ser controlados, se os instrumentos nacionais tem o alcance delimitado às respectivas fronteiras geográficas?

O mais problemático pode ser entendido nos critérios de juízo na economia globalizada que não obedecem a juízos de valor, muito menos à ética ou aos direitos humanos, quando até a política do mercado está sendo substituída pela economia globalizada, como instância apropriada para a regulação social.

Por meio destas políticas torna-se possível a isenção da fiscalização governamental dos capitais financeiros, a redução das sociedades a meros conjuntos de grupos e mercados unidos em rede, deixando sem ação os Estados nacionais, enfatizam Moraes e Terra (2012).

Referido fenômeno vem esvaziando parte dos instrumentos de controle dos atores nacionais, demonstrando, sem nenhuma reserva a realidade impositiva de uma verdadeira utopia, a efetivação plena dos direitos humanos do domínio da economia nos mercados. Estas constatações podem contribuir para a tomada de consciência dos problemas a que as sociedades estão sujeitas, mas não parecem indicar soluções práticas

para a efetividade dos direitos humanos que não passam de letra morta nas páginas constitucionais e palavras ornamentais na retórica política.

Parece não poder existir dúvidas sob o ponto de vista do intervencionismo Estatal como fundamental para a existência dos direitos humanos, necessitar-se da intervenção estatal no planejamento de políticas sociais à altura de diminuir o poder do mercado globalizado.

A despeito da relevância do Estado na efetivação dos direitos humanos importa dar atenção às reflexões de Delmas-Marty (2003), quando menciona que a rapidez da internacionalização do mercado pode ser indicativo de que os poderes que dominam o mundo são os que envolvem laços econômicos e quando questiona o grau de interferência da economia na promoção e efetivação dos direitos humanos nas relações internacionais. Na sua concepção a interferência é total de tal sorte que a efetivação dos programas de proteção e promoção dos direitos humanos encontra obstáculos nas reservas e nas ratificações dos tratados, erguidas pelos interesses econômicos dos países envolvidos. As próprias causas de mitigação da soberania e intervenção dos Estados para proteção dos direitos humanos é determinada pelos interesses estratégicos.

Os programas internacionais dos direitos humanos são de caráter formal sem nenhuma perspectiva de sua efetivação, sem embargo da clássica programação demonstrar que o mercado não tem compromisso com as promessas constitucionais.

Bauman & Bordoni (2016) defendem que a crise que o mundo ocidental enfrenta não é temporária e alerta sobre mudanças profundas de todo o sistema social e econômico com efeitos de longa duração. O Estado anteriormente soberano, com o poder e a política enfraquecidos submete-se à filosofia neoliberal cuja economia é erigida em forma de dominação do Estado, fato que gera uma visível cadeia de problemas, dos quais, aparentemente, o mais deplorável e galopante, é Estado de hoje já não conseguir ser a solução ideal.

Reduzida à soberania do Estado, este carece de recursos e de coerção, perde completamente o poder de encontrar soluções definitivas para agir, conseqüentemente suas políticas de resposta à crise, tornam-se sem

ação, cede seu espaço soberano à economia, favorecendo o crescimento do domínio do capital e por ele as supra-estatais globais assumem o poder de caráter decisório, sem direção nem controlo político, ao Estado apenas o exercício da política, complementam Bauman & Bordoni (2016).

No elenco das consequências, esta crise é ainda intensificada na sua negritude pelo enfraquecimento do sentimento de nação, o povo deixado à sua sorte acelera à velocidade de jato, a política do individualismo, aliado aos governos neoliberais, com impacto exacerbado no cidadão, a criar um mal-estar social generalizado.

A capacidade executiva de resolução é o alto grau de poder atribuído ao Estado, ou seja, constitui o seu elemento essencial, que dadas as circunstâncias da desregulamentação, privatização e terceirização, aliadas à globalização a concorrer para a irradiação do poder do Estado-nação é forçosamente transferida para o monopólio das forças supra-estatais, passando, deste modo, a crise a ser uma crise de agência do Estado moderno que contrabalançada com os limites impostos à ação económica dos Estados desencadeia numa crise do Estado Social cujo grande peso, que, bem se vê, está na sua inépcia em prover serviços sociais adequados.

A partir da compreensão do contexto histórico no qual foram criados os direitos humanos ligados à necessidade de evitar outras atrocidades surgidas nas guerras mundiais, os antigos problemas prevalecem na conjuntura atual. A história continuou o seu curso e neste o que prevaleceu foi a formalização dos direitos humanos e não a sua efetivação, com a evolução das dinâmicas sociais, dos sistemas político e económico, todavia, a realidade vigente é a desertificação dos direitos humanos nas sociedades.

Contudo, provavelmente, o que pode vir a garantir a força dos instrumentos normativos dos direitos humanos não esteja só na discussão sobre o seu caráter universal, seu núcleo ético, valorativo e humanitário, mas de caminhos concretos sugestivos do que será possível amanhã.

Tem-se a consciência de que o que foi possível ontem pode vir a ditar o possível hoje, que é a desertificação dos direitos humanos. É também certo que as sugestões não podem ser metas a serem atingidas num futuro longínquo, sob o risco de serem utópicas. Busca-se o que pode alimentar a

esperança do cidadão, para fortalecer a sua energia, a fim de interferir na realidade, alterando-a quando necessário, produzindo sugestões pacíficas, sem revoluções.

Conclusão

A quantidade e qualidade de discussões acadêmicas, de debates em diferentes *forum* sociais podem revelar a unanimidade em não se permanecer inerte, a contemplar a perpétua continuidade de um mundo de soluções insatisfatórias, dominado pela economia liberal, com incidência no mercado mundial cujos reflexos repercutem-se na desertificação dos direitos humanos.

Este cenário instiga uma mudança paradigmática a ser planejada além da folha de papel da Constituição cujas garantias são de cunho formal, para garantias materiais que demandam mais que aquelas, as formais.

O caráter normativo formal aparenta ser demasiadamente obsoleto para um mundo onde o poder do mercado e as crises econômicas sobrelevam-se em relação à soberania do Estado-nação. Então, a questão que se impõe é conhecer as possibilidades da efetivação dos direitos humanos nesta prolongada crise do Estado, concebido como garante na materialização dos direitos sociais, por esta via a efetividade dos direitos humanos.

Referências

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de Crise**. Trad. Renato Aguiar, 1ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1999.

DELMAS-MARTY, Miereille. **Três desafios para um direito mundial**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003.

MORAES, Daniel Cardoso de Moraes; TERRA, José Maria Barreto Siqueira Parrilha. **Direitos humanos, democracia e economia: entre o**

discurso e a efetividade do direito internacional dos direitos humanos. 2012. Encontro Nacional do CONPEDI: Uberlândia, MG). Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/?evento=37#DIREITO%20INTERNACIONAL%20DOS%20DIREITOS%20HUMANOS>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

PEREIRA, J. Matias. **Finanças Públicas: A política Orçamentária no Brasil.** 5 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

POPPER, Karl. **A sociedade Aberta e seus Inimigos.** II. Vol. Belo Horizonte: Itatiaia Editora, 1974.

SILVEIRA, Cláudia Maria Toledo. Direito Econômico e Cidadania. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 2, n. 20, 12 out. 1997. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/80>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

O DIREITO COMO SUBSISTEMA DA SOCIEDADE

Nayara Toscano de Brito Pereira¹

Luciano do Nascimento Silva²

Introdução

ESTA PESQUISA FOI INICIADA A PARTIR DOS ESTUDOS DESENVOLVIDOS em Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento, no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, por ocasião da disciplina “Mundos do Direito Econômico do Mundo”, ministrada pelo Prof. Dr. Luciano do Nascimento Silva, em homenagem a Raffaele de Giorgi.

A partir da Modernidade, o Direito se apresenta como um subsistema responsável pela organização dos problemas da Sociedade. Se assim não fosse, ela desapareceria³, em virtude de suas próprias contradições. Porém, o Direito não tem estrutura para resolver tais problemas, posto que compete a ele apenas organizá-los.

O estado da arte é a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a qual se configura notadamente como a última teoria dos sistemas, tendo

1 Aluna Especial do Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento, pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Mestra em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas da Universidade Federal da Paraíba. Professora Substituta do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Professora da Faculdade Internacional da Paraíba. Advogada.

2 Pós-Doutor em Sociologia do Direito pela Facoltà di Giurisprudenza dell' Università del Salento, Itália (UNISALENTO). Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal (FDUC). Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (FADUSP). Professor Adjunto no CCJ/UEPB. Professor Colaborador Permanente no PPGCJ/CCJ/UFPB e no PPGDH/NCDH/CCHLA/UFPB. Pesquisador Visitante no Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg in Breisgau, Baden Wuttemberg, Deutschland.

3 Neste sentido: DE GIORGI, Raffaele. A investigação Sociológica do Direito na Teoria dos Sistemas. Revista de Direito da Universidade de Brasília, v. 02, n. 02, PP. 103-119, abr-ago 2016.

ganhado cada vez mais espaço no Brasil, numa constante aproximação entre Sociologia e Direito, especialmente com o livro “Sistemas Sociais⁴”.

Na seara do Direito, as decisões judiciais representam o poder da argumentação, em meio a um subsistema repleto de contradições, amparado no sistema binário de afirmação e negação de direitos.

Neste sentido, o Direito Econômico não é analisado como um ramo do Direito tão somente legalista, mas sim sob a ótica de que se trata de um acoplamento estrutural em Sociedade e Economia, em toda a sua complexidade. Assim, não poderia eximir-se da influência da Constituição.

1 Relação direito-sociedade e suas contradições

O Direito é um subsistema da Sociedade e se dispõe a organizar os problemas dela, embora não tenha o condão de resolvê-los. Nesse cenário, ele se faz necessário não porque busca um ideal de justiça, mas porque inclui e exclui direitos a depender do poder de argumentação da decisão judicial que elege uma vontade específica.

O sistema não trabalha com a dicotomia verdade ou mentira. Trabalha com construções e elege construções que serão a sua verdade. Porém, o que não for eleito como verdade não deve ser enxergado como sendo mentira. Assim, o sistema é seletista. Ele seleciona o que interessa para operacionalizar e preservar a sua estrutura. Isso tem a ver com poder e construção de dominação. O sistema adota o código binário de exclusão e inclusão.

Só há que se falar de construção de uma teoria do direito quando pensada a partir da teoria da sociedade, de forma sistêmica, se consubstanciando numa constante afirmação e negação de direitos.

A funcionalidade do sistema é ele estar operando e se transformando, o que não significa que esteja dando certo ou errado. Não há direitos para todos, nem sequer direitos humanos para todos, pois, sendo o sistema binário, quando meu direito foi satisfeito o de outra pessoa deixou de ser.

Princípios expandem suas ideias. As normas, por sua vez, normalmente não possuem esse condão. Aqueles tornam-se, portanto, o

4 Conferir: LUHMANN, Niklas. Soziale Systeme. Frankfurt: Suhrkamp, 1984.

ambiente do próprio Direito Constitucional. Não há que se falar, porém, que os direitos fundamentais são constitucionais. A constituição é que é fundamental por si. Os direitos fundamentais se dizem fundamentais e não dependem da Constituição para tanto. Tais direitos fundamentais são autônomos, autopoieticos e autorreprodutores.

2 O papel da decisão judicial como ambiente do direito

Não há uma teoria da decisão judicial, mas sim uma Sociologia, bem como o reconhecimento de que tanto o ambiente como o sistema do Direito são: autopoieticos, posto que se criam; autorreferenciais, haja vista que se criam a partir de si próprios; autorreprodutores, pois não precisam necessariamente de outros sistemas; autorreflexivos, já que o Direito observa suas decisões anteriores, inclusive no que concerne à Jurisprudência. O direito é o único sistema que observa a si mesmo, e o ambiente está no observador⁵.

O ativismo judicial é diferente do decisionismo judicial. Enquanto no âmbito do ativismo judicial haverá uma decisão que reconhece direito para incluir, obrigando o Estado a materializar, no decisionismo judicial a decisão retira/nega direitos. Juizes prejudicam o constitucionalismo quando das decisões judiciais de cunho decisionista, especialmente o Supremo Tribunal Federal, cujas decisões por vezes representam um ambiente caótico do texto. O decisionismo promove a quebra, naquele contexto, das teorias constitucionais.

O primeiro nascimento do Direito é a lei, que se configura como subestrutura da estrutura. O segundo, por sua vez, é a decisão judicial, que reafirmará a lei quando esta for negada. O terceiro, a seu turno, é a execução da decisão, embora isto não se aplique a todos os casos.

O ambiente são as ideias, que são imateriais. Porém, quando elas vão para os sistemas, são materializadas através da operacionalização. O sistema tem uma estrutura operativa, que é a linguagem. O que irá ocorrer neste sistema depende do ambiente, das ideias de quem o

5 LUHMANN, Niklas. Op. cit.

criou. A complexidade nasce da observação feita pelo observador, é uma autodescrição⁶.

Não há que se falar que o Direito está em crise. O sistema funciona no paradoxo, nas contradições. Quanto mais houverem decisões sobre problemas que não se resolvem, novos problemas serão criados e novas decisões advirão deles.

No subsistema do Direito, há os recursos, que se pautam na observação. Cada observador à frente pode enxergar coisas que os primeiros não observaram. Diante da concretude da realidade brasileira, os juízes monocráticos, os desembargadores e os ministros do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal observam as decisões das instâncias anteriores a fim de construírem a sua própria verdade através da linguagem/discurso. Tais instâncias representam vários observadores diferentes e cada verdade se sobrepõe à outra.

Quando da decisão judicial, o juiz é o ambiente dela. Ele, através de seu pensamento, a cria. A decisão, então, é o sistema, no qual a verdade aparecerá. O discurso jurídico é paradoxal e circular. A verdade que cada um apresenta também é paradoxal, pois não existe uma única verdade. Não se pode confundir coerência com lógica. A coerência tem a função de certificar que houve um discurso, enquanto a lógica tem a função de prevalecer um discurso.

Hodiernamente, a multiplicidade de decisões conflitantes, inclusive no âmbito de um mesmo Tribunal, até mesmo os Superiores, sinaliza um cenário de descontrole de complexidades. É preciso haver uma teoria/organização das decisões judiciais.

Neste sentido, é possível concluir que o objeto científico do Direito é a argumentação/linguagem. A argumentação jurídica promove a construção de uma verdade. Logo, o Direito é a teoria da argumentação. O sistema opera no paradoxo. Para ele continuar operando, deve criar uma decisão.

6 LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Tradução em português por Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowski. Florianópolis, BuscaLegis, N 28, Ano 15, pp. 15-29, Jun. 1994.

3 Direito econômico: produção do estado para uso do mercado?

Há um acoplamento estrutural entre Economia e Direito⁷. E não há razão de ser da Economia sem a Sociedade. É a Economia que inventa o espaço dos valores nas relações sociais. Tudo que tem valor é definido pela Economia, que se apresenta como um subsistema da Sociedade.

A ideia de compra e venda advém da Economia à luz de um produto que se traduz como oferta e demanda, culminando com a invenção dos valores econômicos, que têm por estrutura aquele produto. Tudo isso tem como palco as contradições sociais e as reforçam.

Como surgiu o Direito Econômico? O grande marco para se discutir o tema é a Primeira Guerra Mundial, que tomou proporções ainda mais contundentes com o advento da Segunda Guerra. Isso se deve ao fato de que o Direito Econômico regula a produção de riqueza que a Economia produz, a fim de empregar uma parte desta riqueza em prol de o Estado financiar guerras com a utilização dos tributos arrecadados. O Direito Econômico não surge com uma finalidade específica, mas sim se propõe ao cumprimento de uma função. Sobre o tema:

A doutrina reconhece que a origem do Direito Econômico se deu com a Primeira Guerra Mundial, e que ele se consolidou ao final da Segunda Guerra. No entanto, não se deve pensar que ele foi meramente criado. Na verdade, em todos os períodos históricos anteriores ao século XX é possível identificar tentativas de regulação da economia, que, bem ou mal, tiveram influência sobre o que atualmente se chama Direito Econômico. No entanto, há um período que merece maior atenção dos juristas, que é o século XIX. Neste momento, na Europa continental, o modelo de Estado que se observava era o Liberal, que tinha como alguns de seus objetivos o desenvolvimento do livre mercado e a não intervenção econômica. Mas foram poucos os autores da época que perceberam existir

7 Partindo da Teoria dos Sistemas de Luhmann, Saad-Diniz defende a ideia de que a Economia e o Direito se acoplam e disto advém o Direito Econômico. SAAD-DINIZ, Eduardo. Economia e direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. In: I Simpósio de Iniciação Científica da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, 2012, Ribeirão Preto. Anais do I Simpósio de Iniciação Científica da USP - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, 2012.

algo a mais neste modelo, que associaram a manutenção do regime capitalista com a existência de regras jurídicas⁸.

O Direito Econômico estabelece o Estado como parte daquela produção de riqueza, para que ele arrecade sua parte. É para cumprir esta função específica que existe sistema fiscal/tributário.

A autonomia do Direito Econômico se dá porque ele surge como direito dogmático/positivo, por meio de legislação própria, sem base principiológica forte. Os princípios do Direito Econômico surgem para satisfazer os interesses de mercado, posto que quem o produz é o estado, mas quem o utiliza é o Mercado.

Como, então, foi possível a constitucionalização do Direito Econômico? Uma vez que a Constituição Federal de 1988 submeteu o seu poder a todos os ramos do Direito, não haveria que deixar de açambarcar o Direito Econômico. Porém, dada a influência do Mercado, era preciso prever de forma mais contundente a maneira como aquele vai se estruturar.

Disto, advém a Ordem Econômica⁹, disposta no art. 170 da Constituição, segundo o qual, entre outras coisas, ela deve se fundar na valorização do trabalho. Porém, a prática social, diante das complexidades do sistema, demonstra que as Reformas por que tem passado o país, máxime na seara trabalhista, não se coadunam com este pilar da Ordem Econômica.

O discurso da responsabilidade social é comumente utilizado por empresas para demonstrar que atendem à lógica da função social. Isto dá margem, inclusive, para fomentar políticas públicas¹⁰, embora sua efetividade não seja propriamente o fim a ser alcançado.

8 XAVIER, Marília Pedroso; PUGLIESE, William Soares. Origem, elementos e reflexões sobre o direito econômico. In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza – CE, 2010. p. 2592.

9 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988. Seção 1, p. 1.

10 Entende-se “política pública” como sendo o Estado em ação. RUA, Maria das Graças. Análise de Políticas Públicas: conceitos básicos. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria Izabel. O Estudo da Política: tópicos selecionados. Brasília: Paralelo 15, 1988.

Neste sentido: “a contribuição que o jurista pode trazer é explicar por que instituições ou regras desse regime capitalista, nos moldes atuais, se estabeleceu e se manteve, ou como novas instituições já podem abalar sua aparente solidez¹¹”.

Não se está problematizando seu valor para a produção ou a distribuição das riquezas, muito menos a soma de virtudes ou males que ele cria para a sociedade, pois a complexidade do sistema já implica na afirmação e negação de direitos, em constante processo de exclusão e inclusão.

Conclusão

À guisa de considerações finais, se entende que o Direito se configura como um subsistema da Sociedade, de acordo com o qual as contradições e problemas dela são organizados, embora não resolvidos.

As decisões judiciais denotam o poder dos argumentos e constroem verdades, sendo elas temporais e não absolutas. A cada instância superior, a observação sobre decisões anteriores ganha novo sentido, que pode intensificar as complexidades e gerar uma aparente insegurança jurídica.

O Direito nasce através de uma fonte, em geral imediata, que é a lei, mas volta a surgir quando das decisões judiciais que reafirmam uma lei ora negada. Porém, muitas vezes sucumbe diante da não execução de tal decisão.

Por fim, dando ênfase ao Direito Econômico, é possível demonstrar que se trata de um acoplamento estrutural entre Economia e Direito, que são subsistemas da própria sociedade e que têm como finalidade regular a produção de riquezas.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988. Seção 1, p. 1.

11 RIPERT, Georges. Aspectos jurídicos do capitalismo moderno. São Paulo: Freitas Bastos, 1947. p. 10.

DE GIORGI, Raffaele. A investigação Sociológica do Direito na Teoria dos Sistemas. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 02, n. 02, PP. 103-119, abr-ago 2016.

LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme**. Frankfurt: Suhrkamp, 1984.

_____. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Tradução do alemão para o português por Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. Florianópolis, **BuscaLegis – Revista**, N 28, Ano 15, pp. 15-29, Junho, 1994.

RIPERT, Georges. Aspectos jurídicos do capitalismo moderno. São Paulo: Freitas Bastos, 1947.

RUA, Maria das Graças. Análise de Políticas Públicas: conceitos básicos. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria Izabel. **O Estudo da Política: tópicos selecionados**. Brasília: Paralelo 15, 1988.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Economia e direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. In: I Simpósio de Iniciação Científica da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, 2012, Ribeirão Preto. Anais do I Simpósio de Iniciação Científica da USP - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, 2012.

XAVIER, Marília Pedroso; PUGLIESE, William Soares. **Origem, elementos e reflexões sobre o direito econômico**. In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza – CE, 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4248.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

AS PROMESSAS DO DIREITO E O PARADOXO DA MODERNIDADE PERIFÉRICA

Newton de Oliveira Lima¹

João Bezerra Filho²

1 Introdução

O PRESENTE ESTUDO TRATA ACERCA DA CONTRADIÇÃO PERSISTENTE entre as promessas do direito e a modernidade periférica, com foco nas estabelecidas por meio da constituição brasileira de 1988 – as do Brasil oficial –, e a realidade das ruas, do Brasil real.

Como bem pontuou Sérgio Buarque de Holanda³, “as Constituições (foram) feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas [...]”. É a respeito da antiga discussão sobre direito constitucional e realidade constitucional que este artigo se propõe a refletir.

As promessas do direito, compreendidas neste estudo como podendo assumir características formais ou materiais, carecem de um sopesamento atento quanto ao grau de conformidade entre o que se observa na legislação e a realidade experimentada pela grande massa populacional perante o moderno Estado democrático de Direito.

Ocorre que, parte da doutrina, se vale de práticas meticulosas para deleitar-se em falsos preceitos teóricos, calcados no discurso fácil, que

1 Doutor em Filosofia pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor Adjunto III, lotado no Departamento de Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. E-mail: newtondelima@gmail.com.

2 Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), com Área de Concentração em Direito Econômico, e em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ), com Área de Concentração em Direito e Desenvolvimento Sustentável. E-mail: joaobezfilho@hotmail.com.

3 Cf. **Raízes do Brasil**, p. 136, 1988.

agrade as massas e ressoe na mídia com a linguagem conveniente ao destinatário final. Muito desse cenário pôde ser vislumbrado com o fortalecimento da chamada doutrina da efetividade, fortemente difundida no Brasil notadamente a partir da década de 90 do século XX.

Nesse sentido, para o estudo, utilizar-se-á das previsões constitucionais inculpidas no art. 6º e a sua correlação com a realidade. O caput do art. 6º da Constituição Federal de 1988 revela a previsão de vários direitos sociais⁴, inseridos na Carta brasileira na expectativa de uma materialidade que, 31 anos após a sua promulgação, está longe de concretização, e não passou, infelizmente, de um sonho na primavera brasiliense do final dos anos 80.

A tentativa de materialização de direitos sociais é tarefa que teve por ponto de partida o início do século XX, com o advento das Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar, em 1919. Ocorre que, nos países da modernidade periférica que apresentam desenvolvimento retardado, como é o caso do Brasil, o Estado precisa adotar um esforço hercúleo para que se consiga, ao menos, o cumprimento parcial de tais promessas constitucionais. Esse é um dos grandes desafios da modernidade periférica.

Alguns indicadores⁵ sociais ilustram o profundo abismo entre a suposta proteção constitucional e a realidade das ruas. Relativamente a taxa de desocupação (desemprego) aferida no 3º trimestre de 2019 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, os dados apontam que as mulheres representam 13,9% dos desempregados, enquanto que os homens representam 10,0%. A média global indica que 11,8% dos brasileiros estão desempregados nesse momento.

Outro dado⁶ que chama a atenção é o fato de a taxa de desemprego entre os brasileiros que se declaram brancos (9,2%) ter permanecido

4 Educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, compõem a lista de direitos sociais do referido artigo constitucional.

5 Cf. **Taxa de desocupação no 3º tri foi de 10,0% para homens e de 13,9% para mulheres**. Disponível em: <<https://bit.ly/37QRvzI>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

6 Cf. **Desemprego de pretos e pardos permanece bem maior do que o de brancos, diz IBGE**. Disponível em: <<https://bit.ly/2XUtsv0>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

significativamente abaixo no terceiro trimestre da taxa de desocupação dos autodeclarados pretos (14,9%) e pardos (13,6%).

Esse parâmetro (o desemprego) ilustra bem o descompasso entre a Norma Constitucional insculpida no art. 6º e o colapso social experimentado pelo Brasil nos últimos meses. Se não bastasse dados tão alarmantes, percebe-se que as classes mais vulneráveis ao longo da história brasileira são justamente as que mais sofrem com o desemprego, quais sejam as mulheres e os autodeclarados pretos e pardos, o que aumenta, ainda mais, a responsabilidade de uma resposta efetiva do Estado para com as classes supramencionadas.

2 Afinal, como o liberalismo político é possível?

Antes de adentrar à discussão principal sobre a natureza hodierna das promessas do direito, é imperioso manifestar alguns comentários a uma questão fundamental, que precede a um debate dessa natureza, qual seja o questionamento sobre como o liberalismo político é possível. Inicialmente, cabe pontuar que, para John Rawls⁷, o liberalismo político supõe que existam várias doutrinas abrangentes razoáveis e conflitantes, cada qual com suas próprias concepções do bem e cada qual coerente com a plena racionalidade das pessoas, tanto quanto se pode verificar com os recursos de uma concepção política de justiça.

Rawls entende que essa pluralidade razoável de doutrinas conflitantes pode ser vista como um produto característico da razão prática no decorrer do tempo e sob instituições livres e duradouras, logo, nenhuma doutrina abrangente seria necessariamente apropriada enquanto concepção política para um regime constitucional⁸.

Interessante a abordagem trazida por John Rawls⁹, ao provocar reflexões, partindo-se do pressuposto de um regime constitucional em comparação com a questão da legitimidade do poder político, que é imposto aos cidadãos. Para o acadêmico americano, isso poderia

7 Cf. **O liberalismo político**, pp. 180-181, 2000.

8 *Ibid.*, p. 181.

9 *Ibid.*, p. 182.

ocasionar que alguns indivíduos dessa hipotética sociedade se negassem a aceitar as razões pelas quais se diz justificar a estrutura geral da autoridade política – a Constituição –, ou, ainda, quando a aceitassem, poderiam não considerar plenamente justificadas muitas das previsões constitucionais promulgadas, e às quais estariam sujeitos. Para o autor, essa controvérsia¹⁰ traz à baila a questão da legitimidade da estrutura geral da autoridade, à qual a noção de razão pública está intimamente ligada.

Nesse sentido, o princípio liberal de legitimidade estaria calcado na necessidade de existência de uma Constituição, cujos elementos essenciais se possa razoavelmente esperar que todos os cidadãos, na condição de pessoas livres e iguais, sigam, à luz de princípios aceitáveis para a sua razão humana comum.

Agora, tentar-se-á responder a questão principal suscitada no início do trabalho, qual seja como o liberalismo político é possível. Para a resolução teórica da questão principal, John Rawls expõe uma reformulação da mesma questão, em outros termos: como é possível defender nossa doutrina abrangente e, ao mesmo tempo, afirmar que não seria razoável usar o poder estatal para obter a adesão de alguém a ela?

Em primeiro lugar, existe um conjunto de valores que expressam o ideal político liberal, segundo o qual, como o poder político é o poder coercitivo de cidadãos livres e iguais enquanto coletividade, esse poder deve ser exercido, quando estão em jogo elementos constitucionais essenciais e questões básicas de justiça, somente de formas que se pode esperar que todos os cidadãos endossem, à luz de sua razão humana comum¹¹.

Em um segundo momento, John Rawls¹² adentra ao cerne da questão, pontuando, para explicar como o liberalismo político é possível, que:

10 Cf. **O liberalismo político**. Para John Rawls, o pano de fundo dessa questão é que os cidadãos são tidos como razoáveis e racionais, bem como livres e iguais, e também temos de considerar a diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, encontradas em sociedades democráticas, como uma característica permanente de sua cultura pública.

11 Cf. **O liberalismo político**, p. 185.

12 *Ibid.*, p. 186.

[...] a história da religião e da filosofia mostra que há muitas formas razoáveis de entender o reino mais amplo dos valores de modo a serem congruentes ou servirem de apoio, ou pelo menos de modo a não conflituarem com os valores apropriados ao domínio especial do político, da maneira especificada por uma concepção política de justiça. A história nos fala de uma pluralidade de doutrinas abrangentes que não são desarrazoadas. Isso possibilita um consenso sobreposto, reduzindo, assim, o conflito entre os valores políticos e os outros valores.

Quanto à questão do consenso constitucional, Rawls sustenta que os princípios liberais de justiça, inicialmente aceitos com relutância como um *modus vivendi* e adotados em uma constituição, tendem a alterar as doutrinas abrangentes dos cidadãos, de tal sorte que estes aceitem ao menos os princípios de uma Constituição liberal.

Tais princípios garantiriam certas liberdades e direitos políticos fundamentais, estabelecendo procedimentos democráticos para moderar a rivalidade política e para solucionar as questões de política social. Sendo assim, as visões abrangentes dos cidadãos seriam razoáveis. Como consequência, o simples pluralismo passaria a ser um pluralismo razoável, alcançando-se, desse modo, o consenso constitucional¹³.

No âmbito da tentativa de materialização de direitos e da promoção social, Newton de Oliveira Lima¹⁴ – avaliando o conceito de *affirmative actions* e o papel construtivo do poder judiciário a partir de John Rawls –, aponta que a obra do mesmo reforça o conceito de ações afirmativas (*affirmative actions*), desenvolvido pela ação política do poder executivo e implementado pelos tribunais como meio político-jurídico de garantia de equidade entre os grupos sociais.

Nessa continuidade, para a construção do conceito de *affirmative actions*, o Estado perfaria ações de promoção social de igualdade a partir de políticas públicas para assegurar (afirmar) direitos de grupos

13 Ibid., pp. 210-211.

14 Cf. **10 lições sobre Rawls**, p. 45, 2019.

marginalizados¹⁵. Lima, defende, ainda, a ideia de que o fim do Direito seria o de servir à política como busca da igualdade, e não aferrar-se a um formalismo abstrato¹⁶, e que, para tanto, o ativismo judicial seria uma medida razoável.

Quanto ao mandamento constitucional da igualdade como norma jurídica, Niklas Luhmann defende que pode ocorrer de a igualdade política ser juridicamente interpretada como igualdade/desigualdade dos casos. Contudo, sob um viés político, isso não bastaria, pois a política exige de si mesma que sejam absorvidos todos os novos impulsos de igualdade a fim de transformá-los em direito, e por conseguinte, possivelmente, também em casos do direito¹⁷.

Partindo-se do cenário desenvolvido, e agora apoiando-se em Christian Lynch e José Vicente Mendonça¹⁸, concorda-se com a existência de um contraste entre as primeiras Constituições modernas, nos Estados Unidos, na França ou na Inglaterra, e as realidades dos respectivos países, com características mais atrasadas do que as previsões constitucionais supunham.

Para os mesmos, a consequência desse cenário seria a limitação das possibilidades de efetivação das referidas promessas constitucionais. Os autores, contudo, fazem uma ressalva importante, no sentido de que embora certas Constituições não obtenham efetividade integral, tais Cartas não deixam de orientar globalmente a realidade à qual se destinam. Em conclusão, defendem que a organização constitucional liberal, mesmo sendo aplicada de maneira seletiva, foi benéfica.

No início do século XX, Oliveira Vianna¹⁹ já apontava que, naquele momento, apenas entre os povos anglo-saxônios era observada uma

15 Ibid. Para Newton de Oliveira Lima, essas ações estatais em prol da igualdade passam a ser comuns a partir da década de 60 do século XX nos Estados Unidos, nos governos de John Kennedy e Lyndon Johnson.

16 Ibid., p. 48.

17 Cf. **O direito da sociedade**, pp. 90-91.

18 Cf. **Por uma história constitucional brasileira**, p. 1000, 2007.

19 Cf. **Instituições políticas brasileiras**, 1999, p. 103.

cultura política plena, própria de um regime democrático parlamentar. Para Vianna, entre o povo inglês e o anglo-americano, o campo da discordância entre as normas e os comportamentos é reduzidíssimo, chegando a beirar a nulidade.

Isso seria resultado do fato de que comportamentos que hipoteticamente venham a ser positivados pelo Estado costumavam consagrar apenas as mudanças já operadas na estrutura íntima do “povo-massa”, nos seus costumes e tradições. Oliveira Vianna sustenta, ainda, que entre os povos da tradição do *common law*, o direito-lei e o direito-costume estão sempre em coincidência²⁰.

Em conclusão, o autor aponta que a conformidade expressada anteriormente, contudo, não alcançaria os povos latino-americanos, pois estes seriam dominados pelo “complexo de inferioridade” em face da cultura europeia ou anglo-americana. Os países periféricos pertenceriam ao grupo dos “povos que imitam”, que buscam sempre no estrangeiro soluções para os problemas de ordem nacional, tanto no aspecto normativo quanto político. Como consequência disso, surgiriam os desconformismos e a contradição dos comportamentos com a ideologia pregada na legislação²¹, tanto infraconstitucional quanto constitucional.

Para a finalidade que este trabalho se propõe, utilizar-se-á a ideia paradoxal proposta entre as previsões sociais constitucionais e a realidade, para aprofundar observações acerca do Brasil pós 1988. O próprio Niklas Luhmann (em prefácio à edição alemã de obra de Marcelo Neves²²) supõe a existência de indícios para uma diferença preordenada, que regule o acesso às vantagens da diferenciação funcional entre a inclusão e a exclusão, com a qual o sistema reagiria, também com relevância, ao descontrolado crescimento demográfico.

Para Luhmann, isso significaria que a sociedade no Brasil estaria duplamente integrada, ou seja, positivamente, pela rede de gentilezas, de favores, de relações patrão/cliente, de corrupções, e integrada

20 Ibid.

21 Ibid., p. 104.

22 Cf. **Constituição e direito na modernidade periférica**, p. XXI-XXII, 2018.

negativamente, pela exclusão prática de muitos da participação em todos os sistemas funcionais, considerando-se que uma exclusão (sem identidade, sem trabalho, sem alimentação regular, sem educação fundamental, sem atendimento hospitalar, sem garantia de nada para viver) traria consigo, forçosamente, as outras respectivas exclusões²³.

O teórico alemão conclui seu raciocínio defendendo que, também o direito, em ambos os níveis, positivo e negativo dessa integração, não encontraria apoio nas atitudes e expectativas da população, vez que “[...] atitudes são sempre mais fortes do que textos” (grifo nosso)²⁴.

Refletindo sobre a relação entre texto e realidade constitucionais como concretização de normas constitucionais, Marcelo Neves²⁵ observa que na perspectiva da teoria dos sistemas, a distinção entre direito e realidade constitucionais só pode ser concebida como expressão jurídico-constitucional da diferença sistema/ambiente.

Em conclusão deste tópico, recorre-se ao professor argentino Roberto Gargarella²⁶, para corroborar os argumentos até agora desenvolvidos. Na sua visão, a Constituição dos países latino-americanos, portanto periféricos, se divide em duas partes, uma dogmática e outra orgânica.

A parte dogmática se preocupa em definir os direitos básicos dos cidadãos, ou seja, em qual rede de proteção está inserida a coletividade que, em última análise, firmou o pacto constitucional. Na América Latina, a Constituição Brasileira de 1988 é um bom exemplo de Norma Constitucional em que a parte dogmática é recheada da previsão de direitos aos cidadãos.

A parte orgânica da Constituição, por sua vez, seria responsável por estabelecer como se organiza o poder, em todos os níveis. Há que se dizer que é exatamente nessa dimensão que recai a maior preocupação e de onde provém o aprofundamento das pesquisas de Gargarella quando trata da “casa de máquinas da Constituição”.

23 Ibid.

24 Ibid.

25 Cf. **A constitucionalização simbólica**, p. 83, 2011.

26 Cf. **La sala de máquinas de la Constitución**, 2014.

Fazendo-se um aprofundamento mais pontual acerca da expressão “casa de máquinas da Constituição”, que, no contexto das produções acadêmicas do jurista argentino é, antes de mais nada, uma crítica ao modo como as partes orgânicas das Constituições latino-americanas são formatadas, há que se dizer que trata-se de uma metáfora – que engenhosamente foi construída – para ilustrar o quão características são as partes orgânicas no âmbito das Constituições da América Latina.

Vale destacar a crítica do autor aos processos de reforma constitucional nos quais os aspectos relacionados à organização do poder são deixados a cargo de grupos que mantêm afinidades, e que são mais diretamente ligados ao poder historicamente dominante.

Para ele, “[...] nossas constituições têm estruturas muito esquizofrênicas, digamos, com duas partes muito diferentes, que estão uma trabalhando contra a outra”²⁷. Tomando por exemplo a Constituição brasileira de 1988, percebe-se um alto grau da concentração dos constituintes na direção de mudanças relativas a parte dogmática da constituição, com o estabelecimento de novos direitos, que no mais das vezes servem apenas como adereço constitucional.

Para Gargarella, a casa de máquinas diz respeito a *área da Constituição na qual o processo democrático de tomada de decisão será definido* (grifo nosso)²⁸. Por fim, um contraponto importante a ser feito é o fato de que a parte dogmática vem incorporando compromissos sociais, contudo a parte orgânica da constituição não vem sendo atualizada, de modo a não acompanhar as mudanças sociais que a região vem experimentando.

Isso se mostra ofensivo a toda a estrutura democrática, pois não confere a igualdade necessária a todos os pactuantes da Norma Básica de um país, permanecendo a Constituição aprisionada na sala de máquinas.

3 Conclusão

Diante do apresentado, concluiu-se que ***as promessas do direito não são materiais, porquanto meramente formais***, e, assim sendo, a busca

27 Ibid., p. 203.

28 Ibid., p. 333.

pela correlação entre direito constitucional e realidade constitucional em países da modernidade periférica, como o Brasil, é um desafio ainda não superado satisfatoriamente.

Possivelmente essa incongruência seja devida a insistência brasileira na importação e reprodução acrítica de modelos constitucionais que deram certo em países mais desenvolvidos e que mantêm uma história constitucional diversa da nossa, nos quais a sociedade, antes mesmo de ter transposta para a Constituição os seus anseios – por meio de um processo de constitucionalização –, muitas vezes já observa tais elementos incorporados pela tradição local.

Em países como o Brasil, de modernidade periférica, a estrutura da Constituição se propôs a sustentar adereços constitucionais incompatíveis com o grau de materialização viável, observadas as possibilidades do Estado. Esse persistente descompasso não é salutar para o bom aperfeiçoamento do moderno Estado Democrático de Direito, criando um ambiente de certa acomodação social.

É bem verdade, e destaque-se, que a materialização integral de previsões constitucionais de âmbito social, para a realidade brasileira é quase utópica; contudo, o Estado não deve normalizar as convulsões sociais pelas quais passam o povo, devendo buscar, ao máximo, atenuar tais disfuncionalidades do sistema.

Referências

BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. **Raízes do Brasil**. 20. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

LIMA, Newton de Oliveira. **10 lições sobre Rawls**. Petrópolis: Vozes, 2019.

LUHMANN, Niklas, 1927-1998. **O direito da sociedade** [livro eletrônico]. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade.** *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 974-1007, 2017.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

RAWLS, John. **O liberalismo político.** 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

VIANNA, Oliveira, 1885-1951. **Instituições políticas brasileiras.** Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

DA NECESSÁRIA CONFORMIDADE DAS NOVAS RELAÇÕES LABORAIS AOS DIREITOS HUMANOS PARA A PERMANÊNCIA DA CLASSE TRABALHADORA

Raíssa Maria Falcão Costa¹
Marília Marques Rêgo Vilhena²

Introdução

DESDE OS PRIMEIROS GRUPOS SOCIAIS, O TRABALHO ESTEVE PRESENTE, desempenhando a função de sobrevivência e, posteriormente, de atividade social. Outrossim, o sentido do labor passou por diversas transformações, desde a Antiguidade, época na qual era tido como algo indigno, até a Modernidade, em que o trabalho desponta como valor social e modo de afirmação da pessoa perante a sociedade.

Ocorre que, as relações de trabalho foram transformadas ao longo da história humana, acompanhando as mudanças operadas nos modelos de Estado e na sociedade. A partir do processo de globalização, no século XX, o eixo capital-trabalho sofreu profundas alterações, exigindo do ser humano a adaptação às novas exigências da economia globalizada.

Após tamanha revolução, a sociedade, que passou pela economia feudal e, depois, industrial, se insere em um mundo moderno, no qual a principal promessa se funda no progresso econômico, viabilizado pela globalização, ao passo que consagra os direitos humanos como grande trunfo social. A instituição estatal também sofreu alterações em

1 Mestre em Direito Econômico (PPGCJ-UFPB). Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento (PPGCJ-UFPB). Advogada. Email: raissamariafalcao@gmail.com

2 Doutora em Direitos Humanos e Desenvolvimento (PPGCJ-UFPB). Professora da UFPB. Email: vilhenamarilia@gmail.com.

seu formato, eis que vivenciou o paradigma liberal, o de bem-estar social, chegando ao de garantidor do progresso econômico, conferindo protagonismo às empresas. Por outro lado, o Direito, que antes se apegava à mera dogmática-jurídica, inovou com seus estudos, inclusive interdisciplinares, de modo a compreender a sociedade que ora se transformava.

Nesse sentido, o objetivo desse trabalho é analisar a necessidade de conformidade das novas relações de trabalho aos direitos humanos para que não haja a instrumentalização do trabalhador. Definido o objetivo do presente artigo, surge o seguinte questionamento: a abstração normativa é suficiente para garantir a proteção aos direitos mínimos do trabalhador e da permanência da classe trabalhadora, diante das transformações nas relações laborais? Para resolver esse problema, formulou como hipótese o fato de que a intervenção do Estado na economia deve ir além da mera abstração normativa, diante do paradoxo de cumprimento-violação da norma jurídica.

Com vistas ao alcance do objetivo do presente artigo, utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, partindo-se da premissa de que a economia globalizada conduz ao sucateamento dos direitos mínimos laborais, com a conseqüente fragmentação da classe trabalhadora. Outrossim, o corrente artigo tem como método de procedimento o monográfico e adotou, como técnicas de pesquisa, a pesquisa bibliográfica e documental.

Por fim, o presente trabalho foi construído em duas seções: na primeira, serão analisados os desafios do Direito quanto à regulamentação das novas relações de trabalho, destacando a necessidade de intervenção estatal na economia para garantia dos direitos do trabalhador; na segunda, serão estudados os efeitos dessas novas relações na garantia de permanência da classe social trabalhista.

Os desafios do Direito perante as transformações das relações de trabalho

O Direito tem como essência a prescrição normativa, o dever ser, tendo como objetivo o cumprimento das normas previstas nos diplomas legais. Pautado na finalidade de pacificação social e garantia do bem-estar

geral, despontou na história como um instrumento de controle – para usar a linguagem hobbesiana – da natureza humana selvagem.

Mais do que isso. O Direito, na perspectiva da Teoria dos Sistemas Luhmanniana, exsurge como sistema da sociedade, constituindo-se em mais uma das diversas formas de organização das complexidades sociais (contingências, problemas), que são construídas pela observação do ambiente (que são as pessoas, os observadores).

Como sistema social, o Direito, através da atividade regulamentadora, visa a redução dessas complexidades, de forma a garantir a sobrevivência da sociedade, como os problemas advindos da economia, outro sistema social. Nesse sentido, de acordo com os estudos de Talcott Parsons, “os sistemas se interpenetram, e a integração entre eles é fundamental para a reprodução social como um todo” (NEVES E AGUILAR FILHO, 2012, p. 152).

Entretanto, nem sempre foi assim, diante da resistência quanto à aceitação do saber jurídico enquanto área de conhecimento científico. Despido da exatidão das ciências naturais, sofreu a resistência de outros saberes da ciência, ao passo que também resistiu à interferência destas em seu campo de atuação, a fim de se requintar como ciência. Contudo, sendo relação social, o Direito não pode ser entendido como autossuficiente, devendo ser encarado, antes de tudo, como fenômeno político, histórico, social e em constante diálogo com outros saberes (FEITOSA, 2012, p. 23).

Outro ponto bastante combatido pelos estudiosos de campos alheios ao Direito, é quanto ao apego desmedido pela dogmática-jurídica. Para tanto, Tobias Barreto propôs uma *nova intuição do direito*, a qual exige uma mudança de princípio (ideia do desenvolvimento, de evolução) e método (histórico-naturalístico, que exige observação e reflexão), eis que resta inviável a compreensão do Direito como algo estático ou fixo (BARRETO, 1990, p. 231).

Desse modo, a ciência jurídica deve acompanhar as mudanças na sociedade, de forma a disciplinar as novas relações que emanam do tecido social. Assim foi, por exemplo, com a transformação dos direitos naturais

em direitos humanos e com a consagração dos direitos sociais (principalmente, os trabalhistas), à medida que a sociedade se conscientizou sobre a importância da tutela jurídica transcendendo a esfera individual de direitos.

Nesse ponto, importante ressaltar que a Modernidade conferiu uma era de privilégio aos direitos humanos, os quais tiveram como vitória “o cumprimento da promessa iluminista de emancipação pela razão” (DOUZINAS, 2009, p. 20), com o abandono de mitos, verdades religiosas e morais. Contudo, em momento algum, os tempos modernos assinaram atestado de garantia de efetividade desses mesmos direitos.

Esse impasse gerou um paradoxo que persiste atualmente: ao passo em que se assegura a previsão normativa de direitos fundamentais a qualquer ser humano, não se alcança a plena efetividade desses direitos.

Assim, tem se observado que desde o advento da globalização, que transmite, para alguns, a ideia de “modernização em escala global” (ZOLO, 2010, p. 16), o Direito parece ter perdido as rédeas de controle sobre as mudanças sociais. Sobretudo, isso se nota no âmbito das relações trabalhistas, que tem ocasionado o surgimento de novas modalidades de trabalho.

Convém mencionar, quando se fala em redução no caráter diretivo e regulador do Direito, não se trata apenas da ausência de normatização de novos direitos, mas em como lidar com os novos paradigmas que se apresentam na sociedade, sem que isso signifique a violação dos direitos fundamentais.

O que se enxerga nessa balança de interesses opostos, é a busca pela supremacia da melhor verdade, em que no processo por valorização de verdades, o sistema social tenta reduzir as complexidades geradas. Portanto, como equilibrar o avanço da economia globalizada, com o sonho do progresso econômico e da melhoria da vida em geral, com a preservação do significado de trabalho e direitos atinentes?

Na verdade, o que se tem observado é que, se outrora a racionalidade humana dominava o mundo, hoje é a globalização quem o faz, notando-se que “ a democracia e o Estado de direito são cada vez mais

usados para garantir que as forças econômicas e tecnológicas não estejam sujeitas a qualquer outro fim que não o da sua própria expansão contínua” (DOUZINAS, 2009, p. 25).

Tal característica é perceptível nas relações trabalhistas, com a mudança constante de definição da classe trabalhadora. Não se trata apenas de puro exercício de semântica, mas de individualização de uma classe que muito contribuiu para a formalização do projeto de direitos humanos, com a transcendência da proteção normativa da esfera individual para a coletiva.

Aliás, muito mais que individualização, deve-se pensar em fragmentação da classe trabalhadora. Com o deslocamento tecnológico, novos postos de trabalho surgem, remodelando a relação tradicional entre trabalhador-empregador, em uma verdadeira seleção artificial do “melhor trabalho” para os tempos hodiernos.

A questão que exsurge é *para quem e para o que* são gerados mais benefícios do novo formato das modalidades laborais. Assim, muito mais que analisar os contornos de modalidades de trabalho que despontam no cenário global, é averiguar quais consequências são geradas em relação ao leque normativo de proteção ao trabalhador e se há a viabilização do exercício dos direitos por esse mesmo sujeito.

Nessa ordem de ideias, pode-se citar o teletrabalho, que só alcançou previsão normativa com as alterações operadas pela Lei de Reforma Trabalhista - Lei nº 13.467/2017 (BRASIL, 2017) e que, à guisa de proporcionar ao trabalhador mais comodidade na prestação do seu labor, reduz os custos do empregador e, em contrapartida, garante a redução da unidade da classe trabalhadora, ao destacar um trabalhador do local tradicional de prestação de serviços, afastando-o de núcleo de produção e decisões da empresa.

Perante essa revolução global no encadeamento capital-trabalho, é essencial que o Direito se adapte ao surgimento das relações exurgidas no tecido social, a fim de que não haja a prevalência de interesses particulares sobre os da coletividade. No entanto, diante da volatilidade na transformação das relações laborais, torna-se indispensável a atuação conjunta

de órgãos institucionais no sentido de prevenir as infrações à legislação protetiva e de punir os infratores, com o objetivo punitivo-pedagógico, ilidindo assim eventuais reincidências e inculcando o compromisso de atuação empresarial em conformidade com as normas protetivas.

Novas relações de trabalho e a busca pela permanência da classe trabalhadora

Se antes se falava em proletariado, para designar a classe social que estava subordinada aos detentores de meios de produção, atualmente se fala em “precariado”, subproletariado, dentre outras acepções. O precariado, nas lições de Standing (2013, p. 28), abrange, resumidamente, aqueles que estão desprovidos das seguintes formas de garantia do trabalho: garantia de mercado de trabalho; garantia de vínculo empregatício; segurança no emprego; segurança no trabalho; garantia de reprodução de habilidade; segurança de renda; garantia de representação.

Além disso, ao analisar a tese de Ulrich Beck acerca da sociedade de risco, Mendes (2015) atesta que além dos riscos ecológicos, extrai-se da sociedade uma precarização crescente das condições de existência, desigualdade social, incerteza quanto às condições de emprego. Se o trunfo da modernidade foram os direitos humanos, o da pós-modernidade, que hoje vivemos, é a busca implacável pelo progresso econômico, viabilizado pelo processo de globalização.

Em que pese os riscos gerados pela modernidade ou pós-modernidade, é certo que alguns autores como Danilo Zolo (2010, p. 22) colocam o desenvolvimento econômico como a condição necessária para o desenvolvimento humano, pois é por meio do incremento de renda nacional que se pode viabilizar a distribuição de renda para as regiões, além do custeio de políticas públicas que conduzam à realização dos direitos humanos. Portanto, o objetivo desse trabalho não é transformar a busca pelo progresso econômico no Leviatã dos tempos atuais, mas analisar criticamente se essa finalidade proporciona condições suficientes para preservação dos direitos humanos, sobretudo os trabalhistas, objeto deste trabalho.

E nessa perspectiva, o que se constata é uma verdadeira revolução na estrutura da relação trabalhista e, por conseguinte, no corolário normativo de tutela jurídica do trabalhador, que passa novamente a se adequar às condições de trabalho impostas e, mais do que isso, às novas exigências de mercado, com uma formatação de trabalho mais flexível.

A flexibilidade apontada não apenas se enxerga através da desregulamentação do eixo capital-trabalho, mas do abandono do trabalhador na roleta do mercado, ficando totalmente vulnerável aos anseios capitalistas e devendo se enquadrar no sistema econômico, mesmo que isso signifique a supressão de seus direitos mínimos.

Essa conjuntura não importa apenas os problemas na prestação do labor, como a abdicação pelo trabalhador de certos direitos, privilegiando-se o negociado sobre o legislado, por exemplo, com a redução ilegal ou supressão do intervalo intrajornada, o que compromete a saúde do trabalhador. A questão demanda maior profundidade, tendo em vista que o arroxó causado pela economia capitalista global desencadeou um processo de seletividade no mercado, de modo que cada vez mais os trabalhadores selecionados para integrarem o sistema econômico são os que possuem maior qualificação profissional, geralmente dedicados aos cuidados da tecnologia.

Assim, para aqueles trabalhadores que não carregam uma bagagem profissional *high tech*, resta a alternativa de se lançarem no mercado como trabalhadores de si mesmos, sem empregador certo, abdicando de uma cartilha de direitos que jamais deveria (e nem poderia) ser renegada.

Desse modo, tem se observado que cada vez mais que:

A figura social do cidadão-trabalhador com relativo bem-estar social tende a desaparecer. Ela é substituída pela figura do “empreendedor de si mesmo” que deve se medir sozinho com insegurança quanto ao seu futuro. Desse modo, a globalização modifica profundamente o tecido social das sociedades ocidentais e tende a amplificar o fenômeno da emarginação social (ZOLO, 2010, p. 20).

Essa verificação já havia sido feita por Jeremy Rifkin (1995, p. 93), quando abordava o tema de uma “nova aristocracia”, formada por profissionais do conhecimento. Indubitavelmente, esse raciocínio conduz à conclusão de que surge um novo conflito de classes, entre os próprios trabalhadores, fracionando dentro de uma classe única várias alas incompatíveis, a saber, os trabalhadores do conhecimento e os prestadores de serviço/trabalhadores em tempo parcial/trabalhadores informais.

Nesse sentido, conforme pontua Lira (2008, p. 134), diante do enxugamento de postos de trabalho no setor da indústria em geral e com a gradual renovação de trabalhos no setor terciário da economia, os trabalhadores veem-se obrigados a adentrar na informalidade, muitas vezes inspirados por uma falácia de empreendedorismo de si mesmo, de maior autonomia e liberdade. Além disso, continua a autora, o número acentuado de trabalhadores informais pode ocasionar um custo social sem precedentes, em virtude de que essas ocupações “se caracterizam pela negação de direitos trabalhistas e elevador grau de exposição a situações de vulnerabilidade (como enfermidades, acidentes, velhice)” (LIRA, 2008, p. 146).

Além da notória afronta ao microssistema de tutela laboral, essa nova formatação do elo capital-trabalho conduz o trabalhador a uma individualização de sua figura, com a conseqüente desagregação da classe trabalhadora, que cada vez mais se descaracteriza com a fluidez dos tipos de trabalho.

Não se trata de rechaçar modelos de trabalho que sejam distintos da era industrial, mas em que medida as novas tipologias laborais podem acarretar o enfraquecimento da classe social trabalhista e seus direitos fundamentais. Nesse sentido, alerta Danilo Zolo (2010, p. 42) que “o caráter sempre mais precário e ‘atípico’ da relação de trabalho dissocia a posição do trabalhador de qualquer dimensão coletiva, até a completa individualização da sua figura social e jurídica”, demonstrando a periculosidade dos mecanismos do capital, que não se ocupam dos efeitos negativos causados pela globalização.

Demais disso, nota-se que o trabalhador, enquanto parte integrante do sistema capitalista, diante da desigualdade de renda que lhe confere

um numerário reduzido para manter sua sobrevivência, passa por um processo de estranhamento no trabalho, “uma vez que o produto gerado pelo trabalho não pertence ao seu criador” (ANTUNES, 2018, p. 97).

Ainda sobre o tema, é importante registrar que o processo de estranhamento agrega quatro manifestações, quais sejam: estranhamento em relação à natureza humana; não reconhecimento do trabalho em sua própria atividade; desrealização do trabalhador; estranhamento do trabalhador quanto ao seu próprio ser (ANTUNES, 2018, p. 97-98). Esse pacote de estranhamento do trabalhador quanto ao seu próprio trabalho, que deveria ser instrumento de desenvolvimento de suas potencialidades, de afirmação plena de seu ser no meio social, passa a ser o seu próprio algoz, retirando do trabalhador qualquer sentido de atividade que possibilite sua evolução enquanto pessoa, sendo apenas uma atividade para satisfação de necessidades.

Nesse sentido, lançando mão da constatação de Niklas Luhmann quanto ao paradoxo dos direitos humanos, em que “normas são reconhecidas por meio de suas violações; e os direitos humanos na medida em que são descumpridos” (LUHMANN, 2000, p. 158), também na seara laboral surge um paradoxo.

É que com a nova formatação das relações trabalhistas, o Direito deveria acompanhar tais mudanças, a fim de regulamentar as especificidades desse sistema e reduzir suas complexidades. No entanto, diante da notável celeridade das mudanças no eixo capital-trabalho, a ciência jurídica tem encontrado muita dificuldade de acompanhamento, em virtude de todo o processo burocrático legislativo para fins de regulamentação.

Conquanto haja o tratamento legal das questões trabalhistas, sobretudo a nível constitucional, com os direitos sociais, advém a invocação de isenção de responsabilidade por ausência de regulamentação específica de certas relações trabalhistas, como é o caso dos motoristas de aplicativos, em relação aos quais sequer se reconhece prontamente a existência de subordinação jurídica ao aplicativo (como empregador).

Dessa forma, novamente surge o paradoxo da eficácia da norma pela sua violação, tendo em vista que, enquanto mera abstração normativa,

parece não ter valor para os que a confrontam. É o descumprimento normativo que conduz à lembrança da imprescindibilidade de tutela jurídica às partes menos favorecidas das relações sociais, como é o caso dos trabalhadores.

Assim, diante da impossibilidade de o Direito acompanhar todas as mudanças sociais, mormente as operadas nas relações trabalhistas, torna-se essencial a intervenção do Estado na economia, de forma a garantir a preservação dos direitos humanos do cidadão-trabalhador, que não pode ficar entregue à própria sorte, no limbo da informalidade, na qual está despido, inclusive, de amparo estatal, por ausência de contribuição para a Previdência Social, por exemplo.

Destarte, para que não haja a inviabilidade do sistema social que agrega economia e trabalho, é imprescindível a atuação interinstitucional, através de campanhas educativas, audiências públicas, fiscalização e responsabilização de cunho punitivo-pedagógico, de forma a impedir condutas semelhantes. Com isso, o Estado minimiza as complexidades geradas na relação capital-trabalho, com a ratificação dos direitos humanos do trabalhador, garantindo assim que o corolário normativo não se perca nas brumas do tempo, tampouco que haja a ruína do sistema social.

Conclusão

O modelo atual de economia globalizada tem proporcionado diversos avanços científicos e tecnológicos, com o objetivo de melhorar as condições de vida e obter vantagens lucrativas para as empresas em geral, garantindo assim o progresso econômico das nações.

Ao mesmo tempo em que busca o incremento de renda, esse modelo de economia transforma profundamente estruturas tradicionais do sistema social, como a relação trabalhista, que passa a exigir, para sobrevivência do mercado, o afastamento do Estado, com o intuito de assegurar a liberdade econômica e o alcance dos objetivos do capital.

Contudo, sendo a relação trabalhista naturalmente dicotômica, em virtude de coexistirem interesses contrapostos (lucro pelo empregador *versus* garantia dos direitos pelo trabalhador) e desvantagens explícitas,

é necessária a intervenção do Estado, para que os interesses particulares não suplantem garantias mínimas da parte menos favorecida da relação laboral: o trabalhador.

Por outro lado, a célere evolução das relações trabalhistas, cada vez mais pautadas na flexibilidade e na ruptura do vínculo empregatício, tem fornecido aos trabalhadores um sentimento de “falsa autonomia”, inserindo-os em um feixe de relações laborais que precarizam o trabalho e sucateiam direitos mínimos, causando a ruptura do padrão de trabalho digno.

Vale dizer, o processo de modificações na estrutura das relações trabalhistas é tão volátil, que, muitas vezes, torna-se inviável a regulamentação pelo Direito em tempo hábil, deixando o trabalhador no limbo do mercado. Além disso, cada vez mais presente tem sido o sentimento do trabalhador de destacamento da classe social trabalhadora, o que causa a inviabilização do exercício de direitos em plenitude, como o da participação democrática, além do enfraquecimento do movimento sindical.

Ao contrário do que prega o sistema capitalista, não é o trabalhador que deve se adaptar ao trabalho, mas o novo formato de relações trabalhistas é que deve estar em conformidade com as normas protetivas e garantidas, inclusive por estatura constitucional, assegurando assim os direitos do trabalhador de exercer o seu mister com dignidade e com o desenvolvimento de suas potencialidades, para sua afirmação social.

Destarte, é imprescindível a atuação do Estado, em suas mais variadas funções (legislativa, executiva e judiciária), para, além da função de “dizer o direito”, fazê-lo acontecer, mediante o diálogo interinstitucional e o empenho de todos os órgãos e atores responsáveis pela tutela do trabalhador – Justiça do Trabalho, Ministério Público do Trabalho, sindicatos e o antigo Ministério do Trabalho, hoje absorvido pelo Ministério da Economia – para prevenção de violações aos direitos trabalhistas e para punição contundente dos infratores de modo que os direitos humanos do cidadão-trabalhador não sejam esquecidos.

Referências

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. São Paulo: Boitempo, 2018.

BARRETO, Tobias. Sobre uma nova intuição do direito. Estudos de filosofia. In: **Obras completas**. Rio de Janeiro: Record/INL, 1990, p. 228-256.

BRASIL. **Lei 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em 20 nov. 2019.

DOUZINAS, Costa. **O fim dos direitos humanos**. Tradução: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FEITOSA, Enoque. Para a superação das concepções abstratas e formalistas da forma jurídica. In: **Ensaio crítico sobre direitos humanos e constitucionalismo**. Org. Enzo Bello. Caxias do Sul: EDUCS, 2012, p. 21-33. Disponível em: <<https://www.ucs.br/site/editora/e-books/e-books-direito/>>. Acesso em: 28 set. 2019.

LIRA, Izabel Cristina Dias. Trabalho Informal como alternativa ao desemprego: desmistificando a informalidade. In: **Políticas públicas de trabalho e renda no Brasil contemporâneo**. Org. Maria Ozanira da Silva e Silva e Maria Carmelita Iazbeck. 2ª ed. São Paulo: Cortez; São Luís, MA: FAPEMA, 2008.

LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. Tradução: Ricardo Henrique Arruda de Paula e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. **Themis**. Fortaleza, v.3, n;1, p.153-161, 2000.

MENDES, José Manuel. Ulrich Beck: a imanência do social e a sociedade do risco. **Análise Social – Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa**. Lisboa, Portugal, n. 214, v. L, 1º trimestre, 2015.

NEVES, Fabrício Monteiro. AGUILAR FILHO, Hélio Afonso de. O acoplamento entre sociedade e economia: a teoria dos sistemas nas contribuições de Talcott Parsons e Niklas Luhmann. Santa Maria – RS. **Século XXI, Revista de Ciências Sociais**, vol. 2, nº 1, p. 138-167, jan-jun 2012.

RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho**. Tradução: Ruth Gabriela Bahr. Revisão técnica: Luiz Carlos Merege. São Paulo: Makron Books, 1995.

STANDING, Guy. **O precariado: a nova classe perigosa**. Tradução: Cristina Antunes. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

ZOLO, Danilo. **Globalização: um mapa dos problemas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

TEORIA DOS SISTEMAS E REGULAÇÃO ECONÔMICA: O RISCO DA CAPTURA NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

Renan Farias Pereira¹
Luciano do Nascimento Silva²

1 Introdução

A SOCIEDADE MULTICÊNTRICA POSSUI UMA INFINIDADE DE SISTEMAS que se inter-relacionam, estabelecendo uma rede de diálogos através da linguagem. A tecnologia e sua consequente evolução proporcionam diuturnamente transformações no tocante ao relacionamento interpessoal no mundo. O desenvolvimento de uma fase digital na sociedade desencadeou a necessidade de análise acerca de aspectos sociais relacionados à sua própria organização, desembocando em transformações no comportamento dos indivíduos, do mercado e das relações estabelecidas entre os Estados.

A tecnologia do mundo é, portanto, um fenômeno que se desenvolveu e se difundiu de forma a medrar barreiras, realizando uma espécie de universalização das comunicações e globalizando o acesso à informação.

A relação entre Estado e Mercado sempre teve nuances pendulares quando diz respeito ao controle dos processos econômicos. Com o

-
- 1 Doutorando em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. Mestre em Direito Econômico pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Email: profrenanfarias@gmail.com
 - 2 Pós-Doutor em Sociologia e Teoria do Direito no Centro di Studi sul Rischio dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento - CSR-FG-UNISALENTO (2013-2015); Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - FDUC (2003-2007); Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo - USP (2001-2003)

neoliberalismo, ocorreu uma série de privatizações que desembocaram na necessidade de ter uma participação estatal em vias de corrigir falhas de mestrado: nasce o Estado Regulador. O modelo brasileiro, com influência do norte-americano, foi estabelecido com a criação das Agências Reguladoras. No mercado de telecomunicações, a Agência Reguladora é a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações).

Convém ressaltar que dentro do ambiente regulatório um fenômeno surge de forma prejudicial: a chamada Captura do regulador. Trata-se, em termos práticos, de uma conduta de corrupção em que a agência reguladora age em benefício de determinados grupos – comerciais e políticos – prejudicando o interesse público.

O objetivo do Estado Regulador, em tese, seria a repressão ao abuso do poder econômico de forma a prevalecer o interesse da coletividade e o desenvolvimento econômico e social. Entretanto, à partir da Teoria da Captura, os interesses dos setores regulados acabam por prevalecer, constituindo em atos prejudiciais a toda a sociedade.

Vslumbrando, portanto, a análise regulatória virtual em posição de respectiva proteção fundamental pela Constituição e pelos Direitos Fundamentais, objetiva-se no presente trabalho analisar o sistema de Regulação Brasileira no que diz respeito à Teoria da Captura, relacionando à Teoria do Risco e na Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann.

No primeiro tópico, buscar-se-á fazer um panorama sobre Teoria da Regulação, relacionando ao fenômeno da Teoria da Captura e suas consequências perante a sociedade e o mercado. No segundo tópico será realizada a análise dos conceitos relacionados à Teoria Luhmanniana dos Sistemas, bem como a noção de Risco no âmbito da regulação.

É cediço que a análise em questão encontra sua justificativa na busca pela almejada segurança jurídica, em uma seara jurisdicional que, em virtude dos avanços tecnológicos relacionados ao setor de comunicações e da vasta aplicabilidade que possui, torna-se bastante complexa de regular de maneira a não sobrepujar quaisquer direitos ou deveres.

2 O conceito de regulação e sua atuação na atividade econômica: o efeito danoso da teoria da captura

Um dos fenômenos que é possível vislumbrar na história da humanidade diz respeito ao surgimento do Capitalismo e do Estado moderno, em que se verifica de maneira pendular a preponderância do Estado e do mercado cujas rédeas vão assumindo as relações econômicas. É importante salientar que esta relação não implica no desaparecimento de um enquanto o outro se mantém proeminente. Ambos se encontram interligados em suas relações, mesmo que estejam em posições diametralmente opostas.

A partir do Mercantilismo do século XVI houve o fortalecimento do Estado através do controle das relações comerciais desempenhadas na época. Como oposto à Economia Mercantilista, surge o liberalismo econômico, preconizando essencialmente a liberdade da atividade comercial, minimizando o poder do Estado na economia e fortalecendo a atividade autônoma. Este modelo, atualmente denominado de Liberalismo clássico, a partir do século XX, entrou em crise.

Com as consequências da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e a quebra da bolsa de valores de Nova York (1929), ocorreu a retomada do Estado na condução da economia, sobretudo com as políticas estatais keynesianas. Conforme as lições de Feitosa (2007) o Estado aparece em sua versão social, retirando do mercado a função organizativa da economia. Convém ressaltar que o Estado Social também não consegue se manter de forma plena, visto que paulatinamente ocorreu o distanciamento entre Estado e sociedade, o que consolidou a chamada crise do Estado-Providência.

Feitosa (2007) elabora um panorama geral sobre a crise do Estado Social em que aponta três vieses. O primeiro seria aquele defendido pelos liberais ortodoxos, em que o intervencionismo estatal seria o grande vilão da crise econômica ocorrida nos anos oitenta. Um segundo viés aponta para a globalização dos processos econômicos como o responsável pelo enfraquecimento do Estado nacional, visto que novos atores em perspectivas internacionais passaram a surgir. Ao seu turno, o terceiro viés admite

que a globalização alterou as feições do Estado, entretanto, se preocupa com a superação da dicotomia liberal e social-estatista para obter resultados mais favoráveis.

É neste retrospecto que se verificou a insuficiência tanto do mercado, como do Estado em mediar e gerir as estruturas econômicas da sociedade e, ao mesmo tempo, tornar palpáveis as demandas sociais existentes.

Convém ressaltar que nos tempos atuais a crise existente não diz respeito a uma atuação estatal na economia, mas, sobretudo, uma crise do próprio Estado (EROS GRAU, 2008). E é neste mesmo patamar de crise – que não diz respeito unicamente ao socialismo – que se instalam crises nos setores econômicos, no direito formal e, finalmente, nos mercados.

É possível inferir a partir das noções supramencionadas, que Eros Grau se refere à existência do Estado Neoliberal. Neste modelo, se afasta um eixo concentrado exclusivamente no mercado e se admite a existência de uma sociedade com vários centros de poder. Acrescente-se que esse modelo supõe o fortalecimento do mercado, mudando essencialmente as feições do Estado.

De toda forma, há o discurso evidente de uma maior participação da sociedade e, ao mesmo tempo, uma diminuição do estado, o que na posição encontrada por Eros Grau importa numa substituição da regulação estatal por regulações sociais.

O modelo protagonizado por um Estado regulador envolve dentro de seu arcabouço um sistema de privatização e liberalização. Assim, serviços de utilidade pública acabam por ser privatizados, ocorrendo em seguida uma regulação de preços. Nestes termos, a interferência do Estado da economia termina por ocorrer de forma indireta, sendo, no entendimento de Seidman e Gilmour (1986) apud Majone (2006), a terceira mais importante causa da existência de um Estado regulador.

Conforme as lições de Feitosa (2007) a origem do termo regulação está intrinsecamente relacionada ao termo “*deregulation*” existente nos Estados Unidos. O significado do vocábulo “*regulation*” teria o sinônimo do que para a doutrina brasileira implica em “regulamentação”. A confusão

terminológica, portanto, acaba por apresentar a necessidade de maiores aprofundamentos sobre a temática.

Eros Grau (2008) inclusive aponta como regulação estatal o que implica a regulamentação, enquanto que as regulações sociais implicam o que é tido no presente trabalho por regulação propriamente dita. Convém ressaltar que esta nova estruturação pressuporia uma harmonia dos interesses e uma construção de coletividade a partir da individualidade.

Saliente-se que no caso do Brasil não houve uma tentativa de formular uma teoria geral da regulação (SALOMÃO FILHO, 2008). A razão foi o esgotamento das funções do Estado em apenas dois aspectos: a intervenção econômica direta e a prestação de serviços públicos.

Entende-se, portanto, que no caso da Regulação, como ora se analisa, ocorre uma retirada do Estado na intervenção econômica direta, voltando-se para a função de organizar das relações econômicas e sociais, admitindo inclusive que o poder de polícia sobre os mercados não é suficiente para desempenhar tal incumbência.

Salomão Filho (2008) realiza severas críticas ao modelo de Regulação brasileiro que possui um método enfaticamente atrelado ao norte-americano, cuja consolidação ocorreu, sobretudo, com a formação de agências reguladoras, que estabelecem a organização das relações econômicas. A concepção, portanto, é marcadamente voltada para o liberalismo.

É possível perceber a existência de uma plurisignificação do termo Regulação (FEITOSA, 2007), pressupondo uma ideia restritiva das escolhas privadas pela imposição de regras públicas abrangendo-se a retomada de um estado de equilíbrio do sistema, bem como a implementação de regras com a finalidade de manter este mesmo estado.

O termo, portanto, não possui uma concordância dentro da doutrina, verificando-se nos conceitos de Vital Moreira (1997, p. 24) seria “o estabelecimento e a implementação de regras para a actividade económica destinadas a garantir o funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos”.

No que se refere às modalidades de regulação, verifica-se em Feitosa (2007) a apresentação de critérios para sua determinação. Quanto ao

interesse a ser protegido, se constatarem duas espécies marcantes. A primeira delas, chamada de regulação econômica, é aquela que possui como escopo verificar e proteger falhas de mercado. Já a segunda, denominada de regulação social, possui o objetivo de regular a atividade econômica, mas com um viés de proteção social.

Quando trata de um critério histórico, é possível vislumbrar quatro movimentos bem delineados. Inicialmente a nacionalização, seguida da regulação por entidades públicas – que seriam as agências reguladoras –, a auto-regulação profissional e, por fim, a regulação no interior de empresas (FEITOSA, 2007).

Neste sentido, são claras as lições de Feitosa (2007) quando informam que a Regulação Social surgiu com os objetivos de resguardar os interesses dos usuários em relação ao serviço, principalmente em razão da formação de monopólios naturais, bem como a promoção da concorrência entre os ofertantes, acarretando uma gestão mais efetiva.

No raciocínio ora apresentado é possível verificar que neste tipo de regulação há uma tentativa de fazer valer a proteção da sociedade, buscando-se padrões mínimos de qualidade, por intermédio de um controle do mercado.

A criação de Agências Reguladoras – conforme anteriormente explanado – está vinculada a própria função regulatória do Estado e possui como escopo a organização e regulação dos setores da economia de forma garantir o equilíbrio das relações entre três atores: o Governo, o mercado e os usuários dos serviços.

Entretanto, embora exista uma série de mecanismos dispostos à proporcionar às Agências Reguladoras uma atuação independente, existe um problema recorrente quando ocorre a captura dos Agentes Reguladores. Na prática, o fato acontece quando há uma quebra da autonomia das agências, cuja atividade passa a regular de forma a beneficiar os entes regulados.

O Direito Administrativo, sobretudo quando relaciona-se ao Direito Econômico, enfoca de forma mais proeminente o que vem a ser a Teoria da Captura. Conforme apresenta Justen Filho (2002), a utilização do termo “captura” é proveniente da situação em que a agência acaba por realizar a

proteção dos setores empresariais que regula. Assim, a instituição que é criada para proteger o interesse coletivo perde sua autoridade autônoma e acaba distorcendo sua finalidade precípua.

Uma das consequências ocasionadas pela captura das agências se trata do abuso do poder econômico, visto que influi na quebra da concorrência e na formação direta de monopólios do mercado, prejudicando diretamente a sociedade. Melo (2010) apresenta três tipos de captura: A Teoria da Captura Econômica, a Teoria da Captura Política e a Teoria da Captura Judicial.

Na Captura Econômica, ocorre a contratação de pessoal técnico proveniente do setor regulado, por parte da Agência Reguladora ou, ainda, quando o próprio setor regulado contrata profissionais com a experiência profissional vivida no órgão regulador. Na primeira situação ocorre justamente que o profissional técnico ingressa na agência com interesses viciados em beneficiar o ente regulado. A seu turno, na segunda situação, aquele que ingressa no mercado leva consigo todo o conhecimento da Agência Reguladora, podendo favorecer diretamente o mercado.

Na Captura Política, em linhas gerais, ocorre a influência do poder político na tomada de decisões e posições que o ente regulador deve adotar, acabando por existir outra espécie de quebra da autonomia, visto que a Agência Reguladora acaba por beneficiar o setor político, perdendo sua independência e a defesa do interesse coletivo.

Importante ressaltar que Melo (2010) relaciona a própria atividade da agência reguladora com o poder político, isto porque as escolhas realizadas para o comando das agências são pressupostas de análises eminentemente políticas, embora sejam conhecidas como técnicas. Neste sentido, finda por existir o interesse político na própria escolha hierárquica para o funcionamento da regulação do setor, razão pela qual a captura política acaba por ser inevitável.

Na Captura Judicial, por fim, ocorre a apreciação de ato administrativo em aspectos de conveniência e oportunidade, sob o especto do Princípio da Juridicidade – que busca adequar os elementos do ato aos princípios gerais do direito –, possuindo o condão de ultrapassar

competências que não lhe são inerentes. Este tipo de captura, no presente trabalho, não possui maiores relações com a temática proposta em tela, razão pela qual opta-se apenas por sua conceituação.

Não é demais concluir que existindo uma intrínseca relação entre economia e política, suas consequências culminam diretamente na própria teoria da captura. Isto porque o próprio mercado, enquanto patrocinador de inúmeras questões políticas, acaba por influenciar diretamente a regulação dos mercados, seja pelo viés econômico direto, seja pelo viés indireto da política.

Destarte, a existência da captura na seara regulatória, sobretudo a de telecomunicações – objeto do presente trabalho – acaba por ter consequências lógicas que desembocam na necessidade de análises aprofundadas, visto que em parte considerável das situações, acaba por pressupor a prática de crimes sem que haja grande repercussão sobre os fatos. É o que se pretende analisar a partir de então.

3 Teoria dos Sistemas e a captura como um risco

A teoria proposta por Niklas Luhmann foi inspirada no conceito desenvolvido por Maturana e Varela – biólogos – desenvolvendo-se assim sua Teoria dos Sistemas Sociais. Para os autores chilenos, os organismos vivos são sistemas fechados e autopoietico. Nesse sentido, é possível perceber uma rede fechada em que os processos de criação são realizados pelas interações daqueles que a produziram – isso numa perspectiva biológica.

Assim, o sistema se autoproduz, autorreferencia e autorregula e, embora haja o fechamento operacional, existe a interação com o meio (entorno), com a potencialidade de mudança não por um agente externo, mas por sua própria estrutura.

Foi de Talcoot Parsons que partiu a primeira concepção de Sistemas Sociais que, ao contrário de Luhmann, concebia a existência de sistemas abertos com troca de elementos entre si. Em Luhmann, portanto, adentrou-se em uma perspectiva diferente, pois considera que os “sistemas sociais operam [...] fechados sobre sua própria base operativa, diferenciando-se de todo o resto e, portanto, criando seu próprio limite de operação” (RODRIGUES e NEVES, 2012, p. 79).

A operação retomada é caracterizada pela reprodução de um elemento com os demais elementos no mesmo sistema. Por isso, conceitos como sistema, entorno e autopoiesis são essenciais para sua compreensão. Dentro do contexto luhmanniano a sociedade não se forma pela junção de indivíduos, mas por um sistema que cria e recria a própria existência por meio de condições e de mudanças, sendo esse processo guiado pela comunicação.

Neves (2005, p. 18), aliás, entende que “os sistemas limitam a um número reduzido o conjunto das inúmeras operações sociais com possibilidade de fazerem parte do rol de suas operações internas, que serão dotadas de sentido a partir da diferenciação entre a organização interna do sistema e o restante da sociedade”.

Neste prospecto, na teoria de Luhmann, os sistemas sociais são formados por operações em que a sociedade complexa é dividida. Esta divisão é consubstanciada no sistema e seu ambiente. O ambiente, portanto, se trata de tudo aquilo que não está no interior do sistema. É possível, assim, vislumbrar a existência de fronteiras em que se concebe os elementos inseridos no sistema e os que respectivamente não estão.

Diante de tais observações, é possível ainda conceber a noção do termo risco no interior da teoria dos sistemas, tendo em vista que seu posicionamento toma por pressuposto a existência de um futuro em que as decisões são tomadas no presente (BAGATIN, 2010, p.129). Luhmann, portanto, contesta o binômio “risco” e “segurança” para levar em consideração “risco” e “perigo”.

Nessa perspectiva, os possíveis danos serão observados como consequência de uma decisão ou decorrentes de fatores externos que concernem ao entorno. No primeiro caso, portanto, teríamos um risco, enquanto que na segunda situação, o perigo.

Segundo Luhmann, uma das vantagens de se trabalhar com a distinção risco e perigo é a de que essa distinção se coloca no plano das observações de segundo grau e permite, assim, a utilização do conceito de atribuição. Porém, isso não significa que a atribuição a ser levada a efeito (isto é, a indicação de algo como risco ou como

perigo) se dá ao acaso. A atribuição de um dano a uma decisão somente é possível se a decisão pode ser atribuída a alguém e se é possível cogitar de uma escolha entre alternativas. (BATAGIN, 2010, p. 130).

Assim, a captura das a captura das agências reguladoras pode ser entendida como um risco advindo de uma decisão tomada em um determinado nível do sistema econômico. Diante dessa situação, o Estado poderá realizar seu processo seletivo por meio de diversas alternativas que variam e serão decididas dentro de um processo comunicativo.

Ou seja, ao Estado cabe escolher optar pelo mercado livre, em que o próprio setor econômico cuidará de realizar suas próprias regras; pode deixar a regulamentação – advinda de normas do Poder Legislativo – guiarem de forma abrangente o setor; pode, enquanto Poder Executivo, regular a atividade ou – por fim – poderá deixar nas mãos de uma agência reguladora.

Mediante essa gama de possibilidades, a decisão de regular determinado setor e a forma como se dará essa regulação conduz intrinsecamente o risco de existência da captura, com a consequências já apresentadas no tópico anterior sobre a desproporcionalidade entre os atores de um determinado setor econômico. Entretanto, nos dizeres de Bagatin (2010, p. 131) “trata-se de uma possibilidade que pode se implementar (ou não)”, sobretudo porque não existe meios para prever o que se dará em tempos posteriores.

Não obstante, além dos riscos que são inerentes à tomada de decisão, existem também os perigos – que são suportados por aqueles que estão envolvidos no processo regulatório, entretanto não conduzem os processos decisórios de forma direta. Assim sendo, todos aqueles que são atingidos eventualmente pela captura, podem sofrer pelos perigos advindos das decisões tomadas.

Exemplificando – portanto – a teoria acima apresentada, é possível vislumbrar na prática a existência de fatos que supostamente apontam para a captura no âmbito do setor de telecomunicações do Brasil. É importante salientar que de acordo com o *Market Share* da Telefonia no Brasil (2017), existe um predomínio de quatro empresas no domínio no

setor brasileiro. É possível perceber – inclusive – a presença de escândalos em que os dirigentes das agências reguladoras supostamente beneficiaram grupos específicos.

O primeiro escândalo³ a ser apresentado neste trabalho diz respeito à acusação de uma operadora de Telefonia Celular – a UNICEL – cuja representação ao Ministério Público Federal denunciou uma série de práticas de formação de cartel por parte das empresas de telecomunicações; negociando pareceres, votos e decisões do conselho diretor da ANATEL.

Conforme consta da representação, as quatro maiores operadoras retromencionadas teriam se articulado com o órgão regulador de telecomunicações brasileiro para impedir a entrada de novas empresas e, até mesmo, impedindo a aquisição de uma empresa maior por outra menor. A Agência Nacional de Telecomunicações negou as acusações realizadas e justificou a retirada da outorga da UNICEL sob a alegação de que foram concedidas por força de liminares. Em que pese constantes pesquisas aos registros do Ministério Público Federal, não se verificou nenhuma ação ou investigação intentada para averiguar o caso denunciado.

O segundo escândalo⁴ diz respeito a um encontro do Conselheiro da Anatel, no ano de 2011 com representantes de empresas de telecomunicações em que comemoravam a aprovação de uma lei que ainda não havia sido posta em votação no Senado. O caso repercutiu entre as redes midiáticas, tendo em vista que a proximidade do representante da Agência reguladora com os representantes das empresas reguladas ficou cristalina, sobretudo porque já possuíam informações prévias sobre o resultado de uma inovação legislativa ainda não realizada. O caso embora tenha surgido com repercussão na mídia, não despertou o interesse das autoridades competentes.

3 WIZIACK, Júlio; CAMPANHA, Diógenes; MATAIS, Andreza. **Empresa acusa ANATEL de negociar decisões**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/02/1234847-empresa-acusa-anatel-de-negociar-decisoes.shtml>>. Acesso em 30. Jan. 2018

4 WIZIACK, Júlio. **Conselheiro da Anatel brinda 'aprovação' de projeto com tele**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me0807201121.htm>>. Acesso em 30. Jan. 2018.

O terceiro escândalo⁵ a ser apresentado se relaciona a um Inquérito Civil Público instaurado em 2018 pelo Ministério Público Federal para investigar suposto favorecimento de uma empresa telefônica por parte da Anatel. O processo administrativo verifica a subscrição de um Termo de Ajustamento de Conduta com a telefônica Vivo em que se converte multas aplicadas em investimentos na própria operadora.

O atrativo dessa investigação é que segundo a denúncia realizada de forma anônima, a Anatel negou o mesmo acordo para outras operadoras, bem como reverteu os investimentos apenas para localidades do país que possuem atratividade econômica, desprezando-se cidades menores e distantes dos grandes centros. O processo está correndo em sigilo, de forma que não há – até a conclusão do presente artigo – como considerar eventuais consequências a serem vislumbradas, muito embora a ANATEL tenha negado veementemente favorecimento a quaisquer operadoras.

Os três escândalos acima considerados possuem uma situação em comum: a relação intrínseca e pessoal que existe entre os entes regulados – sobretudo quando são grandes grupos econômicos – com as Agências Reguladoras. As denúncias que sempre aportam à mídia ou às autoridades competentes acabam por possuírem um lastro probatório muito escasso e uma capacidade de investigação frágil.

Embora se vislumbre até mesmo a abertura de investigações, a questão acaba por esbarrar no próprio poderio econômico que possuem as empresas de telefonia, que acabam por não só se beneficiarem de suas relações escusas com os conselheiros da Agência de Regulação, como também desenvolver um lastro protetor destes, tornando-se uma relação de troca de favores.

4 Considerações finais

A crise do Estado do Bem-Estar Social e a onda neoliberal transformaram as relações existentes no mercado. O nascimento de um Estado

5 VENTURA, Manoel. **MPF abre investigação contra Anatel por suposto favorecimento da Vivo**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/mpf-abre-investigacao-contranatel-por-suposto-favorecimento-vivo-22423096>>. Acesso em 30. Jan. 2018

Regulador acabou por ser uma criação híbrida, que tenta vislumbrar a proteção do estado contra as falhas de mercado, enquanto que este controla e dita as relações econômicas. Ocorre, todavia, que o próprio Estado se apequena diante do mercado e, na maioria dos casos, se encontra na posição de fomentadora destas falhas.

O abuso do poder econômico tem uma relação direta com a captura das agências reguladoras, sobretudo porque está relacionada essencialmente à formação de monopólios econômicos. Conforme verificou-se no presente artigo, é possível vislumbrar três tipos de captura: A Teoria da Captura Econômica, a Teoria da Captura Política e a Teoria da Captura Judicial.

Seja em qualquer uma das formas acima apresentadas, há como consequência o beneficiamento de determinados grupos em detrimento de outros. Esse beneficiamento pode se dar tanto quando o próprio setor regulado exerce sua influência na agência reguladora (captura econômica), quando o sistema político interfere diretamente nas decisões e na autonomia da agência independente (captura política) ou quando o poder judiciário ultrapassa seus limites e decidem com base em mecanismos que não sejam legais (captura judicial).

Convém ressaltar que a Regulação Econômica não leva – diretamente – à existência da captura. Conforme foi possível analisar durante o percurso ora analisado, a decisão pela Regulação – e as formas de regulação – passam por um processo decisório. Esse processo é realizado por meio de caminhos comunicativos que levam a uma seleção.

Nesse sentido, existe um risco de que haja a captura, com consequências já apresentadas no âmbito do trabalho. Verificando o setor de telecomunicações no Brasil, é possível perceber que há fortes indícios de existência da captura, sobretudo porque o combate à formação de monopólios é insubsistente no país, tendo em vista a existência de quatro grandes empresas que controlam todo o setor, impedindo inclusive que o livre mercado – tão amplamente defendido por estes mesmos atores – possa prevalecer.

No que concerne a uma suposta existência de Regulação Social no âmbito brasileiro, não é demais classificar como utópica. Este fato se dá

porque a regulação realizada no Brasil é essencialmente a econômica, que possui o escopo de evitar a monopolização do mercado. Além disso, embora tenha a missão retromencionada, na atividade regulatória brasileira se há uma tentativa de beneficiar as empresas, deixando os indivíduos e qualquer espécie de consolidação de direitos à margem da regulação.

A própria existência de relações completamente pessoais entre regulador e regulados acaba por impedir a existência de uma regulação social, principalmente porque através da Captura, não existirá nenhum interesse voltado a defender pautas da coletividade.

Destarte, é importante ratificar que embora seja uma utopia vislumbrar efetivamente uma Regulação Social no âmbito das Telecomunicações Brasileiras, com um viés de proteção social, se verifica igualmente uma necessidade de uma “virada regulatória”, no sentido de prevalecer os direitos do consumidor, impedir a formação de monopólios e combater, de forma efetiva, as práticas econômicas ilícitas que possuem danos graves à sociedade.

Referências

BAGATIN, Andreia Cristina. **O Problema das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo, 2010.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 10. Jan. 2018.

_____. Decreto 2.338 de 07 de outubro de 1997. **Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dá outras providências**. Brasília. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2338.htm> Acesso em 10. Jan. 2018

_____. Decreto 7.512 de 30 de junho de 2011. **Aprova o Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público - PGMU, e dá outras**

providências.. Brasília. 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7512.htm> Acesso em 10. Jan. 2018

_____. **Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.** Brasília. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm> Acesso em: 11 de out. 2017.

_____. **Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Lei Geral de Telecomunicações.** Brasília. 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm/> Acesso em: 11 de jul. 2016.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar. **Paradigmas inconclusos. Os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados.** Coimbra: Coimbra, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

MAJONE, Giadomenico. **Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança.** Revista do Serviço Público, Brasília, v.1, n. 1, p. 5-35, jan/mar 1999.

MELO, Thiago Dellazari Melo. **A Captura das Agências Reguladoras: Uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração Pública.** Coimbra: Almedina, 1997

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Concorrência**. SP: Malheiros, 2002

_____. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **A Regulação das Telecomunicações – Papel Atual e Tendências Futuras**. In: Figueiredo, Marcelo (org.). *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004

TELECO. **Market Share da Telefonia no Brasil**. Disponível em: <<http://www.teleco.com.br/mshare.asp>>. Acesso em 28. jan.2018

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de economia**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 2.

VENTURA, Manoel. **MPF abre investigação contra Anatel por suposto favorecimento da Vivo**. Disponível em:<<https://oglobo.globo.com/economia/mpf-abre-investigacao-contr-anatel-por-suposto-favorecimento-vivo-22423096>>. Acesso em 30. Jan. 2018

WIZIACK, Júlio; CAMPANHA, Diógenes; MATAIS, Andreza. **Empresa acusa ANATEL de negociar decisões**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/02/1234847-empresa-acusa-anatel-de-negociar-decisoes.shtml>>. Acesso em 30. Jan. 2018.

_____. **Conselheiro da Anatel brinda ‘aprovação’ de projeto com tele**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me0807201121.htm>>. Acesso em 30. Jan. 2018.

A OUTRA FACE DA TELA: A UTILIZAÇÃO DE OBRAS DE ARTE PARA A LAVAGEM DE DINHEIRO E A OCULTAÇÃO DE PATRIMÔNIO NÃO DECLARADO

Samara Taiana de Lima Silva¹

Lorena de Melo Freitas²

I - Introdução

A LAVAGEM DE DINHEIRO É O MECANISMO SEGUNDO O QUAL UM montante financeiro de origem duvidosa ou não definida é descaracterizado e posteriormente transformado em ativos de origem aparentemente lícita. Tal prática normalmente envolve múltiplas interfaces e transações, perseguindo o escopo da ocultação da origem do dinheiro, com o intuito da utilização deste sem que se localize ou comprometa os envolvidos. Nesta perspectiva, as estratégias de repressão a tal prática, bem como de outros crimes que sejam danosos à ordem financeira nacional, devem se pautar no devido respeito ao organograma econômico e tributário do país. Em linhas gerais, significa dizer que a exploração de uma atividade ilegal resulta tanto em conduta criminosa por parte do agente quanto em ato lesivo à ordem econômica.

Nesta perspectiva, é cada vez mais urgente a necessidade de aprimoramento da legislação penal, com o fito de aumentar o rigor das punições destinadas aos agentes de crimes financeiros e, em alguma medida, facilitar

1 Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), na área de concentração em Direitos Humanos e linha de pesquisa 1 – Direito Econômico, com bolsa de financiamento cedida pela CAPES e sob orientação da Professora Dra. Lorena de Melo Freitas.

2 Professora Doutora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

o tráfego internacional de informações no intuito de promover um archo na remessa de patrimônios possivelmente não declarados que tem como destinos os paraísos fiscais espalhados ao redor do mundo. Assim, o principal desafio encontrado pelos criminosos que “lavam” dinheiro é, justamente, mapear a melhor forma de gastá-lo ou ocultá-lo sem dar nas vistas a movimentação de vultosas quantias de dinheiro em espécie. Não por acaso, uma das formas mais exploradas atualmente para que se realize a lavagem de dinheiro e a ocultação de patrimônio é através da compra de obras de arte, por se tratar de uma atividade aparentemente acima de qualquer suspeita e que remete tão apenas ao requinte e alto poder aquisitivo do comprador.

Diante disto, este trabalho tem por objetivo central propor uma reflexão quanto à utilização de objetos de arte no intuito de limpeza de capitais. Em que pese esta prática não se configurar como um fenômeno recente, deve se levar em consideração que o despertar acadêmico para as investigações em torno de tal fenômeno, no âmbito do Brasil, é relativamente novo, e parte deste fato pode ser explicada graças às investigações da Operação Lava Jato que, no curso de mais de cinquenta fases operacionais, apreendeu mais de duzentas obras de artes³ em posse de vários investigados na operação. Assim, para além dos meandros que justificam a facilitação da utilização destes objetos no processo de lavagem de dinheiro, aqui também trataremos de questões especificamente atinentes à ordem econômica e financeira para que, ao final da discussão, seja possível compreender por quais razões um mercado tão específico, como é o caso da arte, tenha se tornado tão atrativo para as organizações criminosas praticarem nele seus delitos financeiros.

O trabalho foi dividido em duas sessões, onde a primeira se debruçou na análise do crime de lavagem de dinheiro, norteando a discussão para o mercado de obras de arte e perpassando pela reflexão acerca das cooperações fiscais internacionalmente estabelecidas no intuito de coibir,

3 Levantamento não exaustivo realizado pela autora nos autos de apreensão dos mandados de busca e apreensão exarados no âmbito da Operação Lava Jato (13ª Vara da Justiça Federal de Curitiba (PR)).

tanto quanto possível, a remessa de patrimônios não declarados para os paraísos fiscais espalhados ao redor do mundo. Já no segundo tópico, tratou-se com mais dedicação sobre o crescente fenômeno de utilização de obras de artes, com especial atenção às pinturas, no processo de limpeza de capitais. Para tanto, suscitou-se alguns casos concretos no âmbito do Brasil, que foram emblemáticos no processo anteriormente descrito, a exemplo da Operação Lava Jato e do Instituto Inhotim. A investigação foi estritamente bibliográfica, em especial com a adoção da análise de alguns casos concretos e legislações pertinentes.

li – A lavagem de dinheiro e a ocultação de patrimônio não declarado

A lavagem de dinheiro pode ser compreendida como a prática delituosa segundo a qual o dinheiro proveniente de atividades ilícitas, normalmente com origem no crime organizado, consegue se descaracterizar de sua natureza ilegal e passa a ser identificado como originário de alguma atividade legalmente reconhecida e, com isto, é utilizado livre e aparentemente dentro do escopo normatizado, sem maiores implicações à imagem do detentor. Assim, é importante saber que o processo de lavagem de dinheiro é viabilizado através de três processos distintos (CALLEGARI e WEBER, 2017), a saber: a) Colocação: estágio onde o dinheiro obtido por vias ilegais é direcionado à ordem econômica, seja pelo sistema bancário, pela aplicação em empresas de fachada ou na aquisição de bens valiosos, aqui se enquadrando as obras de arte; b) Ocultação: consiste na movimentação do dinheiro dentro da ordem econômica, seja na instituição financeira, em remessa para outros países –os Paraísos Fiscais-, em investimentos ou demais movimentações com o único intuito de fracionar a quantia originária e, posteriormente, dificultar a sua localização e; c) Integração: momento onde, enfim, o dinheiro sujo é movimentado na ordem econômica, aplicado em algum ambiente ou empreendimento respeitável, ganhando uma roupagem de procedência lícita e, enfim, pondo fim ao ciclo da lavagem e descaracterizando a ilicitude do montante financeiro.

No Brasil, apenas no início dos anos 90 foi que o Estado começou a intervir na ordem econômica no sentido de inibir a prática de delitos contra esta, culminando na proibição da utilização do sistema econômico com o escopo de lavar dinheiro sujo, e o fez na busca pelo firmamento de um aparato econômico sólido e confiável, que fosse capaz de atrair os investidores estrangeiros e, assim, burlar os casos famosos de ocultação de patrimônio que então surgiam (BADARÓ e BOTTINI, 2016). Tem-se a Lei nº 9.613/1998 como sendo a que melhor contempla o crime de lavagem de dinheiro no Brasil e, segundo Badaró e Bottini (2016), tal dispositivo possui uma natureza tripla, pois abarca: i) o controle administrativo dos ramos em que mais se observa o crime de lavagem de dinheiro; ii) as normas penais aplicáveis a tal crime, bem como suas respectivas penas e; iii) os dispositivos do âmbito processual penal que norteiam a produção de provas e as medidas cautelares a serem adotadas.

No que se refere ao mercado de artes, objeto deste artigo, a referida lei se expressa por meio dos artigos 9, 10 e 11⁴, no que tange o comportamento esperado pelos atores envolvidos no referido mercado, quando do auxílio no combate ao crime de lavagem de dinheiro por meio de aparatos artísticos, bem como ao processo preventivo para que esta prática não mais ocorra. Além disto, também é relevante mencionar a Portaria nº 396/2016 do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), que atua na regulamentação dos procedimentos anteriormente dispostos pela Lei nº 9.613/1998, especificamente no que se refere ao mercado da arte.

Para que se logre êxito na prática de lavagem de dinheiro, os agentes dispõem de uma ampla gama de artifícios, que são proporcionados, em certa medida, pela expansão tecnológica e pelo surgimento de ambientes

4 Em linhas gerais, deverão “as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem [...] objetos de arte e antiguidades” (art. 9) identificar os possuidores (clientes) (art. 10, I), manter atualizados os registros de todas as transações que ultrapassem um limite fixado pela autoridade competente (art. 10, II), desenvolver políticas de *compliance* adequadas (art. 10, III), cadastrar-se e manter o cadastro atualizado perante os órgãos de fiscalização e regulação ou, na inexistência de um específico, junto ao COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras, órgão conjunto do Ministério da Fazenda que atua no âmbito da prevenção e do controle da lavagem de dinheiro), e atendam às suas requisições (art. 10, IV e V), atentem-se às operações que possuam indícios de crimes de lavagem de dinheiro e procedam para a devida comunicação oficial junto ao COAF.

econômicos frágeis, todavia fortes para o estabelecimento de tal prática. Nesta perspectiva, é primordial salientar que a Internet atua como um vetor indispensável para que este cenário cada vez mais se fortaleça, de tal forma que faz surgir o fenômeno da lavagem virtual, realizada de forma cada vez mais rápida, tecnológica e sem grandes empecilhos. Neste entorno, as figuras dos Paraísos Fiscais surgem como uma alternativa para que os agentes dessas práticas delituosas encontrem meios para remessar, sem maiores entraves, os valores levantados.

Neste aspecto, as cooperações fiscais internacionais tem se mostrado um elemento cada vez mais indispensável para o processo de combate à lavagem de dinheiro e às fraudes fiscais em um espectro mais amplo. Estas cooperações, pautadas na ideia da boa governança fiscal, se apresentam como um tema bastante frutífero e promissor, uma vez que a obtenção de informações relativas à movimentação internacional de grandes quantias em dinheiro, diante de um cenário tão tecnológico, é o único meio para que se persiga o combate dos crimes financeiros praticados no âmbito internacional, além de ser um importante instrumento na luta contra crimes como o tráfico internacional de entorpecentes, o terrorismo⁵ e, por que não dizer, a lavagem de dinheiro utilizando obras de artes famosas internacionalmente.

Na esteira de tal pensamento, o princípio da Boa Governança Fiscal se firma nos institutos da transparência, da troca de informações e da concorrência fiscal leal, de forma que possa abarcar o máximo de países e fazer com que juntos caminhem para uma fluida troca de informações fiscais que possa criar barreiras para a prática de delitos contra a ordem financeira. Segundo a Comissão Europeia (2012), um país não cumpre as normas mínimas esperáveis no âmbito da boa governança fiscal quando não adota parâmetros administrativos, regulamentares e legislativos destinados ao correto cumprimento dos escopos em matéria de transparência e intercâmbio de informações e/ou não as aplique de forma correta e

5 José Manuel Braz da Silva (2000) nos demonstra que as operações ilícitas, sobretudo as ligadas ao tráfico de drogas, financiamento do terrorismo, corrupção e diversas outras operações abusivas são canalizadas por meio dos paraísos fiscais (p. 45-46).

efetiva⁶. Além disto, a Comissão recomenda (2012) que os Estados-Membros publiquem listas dando conta dos países que não sigam as normas de intercâmbio de informações internacionais no intuito de coibir as fraudes fiscais.

Nesta perspectiva, é correto o entendimento de que as cooperações fiscais internacionais tem por principal objetivo o estabelecimento de um nível de transparência tal que possa ser capaz de desvelar os caminhos traçados pelo fluxo do capital não declarado ou de procedência duvidosa, com o intuito de frear o surgimento de novos paraísos fiscais, coibir a concorrência fiscal desleal e, acima de tudo, a lavagem de dinheiro. Todavia, apesar desta intenção ser claramente benevolente à ordem econômica mundial, tal intento ainda esbarra em situações onde o acesso às informações atinentes ao efetivo cumprimento de obrigações tributárias se mostra inviabilizável, em virtude da existência de legislações específicas que impedem o acesso às informações bancárias de maneira mais efetiva.

Diante disto, podemos perceber a íntima relação do crime organizado com a lavagem de dinheiro. A expansão das atividades criminosas, chefiada pelo tráfico de entorpecentes e, em proporção menor e mais específica, coroadas com a comercialização de objetos de arte –atividade acima de qualquer suspeita, em virtude de seus ares de requinte– motivou os países a estabelecer uma maior rigidez no que se refere a um maior acompanhamento da trilha percorrida pelo dinheiro de origem duvidosa ou não declarada. Assim, foi-se observando, ao longo dos anos, um aumento preponderante no processo de firmamento de cooperações fiscais internacionais, ocasião na qual diversos países celebram acordos mútuos para que, em conjunto, possam compartilhar informações fiscais que sejam capazes de mapear possíveis atitudes ilícitas que sejam lesivas à ordem econômica mundial. Contudo, mesmo diante do aprimoramento observado no processo de intercâmbio de informações fiscais, é primordial observar que, em que pese todos os esforços dos organismos internacionais depreendidos neste sentido, ainda assim o efetivo monitoramento de

6 GRASSANO, Luciana. **Intercâmbio de Informações contra Fraude e Evasão Fiscais**. In: Revista Jurídica. Vol. 02, n.º. 47, Curitiba (PR), 2017. p. 159-173.

informações fiscais encontra uma série de obstáculos, dentre os quais se observa, contraditoriamente, o avanço tecnológico.

lII – A utilização de obras de arte no processo de lavagem de dinheiro e ocultação de patrimônio não declarado

O mercado da arte e da cultura não pode ser desconsiderado quando tratamos de questões envolvendo a ordem econômica. No contexto da expansão observada nos mercados ilegais, que apresenta diversas e crescentes possibilidades de exploração das mais variadas vertentes, seria questão de tempo observar a inserção de objetos culturais, artísticos e de antiguidades dentre os escopos das atividades das organizações criminosas. Com isto, podemos perceber que a utilização de obras culturais para lastrear crimes financeiros é alicerçada, em grande medida, pelas demandas crescentes e específicas observadas nas trincheiras do mercado da arte, a falta de fiscalização efetiva nas zonas fronteiriças e a inoperância política e econômica advinda da instabilidade normativa de certos países.

Recentes levantamentos feitos pela Interpol⁷ nos dão conta que o Brasil vem cada vez mais se firmando no mapa do mercado ilegal de utilização de obras de artes em sede de crimes contra a ordem econômica. Em que pese à aparência embrionária do movimento, dados concisos apontam que o Brasil estaria atraindo fortemente as atenções de máfias estrangeiras⁸, sobretudo italianas, e que os números envolvidos em tais operações ultrapassam facilmente a casa dos milhões. Em que pese à dedicação do referido órgão no trabalho de mapeamento descrito, tem-se que levar em consideração que alguns elementos, a exemplo da insegurança jurídica observada em alguns países, bem como a ausência de um intercâmbio eficiente de informações fiscais, são capazes de comprometer a

7 www.interpol.int/public/workofart <acesso em 22 de novembro de 2019>

8 Ainda segundo a Interpol, França, Itália, Rússia e Alemanha são os países mais afetados pelos crimes financeiros envolvendo obras de arte. Boa parte dos objetos utilizados para a lavagem de dinheiro é oriunda de colecionadores privados, e os museus figuram entre os alvos preferidos dos criminosos que não querem levantar suspeitas quanto à obra de arte comprada. Os tipos de objetos utilizados variam e, geralmente, pinturas, esculturas, estátuas e itens religiosos são os mais procurados pelos criminosos.

efetividade de uma política que, embora concebida com toda a primazia necessária, muitas vezes não encontra o aporte necessário para o seu correto direcionamento e aplicação.

Mesmo diante da existência de diversas normativas internacionais, a exemplo da Convenção para a Proibição e Prevenção de Importação Ilícita, Exportação e Transferência de Propriedade do Patrimônio Cultural, de 14 de novembro de 1970, da UNESCO (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*), a perspectiva de tutela internacional deste cenário infelizmente ainda não corresponde à totalidade do problema⁹, resultando em um vácuo normativo que impossibilita o correto mapeamento da questão, além da inexatidão das informações disponibilizadas. Para que se tenha uma dimensão da problemática, dados do FBI (*Federal Bureau of Investigation*) dão conta que o tráfico internacional de obras de arte chega a movimentar uma quantia superior a seis bilhões de dólares por ano (COSTA, p.264).

Há diversas formas de lavagem de dinheiro a partir da utilização de obras de arte. Em decorrência dos altos valores que um objeto desta natureza pode facilmente alcançar, além da dificuldade de aferição técnica, este ramo se torna cada vez mais atrativo para organizações criminosas especializadas em lavagem de dinheiro, graças à facilidade que encontram para, em uma única obra, imprimir “a outra face da tela” e, ali mesmo, ocultar facilmente uma grande quantia em dinheiro¹⁰. Todos estes elementos, vinculados à ausência de regulação do mercado artístico nesta seara, resultam na transformação do mercado da arte em um terreno frutífero para a lavagem de dinheiro e a ocultação de patrimônio não declarado¹¹.

9 COSTA, Tailson Pires da. ROCHA, Joceli Scremin da. **A incidência da Receptação e do Tráfico Ilícito de Obras de Arte no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito da Universidade Metodista de São Paulo, v. 4, n.4, 2007, p. 263-282.

10 Georgina Adam (2014) elenca os seguintes fatores como positivos para a adoção das obras de arte no processo de lavagem de dinheiro: a confidencialidade que envolve o mercado; os elevados valores das transações; a falta de experiência das autoridades em relação ao funcionamento do mercado e a facilidade do transporte e movimentação das obras artísticas.

11 Outra peça relevante para a compreensão dessa estrutura é a figura dos comerciantes e das galerias de arte, que muitas vezes intermediam a compra e venda das obras de arte, concorrendo

Fausto de Sanctis¹², desembargador do Tribunal Federal da 3ª Região e pioneiro no Brasil em casos que envolveram a destinação de obras de arte apreendidas através de crimes contra a ordem econômica, e ganhou notoriedade ao passar a remessar tais obras para museus, afirma que “a lavagem de dinheiro em obras de arte dá-se, pois, com a falsa fixação de seus preços, quantidade, qualidade e o transporte *overseas* (do e para o exterior), uma tentativa de conferir legitimidade aos seus recursos ilícitos” (2015, p. 79). N’outra oportunidade, o magistrado expôs ainda que “os adquirentes ou vendedores não desejam ser expostos. Os últimos ficam extremamente envergonhados quando vendem suas preciosidades e os compradores, sabedores disso, não desejarão desagradá-los (p. 66).”

No caso do Brasil, é notória a facilidade com a qual uma obra de arte transita livremente movimentando milhões de reais sem deixar sombra. O processo que condenou o ex-banqueiro Edegar Cid Ferreira, do Banco Santos, “como incurso no crime de quadrilha ou bando, gestão fraudulenta de instituição financeira, evasão de divisas e lavagem de dinheiro” (SANCTIS, 2015, p.135) foi marcante para o direito brasileiro no que se refere à remessa de obras de arte apreendidas que foram adquiridas por meio de ilícitos financeiros. Segundo Sanctis (2015), as obras de arte apreendidas foram destinadas a diversas entidades culturais, para que integrassem seus acervos permanentes. Foram resgatadas e encaminhadas mais de 12.000 peças artísticas, entre antiguidades dos séculos XIV a IX antes de Cristo e também obras contemporâneas, de artistas como Basquiat e Damien Hirst.

Nesta perspectiva, frise-se também o exemplo emblemático da Operação Lava Jato que, na investigação do esquema bilionário de corrupção e lavagem de dinheiro envolvendo políticos, empresários e a empresa Petrobras Distribuidora, ocasionou na paradigmática descoberta de mais de duzentas obras de artes utilizadas no processo de limpeza dos capitais

diretamente para a prática delituosa que facilmente pode desembocar para o entendimento da formação de quadrilha.

12 SANCTIS, Fausto Martin de. **Lavagem de Dinheiro por meio de Obras de Arte – uma perspectiva judicial criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

advindos com o esquema. Dentre as obras apreendidas, destaca-se as valiosíssimas autorias de Salvador Dalí, Di Cavalcanti, Heitor dos Prazeres e Vik Muniz. Por seu turno, o Ministério Público Federal pleiteia que as obras apreendidas no âmbito da Operação Lava Jato sejam destinadas, a título de doação definitiva, para o Museu Oscar Niemeyer, como forma de ressarcir a população brasileira, tendo em vista o entendimento majoritário de que, nos crimes contra a ordem financeira, a principal vítima é a sociedade.

Outro exemplo emblemático no âmbito nacional é o caso do Complexo Museológico do Inhotim, situado na cidade de Brumadinho, pequena cidade mineira de 38 mil habitantes, composto por um amplo conglomerado de pavilhões e galerias de arte ao ar livre, considerado o maior museu a céu aberto do mundo e inicialmente idealizado na década de 1980, porém só teve sua fundação oficial em 2002, abrindo para visitação pública em 12 de outubro de 2006 (INHOTIM, 2018). O referido também é parte de um milionário esquema de lavagem de dinheiro chefiado pelo seu criador, o empresário Bernardo Paz, condenado em 2017 a nove anos e três meses de prisão, pelos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro. Segundo a denúncia do Ministério Público Federal, um fundo de investimentos sediado nas Ilhas Cayman, famoso paraíso fiscal, denominado *Flamingo Investment Fund*, teria recebido repasses na casa dos US\$98,5 milhões, por meio da empresa Horizontes, criada por Bernardo Paz para manter o instituto, todavia este valor teve origem desconhecida.

Considerações finais

A utilização de obras de arte no processo de limpeza de capitais não é um fenômeno necessariamente recente, embora tenha recentemente sido incorporado como objeto de maior atenção por parte do próprio mercado e, mais ainda, das autoridades responsáveis pela prevenção e repressão de crimes contra a ordem econômica. Ao analisarmos questões tais quais a dificuldade de determinação do valor de uma referida obra, as discrepâncias no processo de aferição técnica de um objeto desta natureza, a ausência de normatização do mercado artístico nesta seara, o aprimoramento de um processo de falsificação que cada vez mais se aproxima dos

detalhes técnicos dos originais, bem como a facilidade de transporte e movimentação de objetos que muitas vezes são bem pequenos, é possível compreender por quais razões o mercado da arte tornou-se tão atrativo para as organizações criminosas que atuam no intento de praticar crimes contra a ordem financeira.

Na tentativa de frear tal prática, algumas legislações foram desenvolvidas, no escopo de diminuir o quanto possível uma prática delituosa que culmina na não injeção uma quantidade vultuosa de dinheiro na ordem econômica mundial. Nesta perspectiva, as cooperações internacionais se apresentam como mais uma estratégia de estreitamento do intercâmbio de informações fiscais entre os países interessados. Assim, entende-se que a ideia da cooperação internacional comunga com a promoção de um nível elevado de transparência fiscal, que seja capaz de esmiuçar o caminho percorrido pelo fluxo de capitais, bens, serviços e pessoas, com o objetivo central de promover barreiras à fraude e à sonegação fiscal.

No âmbito do Brasil, tais atividades ilícitas são observadas em formas e períodos bastante peculiares. Não há, em nossa experiência geral, indícios de grandes apreensões de obras de artes vinculadas a crimes financeiros se apartadas de eventos e períodos específicos. Para tanto, é válido citar o caso da Operação Lava Jato, iniciada em meados de 2014 e que identificou um esquema bilionário de atuação de grupos criminoso que, em conjunto com a Petrobras Distribuidora e composta por doleiros e outros operadores financeiros, resultou na identificação de desvios de recursos na casa dos bilhões e ainda na apreensão de pelo menos duzentas obras de arte, que foram utilizadas para maquiar a origem do dinheiro movimentado. Além deste exemplo, é oportuno destacar também o caso do Instituto Inhotim, que também fora descoberto como algo para além de um complexo museológico composto por diversas galerias de arte a céu aberto e, no processo de investigação instaurado, descobriu-se que a sua real identidade na verdade se imprimia nas Ilhas Cayman, paraíso fiscal mundialmente conhecido, e que o seu valor real não era a disseminação da arte de forma democrática, mas sim a ocultação de US\$98,5 milhões em patrimônios não declarados.

Referências

ADAM, Georgina. **Big bucks: the explosion of the art market in the 21st century**. Surrey: Lund Humphries, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2017.

COSTA, Tailson Pires da. ROCHA, Joceli Scremin da. **A incidência da Receptação e do Tráfico Ilícito de Obras de Arte no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito da Universidade Metodista de São Paulo, v. 4, n.4, 2007, p. 263-282.

GRASSANO, Luciana. **Intercâmbio de Informações contra Fraude e Evasão Fiscais**. In: Revista Jurídica. Vol. 02, n°. 47, Curitiba (PR), 2017. p. 159-173.

INHOTIM. **Instituto Inhotim**, Minas Gerais, 2018. Disponível em: <http://www.inhotim.org.br/inhotim/sobre/historico/> <acesso em 20/11/2019>

IPHAN. Portaria nº 396, de 15 de setembro de 2016. **Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas físicas ou jurídicas que comercializem antiguidades e/ou obras de arte de qualquer natureza, na forma da lei n 9.613 de 3 de março de 1998**. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/PORTARIA_396_-_2016-09-15_-_DISPOE_SOBRE_PROCEDIMENTOS_SOBRE_COMERCIALIZAÇÃO_DE_ANTIGUIDADES__E_OBRAS_DE_ARTE.pdf>. <acesso em 20/11/2019>

SANCTIS, Fausto Martin de. **Lavagem de Dinheiro por meio de Obras de Arte – uma perspectiva judicial criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SANTOS, António Carlos. **O papel do direito flexível e da cooperação em rede no combate à concorrência fiscal prejudicial, à evasão fiscal e ao planeamento fiscal abusivo**. Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal. Ano VIII, 1/15. Coimbra: Almedina, 2015, p. 179 a 216.

SILVA, José Manuel Braz da. **Os Paraísos Fiscais**. Coimbra: Almedina, 2000.

VIRTO AGUILAR, Alma Delia. **Breve referencia a la mejora del intercambio de información bancaria em la Unión Europea. In Interambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal**. Coord. GARCÍA PRATS, F. Alfredo. Instituto de Estudios Fiscales: Madrid, 2014.

DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS E TRANSIÇÕES DEMOCRÁTICAS NO ESTADO DE DIREITO MODERNO

*Por estes mortos, peço castigo.
Para os que de sangue salpicaram a pátria, peço castigo.
Para o verdugo que ordenou a morte, peço castigo.
Para o traidor que ascendeu sobre o crime, peço castigo.
Para quem deu a ordem da agonia, peço castigo.
Para os que defenderam este crime, peço castigo.
Não quero que me deem a mão empapada com nosso
sangue, peço castigo.
Não os quero embaixadores, tampouco em suas casas
tranquilos.
Os quero ver aqui julgados, nesta praça, neste lugar.
Quero castigo, quero castigo.
(Pablo Neruda)*

Tiago Medeiros Leite¹
Luciano Nascimento Silva²

Introdução

O RECONHECIMENTO COMO SER HUMANO QUE POSSUI PODERES E direitos na ordem jurídica é um pressuposto consolidado para qualquer república e democracia existente. Existir na ordem

1 Doutorando pelo Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, sob orientação do Prof. Dr. Fredys Orlando Sorto.

2 Pós-Doutor em Sociologia do Direito pela *Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento*, Itália (UNISALENTO). Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal (FDUC). Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (FADUSP). Professor Adjunto no CCJ/UEPB. Professor Colaborador Permanente no PPGCJ/CCJ/UFPB e no PPGDH/CCHLA/UFPB. Pesquisador Visitante no *Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg in Breisgau, Baden Wuttemberg, Deutschland*.

jurídica e política dos sistemas de poderes é condição básica para o exercício de direito a qualquer ser humano. Ser igual e livre é um princípio basilar das democracias. Sem estas condições o ser humano não vive numa sociedade democrática.

Quando uma pessoa desaparece, graves consequências surgirão. A insegurança do que aconteceu e o que poderá acontecer gera um numero maior de vítimas. Familiares, amigos, pessoas afetivas sentirão a ausência da pessoa desaparecida. A cultura humana cultua o funeral como um momento de despedida. Seja qual for o método de eliminação do cadáver utilizado por cada sociedade, seja natural ou outra forma, compõe um momento de passagem para uma ausência compreendida. No entanto, quando uma pessoa desaparece, não existe despedida, não existe luto, não existe na consciência de que houve um adeus.

A situação piora quando o desaparecimento não é natural, mas com uma vítima. Quando alguém desaparece porque outra pessoa provocou, a coletividade se encontra ameaçada, o risco de ser vitimado é iminente. Neste caso, a conduta é de desaparecimento forçado de pessoas. Alguém desaparecer, forçadamente, através de um plano, sistemático ou amplo, é uma das condutas mais graves da sociedade moderna.

Assim, questiona-se: esse crime do desaparecimento forçado de pessoas viola direitos consagrados no Estado moderno? Além disso, viola direitos não só da pessoa desaparecida, mas a própria democracia? Faz-se necessário compreender o desaparecimento forçado, como parte de um sistema de graves violações à pessoa humana e à democracia, para se chegar a qualquer conclusão.

O objeto deste trabalho é o desaparecimento forçado de pessoas, especificamente como crime grave contra os direitos humanos na ordem internacional. Tentar-se-á compreender a relação do desaparecimento forçado com a democracia no Estado de Direito e suas transições democráticas, de regimes autoritários à democratização.

Será utilizado o método dedutivo e dialético de compreensão dos conceitos e de contextualização histórica, como marco inicial o Estado de Direito moderno e suas transições político-jurídicas. Por meio do tipo de

pesquisa documental e teórico, o trabalho buscará observar os pensadores sobre direito internacional, teoria da democracia, justiça de transição e direitos humanos.

Inicialmente será abordado o ser humano como pessoa jurídica e sua construção no Direito moderno. Depois, o desaparecimento forçado como instrumento de perseguição e combate político. Posteriormente, a construção internacional dos crimes contra a humanidade e a inclusão da conduta de desaparecimento forçado de pessoas e, por fim, o desaparecimento forçado e as transições democráticas na ordem internacional.

Personalidade humana como pressuposto do Direito moderno

A ascensão do pensamento iluminista teve como ponto central ascender o ser humano como sujeito de direitos. A forma que a sociedade ocidental se desenvolvia, suas relações sociais, suas relações econômicas e suas tradições culturais, até então, eram dominadas pelas serventias aos senhores e à dignidade da pessoa divina. O ser humano não estava no centro dessas relações. As relações eclesásticas e da nobreza medieval ditavam a construção do direito. O soberano era o centro do Direito até ali.

Os documentos da Constituição dos Estados Unidos e da Declaração do Homem e do Cidadão da França, de 1789, já apontavam pela emancipação do ser humano como sujeito de direitos e centro da nova ordem jurídica. Mesmo com fundamento no Direito Natural, os franceses afirmaram que todos os homens nascem e são iguais em direitos (Art. 1º). Apesar do conceito de cidadania francesa não se confundir com ser humano, o homem comum francês estava no centro dessa nova relação político-jurídica e tal ideia se espalhava pelo mundo ocidental.

Anos antes do levante francês de 1789, o pensamento iluminista se espalha pela Europa. A defesa de uma nova sociedade é presente em textos políticos. Beccaria apresenta sua posição jurídica sobre a pena e os delitos. Defende penas úteis e um Direito relacionado com a realidade social de forma transparente e pública. Em sua obra *Dos Delitos e Das Penas* aponta que “felizes as pouquíssimas nações que não esperam que o lento

movimento das combinações e vicissitudes humanas, após haverem atingido o mal extremo, conduzissem ao bem, mas que aceleram as passagens intermediárias com boas leis” (BECCARIA, 1999, p, 23-24).

O debate sobre cidadania e pessoa humana não se concretiza no séc XVIII, só inicia. É um debate recente do pós 2ª Guerra Mundial. O ser humano como sujeito de direitos e protegido em outros Estados não estava presente nos documentos franceses e estadunidenses. Somente aqueles que possuíam o privilégio de serem cidadãos de um determinado país, tinham a garantia de direitos. Contudo, alguns pensadores trataram o tema séculos atrás. Talvez o maior expoente da defesa do reconhecimento da cidadania universal foi KANT. Em sua obra Sobre a Paz Perpétua, ele apresenta teses para consolidar a paz mundial. Entre as principais está a constituição de Estados republicanos, federação de Estados livres e hospitalidade universal (KANT, 2005, p. 15-27).

A defesa da república para consolidação da paz tem como base a igualdade e a liberdade das pessoas na vida política dos Estados. A superação do Estado medieval e absolutista é fundamental para Kant na pretendida paz. No entanto, ele alerta para a construção de repúblicas despóticas, de forma autocrática ou aristocrática (KANT, 2005, p. 18).

No tocante à tese de hospitalidade universal, Kant destaca que não se trata de filantropia, mas de um direito, do reconhecimento do ser humano com direitos no território do outro (KANT, 2005, p. 27). Daí surge a defesa, consolidada posteriormente em tratados, do reconhecimento internacional do ser humano em qualquer Estado, ou até a possível ideia de cidadania universal. Atualmente, os tratados internacionais de direitos humanos reconhecem a figura do refugiado como um sujeito de direitos em qualquer parte do globo, cobrando dos Estados, no âmbito da Organização das Nações Unidas, adequação do Direito interno.

A consolidação do Estado de Direito passa por algumas fases e desenvolvimentos e países diferentes, do *Rechtsstaat* alemão, do *Rule of Law* inglês e estadunidense, e *L'État de Droit* francês contribuem para o que hoje se compreende Estado de Direito, de cunho europeu.

Explicando os pressupostos filosófico-políticos da teoria do Estado de Direito Moderno, ZOLO aponta, ao debater o princípio da difusão do poder, quatro elementos essenciais: a) a unicidade e individualidade do sujeito jurídico; b) a igualdade jurídica dos sujeitos individuais; c) a certeza do direito e d) reconhecimento constitucional dos direitos subjetivos (ZOLO, 2006, p. 37-43). A unicidade e individualidade do sujeito jurídico correspondem o rompimento da sociedade medieval e absolutista para a construção da sociedade moderna. O indivíduo como uma unidade do todo social, juntamente com a igualdade jurídica fundamentam a nova sociedade emergente. Desde a Declaração de direitos da França, de 1789, até as constituições modernas atuais, a individualidade e igualdade da pessoa humana, combinados com direitos e garantias fundamentais são pressupostos do Estado de Direito.

Contudo, tal individualidade e igualdade, fundamentos da cidadania moderna, correspondem à imposição da cidadania europeia sobre o restante dos povos. Mesmo sendo anterior ao Estado Moderno, a prática de impor sua cultura e domínio, sobre os povos não europeus, também é presente na construção do Estado de Direito. A concretização da modernidade no continente americano, por exemplo, revela a imposição do direito europeu sobre qualquer possibilidade de cultura e normas sociais existentes dos povos indígenas originários. CLAVERO demonstra que o processo de reconhecimento de direitos aos povos indígenas, como direitos relacionados aos territórios, línguas e tradições não significam um reconhecimento da cultura indígena nem de suas normas sociais, mas sim uma imposição de adequação desses povos originários como sujeito de direitos no Direito moderno, nas regras europeias: “O Estado de Direito é uma construção cultural, não um produto natural e, além disso, é uma intervenção europeia” (CLAVERO, 2006, p. 650).

A tese de defesa dos direitos humanos, da democracia e da implantação do Estado de Direito também cria tensões com países do Oriente Médio, África e Ásia. Constantemente, vende-se a ideia de que o Direito europeu é superior e a fórmula mais correto de Estado, subestimando séculos de tradições, costumes e normas locais. Importa lembrar que as

regiões asiáticas e do Oriente Médio ainda não desenvolveram sistemas e proteção aos direitos humanos, como nos demais continente, usufruindo as normas e tribunais internacionais da ONU. Como explica ZAFFARONI, falando do caso latino-americano, o Direito ainda sofre um processo de colonização e os juristas precisam empenho e luta contra esse processo (ZAFFARONI, 2015, p. 122).

Apesar das críticas, o Estado Moderno nos lega a construção da cidadania, especialmente confundida com a figura da pessoa humana, sujeito de direitos e deveres na ordem jurídica. Como aponta alguns tratados de direitos humanos: com personalidade jurídica de pessoa humana, digna de direitos.

O Apogeu dos direitos humanos e da proteção e reconhecimento da condição humana, do ser humano com personalidade jurídica, vêm após as graves violações de direitos ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial. Os horrores praticados contra o ser humano pelo Nazifascismo cobraram da humanidade e da comunidade de países respostas imediatas. A proclamação da Declaração Internacional de Direitos Humanos, de 1948, marca a construção normativa e jurisprudencial, além de política, da chamada Era dos Direitos (BOBBIO, 2004, p. 26).

Com a construção do direito internacional dos direitos humanos no pós Guerra, a condição humana do ser humano como sujeito de direitos passa a ser na ordem internacional e não somente na ordem jurídica dos Estados. SORTO ensina que “Dever-se-ia assentar, de modo inequívoco, que o fim da Segunda Guerra Mundial marca, efetivamente, a ascensão do Ser humano à condição de sujeito de Direito Internacional” (SORTO, 2013, p. 147).

O reconhecimento internacional do ser humano como sujeito de direitos não só no seu Estado de origem e cidadania, mas também como sujeito internacional, seja em quais condições, consolida-se na última metade do século XX, até os dias atuais, em tratados internacionais de direitos humanos, nas temáticas de tortura, refugiados, guerras e desaparecimento forçado, por exemplo.

Desaparecimento forçado como arma de perseguição política

Mesmo sob a égide da Modernidade e da democracia, os Estados não se livraram de governos autoritários ou despóticos. A necessidade de combate aos opositores e as situações de guerras internacionais ou internas, possibilitam o surgimento de métodos autoritários e violentos. O desaparecimento forçado, que passou a ser um mero acontecimento natural de desaparecer ou uma consequência dos conflitos travados, passou a ser arma de perseguição, eliminação ou terror político contra inimigos ou opositores.

Durante a Segunda Guerra Mundial surgiu, de forma ampla, sistemática e planejada, a prática de desaparecimento forçado de pessoas. No terceiro Reich Alemão, civis alemães ou estrangeiros eram separados de suas famílias, devido à política de extermínio nazista (AMBOS; BÖHM; ALFLEN, 2013, p. 54)³. Os nazistas pretendiam com essa prática não só eliminar os inimigos internos e externos, mas também causar sérias consequências entre seus familiares, amigos e aliados. PALERMO explica que o desaparecimento forçado de pessoas tem sua origem no decreto *Nacht und Nebel* de Hitler de 7 dezembro de 1941, que permitia o sequestro e desaparecimento de opositores e inimigos durante a noite (PALERMO, 2012, p. 47-48). Esta prática foi amplamente repudiada e combatida no pós-guerra, deixando sérias sequelas às suas vítimas.

O desaparecimento de pessoas foi amplamente praticado pelos governos autoritários militares na América Latina. A prática deste crime foi tão comum que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em seus primeiros casos, tratou quase que exclusivamente de

3 Assim narra Kai Ambos: Por meio do decreto secreto de 07.12.1941, conhecido logo após os julgamentos de Nuremberg como "*Nacht-und-Nebel-Erlass*" ("Decreto Noite e Neblina"), Hitler ordenou o sequestro de aproximadamente 7.000 suspeitos de resuega e a sua transferência secreta à Alemanha, a fim de evitar que, no caso de eles serem submetidos a julgamento e condenados a morte, eles fossem convertidos em mártires por seus nacionais. De acordo com o decreto estas pessoas podiam ser detidas como simples suspeitas e ser "desaparecidas", de modo que não se poderia obter informação sobre seu paradeiro e sai situação. O fim era semear o terror por meio da "intimidação efetiva" da população e dos seus familiares, já que era de esperar que o medo paralisasse toda ação opositora (AMBOS; BÖHM; ALFLEN, 2013, p. 54).

casos de desaparecimento forçado de pessoas. Apesar de não possuir uma sistemática de eliminação total dos opositores ou um fundamento racial similar ao Nazifascismo, alguns autores sustentam algumas tendências fascistas em governos autoritários latino-americanos. KONDER explica que:

No Chile, após a insurreição que derrubou o governo de Salvador Allende, estabeleceu-se um regime cuja fisionomia dispensa comentários. Numerosos cientistas sociais já assinaram, também, na história dos últimos anos, a desenvolta manifestação e decisiva influência de tendências fascistas ou fascistoides no Irã, na Indonésia, na Argentina (especialmente após a morte de Perón), na Grécia (entre 1967 e 1974) e - *hélas!* - no Brasil (KONDER, 2009, p.163).

A prática deste grave fenômeno surgiu mais especificamente na Guatemala, no ano de 1962, estendendo-se por El Salvador, Chile, Uruguai, Colômbia, Argentina, Peru, Honduras, Colômbia, Bolívia, Haiti, México e Brasil. Consequentemente, o continente possui um relevante número de mortos e desaparecidos daqueles anos: a Argentina (entre 1966 e 1976) registra cerca de nove mil mortos e desaparecidos⁴; no Uruguai (até 1973), estima-se cerca de 160 mortos e desaparecidos⁵; no Peru são atribuídos ao Estado 4.414 casos de desaparecimentos⁶; no Chile (também até 1973) ainda não há consenso entre dados oficiais e de grupos de direitos humanos, mas os números estão entre 3 e 10 mil opositores assassinados ou desaparecidos; no Brasil, oficialmente, existem

4 Ver Informe final da Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas na Argentina, presidida por Ernesto Sábató.

5 Ver PALERMO, 2012, p. 49: *Desde un punto de vista cuantitativo, en el territorio uruguayo sólo se produjeron alrededor de 32 desapariciones forzadas de ciudadanos uruguayos, y 6 desapariciones forzadas de ciudadanos argentinos. Si consideramos la actuación organizada dentro del "Plan Condor", el número aumenta a 158 casos de ciudadanos uruguayos desaparecidos em Argentina, ocho casos en Chile, dos en Paraguay, uno en Brasil, uno en Colombia y outro en Bolivia.*

6 Ver informe da Comissão da Verdade e Reconciliação do Peru. Disponível em: <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/>. Acessado em : 16 mar 2019.

cerca de 400 mortos e desaparecidos, sendo aproximadamente 140 destes últimos⁷.

A América Central também vivenciou vários casos de desaparecimentos forçados, gerando, inclusive, os primeiros casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, determinantes para a consolidação da jurisprudência deste órgão. Só em El Salvador, segundo a Comissão da Verdade das Nações Unidas, em 1993, existiram 13.070 execuções extrajudiciais e 4937 casos de desaparecimentos forçados. SORTO explica que, mesmo sendo uma parte dos dados coletada pela Comissão da Verdade, devido ao curto tempo, ela revela o estado de natureza hobbesiano implantado em El Salvador, o Estado, por meio de suas forças de segurança, promoveu várias violações na busca por aniquilar seus opositores por completo (SORTO, 2001, p.73).

A Colômbia e Chile revelam peculiaridades sobre casos de violações de direitos humanos e desaparecimentos forçados. Os dois países travaram disputas internas que geraram métodos de desaparecimento de pessoas tanto pelas forças de segurança dos governos, como também, pelos movimentos opositores. No Peru a disputa entre o Sendero Luminoso e outros grupos opositores ao governo de Alberto Fujimori, vitimaram pouco mais de 69 mil pessoas, num conflito que se iniciou em 1980 até 2000, conforme apresenta o relatório da Comissão da Verdade e Reconciliação do Peru⁸. Tanto as forças governistas, como também, a oposição usavam métodos de perseguição e eliminação de inimigos, desde execuções extrajudiciais, que na maioria das vezes se cortava a cabeça das vítimas, até o desaparecimento de pessoas.

A Colômbia também registrou mortes e desaparecimentos durante os anos de conflito das forças estatais contra as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia e outros agrupamentos revolucionários. O conflito, que inclui negociações com organizações criminosas

7 Ver relatório final da Comissão da Verdade e Reconciliação do Peru. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/verdade/mundo/peru/cv_peru_informe_final_tomo_06.pdf. Acessado em: 21 mar 2019.

8 Ver informe da Comissão da Verdade e Reconciliação do Peru. Disponível em: <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/>. Acessado em : 16 mar 2019.

internacionais relacionadas ao tráfico internacional de drogas, resultou em cerca de 16 mil mortos e desaparecidos, segundo o Cadastro Nacional de desaparecimentos da Colômbia⁹.

No Timor Leste, país localizado na Oceania, também existiram desaparecimentos forçados de pessoas como arma política. O relatório da Comissão da Verdade e Reconciliação do Timor Leste, intitulado *Chega!*, aponta cerca de 18.600 mortes ilícitas e desaparecimentos forçados entre 1974 e 1999¹⁰. Após conquistar a independência de Portugal, o Timor Leste sofre em 1974 uma invasão do país vizinho, Indonésia, que ocupou o Estado timorense até 1999. Um grupo denominado como Resistência travou uma guerra interna contra a dominação da Indonésia, resultando várias violações aos direitos humanos. Num país que atualmente possui 1,2 milhões de pessoas, o saldo negativo de morte e desaparecimentos forçados atingiu quase todas as famílias do país, deixando sérias e permanentes sequelas.

Atualmente, organizações não governamentais, como a Anistia Internacional, têm noticiado várias denúncias de desaparecimentos de pessoas pelo mundo. Tanto em escala mais ampla como o caso da Síria, onde se desenvolve um conflito interno e externo, como em situações menores como, mas não menos importante, como o caso do desaparecimento de 43 estudantes no México, em 2014. Após uma manifestação por melhorias na educação, o veículo que os estudantes estavam foi abordado pela polícia, sendo alguns mortos, feridos e 43 outros desaparecidos quanto estavam sob custódia das forças de segurança pública daquele país¹¹. Este famoso episódio, comumente é repetido por outros casos de mortes e desaparecimentos de pessoas vítimas das forças estatais mexicanas ou pelas organizações criminosas ligadas ao tráfico de drogas no país.

9 CCDF. **Dossiê Colômbia**. Disponível em: <http://14minionuccdf.wordpress.com/2013/09/19/dossie-colombia/>. Acessado em 18 mar 2019.

10 Ver relatório *Chega!* da Comissão da Verdade e Reconciliação (CAVR) do Timor Leste. Disponível em: <http://www.cavr-timorleste.org/po/Relatorio%20Chega!.htm>. Acessado em: 16 mar 2019.

11 Ver matéria em sites de notícias. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/09/1817224-dois-anos-apos-sumico-de-estudantes-no-mexico-misterio-continua.shtml>. Acessado em: 18 mar 2019.

Sendo assim, a comunidade internacional conceitua o desaparecimento forçado de pessoas como a prisão, a detenção, o sequestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade que seja perpetrada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, apoio ou aquiescência do Estado, e a subsequente recusa em admitir a privação de liberdade ou a ocultação do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, privando-a assim da proteção da lei (Artigo 2 da Convenção Internacional para a proteção de todas as pessoas contra o desaparecimento forçado). Considerado como um crime grave contra os direitos humanos é reconhecido que sua conduta fere múltiplos direitos, principalmente a personalidade jurídica.

Desaparecimento forçado de pessoas como crime contra a humanidade

Deve-se apontar que a preocupação internacional sobre o desaparecimento forçado de pessoa como crime é recente. A organização das Nações Unidas e a Organização dos Estados Americanos concretizaram normas sobre o tema a partir de 1990. Contudo, em 1978, a Assembleia Geral da ONU aprovou a resolução 33/173 sobre a questão do desaparecimento de pessoas. Somente em 1992 foi aprovada a Declaração Sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18 de dezembro, via Resolução nº 47/133. Em 1993, a conferência de Viena apresentou recomendação sobre o desaparecimento forçado e no ano de 1994, os Estado americanos aprovaram a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (CIDFP), aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), na cidade de Belém do Pará, no Brasil, em 09 de junho daquele ano. A recomendação 62 da Convenção de Viena demonstra sua preocupação:

62. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, acolhendo a adoção, pela Assembleia Geral, da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados, apela a todos os

Estados no sentido de que tomem medidas legislativas, administrativas, judiciais ou de outra natureza para prevenir, eliminar e punir eficazmente os desaparecimentos forçados. A Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos reafirma que é dever de todos os Estados, em qualquer circunstância, abrir investigações sempre que surgirem suspeitas de desaparecimentos forçados em um território de sua jurisdição e, sendo confirmadas as suspeitas, processar criminalmente os responsáveis.

Em 20 de dezembro de 2006, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados (CIPDF). A Convenção entrou em vigor no ano de 2010. Na América do Sul, a Convenção Internacional foi ratificada pela Argentina, Bolívia, Chile, Equador, Paraguai, Uruguai e o Brasil, que ratificou a Convenção Internacional no dia 29 de novembro de 2010, via Decreto Legislativo nº 661/2010. Em 1998, no âmbito das Nações Unidas, os Estados membros aprovaram o Estatuto de Roma, criando o primeiro tribunal penal permanente da história humana e um rol de crimes internacionais de suas competências, entre eles o crime desaparecimento forçado de pessoas.

Após o fim da primeira grande guerra mundial, o Secretário-Geral da Sociedade das Nações¹² propôs a criação de uma instância internacional de solução de conflitos, porém teve sua proposta rejeitada. Contudo, a ideia ainda seguiu e fortaleceu-se com a implantação dos tribunais ad hoc: Nuremberg, Tóquio, Ruanda e Iugoslávia. Somente em 1998, na Conferência Diplomática de Plenipotenciários¹³ das Nações Unidas,

12 Sociedade das Nações, também conhecida como Liga das Nações, foi uma organização internacional, a princípio idealizada em 28 de abril de 1919, em Versalhes, nos subúrbios de Paris, onde as potências vencedoras da Primeira Guerra Mundial se reuniram para negociar um acordo de paz. Sua última reunião ocorreu em abril de 1946.

13 Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o estabelecimento de uma Corte Penal Internacional. Realizada em Roma, Itália, em 15 de junho a 17 de julho de 1998.

reunida em Roma, foi aprovado o Estatuto para o primeiro tribunal permanente da história, o Tribunal Penal Internacional, com competência para julgar os autores de graves crimes contra a espécie humana.

O Estatuto de Roma foi aprovado por cento e vinte Estados, em 17 de julho de 1998, contra sete votos contrários (China, Estados Unidos, Iêmen, Iraque, Israel, Líbia e Qatar) e vinte e uma abstenções. Ele entrou em vigor em 11 de abril de 2002, com 65 instrumentos de ratificação (o Estatuto de Roma previa um número mínimo de 60 ratificações para a sua vigência). O Estatuto do Tribunal Penal Internacional criou uma Corte de caráter permanente, independente e com jurisdição complementar às cortes nacionais.

O Brasil foi um dos países signatários do Estatuto de Roma, sendo este aprovado pelo Congresso Nacional, via Decreto Legislativo nº 112, em 2002. Com a reforma constitucional de 2004, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 passou a reconhecer a jurisdição do Tribunal Penal Internacional. O Estatuto de Roma prevê quatro grupos de crimes: 1) Crime de Genocídio, 2) Crimes Contra a Humanidade, 3) Crimes de Guerra e 4) Crime de Agressão. Interessa a este estudo o artigo 7º do Estatuto que trata dos Crimes Contra a Humanidade.

No ponto 1 do artigo 7º, o Estatuto afirma que para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por crime contra a humanidade qualquer uma das condutas¹⁴, quando cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento

14 Os atos previstos pelo Artigo 7º do Estatuto de Roma são: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de *apartheid*; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

desse ataque. Ensina COMPARATO que “deve-se entender que o ataque é sistemático, quando organizado e executado segundo um plano previamente estabelecido. O agente deve ter conhecimento do ataque” (COMPARATO, 2008, p. 456). Fato que, obviamente, pode ser demonstrado por indícios e contexto geral da conduta.

No rol de Crimes Contra a Humanidade citados pelo Estatuto de Roma, encontra-se o desaparecimento forçado de pessoas. O inciso i conceitua o crime da seguinte forma:

Por desaparecimento forçado de pessoas entende-se a prisão, detenção ou sequestro de pessoas por um Estado ou por organização política, ou com a autorização, apoio ou aquiescência destes, seguidos da negativa de informar sobre a privação de liberdade ou dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessas pessoas, com a intenção de deixá-las fora do amparo da lei por um período prolongado.

Essa definição não foi consensual entre os países membros. Apesar de aparecer no rol dos crimes contra a humanidade, houve vários pedidos de ressalva da necessidade de mais tempo para refletir sobre a sua inclusão. Esse ataque sistemático ou generalizado encontra-se na Declaração e na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, como no Estatuto de Roma, sem muitas distinções. Contudo, o campo teórico contribui conceituando os termos sistemático e generalizado, como explica JARDIM:

Por generalizado entende-se a ação dirigida contra um grande número de pessoas ou em larga escala geograficamente. Trata-se de elemento quantitativo, que mede a amplitude da conduta criminosa e a envergadura dos meios utilizados. Por sistemático entende-se o ataque constituído, ao menos em parte, por atos cometidos ou promovidos por uma política ou um plano, ou por uma prática repetida por um período de tempo. Ora, o conceito de generalizado está assegurado na chamada

comissão múltipla de atos e, por sua vez, o conceito de sistemático está consagrado no que se chamou de linha de conduta ou de atos cometidos ou promovidos por políticas de um Estado ou de uma organização (JARDIM, 2011, p.17–18).

A grande maioria dos casos de desaparecimentos forçados ocorridos tem caráter sistemático e/ou generalizado. A inclusão do desaparecimento forçado de pessoas no rol dos crimes contra a humanidade demonstra a preocupação da comunidade internacional com a conduta de desaparecimento forçado e suas consequências. A criação do Tribunal Penal Internacional abre a possibilidade de acesso à justiça pelas vítimas de graves violações de direitos. TRINDADE ensina que “o Estatuto de Roma inaugurou uma nova etapa na evolução do direito penal internacional, ao consagrar a participação das vítimas no processo ante o TPI” (TRINDADE, 2013, p. 34).

A participação da vítima diretamente no processo do Tribunal Permanente Internacional consagra a participação democrática e cidadã, de sujeitos de direitos e deveres, perante a jurisdição internacional. As graves violações de direitos humanos e a possibilidade de julgamento dos perpetradores desses crimes, na ordem internacional, aumenta a garantia de cumprimento de direitos, pois até a constituição do TPI, somente Estados poderiam ser condenados em processo diante de cortes internacionais.

Desaparecimento de pessoas e transição democrática na ordem internacional

A preocupação dos Estados durante a Assembleia Geral da ONU em Roma, durante a aprovação do tratado que regulamenta, institui o TPI e cria os crimes de sua competência, era com a garantia de direitos fundamentais a todo ser humano e com a consolidação da democracia e cidadania em todo mundo. Os princípios consagrados pelo Tribunal Penal Internacional, pelos tratados de direitos humanos, pelos comitês de direitos humanos da ONU e pelos sistemas regionais de proteção dos

direitos humanos são diretamente ligados aos princípios democráticos e republicanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já possui jurisprudência consolidada que o crime de desaparecimento forçado de pessoas viola os direitos à vida, à integridade pessoa, à liberdade pessoas e à personalidade jurídica¹⁵. A pessoa desaparecida perde sua capacidade de pleitear direitos e sua liberdade tão cara à democracia. Por isso, os crimes de desaparecimento forçado de pessoa fere diretamente a democracia de qualquer Estado e é tão utilizada como arma de combate aos opositores e inimigos.

Ademais, as consequências do desaparecimento forçado não limitam à vítima desaparecida, como também, aos seus familiares, amigos e pessoas próximas. Tanto os tratados internacionais, quanto os tribunais internacionais reconhecem o caráter deste tipo de vítima. Senso assim, também é um direito dos familiares, amigos e demais pessoas próximas saber a localização das vítimas desaparecidas, como a devida apuração e esclarecimento dos fatos. A publicidade destes fatos é um princípio da ordem democrática.

O desaparecimento forçado de pessoas implica, conseqüentemente, no desenvolvimento do direito de reconstruir a verdade, também denominado de direito à verdade. Dentro do campo teórico da Justiça de Transição, a democracia somente poderá ser aprofundada com uma devida apuração das graves violações aos direitos humanos. Entre estes, o devido esclarecimentos das pessoas desaparecidas. ABRÃO e GENRO discutem que “o atingimento desses objetivos de promoção da memória, um instrumento privilegiado que tem sido utilizado por diversas nações são as políticas de Justiça de Transição [...] Elemento intimamente relacionados às lutas envoltas à questão democrática” (ABRÃO; GENRO, p. 57). Dessa forma, direitos humanos e transição democrática têm sido a

15 A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos já se consolidou em reconhecer que o desaparecimento forçado de pessoas viola múltiplos direitos. A sentença contra o Estado brasileiro, denominada *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, de 24 de novembro de 2010, demonstra isso em seus fundamentos e em seus pontos resolutivos. Ver sentença *Gomes Lund e outros vs. Brasil*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acessado em 20 mar 2019.

tônica dos países que sofreram com graves violações de direitos humanos, entre elas o desaparecimento forçado de pessoas. Tanto que foi comum a consolidação de várias comissões para se apurar os fatos ocorridos e esclarecer os erros do passado.

Os tribunais de Nuremberg e Tóquio cumpriram o primeiro papel de reconciliador da ordem jurídica democrática no pós-guerra. A partir daí o mundo percebeu a necessidade de construir mecanismo políticos e jurídicos de consolidação da democracia e superação de violações aos direitos humanos. A primeira comissão da América foi a Comissão Nacional de Investigação de Cidadãos Desaparecidos Forçados¹⁶, de 1982, na Bolívia, para avaliar os governos autoritários militares de 1964 a 1982.

A Argentina foi um caso de muita repercussão e influência na temática da justiça transacional. A Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas (CONADEP), de 1983, teve influencia direta na publicação de pelo menos duas leis importantes para o processo de democratização: as leis de anistia e as leis de ponto final e devida obediência. Entre idas e vindas, as leis que anistiavam os perpetradores foram consideradas inconstitucionais e processos criminais foram instalados para a apuração, julgamento e condenação pelos crimes da Ditadura argentina (LEITE, 2018, p.27).

Após 20 anos de conflito interno entre as forças autoritárias do Governo Fujimori e o grupo Sendero Luminoso, o Peru instituiu imediatamente, em 2001, a Comissão da Verdade e Reconciliação¹⁷. A comissão peruana teve papel decisivo no projeto de reconciliar as vítimas com a reconstrução do país. Papel semelhante teve a Comissão da Verdade e Reconciliação da África do Sul, dez anos antes da comissão do Peru. Contudo, a comissão sul-africana contribuiu com o processo de

16 Ver BOLÍVIA. Asociación de detenidos desaparecidos y martires por la liberacion nacional (ASOFAND). Informe sobre las desapariciones forzadas em Bolívia. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/verdade/mundo/bolivia/cv_04_bolivia_libro_asofan.pdf. Acessado em: 21 mar 2019.

17 Ver relatório final da Comissão da Verdade e Reconciliação do Peru. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/verdade/mundo/peru/cv_peru_informe_final_tomo_06.pdf. Acessado em: 21 mar 2019.

reconstrução, via Justiça de Transição, numa perspectiva de justiça restauradora, onde as vítimas dialogavam com os autores dos delitos na busca pelo perdão. Explica CINTRA:

Os sul-africanos buscaram exemplos em outras experiências históricas recentes para respaldar a tese de que a recuperação da verdade tem um papel pró-ativo e curativo nos processos de implantação democrática. Os julgamentos de Nuremberg, por exemplo, foram lembrados, pois foram veículo de divulgação dos crimes cometidos pelos nazistas. Depois da unificação alemã, também foi necessário restabelecer a verdade, o que tem sido feito pela abertura dos arquivos da polícia secreta (Stasi) da antiga Alemanha Oriental (República Democrática) (CINTRA, 2001, p. 7).

A Comissão Nacional da Verdade do Brasil tardou em relação a outros países. Foi criada no ano de 2011, portanto 26 anos após a eleição de um Presidente civil e do início do processo de redemocratização no país. Contudo, ela é fruto de um longo processo de disputa política interna, onde forças do Regime Militar ainda possuíam influência política. Desde 1979, com a publicação da Lei 6683 (Lei da Anistia), passando pela criação da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (1995), Comissão da Anistia do Ministério da Justiça (2001) e o debate entre o Julgamento da ADPF, pelo Supremo Tribunal Federal, e a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2010.

Já com a publicação do 3º Plano Nacional de Direitos Humanos, em 2009, gerou polêmica quando um grupo de militares ameaçou não aceitar a proposta do Plano de criação de uma Comissão da Verdade¹⁸. No entanto, a Comissão Nacional da Verdade apresentou seu relatório em 2014, diante de críticas por setores conservadores, que, a todo o momento, buscaram

18 Ver jornais da época: Governo retira do plano de direitos humanos pontos que desagradaram a Igreja e militares. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/governo-retira-do-plano-de-direitos-humanos-pontos-que-desagradaram-igreja-militares-3008788>. Acessado em: 21 mar 2019.

impossibilita o trabalho da comissão, como por setores da esquerda, que cobravam mais empenho nos trabalhos. Em uma cerimônia curta e rápida, a Comissão entregou seu relatório a então Presidenta Dilma Rousseff, em Brasília.

Dialogando sobre o trabalho da Comissão Nacional da Verdade, FIGUEIREDO apresenta severas críticas ao empenho e timidez da comissão, destacando que muitos arquivos da ditadura ainda estão ocultos:

A cumplicidade de militares e civis na ocultação dos arquivos secretos da ditadura é um entrave para a conclusão do processo de redemocratização. . Em 1985, o Brasil deixou para trás a ditadura. Três décadas depois ainda não alcançou a plena democracia. Entre um e outro regime, o país está em algum lugar. Ou em lugar nenhum. Como os papéis e microfiches da repressão. Como os desaparecidos políticos (FIGUEIREDO, 2015, p. 132).

Não esclarecer os graves crimes ocorridos, numa época tão complexa como o Regime Militar brasileiro, principalmente o esclarecimento do destino das vítimas de desaparecimento forçado é não permitir a concretização de uma plena democracia. Se já é grave para a democracia ocultar as provas, gravíssimo é a sociedade civil aceitar que a história não seja contada e as vítimas ainda permaneçam desaparecidas.

Tratando do caso uruguaio, DESTOUET destaca a difícil superação que aquele país tem no pós-autoritarismo. Segundo ele, o Uruguai necessitará ainda de tempo para superar os entraves do terror, conhecer o que realmente aconteceu e fazer justiça (DESTOUET, 2016, p. 177). Só assim, a memória democrática aprofundará a democracia plena, criando uma cultura de justiça e educação em direitos humanos, não só no Uruguai, mas em qualquer Estado Democrático de Direito.

Não esclarecer os casos de desaparecimento forçado de pessoas é um ato contrário aos direitos humanos e a democracia. A conduta de desaparecer alguém busca ceifar os direitos de liberdade, igualdade e personalidade jurídica da vítima. Não apurar os crimes significa negar o fim

da condição de vítima da pessoa desaparecida, como de igual modo, dos familiares, amigos e pessoas próximas. Estarrece a democracia não trazer a verdade à tona. É urgente reeducar numa perspectiva de justiça e direitos humanos, a partir da memória.

De outro modo, a democracia permanecerá em profunda vigilância pelo fantasma do autoritarismo do passado. Sem uma devida transição democrática, o Estado de Direito será a anedota da Espada de Dâmocles, de Marco Túlio Cícero¹⁹, sempre amedrontada pelas violações do passado.

Considerações finais

O desaparecimento forçado tornou-se uma arma de perseguição política e, portanto, uma preocupação internacional. O dilema enfrentado por familiares, amigos e pessoas próximas dos desaparecidos repercute em todo o sistema social. A vítima desaparecida perde totalmente a possibilidade de buscar direitos, pois o ordenamento jurídico não conhece seu paradeiro.

A personalidade jurídica, a liberdade, a igualdade e o direito à vida são pressupostos do Estado de Direito e da democracia. Fazer desaparecer alguém viola diretamente estes direitos, consagrados na afirmação histórica dos direitos humanos.

Não foi a toa que o autoritarismo e totalitarismo utilizaram amplamente e de forma sistemática a conduta de desaparecer forçadamente, opositores e inimigos, por sua enorme eficácia. O desaparecimento de uma vítima atinge um número maior de vítimas. Dessa forma, a Organização das Nações Unidas propôs e a comunidade internacional aceitou normatizar como crime internacional e contra a humanidade o desaparecimento forçado. A partir do Estatuto de Roma, o responsável por graves crimes

¹⁹ A expressão “espada de Dâmocles” é uma alusão à anedota moral descrita por Marco Túlio Cícero em seus escritos conhecidos como *Disputas Tusculanas*. Dâmocles era bajulador do tirano Dionísio, de Siracusa, que invejava seu poder e riqueza. Este, então, permite que Dâmocles ocupe seu lugar por um dia, tendo tudo o que quiser. No entanto, deixa uma espada pendurada em um fio de cabelo de cavalo sobre a cabeça de Dâmocles, que não consegue aproveitar nada do que lhe é oferecido por conta do receio que a espada caia (QUINHALHA, 2013, p. 87-88).

responderá diretamente no Tribunal Penal Internacional e não somente o Estado, como ocorre em outros tribunais internacionais. As vítimas podem provocar o TPI diretamente, como também ocorre em outros órgãos, como no sistema americano e europeu de proteção aos direitos humanos, consolidando o acesso à justiça.

Importa reconhecer que a prática internacional de transição à redemocratização, por meio da Justiça de Transição, contribui para a efetivação da democracia. Mesmo com falhas e resistência políticas nos Estados, o trabalho de restaurar o passado autoritário, esclarecer as graves violações aos direitos humanos e esclarecer os desaparecimentos forçados avançou e contribui com a construção da teoria da democracia.

De toda forma, pode-se concluir que a conduta de desaparecimento forçado de pessoas é uma prática antidemocrática e contrária a toda construção do direito internacional dos direitos humanos, ferindo as constituições democráticas dos Estados e a ordem internacional. O trabalho desenvolvido pelas comissões, em todo o mundo, contribui diretamente para a efetivação da democracia e dos direitos humanos.

Referências

ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. **Os direitos da transição e a democracia no Brasil**: estudos sobre a Justiça de Transição e teoria da democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Crime de desaparecimento forçado de pessoas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella JR.; Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

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

CINTRA, Antônio Octavio. **As comissões de verdade e reconciliação: o caso da África do Sul.** Estudo – Consultoria da Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.

CLAVERO, Bartolomé. Estado de Direito, direitos coletivos e presença indígena na América. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria e crítica.** Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 6ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DESTOUET, Oscar. ¿Que pasó en el Uruguay reciente? ¿Será posible olvidar o horror? *In*: TOSI; Giuseppe; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra (Orgs.). **Ditaduras militares, Estado de exceção e resistência democrática na América Latina.** João Pessoa: CCTA, 2016.

FIGUEIREDO, Lucas. **Lugar nenhum: militares e civis na ocultação dos documentos da ditadura.** São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

JARDIM, Tarciso Dal Maso. **Brasil condenado a legislar pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: da obrigação de tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas.** Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado: textos para discussão, 2011.

KANT, Immanuel. **Sobre la paz perpetua.** Tradução Joaquin Abellan. 7ª Edição. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

KONDER, Leandro. **Introdução ao fascismo.** São Paulo: Expressão Popular, 2009.

LEITE, Tiago Medeiros. **Crime de desaparecimento forçado de pessoas: análise à luz da justiça de transição no Brasil** [Livro Eletrônico]. Campina Grande: EDUEPB, 2018.

PALERMO, Pablo Galain. **El tipo penal de la desaparición forzada de personas como acto aislado**. *Inter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, Nº 5, Quinta Época, marzo-abril. Cidade do México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2012.

QUINHALHA, Renan Honório. **Justiça de Transição: contornos do conceito**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2013.

SORTO, Fredys Orlando. A condição da pessoa humana no Projeto de Código de Direito Internacional Público de Eptácio Pessoa. *In: Epitácio Pessoa e a codificação do direito internacional*: Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013, p. 133-155.

_____. **Guerra civil contemporânea: a ONU e o caso salvadorenho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El derecho latino-americano en la fase superior del colonialismo**. Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Madres de Plaza de Maio, 2015.

ZOLO, Danilo. Teoria crítica do Estado de Direito. *In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Sobre o livro

Projeto Gráfico e Editoração Jéfferson Ricardo Lima Araujo Nunes

Design da Capa Erick Ferreira Cabral

Foto da Capa Pixabay.com

Tipologias utilizadas Myriad Pro 14pt
Arno Pro 12 pt