

REVISTA

DIREITO

MACKENZIE

© 2020 by Universidade Presbiteriana Mackenzie

Os direitos de publicação desta revista são da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Os textos publicados na revista são de inteira responsabilidade de seus autores. Permite-se a reprodução desde que citada a fonte. A Revista Direito Mackenzie está disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd>

Dados Internacionais de Catalogação (CIP)

Revista Direito Mackenzie - v. 14, n. 3, set./dez. 2020 - São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie	
Quadrimestral	
Publicação da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.	
ISSN 2317-2622 (online)	
1. Direito	CDU 34

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

Reitor Marco Tullio de Castro Vasconcelos

Chanceler Robinson Grangeiro Monteiro

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação Felipe Chiarello de Souza Pinto

Diretor da Faculdade de Direito Gianpaolo Poggio Smanio

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito Marco Aurélio Pinto Florêncio Filho

INSTITUTO PRESBITERIANO MACKENZIE

Entidade mantenedora

Diretor-Presidente José Inácio Ramos

Diretor de Desenvolvimento Humano e Infraestrutura José Francisco Hintze Júnior

Diretor de Finanças e Suprimentos José Paulo Fernandes Júnior

Diretor de Educação Ciro Aimbiré de Moraes Santos

Diretor de Estratégia e Negócios André Ricardo de Almeida Ribeiro

Diretor de Saúde Luiz Roberto Martins Rocha

Rev. Direito Mackenzie São Paulo v. 14, n. 3, p. 1-174, set./dez. 2020

ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA

Universidade Presbiteriana Mackenzie - Rua da Consolação, 930 - Consolação - São Paulo - SP - CEP 01302-907

Revista Direito Mackenzie São Paulo	v. 14	n. 3	set./dez. 2020
-------------------------------------	-------	------	----------------

REVISTA	
DIREITO	MACKENZIE

CONSELHO EDITORIAL

- Professor Doutor Alberto Febbrajo - Università di Macerata, Itália
Professor Doutor Aldo Macareño - Universidad Adolfo Ibañez
Professora Doutora Alessandra De Luca - Università degli Studi di Firenze, Firenze, Itália
Professor Doutor Alessandro Simoni - Università degli Studi di Firenze, Firenze, Itália
Professora Doutora Clarice Seixas Duarte - Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) - São Paulo, Brasil
Professor Doutor Daniel Wunder Hachem - Universidade Federal do Paraná (UFPR) - Paraná, Brasil
Professora Doutora Danielle Anne Pamplona - Pontificia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) - Paraná, Brasil
Professor Doutor Daniel Wei L. Wang - University of London, Inglaterra
Professora Doutora Elena Simina Tanasescu - Universidade de Bucareste, Romênia
Professor Doutor Emilio Santoro - Università degli Studi di Firenze, Firenze, Itália
Professora Doutora Fernanda Busanello Ferreira - Universidade Federal de Goiânia
Professor Doutor Francisco Ildio Ferreira Rocha - Centro Universitário do Planalto de Araxá (UNIARAXÁ) - Minas Gerais, Brasil
Professor Doutor Germano Schwartz - UNIRITTER
Professor Doutor Guilherme de Azevedo - Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) - Rio Grande do Sul, Brasil
Professor Doutor José Alcebiades de Oliveira Júnior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) - Rio Grande do Sul, Brasil
Professor Doutor José Carlos Francisco - Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) - São Paulo, Brasil
Professor Doutor José Luis Guerrero - Universidad Castilla-La Mancha, Espanha
Professora Doutora Laura Noemi Lora - Universidad de Buenos Aires, Argentina
Professora Doutora Lucia Re - Università degli Studi di Firenze, Firenze, Itália
Professor Doutor Lucio Pegoraro - Università di Bologna, Itália
Professora Doutora Márcia Rodrigues Bertoldi - Universidade Tiradentes (UNIT) - Sergipe, Brasil
Professor Doutor Marcelo Fernando Borsio - Centro Universitário UDF, Brasília, Brasil
Professor Doutor Marcelo Pereira Mello - Universidade Federal Fluminense (UFF) - Rio de Janeiro, Brasil
Professora Doutora Marília Montenegro Pessoa de Mello - Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) - Pernambuco, Brasil
Professora Doutora Mônica Herman Caggiano - Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) - São Paulo, Brasil
Professor Doutor Paolo Palchetti - Università di Macerata, Itália
Professora Doutora Patrícia Tuma Bertolin - Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) - São Paulo, Brasil
Professora Doutora Renata Almeida da Costa - Universidade Lasalle, Brasil
Professor Doutor Roberto Freitas Filho - Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) - Brasília, Brasil
Professor Doutor Rubén Miranda Gonçalves - Universidade de Santiago de Compostela, Espanha
Professora Doutora Sofia Ciuffoletti - Università degli Studi di Firenze, Firenze, Itália
Professora Doutora Solange Teles da Silva - Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) - São Paulo, Brasil
Professor Doutor Vicente Bagnoli - Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) - São Paulo, Brasil
Professor Doutor Vittorio Olgiati - Università di Macerata, Itália
Professor Doutor Walter Carnota - Universidad Nacional de Córdoba, Argentina
Professora Doutora Yolanda Sanchez-Uran Azaña - Universidad Complutense de Madri, Espanha
Editores Acadêmicos Felipe Chiarello de Souza Pinto e Gianpaolo Poggio Smanio
Editor-Adjunto José Francisco Siqueira Neto
Editor Executivo Fernando Rister de Sousa Lima
Assistentes de Edição Izabela Zonato Villas Boas e Melina Ferracini de Moraes
Coordenação Editorial Andréia Ferreira Cominetti
Preparação de texto Carlos Villarruel
Diagramação Libro Comunicação
Revisão Silvana Gouvea
Estagiárias editoriais Paula Vavlis e Raquel Espin

Os direitos de publicação desta revista são da Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Os textos publicados na revista são de inteira responsabilidade de seus autores.
Permite-se a reprodução desde que citada a fonte e o autor.

REVISTA DIREITO MACKENZIE

V. 14 • N. 3 • SÃO PAULO • 2020 • ISSN 2317-2622 (on-line)

Endereço para correspondência

Universidade Presbiteriana Mackenzie - Rua da Consolação, 930 - Consolação - São Paulo - SP - CEP 01302-907

A Revista Direito Mackenzie está disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd>

SUMÁRIO

DOCTRINA INTERNACIONAL

Reminiscencias canónicas en la praxis procesal cordobesa durante la segunda mitad del siglo XIX, Argentina

Pamela Alejandra Cacciavillani

DOCTRINA NACIONAL

O sistema jurídico aprende. A comunicativação aplicada ao princípio da insignificância no direito

Artur Stamford da Silva

O direito de graça e os pedidos de perdão: os condenados da penitenciária de Florianópolis (1935-1945)

Diego Nunes, Rogério Rosa Rodrigues e Viviane Trindade Borges

Três conceitos-chave para a compreensão da sociologia do direito de Niklas Luhmann

Fernando Tonet e Matheus Figueiredo Nunes de Souza

Precificação discriminatória no novo paradigma tecnológico do mercado de consumo: a tutela do consumidor e a defesa da concorrência contra práticas abusivas com o uso de dados pessoais

Guilherme Mucelin, Laís Bergstein e Sandra Regina Martini

Flexibilização de normas jurídicas em situações extraordinárias:
teoria da imprevisão e conceitos correlatos

Irineu Francisco Barreto Junior e Rosemeire Solidade da Silva Matheus

A eficácia dos direitos fundamentais e a irradiação dos
princípios constitucionais sobre o direito civil

Kennedy Bispo Silva Conceição e Saul Duarte Tibaldi

Direito e religião: aproximação com vistas ao estudo do terceiro
mandamento nos preâmbulos constitucionais

Marcelo Coelho Almeida

CONTENTS

INTERNATIONAL DOCTRINE

Canonical reminiscences in procedural praxis in the second half of the 19th century in Cordoba Argentina

Pamela Alejandra Cacciavillani

NATIONAL DOCTRINE

The legal system learn. The communicativation applied to the principle of insignificance in law

Artur Stamford da Silva

The right of grace and the clemency requests: sentenced people in Florianópolis' penitentiary (1935-1945)

Diego Nunes, Rogério Rosa Rodrigues e Viviane Trindade Borges

Three key concepts for understanding Niklas Luhmann's sociology of law

Fernando Tonet e Matheus Figueiredo Nunes de Souza

Discriminatory pricing in the new technological paradigm of the consumer market: consumer protection and competition protection against abusive practices with the use of personal data

Guilherme Mucelin, Laís Bergstein e Sandra Regina Martini

Flexibilization of legal standards in extraordinary situations:
theory of unpredictability and related concepts

Irineu Francisco Barreto Junior e Rosemeire Solidade da Silva Matheus

The effectiveness of fundamental rights and the irradiation
of constitutional principles on civil law

Kennedy Bispo Silva Conceição e Saul Duarte Tibaldi

Law and religion: approach toward the third commandment
study in constitutional preambles

Marcelo Coelho Almeida

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A IRRADIAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SOBRE O DIREITO CIVIL

Kennedy Bispo Silva Conceição*
Saul Duarte Tibaldi**

RECEBIDO EM:	29.7.2020
APROVADO EM:	1º.11.2020

* Pesquisador do Grupo de Direito ao Trabalho Contemporâneo. Contabilista. *E-mail:* kennedybispo29@gmail.com
* Professor adjunto de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na graduação e pós-graduação da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). *E-mail:* sauldt@ig.com.br

• KENNEDY BISPO SILVA CONCEIÇÃO
• SAUL DUARTE TIBALDI

- **RESUMO:** Diante da tensão entre a possibilidade ou não de se fazer a leitura dos institutos do direito privado numa perspectiva constitucional, mediante a irradiação dos princípios constitucionais, este estudo procura respostas possíveis dentro da teoria dos direitos fundamentais. Para isso, será feito um levantamento teórico dos principais conceitos de direito fundamental, norma, ordenamento e princípio, para assim ser possível identificar chaves de leituras capazes de harmonizar, dentro da teoria constitucional, o diálogo entre os ordenamentos. Desde já reconhecendo que, se, por um lado, é impossível negar a imperatividade das normas constitucionais, frustra, por outro, o interesse constitucional na aplicação irrestrita dos seus princípios. Assim, o artigo buscará um meio-termo capaz de responder a essas questões.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais; direito constitucional; direito privado; institutos; princípios.

THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE IRRADIATION OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES ON CIVIL LAW

- **ABSTRACT:** Facing the tension between the possibility or not of reading the private law institutes in a constitutional perspective, through the irradiation of constitutional principles, this study looks for possible answers within the theory of fundamental rights. For this, a theoretical survey of the main concepts of fundamental law, rule, order and principle will be made, so that it is possible to identify keys of readings capable of harmonizing, within the constitutional theory, the dialogue between the orders. Already recognizing that, if, on the one hand, it neglects to deny the imperative of constitutional rules, on the other, the constitutional interest frustrates the unrestricted application of its principles. Thus, the article will seek a middle ground capable of answering these questions.
- **KEYWORDS:** Fundamental rights; constitutional right; private right; institutes; principles.

1. Introdução

Na evolução do direito brasileiro, as contradições presentes no contexto social da criação das normas jurídicas não foram consideradas em benefício dos desabonados. Com a superveniência da Constituição Cidadã em 1988, a jurisdição constitucional se aprimorou cada vez mais para efetivar os direitos fundamentais ora positivados. Nos embargos previstos desse processo, estava a questão da divisão entre o espaço público e o privado.

O aprimoramento teórico contemporâneo permitiu desvencilhar a divisão unívoca do direito, de modo que a tendência da ciência jurídica atualmente é a complementaridade. Afora as hoje pequenas resistências possíveis aos raios constitucionais no direito privado, a discussão gira em torno do grau e modo como se dá a interferência dos princípios e direitos fundamentais na relação entre os particulares, de maneira mais afeta, no campo do ordenamento civil.

O presente trabalho é uma soma aos debates que procurará fazer uma digressão teórica acerca dos elementos presentes nessa discussão contemporânea, a saber, a questão da norma de direito fundamental e sua estrutura, os ordenamentos, a hermenêutica constitucional e a divisão entre o público e o privado, e sua tendência à complementaridade, procurando, assim, oferecer um consenso possível entre as teorias existentes. Para isso, este trabalho se valerá do método hipotético-dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica.

2. A norma de direito fundamental no ordenamento

É fundamental de pronto admitir que não há, dentro da ciência jurídica, um conceito pacífico para o que seja a norma jurídica, o direito ou até mesmo o ordenamento. “Max Ernest Mayer escreve que ainda não tem havido um jurista ou jusfilósofo que tenha conseguido formular um conceito de direito, unanimemente aceito” (DINIZ, 2019, p. 19), de modo que as formulações que venham a ser trabalhadas aqui possam ser encaradas como uma das possibilidades dentro das muitas respostas dotadas de igual competência.

Dentro de uma primeira concepção positiva, o direito pode ser concebido como um bem jurídico que se encontra em um ou mais enunciado normativo (ALEXY, 2006)

• KENNEDY BISPO SILVA CONCEIÇÃO
• SAUL DUARTE TIBALDI

que é determinado mediante a norma. Nessa primeira parte da conceituação, está a se diferenciar o conceito de norma como produto da atividade hermenêutica, ou seja, a norma não se encontra posta, mas é reproduzida, não produzida (GRAU, 2009), mediante a operação interpretativa do intérprete autêntico (KELSEN, 2006).

Reproduzida porque, como ensina Grau (2009, p. 472), o direito é alográfico, ou seja, sua realização requer a dualidade autor-intérprete para que se complete, de modo que “a completude do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete”, desse modo é na atividade hermenêutica que se firmam as qualidades jurídicas a um determinado enunciado normativo. Isso significa dizer que os bens jurídicos terão suas urgências de tutelas definidas mediante a capacidade de interpretação do jurista.

Nessa esteira, os enunciados de direitos fundamentais presentes na Constituição têm sua tutela disposta a cargo da hermenêutica capaz de dar-lhes tutela efetiva. É certo que há o rol daqueles que são tidos como invioláveis, porém, no concurso da atividade jurisdicional, não raro e como costumeiro, verifica-se o reconhecimento de novos enunciados constitucionais com o *status* de direito fundamental. Isso ocorre porque, nos direitos fundamentais, em razão de sua natureza exigir a maior prestação jurisdicional dentro das possibilidades fáticas jurídicas (ALEXY, 2006) existentes, sua tutela se dá dentro da unidade funcional com o ordenamento.

O ordenamento, por sua vez, contempla a unidade dos enunciados normativos (BOBBIO, 2014) de um determinado sistema jurídico (CRETELLA JR., 1993). As noções clássicas de ordenamento jurídico, se investigadas a fundo - o que não poderá ser feito na ocasião -, levarão à noção de sistema piramidal kelseniano, em que, quando se olha de cima para baixo, há uma relação de complementaridade entre as normas, em que as normas superiores, quando formais, determinam como devem ser criadas as inferiores e, quando materiais, delimitam os conteúdos possíveis de serem abarcados pelas normas inferiores, numa relação de simetria de obrigações (BOBBIO, 2014).

A definição de direito fundamental, a seu turno, no ordenamento pátrio pode ser verificada em sentido estrito ou em sentido amplo. Em sentido estrito quando isolada em um único enunciado normativo. Em sentido amplo quando analisada e extraída de dois ou mais enunciados normativos (ALEXY, 2006). Didaticamente, é possível falar do direito à propriedade.

A Constituição de 1988, em seu art. 5º, XXII, assegura o direito à propriedade, o que por si só é garantido como um direito fundamental em sentido estrito, porém,

acrescido ao inciso XXIII, com a dicção da função social da propriedade, há a formulação do direito de propriedade em sentido amplo, garantido pela Constituição, desde que atenda à sua função social.

Desse modo, a norma de direito fundamental requer sempre uma leitura funcional. Os sentidos dos seus enunciados não se encerram naquilo que foi impresso pelo legislador. O ato de vontade presente da criação legislativa não deve viciar a interpretação, que deve buscar a complementaridade do texto com o ordenamento, de modo a perseguir a unidade das normas constitucionais, pois todas as normas, como ensinam Canotilho e Moreira (1993), possuem vida útil no ordenamento.

2.1 O princípio e sua imperatividade

Dentro da estrutura das normas de direito fundamental encontra-se então uma das mais profícuas fontes de debates do mundo jurídico: regras e princípios. Sabe-se que regras e princípios são normas (ALEXY, 2006), porém estes são conteúdos recentes na discussão da jusfilosofia, e, por sê-lo, sua aplicação também paira sobre grandes incertezas. Pode-se dizer que o tema dos “princípios ingressou – com grande clamor – na discussão filosóficojurídica em 1967, por mérito (ou culpa) de Ronald Dworkin” (GUSTINI *apud* ÁVILA, 2016, p. 14).

As normas dizem que algo que é deve ser de determinada maneira, e os princípios, da mesma forma, também dizem que algo deve ser; portanto, ambos são normas, e essa discussão foi superada em Alexy (2006). Porém, a forma de resolução de conflito – ou colisão para Alexy (2006) – entre os princípios é até hoje o impasse na teoria da decisão; no entanto, não caberá aqui tratar dessa questão. A ligação entre os princípios constitucionais e os direitos fundamentais está relacionada à forma como se deu a categorização deles.

As chamadas gerações de direitos fundamentais assimilaram as conquistas dos direitos aos princípios constitutivos, e os direitos de primeira geração, compreendidos como os civis e políticos, acentuariam o princípio da liberdade; os de segunda geração, econômicos sociais e culturais, otimizariam o princípio da igualdade; já os de terceira geração, denominados de titularidade coletiva ou difusa, promoveriam o princípio da solidariedade.

Há uma dificuldade no trato dos direitos fundamentais dentro dessa perspectiva “geracional” que vai além da sua denominação. Muito embora tenha ocorrido a tenta-

• KENNEDY BISPO SILVA CONCEIÇÃO
• SAUL DUARTE TIBALDI

tiva de a doutrina substituir “gerações” por “dimensões” (SARLET; MARINONI; MITI-DIERO, 2017), o problema de associação dos princípios às fases europeias de conquistas dos direitos fundamentais não se resolve. Como lembra Mazzuoli (2014, p. 37-38),

No plano interno, por exemplo, a consagração nas Constituições dos direitos sociais foi, em geral, posterior à dos direitos civis e políticos, ao passo que no plano internacional o surgimento da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, propiciou a elaboração de diversas convenções regulamentando os direitos sociais dos trabalhadores, antes mesmo da internacionalização dos direitos civis e políticos no plano externo.

Ainda, para além desse aspecto, se os direitos fundamentais de primeira geração são assimilados aos direitos de liberdades, isso significaria dizer que sua tutela e prestação jurisdicional poderiam se dar por via individual como direito público subjetivo (HACHEM, 2019); já os direitos de terceira geração, assimilados ao princípio da solidariedade, apenas teriam sua prestação jurisdicional colmatada mediante ação coletiva, uma vez que não se configuraria como direito público subjetivo (HACHEM, 2019), limitando assim sua tutela.

Os direitos fundamentais de primeira, segunda ou terceira geração, associados a quaisquer princípios constitucionais têm características comuns que os dotam de imperatividade ao 1. dirigirem deveres de abstenção ao poder público, 2. imporem ao Estado obrigações de prover prestações fáticas e normativas, e 3. possuírem, ao mesmo tempo, tanto a titularidade transindividual supostamente exclusiva dos “direitos de terceira geração” quanto a titularidade individual alegadamente típica dos “direitos de primeira e segunda gerações” (HACHEM, 2019). Por essa razão, será abandonada a associação dos direitos fundamentais a princípios constitucionais, pois, uma vez isso feito, é limitada a tutela dos bens jurídicos por eles assegurados.

Feitas as primeiras considerações, é possível falar sobre o tratamento constitucional aos princípios e sobre a normatividade que lhes fora atribuída. Primeiramente, tem-se o princípio da dignidade humana, no qual se funda parte considerável dos ordenamentos democráticos. Há quem diga que cada direito fundamental representa uma parcela desse princípio (MOLINA, 2013), que, por sua vez, é, em sua natureza nuclear, a síntese da máxima kantiana, segundo a qual cada ser humano é um fim em si mesmo (BARROSO, 2015), não devendo, portanto, ser utilizado como meio para fins alheios ou metas coletivas.

Nos ordenamentos democráticos, e assim é no Brasil, o princípio da dignidade humana passou a ser considerado um mínimo de justiça (BARROSO, 2015), segundo o qual as ordenações deveriam se balizar. No entanto, a imperatividade desse princípio, que é considerado preferencial entre os positivados, também é balanceada, pois, como leciona Molina (2013, p. 76), prelecionando Sarlet, “é nesse sentido que não podemos deixar de relembra - na esteira de Alexy - que até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana [...] acaba por sujeitar-se, sendo contraposto à igual dignidade de terceiros, a uma necessidade de relativização”.

Ainda nesse sentido, vale citar que é reconhecida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), há razoável tempo, essa necessidade de harmonização dos princípios constitucionais às exigências de cada caso, a exemplo do julgado da lavra do ministro Celso de Mello, o Mandado de Segurança (MS) n. 23.452, de 16 de setembro de 1999, Tribunal Pleno, com o seguinte entendimento:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

Com isso, hoje se reconhece que, na análise principiológica, não se admite mais a imperatividade absoluta e desmedida dos princípios, sendo necessária, na atividade hermenêutica, a extração de sentidos que o ordenamento procurou conferir àquele princípio à luz do caso *in concreto*, pois a justiça é perseguida na unidade funcional (CANOTILHO; MOREIRA, 1993) já presente nos textos normativos, sendo a norma o produto da interpretação e o princípio, uma norma fixada em uma regra, nunca uma realidade distinta do ordenamento, que, se assim o fosse, seria discricionarieidade ilegítima.

3. A chave de leitura da Constituição

As normas de direito fundamental e as determinações principiológicas estão interligadas à eficácia das diretivas constitucionais. A Constituição, no que lhe concerne, por muito tempo - na dogmática constitucional - teve sua importância minorada, se

• KENNEDY BISPO SILVA CONCEIÇÃO
• SAUL DUARTE TIBALDI

comparada à supremacia que hodiernamente suas normas gozam. Ao sociologismo de Lassalle, o texto constitucional tinha unicamente a função de estabelecer diretrizes políticas que não logravam normatividade (HESSE, 1991). Essa ideia, presente na obra de Hesse (1991), muito embora pareça um absurdo aparente, não era uma realidade distante da prática na leitura das disposições constitucionais.

Por décadas, a Constituição desempenhou papel relativamente pequeno no direito doméstico, na incapacidade de produção de jurisprudência dos tribunais superiores em dotar de imperatividade as normas constitucionais. Mesmo “a doutrina, sobretudo europeia, especulou ao longo do tempo acerca da natureza, significação e papel da Constituição, produzindo elaborações diversas” (BARROSO, 2015, p. 144), sem, contudo, produzir a tempo da década de 1980, quando da constituinte, uma efetiva teoria constitucional que pudesse ser incorporada no território nacional.

Muito embora dentro da concepção conceitual positiva já houvesse a ideia de que formalmente a Constituição, na estrutura do ordenamento piramidal, encontrava-se no topo, donde havia de se dar o fundamento de validade das normas (KELSEN, 2006), no plano jurídico/político isso não era uma realidade.

Afirma-se não ser realidade não pela sua inexistência, porém por estar ausente. O ordenamento constitucional existia na realidade brasileira desde a Carta de 1824, quando da primeira tentativa frustrada de instituir uma certa formalidade entre a relação do privado com o público (BARROSO, 2015). No entanto, é apenas - e isso não se nega - com a constituinte de 1987/1988 que há a efetiva criação de um ordenamento constitucional capaz de impor-se como realidade normativa cogente que se vinculasse a todos, e, de tal sorte que, as instituições e os institutos existentes passaram a se moldar aos novos critérios constitucionais.

Muito embora possa, num primeiro momento, esse parecer ser um discurso romântico a respeito do Texto de 1988, há que se verificar que, malgrado o déficit do processo, os ganhos nos mecanismos de controles foram uma das principais conquistas que vieram garantindo a maior efetividade das normas constitucionais. Reconhecendo que foi adotado o sistema misto de controle de constitucionalidade e “agregando a ação de inconstitucionalidade por omissão, inspirado no constitucionalismo português e iugoslavo, a [...] arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF e a ação declaratória de constitucionalidade - ADC, introduzida pela EC 3” (STRECK, 2018, p. 183), serviram, sobremaneira, para garantir o direito na função contramajoritária no sistema democrático.

Hoje, portanto, sabe-se que a Constituição vincula que seus institutos são dotados de imperatividade e todas as suas normas possuem utilidade no ordenamento. Os mecanismos de controle inaugurados em 1988, aperfeiçoados na jurisdição constitucional, mediante a Emenda n. 45/2004, em sistema misto garantem a efetivação das disposições constitucionais. Resta saber quais foram, por ocasião da nova Constituição, as principais chaves – se elas existem – de interpretação dos demais ramos do direito, uma vez que se reconhece que é indissociável a leitura dos institutos em seu compromisso para com as finalidades constitucionais.

O direito existe gravitando em torno da justiça e da segurança (BARROSO, 2015), de modo que a Constituição procurou dar tratamento constitucional adequado à justiça assegurando, em primeiro plano, no título II, os direitos e as garantias fundamentais, dentre os quais, como trabalhado anteriormente, a dignidade humana, que foi posta no centro do ordenamento jurídico para irradiar as tutelas efetivas de proteção, e, ao seu lado, de modo reflexo à sua proteção, a segurança foi garantida ao positivizar as liberdades e preservar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, no inciso XXXVI, art. 5º.

Em segundo plano, tem-se a proteção do princípio democrático, segundo o qual as principais mudanças sociais devem se dar pela participação social na coisa pública. A instituição do Estado democrático no art. 1º da Constituição requer que a promoção das transformações seja feita por meio da efetiva realização democrática, o que significa dizer que o Judiciário não pode substituir, por meio de tutela, as reivindicações que legitimamente devem ocorrer quando da omissão do poder público, salvo em se tratando de questões relacionadas a agressões aos direitos fundamentais, princípios e fins públicos sensíveis às maiorias políticas (BARROSO, 2015).

Em terceiro e, por fim, porém não exaustivo – sendo possíveis outras definições –, tem-se a proteção do princípio da igualdade, no qual os cidadãos gozam de iguais condições da vida pública (art. 5º) para que possam desenvolver seu ofício (art. 7º, XXX) e, na vida política, tenham o mesmo valor em suas escolhas (art. 14), de modo que esse direito fundamental em sentido amplo seja critério balizador nas decisões políticas e judiciais. Considerando, contudo, a necessidade de se prever a discriminação positiva, uma vez que é direito implícito no texto constitucional, a fim de realizar a igualdade efetiva, a necessidade de desigualar os desiguais na medida de sua desigualdade e na promoção de políticas públicas.

• KENNEDY BISPO SILVA CONCEIÇÃO
• SAUL DUARTE TIBALDI

3.1 A Constituição de 1988 e o direito privado

A Constituição de 1988, como se verificou, chegou, e, com ela, suas normas e princípios, dotados pelos mecanismos de controle, passaram a vincular todo o sistema jurídico interno. As normas domésticas existentes passaram pelas disposições transitórias. As definições que foram recepcionadas continuaram a surtir efeito, e as que não, expurgadas do ordenamento. Porém, aliado ao fenômeno da constituinte, um elemento estava presente.

O movimento constitucionalista e as crescentes teorias no âmbito da jusfilosofia que afirmaram a força normativa da Constituição garantiram que o novo texto, diferentemente dos antecedentes, não iria mais ser deixado à baila como instrumento facultativo em que se prestigiavam mais, inegavelmente, o Código Civil e o Código Comercial. O direito constitucional surge então e firma-se como direito público (BARROSO, 2015), porém não alheio ao direito privado, pois suas normas abarcaram os elementos de todos os diplomas normativos.

A dicotomia entre direito público e privado, muito embora até hoje trabalhada pela doutrina, já não faz mais sentido em leitura rígida, uma vez que a tendência do direito é a complementaridade (REALE, 2002). Por regra, ao direito privado se compreende o predomínio da autonomia da vontade, em que a vontade faz norma entre as partes (DINIZ, 2019), e, por certo, “essas relações jurídicas dependem do consenso entre as partes. [...] a responsabilidade civil, como regra, é subjetiva. Violado um direito na esfera privada, seu titular tem a faculdade de defendê-lo” (BARROSO, 2015, p. 106).

Já em relação à coisa pública, o tratamento se dá no âmbito do direito público, no qual não vigora - ou pelo menos não deveria - a autonomia da vontade nas decisões dos agentes capazes das decisões: “O regime jurídico de direito público funda-se na soberania estatal, no princípio da legalidade e na supremacia do interesse público. A autoridade pública só pode adotar, legitimamente, as condutas determinadas ou autorizadas pela ordem jurídica” (BARROSO, 2015, p. 106).

O âmbito de atuação do direito constitucional, como direito público, torna-se maior na medida em que suas normas dizem respeito não só à matéria de prestação de direitos fundamentais de natureza coletiva, mas também aos mandamentos de caráter individual que requerem do Estado prestações fáticas e normativas. A Constituição de 1988 passou a dar tratamento constitucional a matérias diversas, de modo que muito do que era questão de direito privado passou a ter regramento constitucional.

A questão da propriedade art. 5º, inciso XXI, porém devendo ter seu fim social atendido art. 5º inciso XXII. Desapropriação de imóvel art. 5º, inciso XXIV. Direito de família tratado no art. 226, sendo a questão do casamento homoafetivo tratado em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277 (inicialmente ADPF 132) que requereu a interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil. Tratou também de demandar em norma de eficácia limitada (SILVA, 1998), no art. 5º, inciso XXXII, sobre a defesa do consumidor e os direitos da criança e do adolescente art. 227.

Analicamente, portanto, a Constituição de 1988 ao tratar de tantas matérias, que em outros países é competência da legislação infraconstitucional, fez com que fosse impossível interpretar qualquer instituto relevante sem que tocasse na questão constitucional que ele traz. Porém, dentro dessa mesma linha de raciocínio, é possível verificar que os códigos de legislação especial foram trabalhados, após o novo texto constitucional, à luz dos princípios e das regras gerais esposados na Constituição.

A exemplo disso, cita-se a Lei n. 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Tal legislação prevê satisfatoriamente a proteção que o constituinte procurou prover ao estabelecer no art. 227, § 4, que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. Dessa forma, essa legislação e outras recepcionadas pelo texto constitucional procuraram dar mais ênfase às normas e aos princípios lá identificados.

4. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Como verificado, já não há mais claramente a divisão estanque entre o público e o privado, e lembra Molina (2013) que mesmo na Grécia não havia essa divisão na medida em que a política, os julgamentos e a elaboração das leis eram todos realizados na ágora. O tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais procura saber se os princípios e as normas constitucionais possuem eficácia apenas em face do Estado ou, como defendem os adeptos (TARTUCE, 2019), se também logram efetividade imediata nas relações entre particulares.

Não há dúvidas de que os direitos fundamentais contêm normas que vinculam o poder público e que requerem uma prestação negativa por parte do Estado (HACHEM, 2019), no sentido de autocontenção, porém não se limita a atividade estatal às agressões a

• KENNEDY BISPO SILVA CONCEIÇÃO
• SAUL DUARTE TIBALDI

determinado bem jurídico, por isso a incidência dos direitos fundamentais em alguma medida na relação entre os particulares não se nega. Há, em algum grau, entre iguais, no âmbito do direito privado, a eficácia dos direitos fundamentais.

No entanto, isso já é reconhecido pela doutrina, de modo que, verificada essa mudança valorativa, o questionamento é sobre o grau e o modo como se dá a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Há os que comungam da tese de que a eficácia deva ser “indireta e aplicabilidade mediata, por meio da atuação legislativa” (BARROSO, 2015, p. 603), ou seja, o legislador, por meio da edição de leis, deve promover a incorporação das normas constitucionais nas legislações especiais, já que não teria o juiz, na aplicação do caso *in concreto*, “legitimidade popular para delimitar o nível de aplicação de um direito fundamental” (MOLINA, 2013, p. 114).

Há, no entanto, os que partilham a tese de que a eficácia seja direta com aplicação imediata “mediante um critério de ponderação entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia da vontade, de um lado, e o direito fundamental em jogo, do outro lado” (BARROSO, 2015, p. 603-604). Essa tese é adotada e justificada na necessidade perene, na realidade brasileira, de uma maior intervenção social, perquirindo de garantir justiça social por meio dos direitos fundamentais. Os que essa tese defendem o fazem no sentido de dizer que, se o legislador não promove as garantias que a Constituição positivou, seja incumbido o julgador de fazê-lo (MOLINA, 2013).

No STF, sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário (RE) n. 201.819-8/RJ¹, foi adotada última a tese, segundo a qual os direitos fundamen-

1 EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais [...]. STF - Segunda Turma - RE n° 201.819-8/RJ - Rel. Min. Gilmar Mendes, 2005.

tais esposados na Constituição têm sua aplicabilidade imediata nas relações privadas. Nesse caso específico, há que se registrar que, muito embora a eficácia direta tenha ocorrido, o ministro Joaquim Barbosa consignou a necessidade de que a incidência devesse ser verificada com parcimônia, caso a caso, para que não se inviabilizasse a esfera da autonomia privada dos indivíduos (MOLINA, 2013).

Não somente nessa ocasião o STF adotou a tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sobre as relações entre privados, mas também quando impôs igualdade de tratamento aos funcionários não franceses da Air France, no RE n. 161.243², julgado pela segunda turma na relatoria de Carlos Velloso, que recebiam tratamento diferenciado dos franceses, este de natureza antecedente àquele, prestigiando, assim, o princípio da igualdade ante a autonomia privada de as companhias áreas de definirem suas normativas internas.

4.1 O direito civil constitucional

O direito civil é, por excelência, o ramo do direito privado destinado a reger as relações familiares, patrimoniais e obrigacionais que se formam entre os indivíduos como membros de uma mesma sociedade (DINIZ, 2019), de modo que suas normas disciplinam como esses poderão contratar e, contratando, produzir normas válidas entre si. É o direito do cotidiano, a constituição do homem comum (REALE, 2002), que regula as atividades das mais simples às mais complexas. É também o direito da vida, que disciplina desde o nascimento, na parte geral, o direito dos nascituros e, ao morrer, o direito das sucessões, trabalhado em sua parte especial.

Como verificado anteriormente, é de sua natureza que os princípios privados valorizem os elementos do querer individual, sendo eles a autonomia da vontade, representada na capacidade de o indivíduo praticar os atos da vida civil, e a liberdade nego-

2 EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg) - PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. STF - RE 161243, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 29/10/1996.

• KENNEDY BISPO SILVA CONCEIÇÃO
• SAUL DUARTE TIBALDI

cial, possibilidade de se atribuir a ele direitos e de que este os aceite (DINIZ, 2019), de modo que as demais áreas do direito privado recorrem às normas do Código Civil para suprir eventuais lacunas pela profícua fonte de normatividade.

A constituição do novo Código Civil de 2002, por ocasião da criação da comissão que reformularia o Código de 1916/1917, em 1967, trouxe no projeto original a presença de cláusulas abertas que, muito embora lá presentes, ainda assim, quando da redação final, sofreram inúmeras emendas em razão da nova Constituição Federal, que procuravam alinhar o Código em construção às novas diretrizes e aos vetores sociais emergente da Carta de 1988 (DINIZ, 2019).

O Código Civil passa a contar com uma nova dimensão: a responsabilidade social. Não se fala mais apenas em responsabilidade civil objetiva e subjetiva, mas sim de responsabilidade social e função social dos institutos do direito privado, de modo que essa carga valorada é maximizada pela constituinte, porém já presente no contexto do novo ordenamento civilista, de modo que vai afirmar Grau (2014, p. 35),

Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, noutro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer.

Os elementos presentes no Código Civil demonstram que o novo ordenamento já nasceu com as diretrizes constitucionais de responsabilidade social. Dessa forma, como ensina Diniz (2019), o princípio da socialidade demonstra o interesse coletivo que deve prevalecer sobre o individual, refletindo em maior grau a função social do contrato e da propriedade. O princípio da eticidade igualmente contempla o princípio constitucional da probidade, que na Constituição é exigido apenas no trato da coisa pública, e também traduz o princípio da dignidade humana, segundo o qual, numa ética kantiana, o “homem é composto por valores que se elevam a máxima de respeito pelo semelhante” (TARTUCE, 2019, p. 91).

A questão que toca é saber que, se tudo que é da vida, por regra, é regulado pelo direito civil, estão certas as lições de “Gianturco, que grande parte da questão social reside no campo do Direito Privado” (REALE, 2002, p. 358), de modo que as contradições e tensões sociais serão refletidas no âmbito das relações interpartes, porém tendo a legislação especial sido preparada, como verificado, para lidar com essa nova realidade.

Realidade em que os elementos da vida privada e da vida pública não possuem mais separação unívoca.

5. A resposta adequada da Constituição

Diante dessas ponderações, verifica-se a impossibilidade de dissociação do direito civil das normas definidoras de direito público, como as garantias estabelecidas na Constituição, devendo haver um consenso possível dentro do ordenamento. Por esse motivo, toda digressão teórica inicial leva a considerar a possibilidade de o intérprete autêntico (KELSEN, 2006) dar a correta aplicação aos direitos fundamentais na relação entre os particulares.

A corrente que se filia pela aplicação mediata por meio da atividade legislativa alegando ilegitimidade do magistrado esquece que “o legislador, ao criar uma norma jurídica geral, generaliza, estabelecendo um tipo legal que, em decorrência disso, está separado da realidade imediata da vida que lhe deu origem” (DINIZ, 2005, p. 302), portanto sendo incompatível com a natureza dos direitos fundamentais o alto grau de abstração que é da estrutura de todas as produções legislativas.

Devendo, por isso, a definição do sentido e o alcance dos direitos fundamentais serem estabelecidos mediante a atividade hermenêutica que confira sentido às suas normas, em conformidade com os fins perquiridos pelo ordenamento. É no caso concreto que se satisfaz o direito, porém nos limites gerais estabelecidos no próprio regramento jurídico vigente, pois assim os critérios não são definidos pelo juiz, uma vez que “ele empresta as pautas axiológicas consagradas na ordem jurídica” (DINIZ, 2005, p. 304).

Embora, na solução do caso concreto, as normas definidoras de direito fundamental que servem de suporte fático a princípios constitucionais devam ser satisfeitas na maior proporção possível dentro das possibilidades fáticas jurídicas (ALEXY, 2006), isso não é regra para todo e qualquer caso envolvendo direitos fundamentais entre particulares, pois a função criadora do juiz desenvolve-se pela interpretação, integração e correção (DINIZ, 2005).

Por certo que “o direito civil, importante e tradicional ramo da ciência jurídica, não é nem raiz, nem tronco principal da árvore jurídica, mas um dos ramos em que o tronco-matriz se biparte” (CRETELLA JR., 1993, p. 208), de modo que, como verificado, sua evolução histórica e as dimensões que dotou no ordenamento pátrio não podem ser ignoradas e sopesadas por análises isoladas de institutos constitucionais.

• KENNEDY BISPO SILVA CONCEIÇÃO
• SAUL DUARTE TIBALDI

Na atividade hermenêutica, estará verificada a necessidade de comunicar os institutos do direito civil com as definições do texto constitucional, uma vez que o Código Civil de 2002 participa em grande parte dos diálogos sociais emergentes quando da constituinte de 1987/1988. As cláusulas gerais, que se figuram à ontognoseologia de Miguel Reale (TARTUCE, 2019), como demonstrado, são suporte interpretativo primário em que se verificam possíveis constrangimentos a direitos fundamentais.

A nova postura hermenêutica do direito civil constitucional (TARTUCE, 2019) é possível, conquanto se admita que a Constituição não quis ofuscar as normas que dela e em conformidade com ela foram criadas, de modo a sua participação ser subsidiária, quando esgotadas as possibilidades prestacionais de soluções efetivas dentro do ordenamento próprio em que se deu o conflito.

6. Conclusões

Verificado que não prospera no novo plano constitucional a leitura isolada dos institutos provenientes da legislação infraconstitucional, foi possível concluir que há um ponto de encontro de todos os ramos do direito com sua responsabilidade esposada na Constituição. Nessa linha, o direito civil, ramo do direito privado, alinhou-se às disposições da nova Carta adotando as cláusulas gerais em sua constituição.

Porém, ainda assim, verificou-se que a realidade dos direitos fundamentais não comporta reducionismos, quer na história e categorização de sua evolução, quer na estrutura de suas definições, não sendo possível limitar, por isso, sua eficácia pela simples existência de legislação especial “suficiente”. Por isso, é necessária uma nova postura hermenêutica.

Postura essa que pode ser considerada a adotada pelos adeptos do direito civil constitucional, porém que se observe a necessidade de não esgotar os sentidos das normas jurídicas já existentes, uma vez que todas elas devem ter e têm vida útil ao ordenamento. Sendo assim, a este sentir, possível que haja eficácia horizontal e a irradiação dos princípios constitucionais sobre os casos concretos nas relações particulares após esgotadas as possibilidades jurídicas do ordenamento em que se deu o conflito, sendo esse o ordenamento civil.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.
- BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 3 maio 2020.
- CANOTILHO, J. J. G. In: MORAES, A. de. *Direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.
- CRETELLA JR., J. *Curso de filosofia do direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DINIZ, M. H. *Curso de direito civil: teoria geral do direito civil*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- GRAU, E. R. Interpretação do direito. In: BARRETO, V. de P. (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 471-475.
- GRAU, E. R. Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 42, p. 35-57, fev. 2014. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1248/1181>. Acesso em: 3 maio 2020.
- HACHEM, D. W. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019.
- HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar F. Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MAZZUOLI, V. de O. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- MOLINA, A. A. *Teoria dos princípios trabalhistas: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013.
- REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SILVA, J. A. da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- TARTUCE, F. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DIREITO E RELIGIÃO: APROXIMAÇÃO COM VISTAS AO ESTUDO DO TERCEIRO MANDAMENTO NOS PREÂMBULOS CONSTITUCIONAIS

Marcelo Coelho Almeida*

RECEBIDO EM:	27.8.2020
APROVADO EM:	CONVIDADO

- * Doutorando em Educação, Arte e História da Cultura da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), mestre em Ciências da Religião pela mesma instituição, especialista em Estado Constitucional e Liberdade Religiosa pela UPM e pela Associação Nacional de Juristas Evangélicos (Anajure), em parceria com a Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra (Portugal) e o Regent Park College da Universidade de Oxford (Reino Unido), e bacharel em Teologia pelo Seminário Presbiteriano do Sul (SPS) e em Psicologia e Formação de Psicólogo pela UPM. Professor nos cursos de Direito e Psicologia da UPM. E-mail: marcelo.capelao@mackenzie.br

- **RESUMO:** A presente pesquisa pretende justificar o estudo do terceiro mandamento nos preâmbulos constitucionais apresentando-o como campo de aproximação entre o direito e a religião. Esses temas são analisados a partir de três enfoques: histórico, mormente na história brasileira desde o descobrimento; prático, em que se constata um número elevado de ações judiciais que têm como pano de fundo o tema da religião; e, por fim, especulativo, no qual se poderá incluir o estudo do terceiro mandamento nos preâmbulos, pois trata-se de análise de textos canônicos que exigem a solução do problema hermenêutico em ambas as áreas do saber: direito e religião.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Direito e religião; Decálogo; preâmbulo.

LAW AND RELIGION: APPROACH TOWARD THE THIRD COMMANDMENT STUDY IN CONSTITUTIONAL PREAMBLES

- **ABSTRACT:** The present research intends to explain the study of the third commandment in the constitutional preambles presenting it as a field of approximation between law and religion. These themes are analyzed from three approaches. These are the historical focuses, especially in Brazilian history since its discovery; there is also the practical approach in which there is a high number of lawsuits that have as background the theme of religion; and finally the speculative approach in which the study of the third commandment may be included in the preambles, because it deals with the analysis of canonical texts, and requires the solution of the hermeneutical problem in both the areas of knowledge, law and religion.
- **KEYWORDS:** Law and religion; Decalogue; preamble.

1. Introdução

O presente texto procura analisar a validade do estudo do terceiro mandamento da tradição judaico-cristã como campo legítimo de estudo dos preâmbulos constitucionais, justificado epistemologicamente como uma das muitas aproximações entre os temas de direito e religião.

A fim de preparar o leitor para análises específicas do terceiro mandamento e dos preâmbulos constitucionais, esta pesquisa tratará de explorar inicialmente a aproximação entre direito e religião. Com isso, o autor procura ressaltar a importância e a relevância acadêmica do tema envolvendo o uso do nome de Deus nos textos preambulares, pois é sabido que, no contexto de pesquisas acadêmicas feitas anteriormente, tanto por juristas quanto por teólogos, o assunto direito e religião ocupa um espaço de louvável destaque. Essa relevância se dá no âmbito do direito, no sentido da discussão teórica com a contribuição da teologia para instrumentalizar os juristas e dar-lhes informações que os subsidiem em sua tarefa. Essa contribuição pode consistir em proferimentos de decisões, ou acórdãos no caso de um magistrado¹, estar relacionada ao campo da argumentação de defesa ou de contestação por parte de um(a) advogado(a) ou até mesmo ter o propósito de instrumentalizar promotores do Ministério Público ou demais agentes do direito para que possam ampliar seus olhares sobre o tema da religião e assim estar mais bem fundamentados².

Ora, se, em apenas quatro anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, já havia o questionamento e uma ação judicial (Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI - n. 2076) requerendo a impugnação de uma Constituição Estadual (no caso a do estado do Acre). E o pano de fundo desse caso refere-se à presença ou ausência do nome de Deus no preâmbulo, o que foi julgado e negado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) como uma questão que, nas palavras do relator ministro Carlos Velloso “*reflete simplesmente um sentimento religioso*” (grifo nosso)³. Portanto, estão límpidas e claras a necessidade e a relevância do tema da presente pesquisa, tanto no quesito científico/acadêmico quanto na prática e na aplicação em decisões judiciais. E, dentre os inúmeros casos nos quais os temas direito e religião são aproximados, este da

1 Como exemplo dessa necessidade de maior conhecimento de religião por parte dos magistrados, ver o caso do juiz da 17ª Vara de Fazenda Federal, Eugênio Rosa de Araújo, que voltou atrás em uma decisão anterior em uma ação que envolvia exposições de vídeos no canal de internet YouTube que seriam ofensivos à religião afro-brasileiras. Na decisão inicial e equivocada, o juiz escreveu que “manifestações religiosas afro-brasileira não se constituem religião”.

2 Há o caso de impugnação da Constituição do Estado do Acre, pretendida em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 2076) pelo Partido Social Liberal (PSL) finalizada em 15 de agosto de 2012 no Supremo Tribunal Federal. A ação pretendia salvaguardar a Constituição Federal 1988 em cujo preâmbulo está a expressão “Sob a proteção de Deus”, uma vez que apenas no texto da Constituição do Estado do Acre não havia a mesma expressão. Dessa forma, o PSL argumentou que, na Assembleia Constituinte de 1988, a tentativa de supressão da referida expressão fora derrotada. Já o voto do relator ministro Carlos Velloso dizia que o preâmbulo não tem força normativa e que na Constituição acreana todos os princípios democráticos são observados e igualmente a soberania popular, não ferindo a correlação com a Constituição Federal. Concluiu o relator que a Constituição acreana “só não invoca a proteção de Deus que, posta no preâmbulo da Constituição Federal, reflete simplesmente um sentimento religioso”.

3 Ver nota anterior.

Constituição do Acre sobre o nome de Deus no preâmbulo é um dos mais apropriados para justificar a pertinência desta pesquisa, porque falar sobre o uso adequado ou não do nome de Deus remete tanto o pesquisador do direito constitucional ao tema da religião quanto o teólogo ao estudo do conteúdo do terceiro mandamento e do Decálogo. Eis o que diz esse mandamento: “Não tomarás no nome do Senhor, teu Deus, em vão, porque o Senhor não terá por inocente o que tomar o seu nome em vão.” (Êxodo 20.7).

2. Direito e religião: aproximações inequívocas no contexto brasileiro

Há vários enfoques pelos quais constatamos, inexoravelmente, a aproximação entre direito e religião.

Quando se utiliza o enfoque *histórico brasileiro*, ver-se-ão as questões que envolvem o início da colonização brasileira e a aproximação, talvez jamais inseparável, dos temas direito público e religião. Quando Pedro Álvares Cabral aportou na Ilha, logo batizada de Ilha de Vera Cruz, ordenou a celebração, em 26 de abril de 1500, de uma missa como ato de “posse” da conquista da nova terra. Essa missa foi oficiada por frei Henrique Soares de Coimbra, superior dos franciscanos missionários que compunham a frota cabralina. Portanto, o ato cerimonial de instalação na terra recém-conquistada é legitimado com uma cerimônia religiosa. No livro bíblico do Gênesis⁴, Abraão, chamado pelo jornalista Bruce Feiler (1998)⁵ de o pai das três grandes religiões monoteístas, realizou o mesmo ato que deu origem a essa prática religiosa de “levantar um Altar ao Senhor”.

Veja-se também o processo de catequização dos índios por parte do padre Anchieta, que, ao fazê-lo, estabelece assim uma ideia de hegemonia e domínio em terras tupi-niquins da religião cristã trazida do além-mar sob os critérios doutrinários de Roma que passaria a ditar as regras do Brasil por todos os longos e extensos anos seguintes, quiçá em alguns casos até nos dias de hoje. Como exemplo, tome-se o fato de que ainda no Império, mesmo separado por mais de 300 anos do chamado descobrimento do Brasil, encontra-se, no *caput* da Constituição do Império de 1824, a frase: “EM NOME DA

4 “Assim, Abrão desarmou o seu acampamento e foi morar perto das árvores sagradas de Manre, na cidade de Hebron. E ali Abrão construiu um altar para Deus, o SENHOR” (Gênesis 13.18).

5 Jornalista do *The New York Times*, Feiler (1998) faz na obra *Abraão: uma jornada ao coração de três religiões* um excursão sobre os aspectos sociológicos acerca da influência de Abraão, este Pai comum das três grandes religiões monoteístas: judaísmo, cristianismo e islamismo.

SANTÍSSIMA TRINDADE”. E no primeiro capítulo dessa mesma Constituição, art. 5, consta o seguinte: “A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo”⁶. O que se nota é a influência total daqueles atos religiosos na *instalação* da nova morada e sua subsequente e presentíssima influência normativa e cultural; uma total obediência aos ditames católicos romanos, inclusive com o aspecto restritivo a outras formas religiosas de expressão, de manifestação e de culto.

Segundo o Dr. Arnaldo Godoy, em sua exposição no Superior Tribunal de Justiça, em congresso realizado pela Associação Nacional dos Juristas Evangélicos (Anajure), em março de 2016, como resultado da catequização feita pelo padre José de Anchieta, o país passou até mesmo a adotar uma compreensão difusa entre crime e pecado, na qual não era possível identificar com clareza a diferença entre ambos.

Outro exemplo: na criação do serviço religioso das Forças Armadas, o domínio histórico da religião católica romana e sua força em questões de Estado e governo ficaram igualmente claros. Este autor, em pesquisa anterior sobre o tema, assim apresentou fato curioso que mostra essa influência da religião católica apostólica romana no Estado brasileiro:

Com a finalidade de atender à Primeira Divisão de Infantaria Expedicionária, foi criado um “Serviço de Assistência Religiosa” (SAR/FEB), através do Decreto-Lei nº 5.573 de 26 de maio de 1944. Observe-se o episódio inusitado a partir do qual isso ocorreu. Em 1944, relatos orais dão conta que, após o desfile dos expedicionários que partiriam para Itália, o presidente Getúlio Vargas perguntou ao cardeal do Rio de Janeiro, Dom Jaime de Barros Câmara, qual era a sua opinião sobre o desfile. O cardeal respondeu que muito o apreciara, mas que faltava alguma coisa. O presidente indagou sobre o que estaria faltando, ao que o cardeal respondeu: “Os Capelães para dar a assistência ao soldado no campo de batalha” (apud MACEDO, 1994, p. 57). Getúlio Vargas se comprometeu, ali mesmo, a suprir tal deficiência e o Decreto-Lei nº 5.573, anteriormente citado, foi editado dias depois (ALMEIDA, 2006).

Após esse decreto-lei sob Getúlio Vargas, foram incorporados à tropa da Força Expedicionária Brasileira (FEB) e enviados para a Itália 30 padres católicos e dois pas-

6 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

tores evangélicos. Note o leitor o fato de que esse ocorrido se dá em 1944, portanto já havia se instituído o Estado laico pela Constituição de 1891, em que o nome de Deus não aparece, e duas outras constituições brasileiras já haviam sido promulgadas após esta, a de 1824, em cujo preâmbulo se utilizou a expressão “pondo confiança em Deus”. Mas a Constituição Polaca de 1937, que, entre outros aspectos, procurava legitimar ideais autoritários e totalitários, como vinha mostrando a prática do segundo governo de Vargas, tratou de suprimir novamente o nome de Deus do seu conteúdo preambular. Todavia, mesmo assim, em um Estado cada vez mais afastado da religião, uma decisão notadamente favorável à precedência da Igreja Católica sobre quaisquer outras religiões é tomada pelo mandatário Getúlio Vargas.

E não apenas isso, pois um bom observador há de perceber a influência da religião em inúmeros outros casos no Brasil, sejam eles no âmbito do direito ou não. Este autor acredita que tal influência é, ainda hoje, resultado daqueles primórdios catequizantes.

Ao citar apenas um exemplo, note o leitor que as cerimônias oficiais de transmissão da faixa presidencial no Palácio do Planalto, até os dias de hoje, sempre são acompanhadas por um arcebispo da Igreja Católica Apostólica Romana.

Após breve análise de aspectos históricos, passamos agora a considerar, na junção dos temas direito e religião, os aspectos de *aplicação prática do tema direito e religião no ambiente jurídico dos tribunais brasileiros*, nos quais há registros de inúmeras ações judiciais cujos temas têm fundo ou motivação religiosos. E isso em diversas categorias, como na área tributária, no direito trabalhista, nas ações que ensejam perda de bens ou exploração financeira, no direito político, em que se veem vários casos de abuso de poder religioso, votos de cabrestos em igreja, políticos e até partidos políticos dirigidos por líderes de alguma denominação tal, e assim por diante⁷.

Contudo, os casos práticos de maior vulto nos tribunais brasileiros são os que estão no âmbito da relação Igreja e Estado. E nesse ponto há grande semelhança do que acontece no Brasil com o que vemos com frequência em vários países do mundo. Machado (2013) apresenta sobejo número de casos no direito internacional que abarcam

7 Sobre esse tema da religião e sua influência na política brasileira, há um vasto campo já pesquisado anteriormente. Dois autores podem ser consultados para aprofundamento do tema: Robinson Cavalcanti e Paul Freston. O primeiro, um teólogo anglicano falecido em 2012, vítima de assassinato cruel pelo próprio filho adotivo, foi um dos primeiros autores a aproximar o tema direito e política na literatura protestante brasileira, cuja obra de maior destaque é *Cristianismo e política*, de 1985. O segundo é um antropólogo, sociólogo e professor catedrático na Balsillie School of International Affairs e na Wilfrid Laurier University, em Waterloo, em Ontário, no Canadá, e professor colaborador na Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), autor de grande referência no tema e articulista. Vale citar sua obra de maior vulto: *Marxismo e fé cristã*, de 1989.

o tema do direito e da religião. O caso de maior visibilidade ocorreu entre Larry Flynt, editor de uma revista para adultos, e Jerry Falwell, um pastor fundamentalista norte-americano. Em 1996, o caso tornou-se tema do filme *O povo contra Larry Flynt*, dirigido por Milos Forman. Machado (2013) apresenta casos inclusive apelados ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos e ao Conselho Europeu de Direitos Humanos⁸.

Não é diferente na história republicana do Brasil.

O presidente da República dos Estados Unidos do Brasil entre 1919 a 1922, Epitácio Lindolfo da Silva Pessoa, paraibano, que também fora, entre outras nobres e destacadas funções, ministro do Supremo Tribunal Federal, idealizou a construção da famosa estátua do Cristo Redentor, no Rio de Janeiro, Capital Federal do país de então. A matéria é digna de nota aqui, pois, do que ficou para história, constam vários processos, consultas e até mesmo impasses e entraves nos níveis de decisão e planejamento da portentosa obra, planejamento esse iniciado por Pessoa em 1920. Mas não apenas isso, pois constam igualmente, nos anais da história, inúmeras ações judiciais posteriores à inauguração do grande monumento, que ocorreu às 19h15 do dia 12 de outubro⁹ de 1931 quando um botão foi acionado de Roma para acender as luzes do Cristo Redentor no Rio de Janeiro.

A nota de maior importância dá conta da consulta feita pelo presidente Pessoa ao consultor-geral da República, o Dr. Rodrigo Octavio, natural de Campinas, São Paulo, que também foi ministro do Supremo Tribunal Federal e um dos membros fundadores da Academia Brasileira de Letras. O presidente Pessoa queria saber se a construção de um monumento como o Cristo Redentor feriria ou não a laicidade do Estado brasileiro, recém-estabelecida na Constituição Federal de 1891. A resposta do consultor Rodrigo Octavio foi no sentido de desaconselhar a construção do referido monumento, pois feriria, sim, o princípio da laicidade. Entre outros aspectos, no parecer de Otávio constava o seguinte: “Considerado o Cristo como símbolo religioso não pode o poder público deferir o pedido para sua colocação num logradouro, que é bem público e, como tal, de uso comum do povo e inalienável (Código Civil, art. 66, nº I, e 67). O Estado é leigo”¹⁰.

8 Para pesquisa posterior sobre esses casos, consultar: Kokinakis v Greece; Otto Preminger v Áustria; Cha'are shalom ve tsedek v France; Leyla Sahin v Turkey; Igreja Metropolitana Bessarabia v Moldávia; Patuel C. v France; Lausti v Italy; Obst v Germany; Schuth v Germany.

9 Em 30 de junho de 1980, o presidente da República João Figueiredo sancionou a Lei do Congresso Nacional que instituiu o dia 12 de outubro como feriado nacional [religioso] brasileiro - Dia da Padroeira do Brasil, Nossa Senhora Aparecida. O art. 1º da Lei nº 6.802 dessa data diz: “É declarado feriado nacional o dia 12 de outubro, para culto público e oficial a Nossa Senhora Aparecida, Padroeira do Brasil”.

10 Mais informações estão disponíveis em: <http://www.paulopes.com.br/2015/05/parecer-de-1921-desaconselha-instalacao-do-cristo-redentor.html#ixzz4R7zGH9RJ>. Acesso em: 15 abr. 2020.

A história da magistral obra, considerada hoje uma das sete maravilhas do mundo moderno, mostrou que o mandatário desconsiderou totalmente o parecer jurídico apresentado pelo consultor-geral da República, o que ensejou algumas outras ações judiciais envolvendo o mesmo assunto do monumento, como ações sobre quem deveria deter os direitos autorais sobre o Cristo Redentor ou ainda uma ação judicial impetrada em 1940 por um motorista que questionava se a cobrança de ingresso ou de viagens turísticas de acesso exclusivo ao Corcovado não feriria o princípio laico da igualdade religiosa (no que diz respeito ao livre e gratuito acesso).

Estabelece-se assim a necessidade de conhecimento, principalmente por parte dos juristas, de temas afetos à religião. Ações envolvendo temas de feriados nacionais de fundo religioso, pronunciamento sobre criação de novas igrejas ou denominações, uso dos crucifixos em tribunais e reconhecimentos ou não pela Justiça de sentenças eclesiais *interna corporis* são apenas alguns outros exemplos que reafirmam e intensificam o argumento de tal necessidade.

3. Aspectos especulativos e conceituais de aproximação entre direito e religião

Após verificar o tema direito e religião sob os enfoques histórico e instrumental supracitados, o presente trabalho deve explorar de forma mais amiúde um terceiro enfoque por ser esse o mais apropriado às pretensões futuras deste autor no estudo do nome de Deus e da suposta quebra do terceiro mandamento nos preâmbulos constitucionais¹¹. Trata-se do enfoque especulativo e conceitual de ambos os campos, direito e religião. Essa perspectiva soma-se às duas anteriores (a histórica e a aplicada) e reitera a importância e a relevância do tema no ambiente acadêmico. Adquirir uma visão ampla dos prolegômenos das aproximações entre direito e religião sob esse enfoque especulativo no momento reveste-se, por assim dizer, de especial contribuição para o estudo futuro que este autor pretende empreender.

¹¹ A questão-mor que envolve o estudo dos preâmbulos é se eles fazem parte ou não do texto normativo da Constituição. Essa questão será desenvolvida em um artigo próprio em futuro próximo. Todavia, para consulta imediata, vale a leitura da seção “Preâmbulo constitucional” na obra de Moraes (2010). De acordo com autor, o preâmbulo é um documento de intenções e do diploma, e consiste em uma certidão de origem e legitimidade do novo texto. Embora para ele o preâmbulo não faça parte do texto constitucional propriamente dito. Não é, todavia, consenso entre os constitucionalistas esse posicionamento.

Portanto, interessam-nos sobejamente essas aproximações e dessemelhanças conceituais ainda que sob um prisma especulativo, porque o tema do terceiro mandamento está inserido na discussão sobre a origem das leis e do Decálogo, um dos mais antigos e determinantes códigos de leis citados por todos os interessados no assunto. Nossa intenção acadêmica vai muito além de atender meramente às exigências para a obtenção de título. Pretende, sim, acrescentar, de forma técnica, conceitual e definitiva, o estudo do terceiro mandamento nos preâmbulos constitucionais, na esfera acadêmica e de pesquisa, e no campo do direito e religião. E assim ver acrescentado esse tema como mais um dos elementos de aproximação das duas áreas. Para tal, passemos então a apresentar e desenvolver dois argumentos (textos canônicos e hermenêutica) dos oito sustentados pelo professor Godoy¹².

Primeiramente, direito e religião se valem de *textos canônicos* para suas fundamentações doutrinárias¹³.

A palavra cânon significa regra ou “cana de medir”, conforme seu sentido original. Um texto canônico, portanto, é aquele que é convencionado e instituído por alguma autoridade (assembleia, grupo, pessoa ou tradição) a servir como modelo ou referência para as demais consultas ou elaborações de textos de interesse de determinada matéria contida nos originais. No caso do cristianismo, o cânon bíblico do Antigo e Novo Testamentos tem datas e critérios distintos na sua formação. E essa diferenciação não está apenas no âmbito dos dois testamentos, mas também na diferença entre o cânon católico (73 livros) e o protestante (66 livros). Apesar de ser um estudo amplo e tenso em alguns momentos da história, ambos, católicos e protestantes, têm cristalizado o uso do Bíblia Sagrada como o principal texto de referência para suas regras de fé e prática. Os concílios eclesiásticos que são os responsáveis pela decretação do texto como canônico no âmbito da religião já haviam, até o quarto século da era cristã, estabelecido e “fechado” o cânon.

Já no âmbito secular do direito, a produção de obras de referência é absurdamente mais dinâmica e passível de revisão e reestruturação do que no âmbito da religião, haja

12 Além dos argumentos do uso de textos canônicos e da ciência hermenêutica por ambos, direito e religião, o Dr. Godoy apresenta outros seis argumentos que aproximam os dois saberes. São eles: a noção de hierarquia; a produção de comentários exegéticos; a ética, posto que o pano de fundo do Estado Constitucional é de matriz judaico-cristã; a teoria do pacto; textos bíblicos na justiça contemporânea, sob a ótica de Régis de Oliveira em sua obra *O Direito na Bíblia*, de 2010; e o tema do julgamento de Cristo que deu ensejo à obra *A crucificação e a democracia*, de Gustavo Zagrebelsky, de 2000.

13 Faço uso dessa palavra ressaltando que, embora utilizada com fortíssima importância e frequência por ambos, direito e religião se valem da palavra “doutrina” a partir de prismas epistemológicos distintos. Elucidam o assunto Carson (1992) e Hessen (1987).

vista a promulgação de leis, decretos, tratados ou declarações e até mesmo de constituições federais elaborados sempre que a autoridade competente julgou necessário. Dessa forma, mesmo sendo sólida a obra referenciada, isso não significa que ela deva ser necessariamente antiga. Aqui estaria uma dessemelhança entre o direito e a religião dentro desse quesito de aproximação. A Constituição Federal brasileira em vigor, por exemplo, possui apenas 32 anos de sua promulgação. Ou ainda, pondere-se sobre o fato de existirem na história brasileira sete constituições ao longo de sua jornada, e isso em menos de 200 anos de distância entre a primeira, de 1824, e a última, de 1988.

Já no ambiente religioso, as discussões canônicas mais recentes remontam ao século XVI no mundo pós-Reforma Protestante. É bem verdade que não se pode falar de cânon bíblico sem citar a descoberta, em 1947, nas cavernas de Qumran, em Israel, dos manuscritos do Mar Morto. Apesar da falta de questionamentos sobre o cânon, com a descoberta foram achados fragmentos de vários livros do Antigo Testamento, excetuando apenas três, além de alguns textos apócrifos. Os textos descobertos são os fragmentos mais antigos encontrados até os dias de hoje, até mesmo mais antigos que os manuscritos utilizados no fechamento do cânon do Antigo Testamento. Portanto, embora seja uma descoberta recente, ela só fez reiterar a antiguidade dos escritos bíblicos.

O jurista faz uso dos textos originários que são as constituições. A autoridade competente para produzi-la e referendá-la é o Congresso Nacional reunido em Assembleia Nacional Constituinte. A semelhança entre os dois campos, direito e religião, é, portanto, que ambos se valem dos textos canônicos como textos de referência. Pode haver mais de um texto de referência, porém não há possibilidade de alterar o texto original.

No dizer do professor Godoy em sua palestra anteriormente citada, “os textos constitucionais são consultados pelos juristas tal como as Escrituras sagradas o são pelos religiosos que a consideram”.

As constituições federais brasileiras são diplomas legais de referência para qualquer pesquisador na área do direito e principal objeto de estudo do direito constitucional.

Há os primórdios das constituições como a Carta Magna do rei João Sem Terra, de 1215, que é considerada a grande relíquia para todos os que amam o estudo do direito e das constituições. Há a Constituição espanhola de Cades, tida como base das constituições democráticas.

No Brasil, as sete constituições promulgadas da história dão ensejo a essa tarefa da referência por parte do estudioso do direito. A de 1824, chamada de Constituição do

Império, já citada anteriormente, carrega em seu texto forte apelo à religião oficial, a religião cristã católica apostólica romana. É a única Constituição brasileira a assegurar uma ideia de religião de Estado ou de Estado religioso. No seu preâmbulo extremamente curto, lê-se: “EM NOME DA SANTÍSSIMA TRINDADE”; a de 1891, conhecida como tendo recebido fortes contribuições de Rui Barbosa, instituiu o Estado laico, e, nessa perspectiva, é suprimida qualquer referência ao nome de Deus no seu texto.

Na Constituição de 1934, para a qual a influência maior foi de Getúlio Vargas, retoma-se o nome de Deus na expressão: “pondo a confiança em Deus”, mas, o mesmo Getúlio, depois de assumir novo mandato e com seus ideais autoritários e totalitários mais expostos e determinantes, promulga em 1937 a chamada Constituição Polaca. Em razão dos ideais cada vez mais totalitários ali exarados, não caberia utilizar o nome de Deus no preâmbulo¹⁴; foi retomada a tradição de se manter o nome de Deus no preâmbulo na Constituição de 1946, todavia ela surge com um chamado à liberdade religiosa e de expressão artística. Em seu art. 67, lê-se que “as crenças e as artes são livres”; as duas constituições mais recentes (1960 e 1988) mantiveram o nome de Deus nos preâmbulos.

Três outros aspectos de aproximação entre direito e religião se depreendem do uso de textos canônicos: o tema da hermenêutica do texto original, o tema da morte do autor e ainda o conteúdo ético dos textos de referência que, em linhas gerais, são voltados para a prática da justiça do bem e do direito. Nesses três aspectos, direito e religião se assemelham e em alguns casos até se completam.

Direito e religião deparam-se a todo tempo com o chamado problema *hermenêutico*. Saber qual é exatamente o significado do que se apresenta no texto é a sua missão. A distância cronológica entre o leitor e o autor impõe-se como severa obrigação de submeter o leitor às regras e tarefas da hermenêutica. Tavares (2011) oferece uma definição de hermenêutica do Direito:

A Interpretação do Direito é a operação intelectual por meio da qual a partir da linguagem vertida em disposições (enunciados) com força normativa o operador do Direito chega a determinado e específico conteúdo, sentido e objetivo desse enunciado em face de um caso concreto (real ou hipotético).

14 Essa é a conclusão de Vieira (2014).

Dois autores religiosos compuseram obra de referência sobre o tema da hermenêutica; e é possível perceber que o problema e as preocupações desses teólogos são os mesmos de um jurista quando se vê diante de algum impasse na interpretação das leis.

O alvo da boa interpretação é chegar ao “sentido claro do texto”. E o ingrediente mais importante que a pessoa traz a essa tarefa é o bom-senso aguçado. O teste de uma boa interpretação é onde se expõe o sentido do texto. A interpretação correta, portanto, traz alívio à mente bem como uma agulhoada ou uma cutucada no coração (FEE; STUART, 1982, p. 14).

Quando mais adiante este autor estiver a aprofundar o tema do terceiro mandamento, ele se deparará com temas inexoravelmente afetos ao campo da hermenêutica, quais sejam: a origem das leis na perspectiva judaica; o conceito de aliança ou pacto; a aplicação das leis do Antigo Testamento para o leitor do Novo Testamento; o que se perdeu e o que não se perdeu em termos de observação válida de algum mandamento da lei¹⁵; os tipos de lei e a sua correta interpretação: leis apodíticas, leis casuísticas, leis civis, leis cerimoniais, leis éticas e assim por diante. Conforme expressam Fee e Stuart (1982, p. 139): “O problema mais difícil para a maioria dos cristãos no que diz respeito a estes mandamentos é o problema hermenêutico. Como estas formulações legais se aplicam a nós, ou será que não se aplicam?”. Sendo assim, esse campo de semelhança entre o direito e a religião pode ser ainda objeto de mais extensas explorações.

4. Conclusão

Falou-se sobre a aproximação entre religião e direito nos termos do que foi estabelecido neste estudo. Direito e religião são aproximados a partir de critérios históricos, critérios práticos de aplicação na jurisprudência brasileira e com critérios especulativos sobretudo em dois campos comuns, a saber: o uso de textos canônicos e a tarefa hermenêutica na resolução de impasses ou conflitos de interpretação. Podemos agora, por assim dizer, tratar do tema do terceiro mandamento e dos preâmbulos constitucionais com maior propriedade, como se o solo já estivesse arado para a sementeira no tempo certo. Doravante, procurar-se-á tratar da seguinte questão:

¹⁵ São mais de 600 mandamentos exarados no Pentateuco (livro da Lei de Moisés). Mais especificamente desde o livro de Êxodo, no capítulo 20 até, o de Deuteronômio, no capítulo 33, passando por todo o livro de Levítico e de Números.

- A partir do estudo dos preâmbulos de constituições políticas, o uso do nome de Deus refere-se apenas a uma afirmação de identidade religiosa ou o terceiro mandamento, na compreensão da tradição judaico-cristã e a partir de sua cosmovisão, é quebrado quando “Deus” é mencionado nesses preâmbulos constitucionais?

A grande contribuição do presente texto, no entanto, foi, independentemente dos resultados das pesquisas futuras, provar que o seu assunto é absolutamente pertinente ao campo de aproximação entre direito e religião e que essa discussão acadêmica deve, portanto, ser acrescentada aos argumentos que defendem a semelhança e/ou dessemelhança do direito com a religião¹⁶.

Além disso, os argumentos hermenêuticos e canônicos deverão servir de instrumentos principais no estudo que se pretende mais à frente. É por essa razão que concluímos com a certeza de que os objetivos deste artigo foram cabalmente cumpridos.

REFERÊNCIAS

A BÍBLIA Sagrada. Tradução João Ferreira de Almeida. Versão Revista e Atualizada, 2. ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

ALMEIDA, M. C. *A religião na caserna: o papel do capelão militar*. 2006. Dissertação (Mestrado em Teologia) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2006.

BRASIL. Carta da Lei de 25 de março de 1824. Manda observar a Constituição Política do Imperio, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 25 ago. 2020.

CARSON, D. A. *A exegese e suas falácias: perigos na interpretação da Bíblia*. Tradução Valéria Fontana. São Paulo: Edições Vida Nova, 1992.

CAVALCANTI, R. *Cristianismo e Política. Teoria bíblica e prática histórica*. Viçosa: Ed Ultimato, 2002.

FEE, D. G.; STUART, D. *Entendes o que lês? Um guia para entender a Bíblia com o auxílio da exegese e da hermenêutica*. Tradução Gordon Chown. São Paulo: Edições Vida Nova, 1982.

FEILER, B. *Abraão: uma jornada ao coração de três religiões*. São Paulo: Sextante, 1998.

FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

¹⁶ No início do primeiro módulo do curso de Pós-Graduação em Estado Constitucional e Liberdade Religiosa, o coordenador do curso motivou todos os alunos a trabalhar em seus *papers* os temas que seriam tratados na monografia de conclusão do curso. E desde o primeiro *paper*, este autor já persegue, sob a orientação do Dr. Arnaldo Godoy, o tema do uso do nome de Deus nas constituições, visando contribuir para a comunidade acadêmica com essa aproximação entre direito e religião. O tema do primeiro trabalho foi “O NOME DE DEUS NOS PRÉAMBULOS CONSTITUCIONAIS: Do direito comparado à suposta quebra do terceiro mandamento”.

· MARCELO COELHO ALMEIDA

- FRESTON, P. (org.). *Marxismo e Fé Cristã: O Desafio Mútuo*. São Paulo: ABU Editora, 1989.
- HESSEN, J. *Teoria do conhecimento*. Tradução Antônio Correia. 8. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1987.
- MACEDO, J. C. *Capelania evangélica militar no Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: [s. n.], 1994.
- MACHADO, J. E. M. *Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- MORAES, A. de. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- OLIVEIRA, R. F. de. *O Direito na Bíblia*. Uruguaiana: Editora Conceito, 2010.
- PARECER de 1921 desaconselhou instalação do Cristo Redentor. *Paulopes*, 28 maio 2015. Disponível em: <https://www.paulopes.com.br/2015/05/parecer-de-1921-desaconselha-instalacao-do-cristo-redentor.html#ixzz4R7zGH9RJ>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- TAVARES, A. R. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- VIEIRA, T. Sob a proteção de Deus: natureza jurídica do Preâmbulo Constitucional - *Capítulo 7*. In: SANTANA, U.; MORENO, J.; TAMELINI, R. (org.). *O direito de liberdade religiosa no Brasil e no mundo: aspectos teóricos e práticos para especialistas e líderes religiosos em geral*. São Paulo: Associação Nacional dos Juristas Evangélicos, 2014. p. 109-120.
- ZAGREBELSKY, G. *A crucificação e a democracia*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2000.

FLEXIBILIZAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS EM SITUAÇÕES EXTRAORDINÁRIAS: TEORIA DA IMPREVISÃO E CONCEITOS CORRELATOS

Irineu Francisco Barreto Junior*
Rosemeire Solidade da Silva Matheus**

RECEBIDO EM:	18.11.2020
APROVADO EM:	3.12.2020

* Pós-doutor em Sociologia pela Universidade de São Paulo (USP) e doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Docente do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Líder do grupo de pesquisa Ética e Democracia na Sociedade da Informação e analista de pesquisas da Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (Seade). *E-mail*: neubarreto@hotmail.com

** Mestranda em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) e especialista em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Advogada. Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) Tatuapé Seccional de São Paulo. *E-mail*: rosemeire.matheus@matheusengueiraadvogadas.com

• IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR
• ROSEMEIRE SOLIDADE DA SILVA MATHEUS

- **RESUMO:** O escopo do presente trabalho é destacar a aplicação da teoria da imprevisão nos aspectos público e privado, bem como a análise da flexibilização das relações jurídicas a partir da Lei n. 14.010, de 10 de junho de 2020. Por vezes, as normas jurídicas são flexibilizadas em virtude de situações extraordinárias que acontecem no seio da sociedade. A mais recente, que nosso planeta experimentou, é a provocada pelo estado pandêmico mundial da Covid-19. Foi justamente o que se desenrolou, presentemente, ante as consequências jurídicas a partir do evento inesperado que atingiu toda a sociedade, o Estado e a economia mundial, com maior destaque em países emergentes, como é considerado o Brasil. Em termos metodológicos, adotaram-se as abordagens dedutiva e jurídico-dogmática, com base na teoria, doutrina e lei específica, que nos propiciaram uma análise do objeto particular, com uma análise também histórico-jurídica.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Covid-19; direito público; direito privado; teoria da imprevisão.

FLEXIBILIZATION OF LEGAL STANDARDS IN EXTRAORDINARY SITUATIONS: THEORY OF UNPREDICTABILITY AND RELATED CONCEPTS

- **ABSTRACT:** The scope of this paper is to highlight the application of the theory of unpredictability in the public and private aspect, as well as the analysis of the flexibility of legal relations based on Law 14,010 of June 10, 2020. Sometimes the legal rules are relaxed due to extraordinary situations that happen within society. The most recent, which our country experienced is that caused by the global pandemic state of Covid-19. It was precisely what unfolded, presently, given the legal consequences of the unexpected event that affected the whole society, State and world economy, with greater prominence in emerging countries, such as Brazil. The approach adopted, in methodological terms, was the deductive and dogmatic legal perspective, based on theory, doctrine and specific law to provide us with an analysis of the particular object, not to mention the historical-legal view.
- **KEYWORDS:** Covid-19; public law; private law; theory of unpredictability.

1. Introdução

A pandemia da *coronavirus disease 2019* (Covid-19) e o enfrentamento dos severos efeitos sobre a saúde advindos da contaminação pelo patógeno lançaram uma série de desafios sobre todas as dimensões da sociabilidade humana. Medidas emergenciais se fizeram necessárias e abarcaram os campos da saúde pública e da atuação governamental. Além disso, impuseram a necessidade de isolamento social em escala inédita, e não se deve negligenciar que esse conjunto de determinações impõe reflexos nas economias globais e locais, no ambiente de negócios, em manifestações culturais e no ténue equilíbrio psíquico das populações, hodiernamente estremecido em decorrência dos efeitos da modernidade (FULLER; BARRETO JUNIOR, 2020).

De fato, a calamidade pública decretada afetou vários setores da sociedade, atingindo diretamente a economia, com reflexo direto e abalo nas relações jurídicas contratuais e com a criação de uma cultura propícia para discussões no âmbito do cumprimento das obrigações contratuais. Para mitigar essa situação, ante a necessidade do cumprimento das obrigações atinentes a várias relações jurídicas que se desencadeiam a cada instante na sociedade, o próprio arcabouço jurídico tem uma gama de regras de flexibilização das mais variadas regras obrigacionais, que são as mais preocupantes. O artigo defende a hipótese de que a legislação civil possui a solução para enfrentar essa avalanche de questionamentos que surgirão, dos mais variados setores da sociedade, que é a teoria de imprevisão. A ausência de culpa, a partir da inexecução contratual, em razão da ocorrência do caso fortuito e de força maior, exonera o devedor do dever de indenizar.

Nesse contexto, o objetivo geral deste artigo é examinar a hipótese de aplicação da teoria da imprevisão nos aspectos público e privado, bem como analisar a flexibilização das relações jurídicas a partir da Lei n. 14.010, de 10 de junho de 2020. Para tal finalidade, a pesquisa perquiriu a possibilidade de enquadramento da pandemia da Covid-19 nos institutos do caso fortuito e de força maior, parametrizado pela teoria jurídica da imprevisão e sua adequação hermenêutica na análise da legislação brasileira concernente.

A metodologia adotada foi consubstanciada nas abordagens dedutiva e jurídico-dogmática, aplicadas na formulação de um referencial teórico-hermenêutico que sustentou a análise do objeto particular.

• IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR
• ROSEMEIRE SOLIDADE DA SILVA MATHEUS

2. Caso fortuito e força maior

A partir do evento Covid-19, os países enfrentarão uma crise que certamente entrará para história mundial por seus efeitos devastadores; o maior deles, sem dúvida, o cerceamento de vidas humanas. São notáveis os riscos de erosão da privacidade e hipereposição de dados pessoais dos usuários das diferentes tecnologias de comunicação e informação, receio que antecipou os riscos impostos pelos efeitos do patógeno e levou ao ingresso no ordenamento pátrio da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD (BARRETO JUNIOR; NASPOLINI, 2019). No aspecto econômico, as nações sofrerão vários abalos, e, como consequência, inúmeros contratos celebrados serão inevitavelmente atingidos e descumpridos.

No Brasil, os efeitos foram imediatos. Por causa da fragilidade da economia nacional, houve, como consequência disso, a redução da produção e da circulação de bens e serviços, razão pela qual o direito sempre será o balizador das crises de maneira geral, o que necessariamente ocorrerá em relação a essa situação excepcionalíssima. Não se pode afirmar que, antes da pandemia ou da adoção de medidas de enfrentamento do patógeno, a humanidade vivenciasse momentos de estabilidade e calma. Uma série de transformações no ambiente econômico e nas aplicações tecnológicas delimitou um novo estágio de desenvolvimento econômico, no qual a informação adquiriu o *status* de mercadoria, contexto cuja teoria convencionou chamar como sociedade da informação (BARRETO JUNIOR, 2007, *passim*), novel arranjo social que desde as últimas décadas vem impondo a premência de diversas adequações legislativas e comportamentais.

De tal sorte, não é novidade ressurgirem, de tempos em tempos, conceitos jurídicos clássicos que são revisitados e renovados. A pandemia criada pelo coronavírus (Covid-19) é um desses acontecimentos capazes de modificar, entre várias relações humanas, aquelas atinentes à esfera de direito do indivíduo, aqui tomando por base as que exprimem o cumprimento das relações contratuais.

No panorama contratual, diante da crise, destaca-se a impossibilidade do cumprimento das obrigações da forma como originalmente foram pactuadas, obrigando seus interlocutores a se socorrer das mais variadas formas de composição. Sabemos que a força obrigatória dos contratos é, em larga escala, seu fundamento, que garante tanto a segurança jurídica das relações negociais quanto confere à parte, eventualmente lesada, o exercício de seus direitos, como exigir o cumprimento da obrigação e até mesmo pleitear perdas e danos. A intervenção mínima prevalece nas relações contratuais privadas.

Os efeitos da inexecução contratual são verdadeiros axiomas, presentes em todos os ordenamentos jurídicos conhecidos, e as consequências orbitam pela esfera do direito obrigacional e da concepção clássica do princípio da responsabilidade, qual seja: ocorrido o fato ilícito e presentes os requisitos da culpa ou do dolo, o dano e o nexo causal, conseqüentemente, geram o dever de indenizar.

Os institutos do caso fortuito e de força maior, presentes lá no direito romano, *casus fortuitus* e *causus majores*, essa última entendida como a coisa mais forte, são situações fora da vontade das partes que, se presentes, excluem a culpa, no sentido amplo, o que resultará na interrupção do nexo causal entre o inadimplemento da obrigação e o dano ocasionado à outra parte. Na verdade se revestem de verdadeiros excludentes da culpa, isentando a parte infratora do dever de indenizar. O Código Civil brasileiro, no art. 393, trata as duas situações indistintamente, *in verbis*:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir [sic].

A doutrina e jurisprudência por vezes tratam os institutos da mesma forma como fatos decorrentes de acontecimentos da natureza, de atos governamentais ou de atos extraordinários vinculados a acontecimentos como guerras, redução abrupta da atividade econômicas, greves, mas de qualquer forma devem ter relação inequívoca com a inexecução obrigacional. É importante ressaltar que a parte que já estava em situação de inadimplemento obrigacional, antes da ocorrência do evento extraordinário, não poderá alegar em seu favor as excludentes do dever de indenizar.

Eventos extraordinários como os que estamos vivendo são capazes de alterar a ordem jurídica; como os sucedidos após as duas grandes guerras mundiais (século XX), debruçando-se, os estudiosos doutrinadores e tribunais, em relativizar a aplicação do princípio *pacta sunt servanda*, ou seja, da força obrigatória dos contratos, para aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, possibilitando a revisão da avença inicial.

A inequívoca impossibilidade do cumprimento da obrigação, por ocasião da alegação de caso fortuito e força maior, encerra a relação contratual no todo ou em parte, o que não se admite é o enriquecimento sem causa da parte beneficiada pela isenção de culpa no desfazimento contratual.

• IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR
• ROSEMEIRE SOLIDADE DA SILVA MATHEUS

A partir dos conceitos de caso fortuito e força maior, vinculados à ideia do absoluto impedimento do cumprimento obrigacional, por ocasião do acontecimento desses fatos extraordinários, é que surge o conceito da teoria da imprevisão, mas com ela não se confunde.

Há uma costumeira confusão entre os conceitos jurídicos a respeito da ocorrência do caso fortuito de forma maior e a teoria da imprevisão, razão da opção didática de discorrermos sobre esses acontecimentos extraordinários antes de descortinarmos a respeito daquela teoria.

Virtual que são fatos que excedem a capacidade das partes prever no início da contratação, residindo a semelhança dos institutos jurídicos, ambas também amenizarão o entendimento da cláusula *rebus sic stantibus*, mas são as consequências que os diferem. A teoria revisionista pressupõe a ocorrência de causa superveniente que possibilita a revisão contratual; na hipótese de caso fortuito e força maior, o cumprimento da avença se torna impossível, aniquilando o contrato.

3. Teoria da imprevisão

As duas grandes guerras – a primeira, de 1914 a 1918, e a segunda, de 1939 a 1945 – foram as precursoras da ideia ou necessidade de flexibilização de interpretação da norma dura e coercitiva nos casos de descumprimento total ou parcial da obrigação contratual.

Na Itália, em 1915, o Decreto Real n. 739 já admitia a intervenção judicial nos contratos (RODRIGUES JR., 2006, p. 52), mas foi a conhecida Lei Failliot – do deputado francês Auguste Gabriel Failliot¹ que apresentou seu projeto de lei – que introduziu, no cenário jurídico mundial, a teoria da imprevisão. Era uma lei de guerra, portanto de caráter transitório, que possibilitou a resolução, por qualquer uma das partes, de obrigações de fornecimento de mercadorias e alimentos, ajustadas antes de 1º de agosto de 1914 (RODRIGUES JR., 2006, p. 29).

É de natural entendimento o conceito da teoria da imprevisão, mas na época a cláusula *rebus sic stantibus*, atribuída a Bartolo de Sassoferrato, jurisconsulto medieval²,

1 Auguste Gabriel Failliot nasceu em 26 de outubro de 1851, em Oinville-sur-Montcient, e morreu em 9 de junho de 1922, em Bagnoles-de-l'Orne. Foi fabricante de papel, deputado de 1902 a 1919 e vice-prefeito de Paris (quarto *arrondissement*).

2 Bartolo de Sassoferrato foi um jurisconsulto medieval, um dos mais notáveis comentaristas do direito romano da Europa Continental, durante o século XIV.

aquela que dá força obrigatória aos contratos, predominada no cenário jurídico desde a Roma antiga; por isso, admitir qualquer forma de descumprimento contratual, somente por meio de uma teoria bastante convincente como foi a da imprevisão, emergida, que foi, de uma época de total beligerância. O contraditório é que a França era resistente à teoria da imprevisão, e o Código de Napoleão (1804) não fazia nenhuma concessão a qualquer tipo de eventos fortuitos.

A teoria da imprevisão foi lançada justamente para amenizar a força obrigatória dos contratos quando houvesse circunstância de fato que impedisse o cumprimento das obrigações por qualquer uma das partes ou lhe causasse prejuízo ou excedesse a previsão inicial e expectativas das partes, permitindo-se a revisão pelo juiz. É a chamada cláusula *rebus sic stantibus* que instrumentaliza a teoria da imprevisão, que permite a execução do contrato nas mesmas condições de tempo em que as partes manifestaram sua vontade, evitando-se, assim, a onerosidade excessiva de uma das partes.

Vastas são as teorias e disciplinas jurídicas atinentes aos contratos, regulados de maneira ampla pelo título V do Código Civil brasileiro - “Dos Contratos em Geral” -, e a lei geral possibilita, no art. 478, a resolução do contrato quando ocorrer a onerosidade excessiva, porquanto os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis:

Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Os contratos que contêm obrigações de cumprimento sucessivo e continuados são também conhecidos como de execução diferida ou de trato sucessivo. Os mais comuns são o de locação, compra e venda, aqui tomados como exemplo, os quais possibilitam não só a resolução, mas também a revisão em virtude de eventos supervenientes que tornem sua execução excessivamente onerosa para uma das partes, presentemente, por obra das circunstâncias surgidas a partir da Covid-19, podendo ser requerido pelas partes contratantes ao mesmo tempo, sujeitando à análise pelo Judiciário dos requisitos de aplicabilidade da teoria da imprevisão em relação a cada uma delas.

Então, como exigir de um lado os pagamentos das parcelas do contrato de financiamento ou mesmo o pagamento da integralidade do valor do aluguel quando a cadeia de empregos, o comércio e a indústria foram amplamente atingidos com os efeitos da pan-

• IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR
• ROSEMEIRE SOLIDADE DA SILVA MATHEUS

demia mundial, obrigando a maioria dos setores da economia a paralisar suas atividades abruptamente em razão do isolamento social imposto pelos organismos de saúde nacionais e internacionais àqueles ramos de atuação não considerados serviços essenciais?

Até o momento, contado antes do evento Covid-19, a teoria da imprevisão era aplicada em casos excepcionais, porém, ao que parece, o instituto emergiu com clareza ímpar quanto à sua aplicabilidade, bastando a presença, no caso concreto, dos pressupostos para o emprego da teoria. São eles: motivo superveniente à formação do contrato; ser a natureza das obrigações de trato sucessivo, em que o pagamento é realizado em parcelas, ou diferida, consistente naquela em que o seu cumprimento é futuro; desproporção manifesta entre as prestações devidas; a parte não pode ter dado causa ao desequilíbrio; e, por fim, deverá ser postulado e não ser reconhecida de ofício pelo juiz.

A orientação jurisprudencial aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) é a possibilidade da aplicação da teoria da imprevisão ao contrato de compra e venda, se o fato extraordinário e imprevisível causador da onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação³.

O Decreto Legislativo n. 6 de 2020 que reconheceu o estado de calamidade pública nacional, acatado como tal pelo Congresso Nacional, e as legislações esparsas dos Estados e Municípios, devido à pandemia do Coronavírus, ao lado da prova do impacto financeiro por efeito do mesmo fato, são mais que suficientes para sustentar o pedido de aplicação da teoria da imprevisão.

Importante evidenciar que, no Código Civil Brasileiro, há uma regra geral para todos os tipos de contratos e obrigações, que disciplina uma situação diferente daquela prevista na teoria da imprevisão, no caso é uma excludente da responsabilidade em reparar o dano, daquele que não agiu culposamente na inexecução do contrato, como determina o artigo 393:

O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir (sic).

É notável que, diferentemente da teoria da imprevisão, o contrato será cumprido, não será exigido a reparação pela ausência de culpa pelo descumprimento da obrigação.

3 Recurso Especial (REsp) n. 860.277/GO.

Semelhantemente no caso de liberação dos encargos da mora na ausência de culpa pelo descumprimento da obrigação, contida no artigo 396 do Código Civil: “Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”. Conforme orientação da jurisprudência pátria contido no Enunciado n. 176 do CJF/STJ, da III Jornada de Direito Civil: “Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”⁴.

O julgado supracitado consolida a tendência, adapta-se à teoria da imprevisão e procura assegurar confiabilidade ao ambiente negocial e proteger a confiança contratual mesmo em possibilidade de eventos extraordinários ou imprevisíveis.

4. Direito público e a aplicação da teoria da imprevisão

É amplamente consagrada a aplicação da teoria da imprevisão no âmbito do direito público no que tange aos contratos administrativos. Certo é que vivemos em uma sociedade contratual, é um fenômeno do mundo moderno; se, por um momento fizéssemos a abstração desse instituto que regula a vida civil e do Estado, viveríamos uma estagnação da vida social, sendo de aplicação, em economias liberais, os conceitos, os princípios e as garantias contratuais, não sendo diferente que as normas são aplicáveis aos contratos estatais, com maior rigor ainda, em virtude de um dos seus objetivos ser a preservação do interesse público.

No conceito de Carvalho Filho (2006, p. 152), o contrato administrativo seria um “ajuste firmado entre a Administração pública e um particular, regulado basicamente pelo interesse público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público”.

Podemos afirmar que o elemento caracterizador do contrato de natureza pública é a realização do interesse público, o que vai diferenciá-los é o regime jurídico da relação negocial e a Administração Pública, em todas as suas atividades e norteada por princípios que direcionam sua conduta, constantes do art. 37 da Constituição Federal do Brasil.

O art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal n. 8.666/93 garante a possibilidade da aplicação da teoria da Imprevisão aos contratos administrativos.

4 Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/318>. Acesso em: 28 jun. 2020.

• IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR
• ROSEMEIRE SOLIDADE DA SILVA MATHEUS

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) [sic].

Aplica-se quando há necessidade de revisão de uma cláusula contratual por força de fatos supervenientes e imprevistos (caso fortuito e força maior), durante a sua execução, mas quando presentes uma determinação estatal (fato do príncipe) que onera e repercute indiretamente sobre o contrato ou ainda uma atitude da administração pública (fato da administração) que incide diretamente sobre o contrato, impedindo ou dificultando a execução da forma como inicialmente ajustada.

Percebemos que tanto o fato do príncipe como o fato da administração são provenientes de uma determinação estatal, com uma distinção em seus efeitos: o primeiro atinge toda a sociedade (confisco de valores), e o segundo, somente as partes contratantes (desapropriação).

Modernamente, temos mais o elemento característico de aplicação da teoria da imprevisão nos contratos da administração pública: como prenuncia a letra do art. 65 da Lei n. 8.666/93, trata-se da presença da álea econômica que, por sua natureza extraordinária, excede os riscos normais de um contrato. O efeito da teoria da imprevisão calca-se, portanto, em duas vertentes: se a parte prejudicada não puder cumprir, de modo nenhum, as obrigações contratuais, dar-se-á a rescisão sem atribuição de culpa; e se o cumprimento for possível, mas acarretar ônus para a parte, esta terá o direito à revisão do preço para restaurar o equilíbrio rompido (CARVALHO PINTO, 2006, p. 178).

5. A Lei n. 14.010, de 10 de junho de 2020

Em decorrência da pandemia da Covid-19, o Congresso Nacional reconheceu o estado de emergência pública por meio do Decreto Legislativo de 6 de março de 2020 e da Lei n. 13.979/2020, e resolveu flexibilizar as rígidas regras orçamentárias e de contratação da administração pública.

Não demora para dispor sobre as relações de direito privado, flexibilizando, igualmente de forma transitória, alguns institutos jurídicos, não por menos, mas a sociedade entrou em um estado desesperador, com a determinação do isolamento social e, conseqüentemente, a paralisação da economia.

A norma em comento não pretendeu estabelecer regras permanentes de interpretação de alguns institutos jurídicos por ela tratados, tampouco revogar outros, tanto que seus arts. 1º e 2º tratam com clareza sobre seus objetivos:

Art. 1º Esta Lei institui normas de caráter transitório e emergencial para a regulação de relações jurídicas de Direito Privado em virtude da pandemia do coronavírus (Covid-19).

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se 20 de março de 2020, data da publicação do Decreto Legislativo nº 6, como termo inicial dos eventos derivados da pandemia do coronavírus (Covid-19).

Art. 2º A suspensão da aplicação de normas referidas nesta Lei não implica sua revogação ou alteração.

A flexibilização das normas é necessária pelo período excepcional de dificuldades sociais e econômicas causadas pela pandemia da Covid-19. Pelas regras gerais de direito, pela teoria geral de direito aplicável a qualquer fato, as relações jurídicas atingidas por essa flexibilização serão alcançadas até mesmo da entrada em vigor da Lei da Pandemia - Covid-19, como vem sendo tratada.

Com 21 artigos, a Lei n. 14.010 entrou em vigor na data da sua publicação, ou seja, em 10 de junho de 2020, dos quais alguns foram vetados: 4º, 6º, 7º, 9º, 11, 17, 18 e 19. Não serão abordados aqui os motivos nem o conteúdo dos vetos.

CAPÍTULO II

DA PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Art. 3º Os prazos prescricionais consideram-se impedidos ou suspensos, conforme o caso, a partir da entrada em vigor desta Lei até 30 de outubro de 2020.

• IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR
• ROSEMEIRE SOLIDADE DA SILVA MATHEUS

§ 1º Este artigo não se aplica enquanto perdurarem as hipóteses específicas de impedimento, suspensão e interrupção dos prazos prescricionais previstas no ordenamento jurídico nacional.

§ 2º Este artigo aplica-se à decadência, conforme ressalva prevista no art. 207 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Não podia ser outra a atitude do legislador em razão da situação gravíssima desencadeada pelo coronavírus de barrar e obstaculizar o transcurso do prazo prescricional e decadencial do exercício regular do direito.

De plano se verifica essa necessidade pela paralisação dos trabalhos forenses, com a suspensão do atendimento presencial dos tribunais e do andamento dos processos, sejam físicos ou eletrônicos, ou mesmo a impossibilidade de locomoção da parte para reunir condições para promoção de qualquer processo judicial.

Não se pode presumir, como exemplo, que todo e qualquer cidadão tenha condições tecnológicas de fazer a digitalização e remessa de documentos para que seus advogados possam demandar em seu favor ou desfavor em juízo ou foro dele. Portanto, os prazos prescricionais consideram-se impedidos ou suspensos a partir da vigência da nova lei até o dia 30 de outubro de 2020.

Quanto à decadência, são as mesmas razões que levaram o legislador a estabelecer a suspensão desse instituto que visa regular a perda de um direito. Como se sabe, as regras contidas no art. 207 do Código Civil são rígidas, e a paralisação da fluência dos prazos, para o exercício de direito, só poderia ser feita por norma com essa abrangência. A Lei emergencial 14.010, de 10 de junho de 2020, dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). No seu artigo 5º determina, *in verbis*:

III

DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

Art. 5º A assembleia geral, inclusive para os fins do art. 59 do Código Civil, até 30 de outubro de 2020, poderá ser realizada por meios eletrônicos, independentemente de previsão nos atos constitutivos da pessoa jurídica.

Parágrafo único. A manifestação de participantes poderá ocorrer por qualquer meio eletrônico indicado pelo administrador, que assegure a identificação do participante e a segurança do voto, e produzirá todos os efeitos legais de uma assinatura presencial.

A previsão se faz necessária, uma vez que não se podem realizar, pelas restrições sanitárias, o encontro presencial e a reunião entre pessoas. Como a nova ferramenta dos meios eletrônicos é fruto de uma sociedade digitalizada e da informação, e como não há essa previsão no Código Civil, os atos jurídicos devem, para evitar nulidades e garantir a segurança deles, ser realizados por esse meio. A única observação que deve ser seguida pelos administradores é a possibilidade de ampla manifestação por seus participantes. A Lei emergencial 14.010, de 10 de junho de 2020 preconiza:

CAPÍTULO V

DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Art. 8º Até 30 de outubro de 2020, fica suspensa a aplicação do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de entrega domiciliar (delivery) de produtos perecíveis ou de consumo imediato e medicamentos.

O art. 49 do Código de Defesa do Consumidor disciplina regras sobre o direito de arrependimento em favor do consumidor nos casos de contratos ajustados fora do estabelecimento comercial, concedendo o direito pelo prazer de sete dias de o consumidor se arrepender da compra.

Mesmo que as razões da existência da norma, que permite a desistência contratual sem qualquer punição, ainda persistam, houve por bem o legislador em flexibilizar a norma nas hipóteses de compra de produto de consumo imediato e medicamentos. Ainda conforme a Lei emergencial 14.010, de 10 de junho de 2020:

VII

DA USUCAPIÃO

Art. 10. Suspendem-se os prazos de aquisição para a propriedade imobiliária ou mobiliária, nas diversas espécies de usucapião, a partir da vigência desta Lei até 30 de outubro de 2020.

A usucapião é uma modalidade de aquisição de propriedade pela prescrição, trata-se da chamada prescrição aquisitiva. O fato é que o legislador achou por bem estender as regras de paralisação e interrupção contidas no art. 1.244 do Código Civil. Os demais requisitos para o exercício desse direito, contidos no art. 1.242 do Código Civil, continuam em vigor e não foram flexibilizados. De todo modo, entre a data de vigência da Lei n. 14.010/2020 e até 30 de outubro de 2020, fica suspensa a fluência do prazo para aquisição da propriedade pela usucapião.

• IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR
• ROSEMEIRE SOLIDADE DA SILVA MATHEUS

VIII DOS CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS

Art. 12. A assembleia condominial, inclusive para os fins dos arts. 1.349 e 1.350 do Código Civil, e a respectiva votação poderão ocorrer, em caráter emergencial, até 30 de outubro de 2020, por meios virtuais, caso em que a manifestação de vontade de cada condômino por esse meio será equiparada, para todos os efeitos jurídicos, à sua assinatura presencial.

Parágrafo único. Não sendo possível a realização de assembleia condominial na forma prevista no caput, os mandatos de síndico vencidos a partir de 20 de março de 2020 ficam prorrogados até 30 de outubro de 2020.

Art. 13. É obrigatória, sob pena de destituição do síndico, a prestação de contas regular de seus atos de administração.

No caso das assembleias condominiais, as mesmas razões podemos destacar em relação às assembleias de pessoas jurídicas, já que a imposição do afastamento social impede a aglomeração de pessoas. Ao mesmo tempo que as particularidades e necessidades do condomínio persistem, a regra foi justamente para validar as decisões tomadas a partir de sessões eletrônicas: “Art. 13. É obrigatória, sob pena de destituição do síndico, a prestação de contas regular de seus atos de administração”.

Talvez para impedir abuso de direitos, a lei foi na verdade redundante, uma vez que o inciso VII do art. 1.348 do Código Civil determina que a prestação de contas de forma regular pelo síndico é um dever. E a consequência da destituição é a mesma prevista no art. 1.349 do mesmo diploma legal.

Sabe-se que a única prisão civil permitida em nosso sistema jurídico é aquela oriunda da inadimplência da obrigação de prestar alimentos (art. 5º, LXII, da Constituição Federal). E dessa forma, dadas as sérias consequências legais com a supressão da liberdade do devedor, com muita razão houve a flexibilização da regra, sem a previsão de que o devedor ficaria sujeito à prisão, o que proporcionaria eventual contágio no sistema prisional. A Lei emergencial 14.010, de 10 de junho de 2020:

CAPÍTULO X DO DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

VI - Reflexos no direito de família

Art. 15. Até 30 de outubro de 2020, a prisão civil por dívida alimentícia, prevista no art. 528, § 3º e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), deverá

ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações.

A custódia domiciliar não retira a obrigatoriedade do pagamento da dívida nem diminui a sua importância, mas é uma regra voltada para a não proliferação do coronavírus, e em observância, também, ao princípio da dignidade humana.

Art. 16. O prazo do art. 611 do Código de Processo Civil para sucessões abertas a partir de 1º de fevereiro de 2020 terá seu termo inicial dilatado para 30 de outubro de 2020.

Parágrafo único. O prazo de 12 (doze) meses do art. 611 do Código de Processo Civil, para que seja ultimado o processo de inventário e de partilha, caso iniciado antes de 1º de fevereiro de 2020, ficará suspenso a partir da vigência desta Lei até 30 de outubro de 2020.

No tocante aos inventários e às partilhas, a lei ampliou o termo inicial da contagem do prazo para abertura do inventário e da partilha, contido no art. 611 do Código de Processo Civil, que são dois meses da abertura da sucessão, presentemente esse prazo só se iniciará em 30 de outubro de 2020, data de vigência da lei de flexibilização: “VII - Suspensão da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD, Lei 13.709/2018)”.

Sob protestos da comunidade jurídica, mas como envolve medidas a serem adotadas para proteção e tratamento dos dados pessoais, veiculados por meio digital, inclusive, a Lei da Pandemia, no seu art. 20, alterou a data de vigência da LGPD para agosto de 2021.

Art. 20. O caput do art. 65 da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso I-A:

“Art. 65.

....

I-A - dia 1º de agosto de 2021, quanto aos arts. 52, 53 e 54;

.....” (NR).

A entrada em vigor da LGPD era uma situação prevista com a adoção, pelo ordenamento jurídico, de normas que visam à proteção e ao tratamento de dados pessoais (BARRETO JUNIOR; NASPOLINI, 2019, p. 137-155), mas teve seus efeitos administrativos procrastinados, pois, ao que se percebeu, pessoas jurídicas e entes públicos não

• IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR
• ROSEMEIRE SOLIDADE DA SILVA MATHEUS

estariam preparados para atender aos requisitos da lei. Portanto, foi necessária essa dilação de prazo para garantir a maior efetividade da lei e seu poder regulatório.

6. Conclusão

Não se pode exigir, perante as inúmeras dificuldades iminentes ao evento pandêmico mundial provocado pela disseminação do coronavírus, que pessoas físicas ou jurídicas afetadas em suas rendas e atividades cumpram com suas obrigações originalmente contratadas, desde que estejam presentes requisitos, já tratados, consoantes à teoria da imprevisão.

As leis trabalhistas são as mais comuns no âmbito da flexibilização de normas, advindas do contrato de trabalho. Agora, a Lei n. 14.010/2020 foi uma novidade por conta de seus objetivos, e, se nela formos nos debruçar única e exclusivamente, poderemos afirmar que o ponto central da proteção, dos objetos tratados, foi justamente evitar o perecimento e a proteção de direitos em decorrência do isolamento social ou a impossibilidade de atuação da parte.

A falta de possibilidade de locomoção física, como é o caso da prática de atos tendentes à preservação de direitos (prescrição e decadência), a dilação de prazo para início do processo sucessório (inventários e partilha), a possibilidade de realização de assembleias virtuais (empresas e condomínio), os reflexos no direito de família e a dilação de prazo para vigorar a LGPD são medidas oportunas que a tempo entraram no ordenamento jurídico para proteção de direitos.

Por fim, cabe uma importante reflexão sobre as soluções oferecidas pelo nosso direito aos fatos jurídicos surgidos por ocasião da Covid-19; na verdade, a nossa legislação, a nossa doutrina e os nossos operadores do direito estão prontos, munidos e aptos para enfrentar os debates em torno das inúmeras situações oriundas das relações contratuais atingidas, de modo a assegurar o equilíbrio contratual contra o enriquecimento sem causa e a desproporção manifesta.

REFERÊNCIAS

BARRETO JUNIOR, I. F. Atualidade do conceito sociedade da informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, L. M. (coord.). *O direito na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2007.

BARRETO JUNIOR, I. F.; NASPOLINI, S. H. D. F. Proteção de informações no mundo virtual: a LGPD e a determinação de consentimento do titular para tratamento de dados pessoais. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, ano XX, n. 3, p. 137-155, 2019.

BECKER, A. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 6, de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm#:~:text=DECRETO%20LEGISLATIVO%20N%C2%BA%206%2C%20DE,18%20de%20mar%C3%A7o%20de%202020. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.666/93, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. Lei n. 14.010, de 10 de junho de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

CAMUS, A. *La peste*. Paris: Gallimard, 1947.

CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FRANÇA. The Code Napoleon. Disponível em: http://files.libertyfund.org/files/2353/CivilCode_1566_Bk.pdf. Acesso em: 28 jun. 2020.

FULLER G. P.; BARRETO JUNIOR, I. F. Desinformação e Covid-19 no Brasil: desafios e limites do enquadramento penal da disseminação de notícias falsas. In: LIMA, F. R. de S. (coord.). *Covid-19 e os impactos no direito: mercado, estado, trabalho, família, contratos e cidadania*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 35-48.

MELLO, C. A. B. de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MERENIUK, R. O. *Teoria da imprevisão: a doutrina keynesiana frente ao Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2005.

MIRANDA, F. C. P. de. *Tratado de direito privado: parte geral*. São Paulo: Bookseller, 2002. t. 1.

RODRIGUES JR., O. L. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RODRIGUES JR., O. L. A célebre lei do deputado Failliot e a teoria da imprevisão. *Conjur*, 2 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/direito-comparado-celebre-lei-deputado-failliot-teoria-imprevisao#sdfootnote4sym>. Acesso em: 29 jun. 2020.

- IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR
- ROSEMEIRE SOLIDADE DA SILVA MATHEUS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Enunciado n. 176 da III Jornada de Direito Civil. Disponível em: www.cjf.jus.br. Acesso em: 28 jun. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 860.277/GO. Disponível em: stj.jusbrasil.com.br. Acesso em: 28 jun. 2020.

O DIREITO DE GRAÇA E OS PEDIDOS DE PERDÃO: OS CONDENADOS DA PENITENCIÁRIA DE FLORIANÓPOLIS (1935-1945)

Diego Nunes*
Rogério Rosa Rodrigues**
Viviane Trindade Borges***

RECEBIDO EM:	31.7.2020
APROVADO EM:	17.11.2020

- * Doutor em Ciências Jurídicas, currículo História do Direito, pela Universidade de Macerata (Itália). Professor adjunto do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e tutor do Programa de Educação Tutorial (PET) em Direito da mesma instituição - Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação do Ministério da Educação (FNDE/MEC). *E-mail:* nunes.diego@ufsc.br
- ** Doutor em História Social pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor do Departamento de História e do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC). O desenvolvimento dessa pesquisa faz parte de projeto contemplado com recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina (FAPESC). *E-mail:* rogerio.rodrigues@udesc.br
- *** Pós-doutora pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra e doutora em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bolsista de Produtividade em Pesquisa Pq-2 do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Professora associada do Departamento de História e do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC). O desenvolvimento dessa pesquisa faz parte de projeto contemplado com recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina (FAPESC). *E-mail:* vivianetborges@gmail.com

• DIEGO NUNES
• ROGÉRIO ROSA RODRIGUES
• VIVIANE TRINDADE BORGES

- **RESUMO:** O artigo trata de resultados parciais obtidos por meio da pesquisa em andamento voltada aos pedidos de perdão feitos pelos condenados que cumpriram pena na Penitenciária de Florianópolis entre 1935 e 1945. Objetivamos verificar como os atores sociais e jurídicos compreendiam e exercitavam o direito de graça, problematizando suas estratégias discursivas nos procedimentos de pedidos de perdão. Para responder a essa questão, recorreremos inicialmente a uma breve contextualização da apreciação do direito de conceder a graça do perdão na história, bem como a uma apresentação das pesquisas que se dedicaram ao tema nas últimas décadas. Em seguida, serão apresentados alguns casos específicos de pedido de perdão, retirados dos prontuários de presos encontrados no acervo do Instituto de Documentação e Investigação em Ciências Humanas (IDCH/UDESC). Como resultado, verifica-se que os pedidos de perdão se encontram imbricados entre práticas sociais e fenômenos jurídicos, possibilitando avanços nos estudos da história social e da história do direito.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Penitenciária; direito de graça; história do direito.

THE RIGHT OF GRACE AND THE CLEMENCY REQUESTS: SENTENCED PEOPLE IN FLORIANÓPOLIS' PENITENTIARY (1935-1945)

- **ABSTRACT:** The work presents with partial results from research in progress on clemency requests by prisoners in Florianópolis' Penitentiary between 1935 and 1945. We intended to find how social and legal actors understood and practiced the right of grace, dealing with their discourse strategies when asking for clemency. In order to answer this question, we initially present a brief context of granting grace in history, as well as to presenting researches addressing this topic in the last decades. Next, we analyze some specific cases of grace's request found in prisoners' records in the Institute of Investigation in Human Sciences (Instituto de Documentação e Investigação em Ciências Humanas - IDCH/Udesc). As results we can verify that requests for clemency are intertwined between social practices and legal phenomena, enabling advances in the studies of social and legal history.
- **KEYWORDS:** Penitentiary; right of grace; legal history.

1. Introdução

Quest'è la piú bella prerogativa del trono, questo è il piú desiderabile attributo della sovranità, e questa è la tacita disapprovazione che i benefici dispensatori della pubblica felicità danno ad un codice che con tutte le imperfezioni ha in suo favore il pregiudizio dei secoli, il voluminoso ed imponente corredo d'infiniti commentatori, il grave apparato dell'eterne formalità e l'adesione dei piú insinuanti e meno temuti semidotti (BECCARIA, 1973, p. 115)¹

Com essas palavras contraditórias, Cesare Bonesana (mais conhecido como o marquês de Beccaria) apresenta, no último capítulo de sua famosa obra *Dos delitos e das penas*, o direito de graça. O notável manifesto iluminista foi publicado originalmente de forma anônima em 1764, depois traduzido para o francês a pedido de Voltaire dois anos após e dali então se tornou o marco da ciência penal moderna (DAL RI JÚNIOR; CASTRO, 2008; CASTRO, 2008). Essa dicotomia, para além de demonstrar a complexidade de uma personagem como Beccaria - ao mesmo tempo um dos precursores do Iluminismo na península itálica junto dos irmãos Verri, mas também com longa carreira burocrática na Milão sob administração dos Habsburgos na Lombardia Austríaca (CASTRO, 2008) -, demonstra que o surgimento do direito penal e do processo penal, tal qual ainda hoje em bases gerais os conhecemos, encontra-se entre reminiscências do *Ancièn Regime* e o Iluminismo filosófico com sua concretização mediada pelo “despotismo esclarecido”. Assim, a graça, de um lado, mostra-se como um defeito da lei, já que a justiça da norma - na modernidade jurídica - é função do legislador (GROSSI, 2007); de outro lado, ressalva-se o papel honorífico que a graça pode restaurar entre súdito/cidadão e a pessoa/o órgão que encarna a soberania.

A “economia da graça” soberana (HESPANHA, 2010b), se constitutiva na complexa teia de relações do *facere iustitiam* no Tardo Medievo e do Antigo Regime (MECCARELLI, 2012), adquire na modernidade jurídica primeiramente um caráter consti-

¹ Uma tradução confiável do trecho, ao contrário de várias edições correntes no mercado editorial e na internet, é esta: “A graça é a mais bela prerrogativa do trono e o mais desejável atributo da soberania, sendo esta tácita reprovação que os benefícios geradores da felicidade pública dão a um Código que, com todas as imperfeições, tem a seu favor o prejulamento dos séculos, volumoso e imponente aparato de infinitos comentadores, solene pompa das eternas formalidades e adesão dos mais insinuantes e menos temidos semi-doutos” (BECCARIA, 1999, p. 136).

- DIEGO NUNES
- ROGÉRIO ROSA RODRIGUES
- VIVIANE TRINDADE BORGES

tucional (ainda que também com forte apelo político) no século XIX e do século XX em diante restringe-se à esfera penal (com caráter progressivamente técnico), ao menos como se revela na experiência brasileira (BARRÊTTO, 2017).

E é justamente nesta última faceta, centrada no início do século XX, que se insere esta pesquisa, voltada aos prontuários² de presos enviados à Penitenciária de Florianópolis entre 1935 e 1945. A então “Penitenciária da Pedra Grande” foi inaugurada em 21 de setembro de 1930 por intermédio da Lei n. 1.547, de 21 de outubro de 1926, que determinou a criação de um estabelecimento penal no estado catarinense. Os resultados aqui apresentados são desdobramentos de uma pesquisa ainda em desenvolvimento a qual estabelece uma parceria entre o Laboratório de Patrimônio Cultural da Universidade do Estado de Santa Catarina (LABPAC/UEDESC) e o *Ius Commune* - Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Em 2011, por meio do projeto de extensão Arquivos Marginais³, foi possível dar início à salvaguarda de prontuários de presos enviados à Penitenciária de Florianópolis entre 1930 e 1979. Em 2014, por meio do projeto “Tempo presente e instituições de isolamento social em Santa Catarina: perscrutando histórias marginais”, foi possível a sistematização de dados referentes ao acervo.⁴ As propostas inauguraram novos olhares sobre a história das prisões e das práticas institucionais em Santa Catarina e seguem inspirando artigos, eventos e dissertações.⁵ Em um universo de 4.206 documentos, encontramos pedidos de perdão parcial ou total da pena, bem como pedidos de liberdade condicional, em cerca de 414 prontuários produzidos entre 1935 e 1945⁶, em sua maioria acompanhados de registros escritos pelos próprios requerentes. É nessas fontes que estamos nos detendo.

- ² Os prontuários de condenados entre 1930 e 1979 encontram-se sob a guarda do Instituto de Documentação e Investigação em Ciências Humanas da Universidade do Estado de Santa Catarina (IDCH/UEDESC). Procurando atender às questões éticas que envolvem a pesquisa relacionada a essas fontes sensíveis, não serão mencionados os nomes e/ou quaisquer outros dados que possam identificar os indivíduos citados (como nomes de cidades, instituições, ruas, número de prontuário etc.).
- ³ O projeto está vinculado ao Laboratório de Patrimônio Cultural da UDESC e encontra-se em sua oitava edição. Ao longo dos anos, o projeto atuou em instituições como o Hospital Colônia Sant’Ana e Hospital Colônia Santa Teresa, sempre focando a organização de acervos. O acervo de prontuários da penitenciária foi doado ao IDCH da UDESC em 2012.
- ⁴ Com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CPNq (Edital Universal - 2014), registrou-se em uma planilha de dados (em formato Excel) um total de 1.843 prontuários, que correspondem às décadas de 1930, 1940 e 1950. A tabela inclui dados gerais, como ano de prisão, número do prontuário, nacionalidade, data de nascimento, instrução, profissão, residência, data de entrada, o crime a que o detento foi condenado (segundo o Código Penal da época) e o local onde o delito foi praticado.
- ⁵ Entre os principais, destacamos Borges (2014, 2018, 2019, 2020), Salla e Borges (2017), Borges e Santos (2019), Biava (2016), Baccin (2019), Müller (2020) e Wit (2021).
- ⁶ Período referente à gestão do jurista Edelvito Campelo de Araújo como diretor da penitenciária.

O estudo do tema é uma forma de dar visibilidade à questão penitenciária, especialmente a catarinense, tanto nos cursos de Direito como na comunidade, articulando isso aos estudos históricos precedentes. O curso de Direito da UFSC, por exemplo, possui a disciplina “Direito Penitenciário” como optativa nas últimas matrizes curriculares⁷, mas raramente é ofertada. Tanto é verdade que uma parceria entre o Ofício de Execução Penal da Capital, vinculado à Defensoria Pública do estado de Santa Catarina, e os estudantes da graduação viabilizou o Núcleo de Estudos em Execução Penal (NEPen)⁸, projeto de extensão em que os discentes auxiliam no controle de legalidade das execuções de pena, especialmente da Penitenciária de Florianópolis. Ou seja, existe interesse na questão, e a realização de pesquisas na área histórico-jurídica pode se inserir nesse cenário. A visibilidade na comunidade se dará na medida em que sejam reveladas as histórias dos pedidos de perdão realizados e sua vinculação com as questões políticas. Mesmo preservando a identidade dos condenados, é possível com a publicização dos resultados melhor compreender como se davam as relações entre a sociedade intra e extramuros.

As fontes buscadas - os pedidos de perdão inseridos nos prontuários dos presidiários - ainda não foram exploradas por historiadores sociais ou jurídicos, desconhecendo-se qualquer estudo que tenha se utilizado do referido acervo. Por se tratar de um procedimento jurídico, seu caráter ininterrupto proporciona uma possibilidade de entrever, externamente, os marginalizados, seus crimes e suas angústias, e, internamente, de compreender as transformações do saber jurídico sobre a questão.

Problematizar a história e o caráter dos pedidos de perdão de sentenciados que passaram pela Penitenciária de Florianópolis entre as décadas de 1920 e 1970 é uma proposta inspirada no trabalho de Natalie Davis (2001), que analisou as cartas de perdão da França do século XVI. Do mesmo modo, o que se propõe no âmbito geral da pesquisa é enquadrá-la em um contexto mais amplo de história das prisões brasileiras (MAIA *et al.*, 2009; SALLA, 2006).

7 Conforme se verifica nos currículos de 2010 (Direito Penitenciário), vigente; de 2004 (Direito Penitenciário); e de 1996 (Direito Processual Penal III). Mais informações estão disponíveis em: <https://ccj.ufsc.br/curriculo/>. Acesso em: 2 dez. 2020.

8 Mais informações estão disponíveis em: <https://www.facebook.com/NEPenUFSC/>. Acesso em: 2 dez. 2020.

- DIEGO NUNES
- ROGÉRIO ROSA RODRIGUES
- VIVIANE TRINDADE BORGES

2. O direito, a história e os pedidos de perdão

O tema do direito de graça foi pouco explorado pela história do direito brasileiro. Há trabalhos de referência no direito comparado – como os estudos de António Manuel Hespanha (2010a) em Portugal, Karl Haerter (HÄRTER; NUBOLA, 2011) na Alemanha e Monica Stronati (2004, 2008, 2009, 2011a, 2011b) na Itália – e sobre outros períodos históricos – como Arthur Barrêto (2017) que analisa os pedidos de perdão no Brasil Império.

Entre a história e o direito, António Manuel Hespanha (2012, p. 131-132), com os estudos sobre o Antigo Regime em Portugal, percebe que o poder de perdoar penas do príncipe⁹ se situa dentro de um contexto mais amplo de “economia da graça”¹⁰, em que

[o] direito penal das monarquias corporativas correspondia à estrutura do sistema jurídico que as enquadrava. Por um lado, no sentido de que, no domínio da repressão dos comportamentos, se sobrepunham diversos sistemas punitivos – desde o doméstico, o comunitário, o eclesiástico, uma multiplicidade de ordens corporativas. [...] Assim, direito penal oficial não era o único meio com que a sociedade procurava disciplinar as condutas desviantes. [...] Por outro lado, sobre o imperativo da justiça pairavam os imperativos da misericórdia e da graça, que pertenciam também à deontologia de reinar (HESPANHA, 2012b, p. 131-132).

9 “Uma análise do direito penal do Antigo Regime nos demonstra que a pena de morte, do mesmo modo que determinadas penas corporais, na verdade eram muito pouco aplicadas, apesar do rigor das previsões estabelecidas nos textos e nas leis, pois se dava um continuado exercício do perdão por parte do monarca. Assim, e justamente ao contrário do que muitas vezes se pensa, o castigo não se caracterizava por sua efetividade no sistema penal de fato praticado pela justiça real do Antigo Regime antes do advento do despotismo ilustrado, comprovação surpreendente que leva a crer que o direito régio constituiu uma ordem jurídica praticamente virtual, mais orientada para uma intervenção simbólica, ligada à promoção da imagem do rei como distribuidor de justiça, do que para uma intervenção normativa que efetivamente disciplinasse as condutas desviantes. Neste plano doutrinário, este complacente regime de perdão se explica duplamente: por um lado, pelo papel que a doutrina sobre o governo atribuía à clemência; por outro, por sua vez, pelo que a doutrina sobre a justiça atribuía à equidade. A clemência constituía uma qualidade essencial do rei e era semelhante a um dos tópicos mais comuns da legitimação do poder real: a representação do príncipe como o pai e pastor dos súditos, o qual deveria procurar fazer-se amar mais do que temer. Ainda que fosse entendido que a clemência não pudesse conferir a licença capaz de deixar impunes os crimes (justamente porque entre os deveres do pastor se encontra a perseguição dos lobos), o fato é que se postulava como regra áurea que o rei antes deveria ignorar e perdoar do que castigar, ainda que fosse em detrimento de uma rigorosa aplicação do direito” (HESPANHA, 2010b, p. 69).

10 “A distinção entre a economia contabilista da troca e economia simbólica da liberalidade é fundamental para compreender duas coisas. Por um lado, a doação requer uma retribuição digna e superior. Ela desencadeia um círculo de relações sociais fundadas na beneficência e na gratidão recíprocas. Desta maneira, se constrói a oposição frontal entre economia de trocas ‘liberais’ e economia de trocas comerciais” (HESPANHA, 2010a, p. 89).

Era esse o fator determinante para a flexibilidade do direito pré-moderno¹¹, exprimindo “a face mais visível do poder taumatúrgico dos reis” (HESPANHA, 2012, p. 252); porém, afirma Hespanha (2012, p. 253), esse não era um poder absoluto, “[u]ma vez que a graça não constitui uma total arbitrariedade, relacionando-se, pelo contrário, com um nível supremo da ordem, a *potestas extraordinaria* do príncipe surge, não como uma violação da justiça, mas, antes, como um seu complemento sublimado”.

Na história do direito estrita, há trabalhos de referência no direito comparado, como *Grazia e Giustizia*, que abarcam as negociações, os pactos, os perdões e os indultos na legislação e na cultura jurídica europeia desde a Idade Moderna até o século XX (HÄRTER; NUBOLA, 2011).

Em termos de *Comparative Legal History* (PIHLAJAMÄKI, 2015), o trabalho mais relevante para estudo e comparação é o de Monica Stronati (2009). A pesquisadora italiana construiu uma interessante aproximação sobre a construção constitucional do perdão na Itália, problematizando o ambivalente sentido político-jurídico da graça no contexto de formação do Estado-nação e sobretudo da codificação do perdão e sua dissociação com a possibilidade prática de sua aplicação. O conjunto do trabalho de Stronati (2004, 2008, 2011a, 2011b) é único e se apresenta como fundamental para compreender o processo de integração do perdão ao ordenamento jurídico contemporâneo.

A autora recorda a diferença que pode haver em contextos comparativos entre a titularidade do direito de graça, geralmente confiada ao soberano político das monarquias constitucionais, e o seu exercício de modo colaborativo com outras instituições (STRONATI, 2011a, p. 670). Na modernidade jurídica, isso significa um redirecionamento do *facere iustitiam* confiado a um poder específico; mas, no século XIX, anteriormente à consolidação de instrumentos penais modernos como *sursis* e liberdade condicional, ela servia para modular a pena de condenados (STRONATI, 2011a, p. 679). Já a experiência da graça no fascismo apresenta as contradições do regime ante as antigas tradições liberais (recuperando, por exemplo, o protagonismo do chefe de Estado)

11 “Contudo, a flexibilidade jurídica era, além disso, o resultado da ideia de que, inscrito num conjunto entrelaçado de ordens, o território do direito era como um jardim suspenso, a meio caminho entre o paraíso e a crua realidade. As normas jurídicas, as máximas doutrinárias do direito e a justiça estabeleciam padrões de vida. Normalmente funcionavam bem. Mas não eram o padrão definitivo. À semelhança das leis da natureza (*causae secundae*) em relação às coisas não humanas, o justo do direito instituiu uma ordem bastante justa para o comportamento social. Contudo, acima da ordem da natureza, bem como acima da ordem da justiça, situava-se a suprema e inefável ordem da graça, intimamente ligada à própria divindade (*causa prima, causa incausata*)” (HESPANHA, 2010c, p. 151).

- DIEGO NUNES
- ROGÉRIO ROSA RODRIGUES
- VIVIANE TRINDADE BORGES

e os impulsos de modernização autoritária (com as restrições ao exercício do direito de graça) (STRONATI, 2015).

O tema do direito de graça, como já dito, ainda foi pouco explorado pela história do direito no Brasil. O trabalho seminal de Lima Lopes (2010) sobre o Conselho de Estado abriu portas para visualizar os pedidos de graça que chegavam ao imperador, especialmente em favor dos escravos apenados de acordo com a lei de 1835 (RIBEIRO, 2005).

A principal pesquisa sobre o tema, do jovem historiador do direito Arthur Barrêto (2017), concentra-se quase que exclusivamente no Império. Todavia, lança luzes sobre o período republicano¹², demonstrando que uma pesquisa como a que ora se propõe tem possibilidades de desdobramentos originais ulteriores. A sua intuição é de que, na transição do Império para a República, “a importância cada vez maior da dimensão penal, a problemática do controle dos detentos, o confronto com os novos institutos que surgiam” (BARRÊTO, 2017, p. 249) passariam a protagonizar o jogo argumentativo ao qual ela está circunscrita, perdendo a primazia do seu caráter constitucional.

Outro fator importante é a pulverização do instituto, que as constituições de Santa Catarina exemplificam bem: dava-se à assembleia a possibilidade de perdoar os crimes de responsabilidade, ao passo que os delitos comuns eram alocados entre as prerrogativas do governador, com a informação do tribunal. A dimensão política e o caráter de justiça, tão típicos na historiografia sobre o instituto, sucumbem à técnica do direito.

A inserção do Conselho Penitenciário como ator mostra que o instituto cai no “carcerocentrismo” (SONTAG, 2015), na “regularidade”, despolitizando a política criminal. Fundamental nesse sentido é o estudo de Rafael Mafei R. Queiroz (2007) que interpreta a implementação do livramento condicional e do *sursis* no Brasil nos anos de 1920 como parte de um projeto mais geral de modernização conservadora do direito penal no Brasil. Tais institutos possuem, em certo sentido, uma faceta liberal, na medida em que permitem a liberdade antecipada do condenado; mas, em um sentido mais profundo, o livramento condicional e o *sursis* seriam formas de controle ulterior do sujeito para fora do ambiente carcerário. E é justamente esse pano de fundo que informa a pesquisa em andamento.

12 “A graça, segundo nossa interpretação, vai deixando de integrar uma esfera de governo da justiça para uma administração da justiça: o instituto vai ficando cada vez mais cotidiano, o caminho de sua avaliação passa por conselhos e instâncias administrativas. O Império é justamente o momento de transição entre o período colonial, em que as ideias do Antigo Regime ainda vigem, e a República, em que a natureza administrativa da graça se torna mais acentuada” (BARRÊTO, 2017, p. 300).

O direito que regula o exercício do direito de graça sofreu várias mudanças, especialmente no período inicial da pesquisa, haja vista as inúmeras e radicais mudanças normativas então acontecidas. As várias combinações de normas em vigor induzem a diferentes modos de se verificar a experiência do direito de graça.

Sob a égide da Constituição Federal de 1891¹³ e de seu pacto federalista, o presidente da República agraciava somente em se tratando de crimes federais (crimes contra a República, contrabando, moeda falsa etc.), restando o poder de graça aos governadores¹⁴ dos estados para a grande maioria dos crimes. Porém, paralelo a isso, o Congresso Nacional e as assembleias legislativas estaduais tinham o poder de graça nos crimes de responsabilidade dos funcionários do Executivo, como forma de controle ulterior da separação de poderes. Esses poderes dos governadores de estado e dos parlamentos federal e estaduais deixam de existir com a Constituição de 1934¹⁵, e o poder de agraciar torna-se exclusivo do presidente, mantendo-se nas constituições subsequentes.

O Código Penal de 1890¹⁶ previa o direito de graça como um óbice à execução da condenação, ou seja, geraria efeitos apenas após findo o processo. Já o Código Penal de 1940¹⁷ entende que a graça é capaz de extinguir a punibilidade, ou seja, seria em tese passível de incidência a qualquer momento da persecução penal, inclusive anterior a uma condenação definitiva. Porém, se olharmos como a legislação processual de re-

13 Constituição Federal de 1891: “Art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: [...] 28º) comutar e perdoar as penas impostas, por crimes de responsabilidade, aos funcionários federais”; “Art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: (Redação pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [...] 27. commutar e perdoar as penas impostas, por crimes de responsabilidade, aos funcionarios federaes; (Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)”;

14 “CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATHARINA PROMULGADA Em 11 de Junho de 1891: [...] Art. 24. Compete ao Congresso representativo: [...] XIX. Commutar e perdoar penas impostas por crimes de responsabilidade aos funcionarios do Estado [...]. Art. 45. O Governador é o chefe do poder executivo e o exercita por si e por intermedio dos funcionarios competentes. Art. 46. São suas principaes attribuições: [...] XVII. Commutar as penas impostas por crimes communs sujeitos á jurisdição do Estado.” “CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATHARINA PROMULGADA Em 26 de Janeiro de 1895: [...] Das attribuições do Congresso. Art. 24. Compete ao Congresso Representativo: [...] XIX. Commutar e perdoar as penas impostas por crimes de responsabilidade aos funcionarios do Estado [...]. Art. 45. O Governador é chefe do poder executivo e o exercita por si e por intermedio dos funcionarios competentes. Art. 46. São suas principaes attribuições: [...] XVII. Commutar as penas impostas por crimes communs, sujeitos á jurisdição do Estado.”

15 Constituição de 1934: “Art. 56 - Compete privativamente ao Presidente da República: [...] § 3º) perdoar e comutar, mediante proposta dos órgãos competentes, penas criminais”.

16 Código Penal de 1890: “Art. 72. A condenação extingue-se por estas mesmas causas, e mais: [...] 2º Por indulto do poder competente; [...] Art. 74. As incapacidades pronunciadas pela condenação cessam em consequencia do indulto de graça. [...] Art. 76. A amnistia e a remissão das penas por indulto de graça não eximem o agraciado de satisfazer a indemnização do damno.”

17 Em sua redação original, mas da mesma forma após a reforma completa da Parte Geral (arts. 1º a 120) de 1984, que já se encontra fora do período das fontes ameadadas. Código Penal de 1940: “Da extinção da punibilidade. Art. 108. Extingue-se a punibilidade: [...] II - pela anistia, graça ou indulto”.

- DIEGO NUNES
- ROGÉRIO ROSA RODRIGUES
- VIVIANE TRINDADE BORGES

ferência, não só nos processos federal e estadual (ver o exemplo do Código Judiciário de Santa Catarina)¹⁸ da Primeira República, mas também no Código de Processo Penal nacional uno de 1941¹⁹, pressupõe a condenação do indivíduo, constatarmos que ela restringe o pedido à apresentação desses documentos. Isso é reforçado pela Carta Constitucional de 1937²⁰ que restringe o direito de graça às limitações da legislação infraconstitucional, como a codificação processual penal.

A primeira metade do século XX convive com duas vertentes que enxergam o direito penal e seus institutos, como a graça, de modos bem distintos dentre si. De uma parte, o positivismo criminológico (ou, de modo mais amplo, a recepção da “escola positiva”) especialmente em sua corrente biologizante (partindo de pensadores como Cesare Lombroso), que propõe a medicalização do direito penal (SONTAG, 2015). A presença de médicos nas instâncias de execução penal e mesmo nos conselhos penitenciários seria uma demonstração da penetração desse saber. De outra parte, o tecnicismo jurídico-penal que restringe o estudo do direito penal à legislação, desconsiderando outros saberes, como a criminologia, a medicina legal e outras ciências criminais.

- 18 Por exemplo, no “Codigo judiciario do Estado de Santa Catharina”: Lei n. 1.526, de 14 de novembro de 1925: “Art. 2.584. - A petição de graça será dirigida ao governador, devendo ser assignada pelo condemnado, ou por outra pessoa, e instruída com os documentos seguintes: I - Certidão da queixa, denuncia, ou portaria, por que se houver instaurado o processo. II - Certidão do corpo de delicto, quando o houver. III - Certidão dos depoimentos das testemunhas de accusação e defesa. IV - Certidão das sentenças. V - Certidão de todos os demais documentos que ao petionario e aos respectivos juizes pareçam convenientes. Art. 2.585. - Quando o condemnado, por pobreza, não possa juntar esses documentos, o secretario do Interior e Justiça fa-los-á juntar ex-officio. Art. 2.586. - Sobre essas petições será ouvido o juiz, ou o Superior Tribunal de Justiça, devendo a informação conter: I - Relação do facto e suas circunstancias. II - Exame das provas constantes nos autos. III - A declaração sobre se foram guardadas, ou preteridas as formalidades substanciaes. IV - Exposição do procedimento e vida passada do réo e suas circunstancias pessoas. Art. 2.587. - O perdão do offendido deve ser tomado por termo nos autos e julgado por sentença, de accordo com o art. 77 do Codigo Penal”.
- 19 Código de Processo Penal de 1941: “TÍTULO IV DA GRAÇA, DO INDULTO, DA ANISTIA E DA REHABILITAÇÃO. CAPÍTULO I DA GRAÇA, DO INDULTO E DA ANISTIA. Art. 734. A graça poderá ser provocada por petição do condenado, de qualquer pessoa do povo, do Conselho Penitenciário, ou do Ministério Público, ressalvada, entretanto, ao Presidente da República, a facultade de concedê-la espontaneamente. Art. 735. A petição de graça, acompanhada dos documentos com que o impetrante a instruir, será remetida ao ministro da Justiça por intermédio do Conselho Penitenciário. Art. 736. O Conselho Penitenciário, à vista dos autos do processo, e depois de ouvir o diretor do estabelecimento penal a que estiver recolhido o condenado, fará, em relatório, a narração do fato criminoso, examinará as provas, mencionará qualquer formalidade ou circunstância omitida na petição e exporá os antecedentes do condenado e seu procedimento depois de preso, opinando sobre o mérito do pedido. (Vide Lei nº 7.417, de 1985) Art. 737. Processada no Ministério da Justiça, com os documentos e o relatório do Conselho Penitenciário, a petição subirá a despacho do Presidente da República, a quem serão presentes os autos do processo ou a certidão de qualquer de suas peças, se ele o determinar. Art. 738. Concedida a graça e junta aos autos cópia do decreto, o juiz declarará extinta a pena ou penas, ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de redução ou comutação de pena. Art. 739. O condenado poderá recusar a comutação da pena. Art. 740. Os autos da petição de graça serão arquivados no Ministério da Justiça”.
- 20 Constituição Federal de 1937: “Art. 75 - São prerrogativas do Presidente da República: (Suprimido pela Lei Constitucional nº 9, de 1945) [...] f) exercer o direito de graça. (Suprimido pela Lei Constitucional nº 9, de 1945)”; “Art. 74 - Compete privativamente ao Presidente da República: (Redação dada pela Lei Constitucional nº 9, de 1945) [...] n) exercer o direito de graça; (Redação dada pela Lei Constitucional nº 9, de 1945)”.

A reforma penal do Estado Novo pelas mãos de Néelson Hungria é uma demonstração de sua ascensão (NUNES, 2010).

É nesse contexto normativo complexo do direito de graça que se inserem os pedidos de perdão realizados pelos condenados da Penitenciária de Florianópolis.

3. Os prontuários e os pedidos de perdão

Trata-se de dossiês que visam organizar e reunir informações sobre os indivíduos durante sua trajetória institucional (SALLA; BORGES, 2017) e mesmo fora dela: “Os prontuários desvelam a biografia institucional dos internados” (BORGES, 2019). Eles integram os diversos documentos gerados pelas instituições de confinamento, como hospitais psiquiátricos e penitenciárias. São instrumento de controle da circulação de objetos e corpos que perpassam pelo espaço institucional. Eles permitem analisar as práticas institucionais e, ao mesmo tempo, desvelam uma série de embates e silenciamentos:

Por conter documentos oficiais produzidos para governar os internos, gerados em diferentes instâncias, os prontuários, por um lado, permitem desvendar os mecanismos de funcionamento das instituições, as práticas adotadas para conduzir o seu cotidiano, as expectativas para com os internos e as relações interinstitucionais. Por outro lado, os prontuários produzem silenciamento, uma vez que os internos não têm expressão, não têm voz, suas manifestações, como cartas, bilhetes, em geral, são ocultadas, não sobrevivem nos prontuários (SALLA; BORGES, 2017, p. 102).

Nos prontuários aqui apresentados, é possível perceber ausências e lacunas, características que perpassam em tais fontes que “podem conter um acúmulo de informações registradas por diferentes funcionários ao longo do tempo [...]. Da mesma forma, os anos de internação podem ser lacunares, mas preenchidos, ou ainda ilegíveis” (SALLA; BORGES, 2017, p. 120-121). No caso dos pedidos de perdão, é possível perceber a possibilidade de tais registros a partir principalmente da gestão de Edelvito Campelo D’Araújo. O jurista foi diretor da penitenciária entre 1935 e 1945 e promoveu uma série de reformas estruturais e administrativas:

O diretor propôs a primeira grande reforma estrutural, ocorrida em 1936, e ainda uma reestruturação administrativa. A construção de novos pavilhões, a implantação de novas oficinas, a

- DIEGO NUNES
- ROGÉRIO ROSA RODRIGUES
- VIVIANE TRINDADE BORGES

instalação de um Gabinete de Identificação subordinado à Seção de Medicina e Criminologia, a alteração do regulamento interno e a contratação de novos profissionais foram algumas das mudanças realizadas por Araújo nos dez anos em que dirigiu a penitenciária, entre 1935 e 1945 (BORGES, 2016, p. 187).

A criação da Seção de Medicina e Criminologia parece instituir a possibilidade de solicitação dos pedidos de perdão ou comutação de pena, os quais seriam acompanhados por laudo médico de sanidade mental ou “exame mental”. O documento fazia parte do dossiê encaminhado ao Conselho Penitenciário com as solicitações dos detentos a Getúlio Vargas.

No universo de fontes em análise, é possível perceber uma ampla margem de liberdade para que os sentenciados contassem suas histórias. Afinal, o delito cometido e seus meandros deveriam ser narrados muito bem, sem falsas informações, visto serem acompanhados por um resumo do crime e sua sentença. Primeiramente endereçados aos presidentes, posteriormente aos juízes, os pedidos de perdão são fontes ainda não exploradas pela história. Neles é possível entrever intimidades, sentimentos e o cotidiano da sociedade brasileira do século XX. Tentar compreender as possibilidades e estratégias narrativas que possibilitavam ou não o perdão é uma das intenções do projeto em curso.

Em oito exemplares colhidos ao acaso, a “honra” ferida acabou por incitar seis homicídios, uma agressão corporal e um caso de “cafetinagem”, envolvendo as trajetórias de sete homens e uma mulher. Somente a um deles foi negado o perdão, M. D., ex-policia, que cumpria pena por agressão corporal contra um cabo do Exército e sua esposa, em 1944. Curiosamente, o pedido escrito pelo sentenciado não se encontra em seu prontuário, mas somente o documento intitulado “Pedido de perdão” escrito pelo subdiretor da penitenciária e endereçado ao diretor da mesma instituição, com a finalidade de compor o “dossiê” que deveria integrar o pedido formal. O documento é endereçado ao presidente Vargas:

Atendendo à solicitação contida no memorandum n. 17/44, de março ultimo, dessa Direção, presto a seguir, as informações sobre o sentenciado M. D. que requereu ao Exmo. Presidente da República o perdão do resto da pena a cumprir neste Presídio²¹.

21 Prontuários de sentenciado da década de 1930 e 1940. Penitenciária de Florianópolis. IDCH/Udesc.

O crime de M. D. é relatado em detalhes, salientando-se ao final que “os antecedentes e a personalidade” do sentenciado lhes eram “inteiramente desfavoráveis”. Conforme o documento: “Sua vida pregressa, seus antecedentes são péssimos, seu comportamento irregular, costumava embriagar-se, era turbulento, rixoso, violento”. O subdiretor destaca ainda que M. D. fora excluído da força policial por “incapacidade moral” e conclui:

Resulta, desse modo, não existir a nosso ver, no processo do postulante, um motivo especial que justifique a concessão do benefício que pleiteia. O Exmo. Sr. Presidente da República para quem apela o liberando, na sua alta sabedoria apreciará o fato nos seus devidos termos, dando-lhe a decisão que lhe parecer de justiça²².

Em sua estratégia narrativa, a remissão é confrontada. Ressaltam-se as características negativas do recluso, de forma totalmente oposta ao pedido de M. J. que veremos a seguir. A narrativa é construída de modo a persuadir os leitores – o presidente Vargas e o diretor da penitenciária – com o claro objetivo de que o pedido de perdão do sentenciado fosse negado, o que de fato acabou ocorrendo. Tratava-se de um expediente importante, visto que o pedido de perdão era um instrumento de contato direto entre o sentenciado e alguns dos envolvidos no processo de concessão da graça. Isso ocorria porque os diretores da penitenciária deveriam elaborar pareceres sobre sua conduta. A presença de um mediador que altera a narrativa do pedido por meio de versões e inserções desqualificadoras parece ser uma contradição inserida no próprio instrumento jurídico. Esse tipo de interferência sugere que, antes de o sentenciado ter o direito da graça, ele precisaria ter alcançado o reconhecimento das próprias autoridades com as quais lidava diretamente – carcereiros, delegado, juiz, quicá do governador –, sem o qual o sucesso do seu pedido estaria condenado ao fracasso.

Toma-se um prontuário como exemplo das possibilidades de análise de tais fontes:

Os meus persecutórios, empregando todo o esforço, procuraram infiltrar a desarmonia no casal, mexendo no ponto mais melindroso de um homem, que é a honra da família que, dada essas novas perseguições, já impacientado, esbocei algumas ofensas juntas, que julgaram-se ofendidos, procurando então processar-me nas surdinas, e como se não encontrando bases fundadas

- DIEGO NUNES
- ROGÉRIO ROSA RODRIGUES
- VIVIANE TRINDADE BORGES

para efetivação, sustaram, perseguiram-me de maneira tal, até que um dia escarrado e cuspidos, arrancaram-me dos meus costumes e arrastaram-me para a maior infelicidade²³.

O trecho citado é parte do pedido de perdão do sentenciado M. J., condenado há 12 anos de reclusão por homicídio, em 15 de novembro de 1940. O pedido é endereçado ao “Exmo. Sr. Dr. Getúlio Vargas, Digníssimo Presidente da Republica”, de acordo com as constituições varguistas. Em sua estratégia de persuasão, o narrador destaca todos cargos por ele ocupados ao longo de sua trajetória: juiz de paz, subdelegado, tenente, intendente, escrivão e agente fiscal; tudo devidamente comprovado por anexos contendo as portarias de nomeação e/ou ofícios assinados por autoridades locais.

Casado, ressalta que ele e a esposa não tiveram “a honra de adquirir filhos” e, por essa razão, resolveram “criar filhos alheios, amparar as crianças desprotegidas da sorte, órfãos”, adotando quatro crianças órfãs em 1928. Em sua estratégia narrativa, é possível perceber que intencionava claramente que a “nobreza dessa atitude” contasse a seu favor. A “infelicidade” para qual alega ter sido “arrastado” ocorreu quando exercia o cargo de agente fiscal em uma cidade do interior de Santa Catarina, ao exigir o pagamento de impostos de alguns empresários sonegadores. Assim, foi no “cumprimento de sua função” que terminou por fazer inimizades que o levaram à “desgraça”.

Com parte da estratégia narrativa de M. J., nem o crime nem sua motivação são descritos claramente no pedido de perdão. O único trecho que enuncia a “desgraça” do narrador é o anteriormente citado, quando ele afirma: “arrancaram-me dos meus costumes e arrastaram-me para a maior infelicidade”. Apenas lendo o prontuário completo é possível saber que M. J. matou um homem a facadas quando estava embriagado, por ciúmes de sua esposa. Assassino confesso, preso em flagrante. Em sua narrativa, com a intenção de persuadir o leitor final, o presidente Getúlio Vargas, o sentenciado passa as dez páginas que compõem o documento datilografado enumerando os importantes cargos públicos por ele exercidos, frisando que, se fosse “um individuo pernicioso, não seria distinguido pelos Governos de Santa Catarina, [...] para desempenhar cargos de destaque e de responsabilidade”. Por fim, o apelo:

23 *Ibidem*.

Se esses serviços prestados a nossa pátria, desde tenra idade, com a máxima dedicação e honestidade até hoje, tiver alguma validade, VENHO PERANTE V. EXCIA IMPLORAR, SEJA-ME PERDOADO O RESTO DA PENA EM QUE FUI IMPUTADO²⁴.

O pedido, como se vê na citação anterior, está formulado em linguagem formal, possui todos os protocolos de referência a um tipo de documento como esse, tal como o uso do pronome de tratamento correto (V. Excia) e do verbo imputar. Isso denuncia a familiaridade do redator do documento com as lides administrativas e legislativas. O enredo que construiu tem como sustentação dois pilares: a defesa da honra e os serviços prestados à pátria. No primeiro caso, delinea uma narrativa que remete a um tempo em que o relacionamento familiar era tranquilo até ser vitimado pela desarmonia efetuada por alguém de fora. Nesse contexto é que esboça sua justificativa: seu estado normal é de homem pacato, trabalhador, dedicado à família e à pátria. Sugere que a situação “anormal” que ocasionou o gesto que o arrancou dos seus “costumes” teve como origem a própria dedicação ao trabalho que realizava e a lisura nele. Os sonegadores “julgaram-se ofendidos, procurando então processar-me nas surdinas”; como esse intento não teria surtido o efeito esperado, os caluniadores teriam partido para o ataque à sua honra, o que acabou desestabilizando sua própria organização familiar. Em síntese, sua conduta foi atacada em duas frentes, uma profissional e outra moral. O efeito concentrado dessas duas ações o teria empurrado a uma ação trágica que em nada se adequava à sua personalidade. Na lógica de sua narrativa, foi somente após ter sido totalmente despido de sua razão, “escarrado e cuspidos”, é que foi arrancado dos seus costumes, forma sutil de dizer que assassinou alguém a facadas, sem com isso nomear e manter o foco da ação em si.

A imagem de uma força que vem de fora, como um “instante” que o tira da razão, é essencial no roteiro que fundamentou sua narrativa. Começa como homem trabalhador, dedicado ao trabalho e à família (era esse seu costume enraizado) e termina não com o que se revelaria ser sua personalidade, mas com um instante que o retirou de si. Se, de um lado, observa-se a estratégia argumentativa de M. J., há, por outro, que destacar sua recepção positiva perante as autoridades competentes. Ele parece ter convencido o “Digníssimo Presidente”, conforme pode ser percebido pela última anotação em seu prontuário: “Por decreto de Exmo. Sr. Presidente da República, de 05 de junho

24 *Ibidem*.

- DIEGO NUNES
- ROGÉRIO ROSA RODRIGUES
- VIVIANE TRINDADE BORGES

de 1944 foi cortada a pena de 12 anos de prisão celular de que fora condenado [...] para 6 anos [...]”²⁵.

Dois outros aspectos do pedido de perdão de M. J. merecem destaque: os documentos que anexou ao pedido e a descrição detalhada da composição familiar constituída pela adoção de quatro crianças. No que diz respeito aos documentos comprobatórios dos cargos públicos que desempenhou, está presente o desejo de validar sua história por meio de provas irrevogáveis que atestariam sua integridade como homem trabalhador, dedicado à família e à pátria. Esse detalhe merece crédito, pois revela o cuidado de M. J. conferir estatuto de veracidade à sua narrativa, desviando, dessa forma, a atenção do crime cometido para a sua trajetória pessoal. Revela também certa consciência da fragilidade da narrativa pessoal diante de provas materiais, nesse caso, escritas. A história da adoção tocava em imaginário sensível que remetia não apenas ao seu passado como pai de família, mas ao próprio futuro das crianças, pois, diante da prisão do mantenedor da família, todas as condições materiais e até morais dela estariam comprometidas.

4. As múltiplas vozes que emergem dos prontuários

Nos prontuários da Penitenciária de Florianópolis, os pedidos de perdão estão permeados por disputas de saberes. Ainda que positivistas e tecnicistas se valham da linguagem comum de “defesa social”, os modos como se compreende tal construção são bem diferentes entre si. Além do mais, os procedimentos de graça necessariamente permeiam não só um juízo acerca dos fatos que levaram à condenação, mas também questões da personalidade do condenado. Disputas entre saber médico e jurídico, entre ciência e senso comum e outras mais são esperadas no bojo dos documentos em análise.

Os sentenciados e demais atores com palavra nos procedimentos, como narradores de experiências pessoais e porta-vozes de determinada instituição ou saber, devem se inserir em uma trama de acontecimentos que se imbricam, ligados ao social, ao meio jurídico, ao espaço da penitenciária e à sua rede de relações dentro e fora dos muros.

Dessa forma, o olhar mais atento para os pedidos de perdão incluídos nos prontuários desdobra-se em várias possibilidades que norteiam as problematizações e hipóteses que seguem em desenvolvimento, por meio da criação de uma tabela de dados

25 *Ibidem*.

centrada nos seguintes pontos que serão apresentados como metas e proposta inicial de análise para os pedidos de perdão no futuro. Elas serão apresentadas aqui para registrar os campos de possibilidades de análise dos prontuários e colocar em debate possíveis metodologias de análise desse tipo de documento no campo da história e da história do direito, como também, e por fim, para fomentar um debate que se deseja interinstitucional e interdisciplinar. São elas:

- *O conteúdo textual dos pedidos de perdão*: deviam-se ressaltar, em diferentes períodos, as técnicas de persuasão empregadas, suas transformações ao longo do tempo e possíveis abordagens de variações de gênero, raça e ideologia política. Para dar conta dessa proposta, é preciso recorrer a estudo quantitativo: colocar os prontuários em série, tabular as variantes para, em seguida, encontrar as regularidades, assim como os pontos de fuga. No caso de M. J., é possível observar que, para além de uma organização narrativa bem encadeada, foi utilizado o recurso de inclusão de provas documentais. O fato de ter sido ele funcionário público também parece ter pesado a seu favor. Homem branco, pai de família, dedicado à pátria e probo na dedicação profissional. Pilares morais e profissionais importantes que sustentaram sua argumentação. Fosse o caso de homem negro, solteiro, sem emprego fixo (um lavrador, por exemplo), ainda que tivesse uma boa história, será que conquistaria a graça do perdão? Nesse caso, os estudos posteriores centrados nas centenas de pedidos arquivados poderão nos esclarecer sobre a questão.
- *O corpus documental*: os autores (detentos, diretores) e destinatários (presidentes, governadores, juízes) produzem uma série de documentos para compor os formulários de perdão, com os pedidos datilografados ou mesmo escritos à mão. Será interessante observar as transformações no aspecto formal desse procedimento jurídico. Nos dois casos citados, os autores do pedido de perdão se dirigiram diretamente ao presidente da República. Ambos - M. D. e M. J. - tiveram passado ligado ao serviço militar. O primeiro era membro da força policial, o segundo fora tenente. Malgrado seus respectivos vínculos militares, o desfecho das histórias foi distinto. Nesse caso, o papel das autoridades locais foi decisivo para o resultado final. O pedido de M. D. foi interpelado pela autoridade do subdiretor da penitenciária. Nesse caso, manteve-se a lógica da fundamentação do pedido nas questões de ordem moral a partir de uma retrospectiva do passado. Contra M. D. pesavam denúncias de insubordinação, de violência e de incapacidade moral. Diante dos

- DIEGO NUNES
- ROGÉRIO ROSA RODRIGUES
- VIVIANE TRINDADE BORGES

dois casos apresentados, é possível inferir, ainda que de forma inicial, que a malgrado o sujeito fosse portador do direito da graça, nem todos conseguiram fazer a solicitação de forma direta. Observamos também que nesses momentos as duas narrativas não foram sustentadas apenas pela narrativa pessoal do requerente, uma vez que se incluíram outras provas no pedido: no caso de M. J., os atestados que comprovavam sua atuação profissional; no caso de M. D., o depoimento do subdiretor com relato de sua conduta. Será essa uma recorrência nos demais pedidos? Tal expediente – o de anexar documentos – antecede ao período analisado? A presença desses documentos é decisiva para a concessão da graça? Questões em aberto e que somente o avanço da pesquisa poderá esclarecer.

- Os crimes: descrição sobre os tipos de crime (passionais, políticos, “de sangue”) no século XX. Pesava, na decisão final, o tipo de crime cometido? O caso de M. D. foi o único, entre os seis pedidos observados, que não tinha como causa da sentença homicídio. Seu crime foi ter agredido corporalmente um cabo de Exército e sua esposa. Nesse caso, o *status* do agredido parece ter pesado para a recusa ao perdão. Ele parece anteceder a própria carta do subdiretor. Afinal, se foi por meio dessa carta que seu passado pregresso como sujeito incapaz moralmente foi enfatizado, a origem dessa indisposição parece ter raiz nos arranjos de camaradagem entre os militares. Caso M. D. tivesse agredido um transeunte sem patente militar ou política, o resultado seria o mesmo?
- Por fim, por meio dos pedidos de perdão é possível verificar os processos de subjetivação dos sujeitos: como eles se identificam nesses documentos? Eles se reconhecem nas rubricas de criminosos, presidiários, bandidos e/ou malfeitores, tal qual consta em seus prontuários a partir do arquivo policial? Ou reforçam sempre sua identidade de pai de família, de trabalhador, de homem honrado etc.?

Com tais questões imagina-se poder ter um quadro mais completo acerca dos papéis sociais que os apenados desejavam ostentar, em contraste com a condição de criminosos condenados. Também será possível verificar o desempenho das funções jurídicas e administrativas dos funcionários responsáveis pela penitenciária e da burocracia estatal responsável pela concessão da graça.

Enfim, tudo isso poderá, de outro norte, ilustrar a prática jurídica sobre os pedidos de perdão, inserindo-os dentro de uma visão integradora d’ “o penal” (SBRICCOLI, 2009), que não deve ficar adstrita aos estudos doutrinários e à prática forense, mas in-

serir-se em ambientes marginais como o prisional²⁶. No caso do direito de graça, ainda que em geral envolvesse diretamente os condenados, os funcionários da penitenciária, a burocracia do Ministério da Justiça e, por fim, o presidente da República sem a mediação de advogados, promotores de justiça e juizes de direito, não deixa de ser um instituto jurídico merecedor de análise nos seus aspectos teóricos e práticos.

5. Considerações finais

Como base no que foi relatado, é possível antecipar algumas conclusões sobre a análise dos pedidos de perdão presentes na Penitenciária de Florianópolis entre 1930 e 1940. Questões de honra e serviço à pátria, por exemplo, eram acionadas nas narrativas dos condenados, assim como eles evitavam falar diretamente sobre o motivo das sentenças. Sua estratégia era recorrer aos antecedentes e à história pregressa. Se era admitido ter cometido o crime, isso era feito por meio de estratégias discursivas como a de “ser arrancado do seu costume”, para, dessa forma, não fazer menção direta à ação em si. Todo o enredo construído visava amenizar e justificar o ato final.

Mas não bastava saber construir uma boa história, era preciso também saber a quem e como se dirigir, conhecer os meandros da lei e os termos corretos a mobilizar. Para isso, nos casos até aqui analisados, os condenados parecem dispor de um repertório linguístico e jurídico adequado. Possivelmente, essa habilidade teria se constituído em sua estadia na prisão. Por meio da experiência como detento é que a maioria aprendia o caminho certo para alcançar a graça solicitada. Claro que as boas relações pregressas com as autoridades locais (delegados, juizes etc.) eram importantes, mas relacionar-se bem com carcereiros, diretores, médicos e outras personagens do cárcere era fundamental. Para uma visão mais clara sobre a forma como os condenados articulavam sua vida pregressa com sua índole moral, com o *status* do agredido e com tantas outras variáveis, somente a pesquisa documental poderá esclarecer.

Enfim, esse conjunto de relações sociais e jurídicas demarcadas pelo procedimento administrativo (mas, por isso mesmo, de índole jurídica) do requerimento de perdão

26 “Refiro-me à história penal como a um campo que compreende a história do direito penal, mas que não se exaure nele, porque no penal não há somente o direito. Existem as normas, que são algo diferente (talvez muito diferente), existem as conexões com a sociedade, os valores, os interesses, as razões de alarme, as relações com o Estado, a relação entre ordem e garantia. Existe o controle social, que não é direito nem legislação, não é sanção, nem sancionado, mas tem uma importância extraordinária. Além disso, malgrado tenhamos sido habituados a pensar a partir do pressuposto segundo o qual o penal é algo unidimensional, determinado por sua derivação integralmente estatal, a história do penal é, na verdade, a história de uma pluralidade articulada” (SBRICCOLI, 2009, p. 1181, tradução nossa).

- DIEGO NUNES
- ROGÉRIO ROSA RODRIGUES
- VIVIANE TRINDADE BORGES

demonstra os caminhos nos quais o exercício do direito de graça se encontrava na primeira metade do século XX brasileiro. Estão em jogo concepções sobre o direito penal – o que vale mais em um pedido, o fato cometido ou a personalidade pregressa? –, a justiça criminal – afinal, a execução penal e seus incidentes são procedimento jurídicos ou meros “atos administrativos”? – e sua relação com a política – especialmente durante o Estado Novo, em que o presidente da República encampa conjuntamente as funções típicas dos poderes Executivo e Legislativo.

Os resultados, por ora parciais, embora firmados em documentos de um tempo e lugar específicos, podem abrir para reflexões sobre questões bem maiores que os casos particulares que serão analisados, entre elas as articulações entre classe, gênero, raça, geração, filiação política e identidade.

O direito de graça, entre relações sociais e jurídicas e entremeado pela política que lhe é “genética” e a burocracia que se impõe, parece ser um objeto de estudo promissor para uma intersecção entre história social e história do direito de modo a se compreender melhor a história e o direito brasileiros do período analisado.

REFERÊNCIAS

- BACCIN, L. *Penitenciária da Pedra Grande: instituição de sequestro e produção de saber sobre os detentos (1930-1940)*. 2019. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, 2019.
- BARRÊTTO, A. *A mais bela prerrogativa da Coroa: direito de graça na cultura jurídica brasileira (1823-1924)*. 2017. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.
- BECCARIA, C. B. *Dei delitti e delle pene*. A cura di Renato Fabietti. Milano: Einaudi, 1973.
- BECCARIA, C. B. *Dos delitos e das penas*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BIAVA, F. *Periculosidade e internação obrigatória: os menores infratores na Penitenciária da Pedra Grande entre os anos 1935 e 1945*. 2016. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.
- BORGES, V. T. “O tempo abre as portas a quem sabe esperar”: usos do passado e embates do presente no percurso da exposição realizada na penitenciária de Florianópolis (SC). *Esboços*, Florianópolis, v. 21, n. 31, p. 236-250, ago. 2014.
- BORGES, V. T. Abandonados e pervertidos, ou em perigo de o ser: biopoder e práticas de normalização dos menores enviados à Penitenciária de Florianópolis (Santa Catarina, década de 1930). *Trashumante - Revista Americana de Historia Social*, n. 8, p. 176-199, 2016.

- BORGES, V. T. Memória pública e patrimônio prisional: questões do tempo presente. *Tempo e Argumento*, Florianópolis, v. 10, n. 23, p. 310-332, jan./mar. 2018.
- BORGES, V. T. *A invenção de Arthur Bispo do Rosário: loucura, arte e patrimônio cultural*. São Paulo: Letra e Voz, 2019.
- BORGES, V. T. Arquivos marginais e (in)disciplinados. In: MARTINS, R. E. M. W.; DIAS, J. (org.). *Percursos das ações extensionistas da Faed/Udesc - 2018-2019*. Campo Grande: Inovar, 2020.
- BORGES, V. T.; SANTOS, M. O patrimônio prisional: estética do sofrimento, fetiche e reflexão. *Todas as Artes - Revista Luso-Brasileira de Artes e Cultura*, v. 2, n. 1, p. 82-97, 2019.
- CASTRO, A. de. Cesare Beccaria e o direito penal do absolutismo esclarecido: o reformismo habsbúrgico e o iluminismo na Lombardia Austríaca. In: DAL RI JR., A.; PAULO, A. R. de; SONTAG, R. *Iluminismo e direito penal*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.
- DAL RI JÚNIOR, A.; CASTRO, A. de. Iluminismo e absolutismo no modelo jurídico-penal de Cesare Beccaria. *Revista Seqüência*, v. 29, n. 57, p. 261-284, dez. 2008.
- DAVIS, N. Z. *Histórias de perdão: e seus narradores na França do século XVI*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- GROSSI, P. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução Arno Dal Ri Jr. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- HÄRTER, K.; NUBOLA, C. (org.). *Grazia e giustizia: figure della clemenza fra tardo Medioevo ed età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2011.
- HESPANHA, A. M. As outras razões da política: a economia da “graça”. In: HESPANHA, A. M. *A política perdida: ordem e governo antes da Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2010a.
- HESPANHA, A. M. O amor nos caminhos do direito: amor e *iustitia* no discurso jurídico moderno. In: HESPANHA, A. M. *A política perdida: ordem e governo antes da modernidade*. Curitiba: Juruá, 2010b.
- HESPANHA, A. M. Os juristas como couteiros: a ordem na Europa ocidental dos inícios da Idade Moderna. In: HESPANHA, A. M. *A política perdida: ordem e governo antes da Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2010c.
- HESPANHA, A. M. *Caleidoscópio do Antigo Regime*. São Paulo: Alameda, 2012.
- LOPES, J. R. de L. *O oráculo de delfos: o Conselho de Estado no Brasil-Império*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MAIA, C. N. et al. (org.). *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. v. 2.
- MECCARELLI, M. El proceso penal como lugar de determinación de la justicia: algunas aproximaciones teóricas en la época de *ius commune*. In: LORDA, M. G. *Gobernar y administrar justicia: Navarra ante la incorporación a Castilla*. Pamplona: Aranzadi, 2012. p. 307-323.
- MÜLLER, E. *De carcereiro a agente penitenciário: as transformações institucionais no cárcere de Florianópolis (1976-2009)*. 2020. Dissertação (Mestrado em História) - Universidade do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, 2020. No prelo.

- DIEGO NUNES
- ROGÉRIO ROSA RODRIGUES
- VIVIANE TRINDADE BORGES

NUNES, D. *O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935/1945): do direito penal político italiano ao direito da segurança nacional brasileiro*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

PIHLAJAMÄKI, H. Comparative contexts in legal history: are we all comparatists now? *Sequência*, Florianópolis, v. 36, n. 70, p. 57-75, 2015.

QUEIROZ, R. M. R. *A modernização do direito penal brasileiro: sursis, livramento condicional e outras reformas do sistema de penas clássico do Brasil, 1924-1940*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

RIBEIRO, J. L. *No meio das galinhas, as baratas não têm razão: a lei de 10 de junho de 1835: os escravos e a pena de morte no Império do Brasil (1822-1889)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SALLA, F. A pesquisa sobre as prisões: um balanço preliminar. In: KOERNER, A. (org.). *História da justiça penal no Brasil: pesquisas e análises*. São Paulo: IBCCrim, 2006.

SALLA, F.; BORGES, V. T. Prontuários de instituições de confinamento. In: RODRIGUES, R. R. (org.). *Possibilidades de pesquisa em história*. São Paulo: Contexto, 2017.

SBRICCOLI, M. Storia del diritto italiano: articolazioni disciplinari vecchie e nuove [1993]. In: SBRICCOLI, M. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Milano: Giuffrè, 2009. v. 2.

SONTAG, R. *Código Criminológico: ciência jurídica e codificação penal no Brasil: 1888-1899*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

STRONATI, M. Il più bel gioiello della Corona. La grazia nella tradizione costituzionale italiana. *Giornale di Storia Costituzionale*, n. 7, p. 259-278, 2004.

STRONATI, M. La grazia ad Amilcare Cipriani: principio d'eguaglianza, giurati e strategie di pressione sull'opinione pubblica. In: COLAO, F.; LACCHÈ, L.; STORTI, C. (org.). *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*. Bologna: Il Mulino, 2008. p. 377-414.

STRONATI, M. *Il governo della "grazia": giustizia sovrana e ordine giuridico nell'esperienza italiana (1848-1913)*. Milano: Giuffrè, 2009.

STRONATI, M. L'eccezione che conferma la regola: grazia, potere giudiziario e circolari ministeriali tra XIX e XX secolo. In: COLAO, F. et al. (org.). *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane: le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*. Macerata: Edizioni Università di Macerata, 2011a. p. 669-682.

STRONATI, M. Legislazione, scienza giuridica e pratica del "perdono" tra otto e novecento: continuità e mutamenti. In: HÄRTER, K.; NUBOLA, C. (org.). *Grazia e giustizia: figure della clemenza fra tardo Medioevo ed età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2011b. p. 101-124.

STRONATI, M. La grazia e la giustizia durante il fascismo. In: LACCHÈ, L. (org.). *Il diritto del duce: giustizia e repressione nell'Italia fascista*. Roma: Donzelli Editore, 2015. p. 127-150.

WIT, C. V. P. de. *Entre o cárcere e o lar? Trabalho e ressocialização feminina na penitenciária de Florianópolis (1930-1963)*. 2021. Dissertação (Mestrado em História) - Universidade do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, 2021. No prelo.

O SISTEMA JURÍDICO APRENDE. A COMUNICATIVAÇÃO APLICADA AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO

Artur Stamford da Silva*

RECEBIDO EM:	16.10.2020
APROVADO EM:	30.11.2020

* Professor titular da UFPE. Bolsista de Produtividade 1D do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Fundador da ABraSD (Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito). E-mail: artur.silva@ufpe.br

· ARTUR STAMFORD DA SILVA

- **RESUMO:** Para observar como é possível o direito operar temáticas (*Sacherhalt*), portanto, vivenciar o processo de construção, desconstrução, reconstrução, formação, deformação e reformulação do sentido jurídico de algo, recorreremos à transversalidade entre teoria social, teoria da linguagem e teoria do direito. Numa frase: pesquisamos como o direito aprende. Ao aporte teórico-metodológico, chamamos de comunicativação. Os *corpora* das pesquisas são decisões coletadas em sites de tribunais, vídeos das decisões disponíveis na TVJustiça, no YouTube e em documentos catalogados em sites governamentais, de instituições públicas e privadas, de ONGs, *blogs* etc. Sistematizados em planilha de Excel, os dados são analisados sob a ótica da comunicativação. Para demonstrarmos a viabilidade das pesquisas, apresentaremos o caso da pesquisa sobre bagatela, ou seja, princípio da insignificância no direito.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Decisão jurídica; transversalidade entre saberes; pesquisa empírica; bagatela; princípio da insignificância.

THE LEGAL SYSTEM LEARN. THE COMMUNICATIVATION APPLIED TO THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE IN LAW

- **ABSTRACT:** To observe how is possible the legal system operate subjects (*Sacherhalt*), therefore, to experience the process of construction, deconstruction, reconstruction, formation, deformation and reformulation of the legal meaning of something, we resort to the transversality between social theory, theory of language and theory of law. In a sentence: we research how law learns. We call this: communicativation. The *research corpora* are decisions collected on Court websites, videos of decisions available on TVJustiça, YouTube and documents collected on government websites, public and private institutions, NGOs, *blogs*, etc. Systematized in an excel spreadsheet, the data are analyzed from the perspective of communication. To demonstrate the feasibility of research, we will present the case of research on trifle, that is, the principle of insignificance in law.
- **KEYWORDS:** Legal decision; transversality among knowledge; empirical research; trifle offence; principle of insignificance.

1. Introdução

A aprendizagem humana pode ser tratada sob a perspectiva do behaviorismo em oposição ao construtivismo. Mas... e a aprendizagem de um sistema de sentido? Partimos do pressuposto de que a primeira frase é uma falácia porque esconde muito mais que há num processo de aprendizado a que jamais uma bifurcação de dois caminhos pode servir. Não é o caso de essas reflexões lidarem com os elementos de aprendizagem, mas com um dos temas mais interessantes que unem a teoria do direito, a prática forense e a sociologia do direito; refiro-me ao debate da decisão jurídica como espaço de atualização do direito, portanto de aprendizagem. Como lemos em obras sobre a criação judicial do direito, o direito achado na rua, o direito alternativo, o ativismo judicial e tantas outras siglas, expressões e movimentos que nos lançam em reflexões sobre a função social do judiciário, a relação direito e justiça aos moldes de autores clássicos como Rudolf von Jhering, Eugen Ehrlich, Oscar Correas, Mauro Cappelletti, Monreal Mova, Cláudio Souto.

Ainda se reduzindo à decisão jurídica, a multiplicidade de questões e abordagens também é ampla, como as presentes em reflexões sobre a relação direito e política, direito e economia, direito e justiça. Temas como fontes do direito, norma jurídica, ordenamento jurídico e única decisão correta movem essa multiplicidade para além do âmbito jurídico atingindo reflexões sociológicas, linguísticas, políticas, econômicas, robóticas. A amplitude e multiplicidade de abordagens possíveis registram polêmicas que perseguem as pesquisas com decisão jurídica, a exemplo das polêmicas Savigny/Thibaut (1814), Kelsen/Ehrlich (1913-1917), Kelsen/Schmitt (1931), Kelsen/Cossio (1949), Habermas/Luhmann (1970), Hart/Dworkin (1967, 1986, 1994). Não desenvolveremos reflexões sobre essas polêmicas, apenas estamos registrando que elas deram lugar às questões que norteiam as reflexões sobre decisão jurídica, principalmente quanto à possibilidade de se fazer justiça tomando decisões (casos futuros) baseadas em critérios (fatores do passado) predeterminados. Entendo que essas polêmicas registram a pretensão de se estabelecerem modelos de observação da decisão jurídica, portanto se desenvolveram por meio da defesa de um ou outro modelo de vida em sociedade, afinal, direito não é tecnocratizável, nem para quem acredita que legislação é suficiente para nortear todas as decisões jurídicas possíveis, salvo se essa fé não tenha qualquer relação com a prática forense. Fundamentais, necessárias e indispensáveis, essas polêmicas partem de dicotomias e se ocupam em defender um de seus lados. Ocorre que

não temos a veleidade de defender a justiça de uma decisão, nem acusar decididores, mas sim pesquisar, observar como é possível a decisão jurídica ter sido tomada como foi; como é possível a construção de sentido jurídico de algo; como é possível o direito aprender como aprende. Com isso, apenas faço registrar que não partimos para as pesquisas com pressupostos de justiça, de sociedade, de direito, mas largados à coleta de dados dispostos a observá-los sem preconceitos. Por mais que eu tenha minhas opiniões sobre justiça, direito e sociedade.

Para pesquisar como o direito vivencia a construção de sentido jurídico via a tomada de decisão jurídica, recorreremos a elementos da teoria do direito, da linguística, da teoria social, da epistemologia e de lógica, os quais nos levaram à comunicativação, aporte teórico e metodológico transdisciplinar.

A expressão *construção de sentido* aponta para o quanto a comunicativação parte da perspectiva sistêmica que tem a comunicação como célula da sociedade. Observamos comunicações, não, intencionalidade psíquica, afinal, o social é forma (SPENCER-BROWN, 1969) de comunicação e os sistemas observam (FOERSTER, 1987). *Forma de comunicação* indica que usamos elementos da teoria da diferenciação. Sem diferenciar não há comunicação, porquanto não se distingue o que se comunica do que não se comunica. O ponto é que comunicar envolve sempre o lado marcado e o não marcado, e ambos compõem a comunicação (LUHMANN, 2006, p. 111, 132). *Sistemas observam* indica que usamos elementos da teoria dos sistemas como a recursividade para reconhecer que a comunicação contém resultados calculáveis-imprevisíveis, porquanto porta regularidades ao mesmo tempo que mudança, acatar que os sistemas aprendem implica admitir que o direito não está estabelecido em qualquer ente senão no próprio direito, ou seja, que o direito sempre existiu e sempre existirá, porém com formas distintas, com sentidos distintos. A forma e o sentido do direito não são uma resultante controlável, não são um fruto causal de ações e reações, mas uma resultante improvável de comportamentos *Eigen*, ou seja, de reconhecibilidade das regularidades (FOERSTER, 2003b, p. 321).

Como todos sabem, essa não é a única via de pesquisa com decisão jurídica, é apenas a que aplicamos para pesquisar como é possível o direito aprender consigo mesmo e com seu ambiente. Ninguém, obviamente, é obrigado a considerar que sistema existe, que sociedade é comunicação, que comunicação não é controlável por regras gramaticais nem pelo poder do enunciador ou do enunciado. Porém, partimos do pressuposto de que existem idiomas e que, desde a escrita, os idiomas adquiriram certo grau de

autonomia de funcionamento e existência. Idiomas nascem e morrem. Idiomas sofrem mutações (*palavras e gestos novos são estabelecidos*) ao mesmo tempo que seguem como idiomas (*regras e normas gramaticais, ethos discursivo etc.*). Direito é sistema implica afirmar: direito é idioma, é uma forma de comunicação social, como é a política, a economia, a saúde, a educação, os esportes.

A comunicativação é um aporte teórico e metodológico de pesquisa com e sobre decisão jurídica que se pauta pela transversalidade da teoria dos sistemas com Niklas Luhmann (STAMFORD DA SILVA, 2007, p. 303-346), da linguística com Luiz Antônio Marcuschi e Dominique Maingueneau (STAMFORD DA SILVA, 2010, p. 121-150) e da sociologia, como a etnometodologia (STAMFORD DA SILVA, 2012a, p. 267-316; 2012b, p. 29-58). Numa frase: comunicativação expressa a perspectiva teórico-metodológica que tem a decisão jurídica como operação de observação do sistema jurídico, portanto espaço/tempo do direito, o que nos permite observar como é possível o direito aprender por observação própria.

Com isso, esperamos ter deixado claro o quanto estamos afastados das perspectivas que têm o direito como entidade externa ao social e também como algo controlável por estruturas de poder, por sujeitos; afinal, se direito é comunicação, por mais que haja os detentores de poder político e social, estes não são suficientes para ditar, estabelecer, impor o direito, ainda que possam ter a sensação de assim fazer por um período de tempo. Com isso, evidenciamos o quanto estamos distantes do decisionismo de Carl Schmitt (2007), inclusive porque a teoria dos sistemas de Luhmann nunca apostou no sujeito (individual nem coletivo), o social, tampouco a decisão, antes, em Luhmann, decisão é uma operação de observação e, como tal, é uma operação do sistema mesmo (LUHMANN, 1995, p. 285-298; 2005, p. 415-416; 2006, p. 277-279; 2010, p. 175-177), jamais de uma autoridade, de uma autoridade soberana de maneira que a decisão jurídica só seja justa se aplicação de legislação, negando-se assim qualquer hipótese de haver decisão judicial como *creatio ex nihilo* (SCHMITT, 2007, p. 74-79). Desavenças entre Luhmann e Habermas à parte, afirmar que a teoria dos sistemas de Luhmann é decisionista aos moldes schmittiano só tem lugar para quem nunca leu uma linha das obras de Luhmann. A evidência do quanto essa acusação se limita ao gueto dos opositores sem leitura está em que a perspectiva de decisão em Luhmann não se volta a um “compromisso entre dedução judicial e vontade judicial” (FISCHER-LESCANO; CHRISTENSEN, 2012, p. 96), afinal, haver texto legislativo não garante uma decisão dedutiva (BELVISI, 2014, p. 355).

Observar a construção de sentido a partir de dados retirados das decisões catalogadas, saliente-se, não implica ser caçador de sentido, antes se trata de observar o fluxo próprio da construção de sentido jurídico de algo; afinal, sentido tem estrutura ao mesmo tempo que é contingente. No caso do direito – espécie de comunicação social dedicada a tematizar a licitude pautada pela unidade de referência, o código lícito/ilícito –, decisão jurídica é operação de comunicação jurídica e, como operação, diferencia, por observação, ao selecionar e indicar os elementos que integrarão a comunicação que está em pleno momento comunicacional.

Nessa perspectiva, comunicações são constituídas de memória ao mesmo tempo que há dupla contingência do sentido, o que assegura expectativas cognitivas (de aprendizado) e estruturais (normativas) (LUHMANN, 2006, p. 145, 506-511). É que “o enlace de uma comunicação com outras não pode ocorrer arbitrariamente ou ao azar, pois assim a comunicação não seria possível como é” (LUHMANN, 2006, p. 145). Sentido, então, não é uma resultante de conteúdo, uma definição fixada por ideias, tão pouco é infinitamente aberto. Ter sentido é simultaneamente integração entre memória e variação. Sentido envolve mobilidade, mutualidade e coordenação de sentido (LUHMANN, 2006, p. 477-480).

Primeiramente, apresentaremos os elementos da comunicativação, depois seus elementos epistemológicos e, por fim, exporemos a pesquisa sobre a construção de sentido jurídico de bagatela.

2. Comunicativação como aporte teórico e metodológico

A comunicativação é o aporte teórico e metodológico transdisciplinar que:

- das reflexões sobre a argumentação jurídica, aportam elementos do debate arbitrariedade/discrecionalidade, não para nos filiarmos a um dos lados dessa dicotomia, mas para observarmos, nas decisões, os elementos arbitrários e discrecionários; afinal, toda decisão jurídica é constituída de voluntarismo e cognitivismo;
- das reflexões sobre sentido e discurso, aportam elementos como autoria, textualidade, interdiscursividade, limite da interpretação, cenas de enunciação, *ethos* discursivo, regras do discurso;

- das reflexões sobre sociedade, aportam elementos como *self*, mundo da vida, estrutura, agência, reflexividade, comunicação.

Quanto aos elementos de lógica e de epistemologia, a comunicativação se pauta pela lógica do ao mesmo tempo, a lógica circular reflexiva, sem por isso negar situações em que a causalidade e a tautologia têm lugar; afinal, na prática de pesquisa, preferimos afirmações tautológicas (por exemplo, pesquisa é falar a partir de dados) e causais (por exemplo, observando os dados, consideramos x). Com isso, apenas alertamos que a circularidade reflexiva não se impõe como única via reflexiva, mais ainda, que aplicar essa lógica não resulta em negar ou eliminar outras lógicas, mas sim resulta em não admitir que há uma única lógica científica aplicável no fazer pesquisa científica. Assim é, porque pesquisa científica envolve escolhas, como o aporte teórico, a qual pode ser concebida como afiliação, quando se pretende proceder à doutrinação, razão porque deixa de fazer ciência e se faz religião, ou como recurso para auxiliar as reflexões quanto às categorias de análise. Por fim, a comunicativação tem por pressuposto epistemológico o pleno afastamento da perspectiva de pesquisa fundamentalista, portanto elementos como objeto, observador e observação são tomados como comunicação, não como entidades físicas ou mentais.

Para esclarecermos o até aqui escrito, consideramos que os seres humanos se comunicam independentemente de haver uma definição única, precisa, determinada de um conceito. Antes, quanto mais determinística for uma definição, menos o conceito comunica algo. Um termo tem sentido não porque porta uma definição cabal, pronta e acabada, mas porque viabiliza a diferenciação entre o que se informa e o que não foi informado, sem eliminar o não informado, mas sim justamente por causa do não informado é que processamos compreensão, entendimento comunicativo. É o que temos por a comunicação ser possível, ainda que improvável; afinal, a inteireza do enunciado é composta de: “1) exauribilidade do objeto e do sentido; 2) projeto de discurso ou vontade de discurso do faltante; 3) formas típicas composicionais e de gênero do acabamento” (BAKHTIN, 1986, p. 280-281). A comunicação é possível, ainda que improvável, justamente porque há plausibilidade comunicativa dos meios de comunicação simbolicamente generalizados (LUHMANN, 2006, p. 245-310).

Quanto ao sentido, toda Forma de sentido se desenvolve num meio de sentido (LUHMANN, 2006, p. 36), “todo sentido determinado se refere a si mesmo e ao outro

distinto” (LUHMANN, 2006, p. 31). Isso implica admitir que o sentido não tem Forma externa a ele, não há fatores externos que dão sentido ao sentido, a construção de Formas no meio de sentido se efetua distinguindo autorreferência de heterorreferência conforme as recursividades atuais (selecionadas) sem por isso eliminar as recursividades possíveis, que seguem potencialmente disponíveis num futuro. Uma das consequências disso é que não pesquisamos vontade, arbítrio, intencionalidade do enunciatador, do decididor, mas sim a comunicação mesma, portanto o social jurídico. Pesquisamos a estrutura (regra, memória, fechamento operacional) ao mesmo tempo que a variação (mudança, aprendizado, abertura cognitiva) do direito.

As pesquisas lidam com dados coletados de decisões jurídicas do Judiciário porque acatamos a concepção de os tribunais serem, na modernidade, no Estado de Direito, a organização central da comunicação jurídica, do que implica os tribunais terem o *ethos discursivo* prevalente na construção de sentido do direito, inclusive em relação à “penetração jurídica na vida cotidiana” (LUHMANN, 2006, p. 387). Não por isso, só de decisão de magistrado vive o direito; afinal, advogado, procurador, promotor também tomam decisões jurídicas, como veremos adiante. Não se trata, portanto, de superioridade dos tribunais, mas de centralidade na perspectiva da dicotomia centro/periferia na construção de sentido. O Judiciário porta uma força, um poder por ser, na modernidade, o centro da comunicação que opera as expectativas cognitivas e normativas do direito, porquanto viabiliza maior diferenciação interna do direito como sistema de comunicação social. Os tribunais constituem a organização social à qual cabe a obrigatoriedade de decidir. O Judiciário tem tal obrigatoriedade, já a periferia (o espaço social, o ambiente do direito) não a tem (LUHMANN, 2006, p. 383-385). Com isso apenas estamos alertando que, quando uma pesquisa não tem decisões de tribunais estaduais ou tribunais superiores - Superior Tribunal de Justiça (STJ), Superior Tribunal do Trabalho (TST), Superior Tribunal Militar (STM), Supremo Tribunal Federal (STF) -, ela é mais frágil quanto às observações e às conclusões por faltarem dados de referência à “estabilidade” do sentido.

Dentre as consequências da transversalidade, temos que a comunicação não tem origem nem fim, porém tem ponto de partida e conclusibilidade. A comunicação humana tem história, memória funcional, estrutura, regras ao mesmo tempo que comporta criatividade, inclusão de ideias, variação e mudança de sentido. Comunicação forma expectativas que fixam (selecionam) um futuro indeterminado; afinal, a varia-

ção comunicativa não se produz arbitrariamente (pelo interesse, pela intencionalidade, pela consciência, pela vontade de um sujeito concreto), mas sim de maneira altamente seletiva (LUHMANN, 2006, p. 40). A comunicação humana, ao mesmo tempo que fixa sentido construindo identidade, muda o sentido por conta da “dimensão temporal que impede a petrificação objetivamente coisificada da dimensão social” (LUHMANN, 2006, p. 35). Noutras palavras, “comunicação é o auto-comportamento de um sistema operacional recursivo que é duplamente fechado em si mesmo” (FOERSTER, 2003b, p. 322). Ou ainda, é a autopoiesis da comunicação que “expressa um momento criativo (poiesis) e um momento limitado (estrutura)” (MASCAREÑO, 2007, p. 207). Ou também, na análise morfogenética, o social é a conflagração do dualismo analítico estrutura/agência, porquanto a comunicação humana tem esses dois níveis analíticos como inseparáveis (ARCHER, 2009, p. 125-126).

Outra consequência é que texto e autoria não representam uma relação criação/criador. Discurso é uma organização atravessada por regras (coletivo, normatividade) ao mesmo tempo que é assumido (individualidade, mas não como personalização e sim como *ethos* discursivo). Não há comunicação sem comunicador, porém não há autor do ar, da chuva, ainda que haja a referência ao autor de um texto (escrito ou oral), porém o texto é dominado pelo dispositivo de comunicação do qual ele mesmo provém (MAINGUENEAU, 2015, p. 27). Essa mesma perspectiva encontramos na teoria social de Luhmann (1996, p. 20) quanto ao acoplamento entre o psíquico e o social: “a percepção mesma não é comunicável, só a comunicação é comunicável”. O ser humano individuado, concreto é referenciado numa comunicação como um meio para a compreensão em situações nas quais se quer atribuir a alguém uma responsabilidade, uma opinião, uma visão de mundo, uma verdade, porém o que pode conhecer é o que foi comunicado, não a consciência, a subjetividade, mas sim a intersubjetividade comunicativa. A comunicação, quando se refere à percepção, não está referida à consciência ou a qualquer outro elemento constitutivo do ser humano como subconsciente individual. Trata-se da rede recursiva de comunicações que a comunicação mesma faz possível (LUHMANN, 1996, p. 20). Não é, portanto, o sujeito que cria, determina o discurso, a comunicação, a sociedade, tão pouco o sujeito é assujeitado, como se as regras que regem o discurso, a comunicação, o social condicionassem sua posição discursiva à formação discursiva e ideológica (POSSENTI, 1998, p. 95-107; 2009, p. 81-90; MAINGUENEAU, 2010, 2015). Com isso nos afastamos da dicotomia indi-

vidualismo/coletivismo presente na teoria social; afinal, autoria não se confunde com ser criador do discurso, mas sim que o sujeito assume o discurso, sendo um enunciado ao mesmo tempo que um ato de fala, um discurso, portanto, coletivo, social humano. Não há criador de idiomas. Um idioma é coletividade ao mesmo tempo que cada falante tem sua individualidade em sua fala, o tom de voz, a maneira de se expressar, uma identidade individual.

Uma comunicação tem seus limites estabelecidos não por haver uma natureza referente, uma consciência referente, um objeto referente, mas por haver sua própria rede recursiva de sentido, ou seja, por a comunicação mesma ter evoluído ao ponto de construir elementos internos que lhe permite organizar sua própria capacidade de conexão com informações, enunciados, gestos, falas, textos. Ocorre que “a sociedade como sistema de comunicação se acopla aos processos de consciência dos indivíduos” (LUHMANN, 1996, p. 27). Com isso, afirmar que sociedade é sistema de comunicação e não consciências não implica descartar os seres humanos, mas sim ter a autoria como referente comunicativo, inclusive quanto ao *ethos* do discurso, o qual não se confunde com a ética de um sujeito empírico (POSSENTI, 1998, p. 97; 2001, 2002; MAINGUE-NEAU, 2016, p. 13-32).

Quanto ao efeito discursivo, não tem a mesma força nem o mesmo sentido uma afirmação de uma criança e uma proferida por um adulto. À semelhança, um enunciado de um ministro do STF não tem o mesmo efeito discursivo, inclusive no direito, de um proferido por um juiz de primeiro grau, ou por um advogado, um promotor, um procurador, um delegado etc. Do embate entre linguagem natural ou formal, entre inatismo ou convencional, temos a questão de as línguas serem ou não códigos (POSSENTI, 2001, p. 6-27), bem como a questão dos nomes serem representações da realidade ou usos convencionais humanos, esses embates conduzem à distinção entre verdade por correspondência, verdade por coerência ou verdade pragmática, aquela que se dá por convenção, devido ao uso de determinada denominação (RORTY, 2005). Há ainda o embate quanto a ser o indivíduo (falante/ouvinte) quem estabelece o sentido ou se o sentido é um produto da coletividade social humana (HABERMAS, 2002, p. 16-62). Referimo-nos aqui ao fato de que a força, o efeito discursivo de uma afirmação, não é ignorada na análise dos dados, porém isso não implica que há autoria como criadora de sentido. Aproveito para esclarecer que afirmar que decisão jurídica é constructo social não se confunde com o construtivismo radical. Decisão jurídica não é o que o julgador

quiser. Decisão jurídica é comunicação e, com tal, não tem dono, não tem autoria, não tem criador, ainda que tenha ser humano referenciado, a exemplo, o ministro “A” votou “Z”. Texto (falado, escrito, gesto) é discurso como “substantivo contável que pode se referir a acontecimentos de fala” (MAINGUENEAU, 2015, p. 23).

Não pesquisamos intenção, desejo, necessidade, vontade. Pesquisar comunicação implica lidar com a perspectiva de sujeito discursivo e não criador do discurso, implica lidar com a comunicação. Com o social que toma o ser humano como um composto de elementos físicos (corpo), biológicos (células), psíquicos (mente, consciência), sociais (comunicação) (SOUTO; SOUTO, 2003, p. 175-176; LUHMANN, 1996, p. 15; ARCHER, 2009, p. 100-101). Assim, sujeito não é a origem do sentido, da linguagem, do idioma, da história, da sociedade (POSSENTI, 2009, p. 82), os “sujeitos não estão na origem dos discursos” (POSSENTI, 2009, p. 83), ainda que haja o falante; afinal, não há discurso, comunicação, sociedade sem ser humano, todavia, tão pouco há discurso, comunicação, sociedade de um só. Um monólogo, inclusive, para ser discurso, comunicação, sociedade, requer ouvinte, portanto, partilha. Partilha implica pôr à disposição informações; afinal, ao informar não já se estabelece comunicação, não se impõe uma compreensão, nem quando se impõe uma submissão. “A sociedade não pode ser pensada sem comunicação, assim como a comunicação não pode ser pensada sem sociedade” (LUHMANN, 2006, p. 3). Essa dupla implicação é contingente, sempre poderia ser diferente de como foi.

Esperamos ter deixado claro que nossas pesquisas não se ocupam em caçar, nem em cassar sentido, mas, sim, observar o aprendizado do direito, ou seja, a sua própria construção de sentido. Observar o processo de atalhamento da compreensão. Observar a recursividade da comunicação jurídica.

Numa conversa se pressupõe, conscientemente ou não, que as pessoas compreendem o que ouvem porque vivemos uma “gramática” básica; afinal, analfabetos ou não, todos dominam elementos do idioma usado para comunicar algo. Ao pedir a um garçom, “Por favor, me dê uma água”, não se tem por expectativa uma reação como “Como assim ‘me dê’? Aqui é um restaurante, não um estabelecimento de doação”. Não se exige a formulação: “Por favor, me traga água”. Cotidianamente, o garçom vai buscar e põe na mesa uma garrafa de água com copos. Esse fenômeno é o que a fenomenologia chama de regularidades do mundo da vida (*Lebenswelt*) (HUSSERL, 2006, p. 57-58), são “esquemas primários” (GOFFMAN, 2012, p. 45), ou ainda, pro-

priedades racionais de expressões de indexação e outras ações de práticas contínuas e contingentes organizadas na vida cotidiana, são “práticas ‘reflexivas’”, “atividades familiares comuns”, práticas “reconhecidas como ‘uma outra primeira vez’” (GARFINKEL, 2018, p. 9); “consenso atemático do mundo da vida” (LUHMANN, 2006, p. 4), o que na linguística se chama de princípio da economia comunicacional (KOCH, 2006, p. 30-31), bem como Spencer-Brown (1969, p. 43) chama de princípio da relevância (*principle of relevance*), o qual consiste em que, “se uma propriedade é comum para toda indicação, ela não precisa ser indicada”. A comunicação, resumidamente, envolve autorreferência e heterorreferência, portanto é dotada de recursividade da forma na forma e de *re-entry*, heterorreferência do meio na forma (KAUFFMAN, 1987, p. 56).

Resumimos a referida transversalidade na frase: comunicação é a célula da sociedade. Sociedade é estrutura ao mesmo tempo que é agência (como no realismo crítico de Margareth Archer (2009), comunicação/sociedade é sistema ao mesmo tempo que é ambiente (como na teoria da sociedade de Niklas Luhmann). Discurso, sociedade, social, sistema social, comunicação soam sinônimos; afinal, são constructos sociais em interdiscurso num contexto determinado. Discurso, sociedade, sistema social, comunicação são constructos (construção, desconstrução, reconstrução). São mutantes, contingentes, podem ser diferentes do que são, de como foram anunciados. Contudo, não são manipuláveis aleatoriamente, não há idioma de um indivíduo só. Por mais que passível de manipulação que sejam os discursos, a sociedade, os sistemas sociais, e a comunicação, são possíveis devido a limites temporais, espaciais, psíquicos e sociais. Por mais que haja idiosincrasia, não há comunicação de um só indivíduo.

Como resumo do aporte teórico, elaboramos a circularidade recursiva apresentada a seguir (Figura 1), à qual recorreremos ao observarmos a construção de sentido do direito via decisão jurídica. Por se tratar de uma aplicação recursiva, a leitura remeterá o leitor a voltar no diagrama a cada continuidade na leitura. A leitura deve se dar da seguinte maneira: “comunicação é a célula da sociedade”; “sociedade é sistema de sentido”, “sentido é distinção”, distinção é *perfect continence*, sem se proceder a uma distinção (*perfect continence*) não há comunicação. Neste ponto, o leitor é remetido de volta à primeira frase: “comunicação é a célula da sociedade” e, desta, já não precisa reler tudo, mas seguir diretamente à frase “sentido é produto de operações do sistema” e desta seguir na leitura.

FIGURA 1 • DIAGRAMA CIRCULAR REFLEXIVO



*1 Dualidade constitutiva = forma de dois lados implica que os dois lados integram a Forma = meio/forma; sistema/ambiente = para haver um lado tem de haver necessariamente o outro.

*2 MeioCSG = meio de comunicação simbolicamente generalizado.

*3 Forma = CódigoBR = código binário de referência = é unidade ambivalente de sentido cujos lados são conforme/não conforme ao sentido da comunicação atual.

*4 Códigos subordinam todas as operações (fechamento estrutural) ao mesmo tempo que deixam em aberto a fonte de validade (abertura cognitiva).

*5 Não é o código que determina o valor a ser designado, se conforme ou não conforme, o código é pré-requisito, condição para a possibilidade das condições que regulam qual de seus valores se aplicará adequadamente na comunicação atual. A designação do valor da operação, a direcionalidade semântica a operar numa comunicação depende das instruções que indiquem se e como os valores do código são atribuídos correta ou incorretamente, ou seja, dos programas. Programas são diretrizes, instruções, princípios, nortes, “direcionalidade semântica” (*Ausrichtung der konditionierenden Semantik*) (Luhmann, 2006, p. 251). A página 251 corresponde à p. 192, no livro *Das Recht der Gesellschaft*.

*6 Designa = *Bezeichnung* = designa, aponta, seleciona, nomeia o programa = semântica adicional que instrui a seleção do valor na comunicação atual.

*7 O programa estabiliza a produção de sentido instruindo recursivamente o valor do código a ser empregado.

*8 Recursividade produz e reproduz a forma de operação que conserva (estrutura) e produz (variação) do sentido.

*9 É como é, mas poderia ter sido de outra maneira (dupla contingência - ambiente/sistema).

FONTE: ELABORADO PELO AUTOR.

Considerando o diagrama, observe, leitor, que as setas estão em formato de circularidade. Assim as desenhamos como referência à circularidade reflexiva, portanto à recursividade. Pesquisar a construção de sentido do direito por meio de decisão jurídica implica pesquisar comunicação, não objeto. Ocorre que pesquisar é observar, portanto

operar uma distinção (*perfect continence*); afinal, sem promover distinção não há expressão, não há compreensão, não há comunicação.

Com esses pressupostos, voltamos ao início para então seguir rumo ao sentido. Com isso, aplicamos mais uma recursividade. Sentido é produto das operações que o usam, assim, é forma de dois lados. No caso da comunicação como forma de dois lados, ela mesma contém o meio de sentido e a forma de sentido; afinal, para uma forma de sentido existir, ela requer um meio de sentido no qual possa se constituir. Porém, algumas formas de comunicação humana desenvolveram hipercomplexidade, e, nesses casos, temos os sistemas sociais de comunicação. Cada sistema se diferencia por conter uma unidade de referência. No caso do direito, ele é o sistema que tem por unidade a forma de sentido dedicada às comunicações sobre licitude. A unidade é o código binário de referência lícito/ilícito, que, como tal, subordina todas as operações do direito ao mesmo tempo que deixa em aberto a fonte de validade, ou seja, o valor a ser atribuído numa comunicação; afinal, só o direito comunica o que é lícito (conforme ao direito) e o que não é conforme ao direito (ilícito):

[...] o valor positivo é aplicado quando uma temática (*Sachverhalt*) está em conformidade com os padrões do sistema. O valor negativo é aplicado quando uma temática viola os padrões do sistema. O que acabamos de chamar de “temática” é construído pelo próprio sistema. O sistema não reconhece uma entidade externa que possa prescrever o que é temática para o sistema mesmo, embora esse termo possa se referir a circunstâncias internas e externas do sistema (LUHMANN, 2006, p. 236).

Um caso jurídico é tomado como uma comunicação no direito e, como tal, o direito irá operá-la (observar) para decidir o que será tomado por lícito e o que será ilícito. Essa operação implica o direito observar a si mesmo ao mesmo tempo que observa seu ambiente: trata-se da autorreferência e da heterorreferência. Para decidir que valor será apontado, designado, o direito recorre a seus programas, estabelecendo, por recursividade (memória e variação), como irá produzir e reproduzir sua forma de operação, ou seja, a atribuição de valor lícito ou ilícito quanto à comunicação que o está pondo em operação. Chegamos, assim, à circularidade.

Voltando ao nosso gráfico, comunicação é constituída de três elementos: informar, partilhar e compreender. A comunicação mesma é quem irá decidir por qual desses elementos ela seguirá operando (autorreferência comunicativa). No caso do direito, só o direito pode operar comunicações sobre licitude; portanto, é o direito

mesmo que irá atribuir o valor lícito ou ilícito à comunicação atual, aquele que o está irritando a se comunicar. É o que temos com a auto-observação e autodescrição seletiva do direito no direito, o qual processa comunicativamente por meio de reflexividade contingente, ou seja, sempre pode operar de maneira diversa da que está operando, comunicando, decidindo.

A distinção meio/forma é usada para desenvolver a perspectiva de sentido utilizada na pesquisa. No caso do direito - sistema de comunicação da sociedade pautado pelo código binário de referência lícito/ilícito, cuja unidade de referência o distingue das demais formas de comunicação da sociedade, dos demais sistemas sociais -, o estabelecimento de quando uma comunicação enlaça o lado lícito ou o ilícito não se dá via o código, mas sim via o programa, “regras de decisão [...] servem para especificar os pontos de vista da seleção” (LUHMANN, 2005, p. 379). A semântica adicional que detém instruções de como valorar algo como pertencente/não pertencente (*zugehörig/nichtzugehörig*) ao sistema não se dá por causa do código.

A Figura 1 se limitou ao direito, por ser este o sistema de referência central de nossas pesquisas; afinal, são pesquisa sobre a construção de sentido do direito via decisão jurídica, o que nos leva a explorar a concepção de sentido, argumentação na teoria dos sistemas, bem como na linguística, em especial na análise de discurso. Porém se pode empregar a terminologia a qualquer área de conhecimento; afinal, sistema é sistema de sentido, é forma de comunicação hipercomplexa ou ainda comunicação funcionalmente diferenciada porque atada a uma temática. Na perspectiva sistêmica, nenhuma comunicação se estabelece sem que ocorra uma diferenciação (*perfect continence*, como na teoria da forma de George Spencer-Brown (1969, p. 1)), teoria que, vinculada à teoria da incompletude de Kurt Gödel, leva Luhmann à ideia de que não há início nem término de uma comunicação humana, há seleção e diferenciação, o que envolve um repertório (estrutura) de sentido ao mesmo tempo que a infinita possibilidade de inclusão de elementos numa conversa, é, pois, infinito o caminho pelo qual uma conversa pode seguir.

3. A pauta epistemológica

A depender da pesquisa, as decisões jurídicas são catalogadas em *sites* de tribunais, em redes sociais, em documentos, no fórum. Predomina a técnica documental, seguida da observação não participativa, porém é possível obter dados por meio de entrevistas e questionários. Uma vez com os dados, eles são organizados e analisados. Utilizamos

planilha de Excel para organizar os dados, o que poderia ser feito com qualquer outro *software* que faça cálculos e produza gráficos de coluna, de linha, pizzas, dispersão, historiograma, de caixa, dinâmicos. As análises são qualitativa e/ou quantitativa dos dados, podendo predominar uma ou outra, como ocorre muitas vezes que a pesquisa está dedicada a analisar argumentação ou discurso. A definição de que gráfico utilizar, se fazer análise quantitativa, qualitativa ou quali-quantitativa depende dos objetivos da pesquisa e das questões de pesquisa.

A pauta epistemológica tem por referência central a dicotomia objeto/sujeito, da qual nos afastamos com a tríade observador/observado/observação, cuja integração nos afasta de dicotomias como verdade/justificação, certeza/crença, representação/antirrepresentação, portanto da hipótese de haver elementos externos à cientificidade, a exemplo da hipótese de ditames de divindades, de natureza humana ou qualquer outro ente sobrenatural. Comunicação humana é construção evolutiva de comunicação humana; afinal, a escrita não se deu aleatoriamente ou por revelação divina, a imprensa não adveio de uma revelação divina, antes, são desenvolvimentos históricos da evolução comunicacional humana mesma. A demarcação da ciência - a distinção entre um conhecimento e um não científico - não está em haver um objeto e o método científico, mas sim na distinção entre postura fundamentalista e antifundamentalista, ou seja, entre proselitismo, doutrinação, ortodoxia em oposição à circularidade reflexiva, gödelização da racionalidade, lógica do ao-mesmo-tempo.

Na pauta teórica, lidamos com os elementos que compõem a perspectiva teórica das pesquisas, lá enfatizamos a questão da autoria. Aqui, aplicando a epistemologia antifundamentalista, temos que, como constructo, a decisão jurídica não é pré-dada, predita, preestabelecida, não pesquisamos a origem, as causas, mas sim comunicações, entendidas como ato constituído das operações de informar (enunciado), partilhar (expressão, dar-a-conhecer, ato de participar da comunicação) e compreender (entendimento, mudança do estado não comunicativo ao comunicativo). Salientamos que a compreensão não é um acordo comunicativo, afinal compreendemos mesmo quando discordamos completamente do que o outro enuncia, assim, compreender pode ser consenso tanto quanto dissenso, só não pode ser não comunicação (LUHMANN, 1996, p. 23; 2005, p. 79, 91, 309; LUHMANN, 2006, p. 49-53; LUHMANN, 2010, p. 65). Assim como discurso tem unidades transfrásticas (encadeamento de frases) e, por isso, é submetido a regras de organização, como ato que modifica uma situação (ato de fala), portanto interativo, contextualizado, e assumido por um sujeito, como fonte de referência

pessoal, temporal e espacial; afinal, “a fala é dominada pelo dispositivo da comunicação do qual ela provém” (MAINGUENEAU, 2015, p. 27).

Nesses termos, decisão jurídica contém estrutura ao mesmo tempo que continência. Há enunciador, porém isso não torna esse enunciador detentor do controle, ditador das regras da comunicação, do discurso, antes, essas as regras, as normas são constructos sociais. A concepção de comunicação empregada nas pesquisas está pautada pela teoria da sociedade de Niklas Luhmann apenas porque desconhecemos outro sociólogo do direito que tenha partido da gödelização da racionalidade, da Forma de dois lados de Spencer-Brown, da teoria dos sistemas que observam de Heinz von Foerster e da teoria da comunicação da cibernética para lidar com o direito. A relação dessa concepção com as da linguística como trabalho social de Luiz Antônio Marcuschii e da análise de discurso de Dominique Maingueneau deu às pesquisas observações não possíveis via elementos da hermenêutica jurídica ou de exclusiva análise de discurso, por exemplo.

A reação mais comum a essa perspectiva é considerar que ela é relativista extremista, que promove um “vale-tudo” e que desconsidera o ser humano como ator, falante, ouvinte, decididor. A acusação de relativismo implica que a teoria serve para tudo, portanto pode ser aplicada para defesa da violência extrema tanto quanto para o pacifismo extremo. Essa acusação é compreensível; afinal, a perspectiva teórica em si não basta para eliminar a defesa de ideias; afinal, teoria científica é uma ideia humana. Com a epistemologia temos o reconhecimento que nem todo conhecimento é científico. Aqui está nossa limitação. Estamos limitados ao científico e o afastamos plenamente do conhecimento religioso, por exemplo. Tratamos de comunicação humana e, como tal, não é possível sem seres humanos. Voltemos a lembrar: não é o falante e/ou o ouvinte que determina, estabelece, controla o que se diz e o que se ouve, é a comunicação quem faz isso. Essa distinção esclarece o quanto não observamos tomada de decisão de atores sociais, nem papéis sociais específicos, mas sim como são possíveis as comunicações jurídicas, ou seja, como as operações de informar, partilhar e compreender (*Information/Mitteilung/Verstehen*) viabilizam o direito ser como ele é, o direito ter e se dar em construção de sentido no direito. Não observamos, portanto, intenções, mentes, consciências, desejos, vontades, gostos, mas comunicação, essa unidade das diferentes operações de informar, partilhar e compreender. Deixo ao leitor sua leitura da seguinte passagem: “Toda comunicação deve ao mesmo tempo comunicar que é uma comunicação, e deve marcar quem comunicou o quê, para que a comunicação seguinte possa ser

determinada e a *autopoiesis* possa continuar” (LUHMANN, 2006, p. 61)¹. Esse debate nos leva ao paradoxo da diferenciação, ou seja, da observação como assinalar e distinguir. Nessa perspectiva, não cabe falar em coisa em si ou algo semelhante, mas sim que a diferenciação ocorre com a observação, não antes, nem depois dela, inclusive quando não se trata de “ontologia autoral” (MAINGUENEAU, 2010, p. 33), antes se toma discurso não como “um território circunscrito, mas como um espaço incerto entre dois maciços, lá onde se desfazem os laços aparentemente tão fortes entre as palavras e as coisas, entre a linguagem e o mundo” (MAINGUENEAU, 2015, p. 31).

As questões consequentes da relação objeto/sujeito, de o sujeito ser autor, criador do discurso (da comunicação) são afastadas quando se parte da diferenciação, do paradoxo da diferenciação, pois distinguir não resulta em apartar, separar, mas em diferenciar. Assim, por exemplo, direito se distingue sem por isso se isolar da economia, da política, da religião, da psiquê humana; afinal, só há identidade na diferença, posto que diferença é *perfect continence*, como já nos referimos à ideia de Spencer-Brown, na perspectiva da comunicação isso implica que não há comunicação sem que se promova uma distinção. Distinguir implica assinalar e diferenciar, portanto toda Forma só é possível num meio. No caso da comunicação humana, toda Forma de sentido só é possível num meio de sentido.

Aplicando a distinção meio/Forma à teoria da sociedade, temos que discurso, comunicação contém simultaneamente um ambiente (contexto, cenas de enunciação) e uma organização (forma, sentido, regras, organização). No caso do direito, temos que uma comunicação jurídica se diferencia de todas as outras comunicações humanas porque tem um meio e uma forma específica, contudo não há direito sem a política, a economia, a religião, a psiquê humana etc., porém direito não é, não se confunde com política, economia, religião, psiquê humana etc. O sentido, nessa perspectiva, contém um meio e uma forma, portanto o paradoxo do sentido é que o sentido contém uma memória ao mesmo tempo que se atualiza cada vez que é utilizado e segue em potência, assim, há o sentido atual e o potencial. Num debate jurídico, o sentido do direito em debate é atual-momentâneo e possível-em-aberto, por isso falamos em construção de

1 Em espanhol: “Cada comunicación debe comunicar al mismo tiempo que ella misma es una comunicación y debe hacer énfasis en quién y qué es lo que se ha dado a conocer, para que pueda determinarse la comunicación de enlace y para que la autopoiesis pueda continuar” (p. 61). Em inglês: “Every communication must at the same time communicate that it is a communication and mark who has uttered what so that follow-up communication can be determined and autopoiesis continued” (Luhmann, *Society as social system*, p. 45). Em alemão: “Jede Kommunikation muß zugleich kommunizieren, daß sie eine Kommunikation ist, und sie muß markieren, wer was mitgeteilt hat, damit die Anschlußkommunikation bestimmt werden kann” (Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 86).

sentido do direito como essa constante potencialidade de mudança ao mesmo tempo que há memória, é o que temos com a *re-entry* da Forma na Forma (SPENCER-BROWN, 1969, p. 56), com a “*order from noise*” (FOERSTER, 2003a, p. 11), com o paradoxo do sentido, pois “o significado se torna um meio continuamente autorregenerativo para a seleção contínua de formas específicas”² (LUHMANN, 2006, p. 39). Sendo o direito uma das espécies de comunicação humana hipercomplexa, sistema de comunicação social humana que é, como sistema, o direito observa a si mesmo e o seu ambiente (seu diferente, seu exterior). Saliente-se que, sendo auto-organizado, o direito não apenas se alimenta de ordem, mas também de ruídos³ (FOERSTER, 2003a, p. 11).

O direito, nessa perspectiva, muda, se altera mesmo quando permanece, pois o re-afirmar um mesmo entendimento sobre algo promove a constante adaptação ao social. A variação e seleção não se dão arbitrariamente, mas de maneira altamente seletiva, pois o problema do tempo, da preservação, da capacidade de ampliar o número de pressupostos pelos quais ele, o direito, como ordem social, se pauta envolve opiniões, posições, expectativas, ordens mais ou menos esperadas (LUHMANN, 2006, p. 328). Ocorre que, paradoxalmente, “se uma comunicação significativa se torna possível, há a mesma probabilidade para que qualquer comunicação específica, a qualquer momento, torne-se improvável” (LUHMANN, 2006, p. 328). Isso leva à questão de “como é possível algumas estruturas carregadas cada vez mais de pressupostos – ou seja, cada vez mais improváveis – surjam e funcionem com normais”? (LUHMANN, 2006, p. 326). Trata-se do paradoxo da evolução, da preservação via mudança, o que se dá na comunicação humana, como se pode verificar com a evolução do modo humano de se comunicar (escritura, imprensa, internet). Aplicando isso ao direito, Forma de comunicação humana que é, temos que ele se deixa ser estimulado à mudança justamente para se preservar; afinal, em toda comunicação ocorrem simultaneamente estados diferentes, inquietações, as quais são constantemente “aquietadas” e voltam a se “inquietar” viabilizando assim uma comunicação provável (LUHMANN, 2006, p. 325). Ou família, por exemplo, porta o mesmo sentido jurídico ao longo dos anos?

Nessa perspectiva epistêmica, decisão jurídica é o espaço/tempo de o direito viver as constantes oportunidades de, a cada decisão, selecionar em que se manter e em que

2 No original: “wird Sinn zu einem sich selbst laufend regenerierenden Medium für die laufende Selektion bestimmter Formen” (LUHMANN, 1997, p. 58).

3 A frase original, da qual retirei a paráfrase, pois a reprodução *ipsis litteris* não seria suficiente é: “Thus, in my restaurant self-organizing systems do not only feed upon order, they will also find noise on the menu”.

se alterar, não se trata de objeto/sujeito, como se uma questão de interpretação leitura do ser externo, mas da decisão como operação de sentido do direito. Cada decisão é uma novidade, mesmo aquela que reforça o sentido da decisão anterior; afinal, mesmo ao reforçar o entendimento anterior sobre algo e, assim, mantendo a expectativa de decisão, o direito informa que está mantendo a decisão anterior, e essa informação é uma nova informação do direito para o direito, para a sociedade. Com isso, o Judiciário não é criador, autor do direito, ainda que ele seja a organização central do sistema jurídico, afinal, “a organização da jurisdição seria aquele sistema parcial (subsistema) no qual o sistema do direito tem seu centro” (LUHMANN, 2005, p. 383).

Para fins de nossas pesquisas, um conselho de um advogado, uma petição contém decisões jurídicas, assim como movimentos sociais também tomam decisões (expressam, partilham de informações) jurídicas. Assim, ainda que os tribunais sejam centro da comunicação jurídica, não só de Estado (legislação e Judiciário) que vive o direito. Isso nos levou à distinção decisão-jurídica/decisão-judicial/decisão-judiciária (STAMFORD DA SILVA 2012b, p. 50).

Para demonstrar como desenvolvemos pesquisas dedicadas a observar a construção de sentido do direito, apresentaremos a pesquisa sobre a construção do sentido de bagatela, do princípio da insignificância no direito.

4. A construção de sentido de bagatela

Para pesquisar a construção de sentido jurídico de bagatela, ou princípio da insignificância, coletamos decisões nos sites dos 27 estados, do STJ e do STF, obtendo por universo amostral de 28.802 decisões como resultado da busca com o termo bagatela e 162.455 decisões como resultado da busca com o termo insignificância e a expressão princípio da insignificância. Para estabelecer a população, recorreremos à seguinte fórmula:

$$N = \frac{\frac{z^2 \times p(1-p)}{e^2}}{1 + \left(\frac{z^2 \times p(1-p)}{e^2 N}\right)}$$

N = tamanho da população

e = margem de erro (porcentagem no formato decimal)

z = escore z

O escore z é o número de desvios padrão entre determinada proporção e a média.

Para um nível de confiança de 95% e margem de erro de 3%, resultado obtido via <https://www.solvis.com.br/calculos-de-amostragem/>, a população estabelecida para a pesquisa consistiu nas 30 decisões mais antigas, todas as 131 decisões do STF e as 121 do STJ, bem como 2.115 decisões dos tribunais estaduais, escolhidas aleatoriamente, considerando como critério a necessidade de haver ao menos uma de cada ano disponível.

Para definir quais decisões dos estados analisar, consideramos o percentual representativo por estado, bem como que deveria haver decisões do máximo de anos possíveis. Por exemplo: Acre (AC), Amapá (AP) e Maranhão (MA). Na Tabela 1, na linha superior constam os anos, de 2000 a 2019, com a casa decimal, de 00 a 19. Na linha abaixo, o quantitativo de decisões por ano.

TABELA 1 • QUANTITATIVO DE DECISÕES POR ESTADO

	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19
AC	1	1	0	0	0	2	2	3	5	4	5	7	9	11	14	28	36	56	23	19
AP											1	3	5	2	3	1	1	3	3	1
MA																8	61	43	14	

FONTE: ELABORADA PELO AUTOR.

Das 226 decisões do Acre, coletamos as de 2000 e 2001, duas de 2005 a 2010, três de 2011 a 2014 e cinco de 2015 a 2019, perfazendo o total de 53 decisões.

Coletamos todas as 20 decisões do Amapá (AP).

Das 126 decisões do Maranhão (MA), coletamos cinco decisões de 2016 e dez de 2017 a 2019. Perfazendo o total de 35 decisões.

Esse mesmo procedimento foi aplicado para todos os estados.

Para estabelecer quais decisões analisar, recorreremos ao *website* https://www.4devs.com.br/gerador_de_numeros_aleatorios. Lançamos a quantidade de decisão por estado. Com o quadro de números aleatórios, acessamos o *site* e catalogamos aquelas correspondentes à entrada do número definido pelo gerador de números aleatórios.

Procedemos à análise quantitativa e qualitativamente para observar como foi possível a ideia de bagatela integrar o direito brasileiro. Estabelecemos como variáveis: o processo, o ano, a turma, o relator, a tipicidade jurídica (tipo = classificação jurídica, como família, execução fiscal, peculato, furto, roubo, trânsito, violência doméstica), o elemento fático, a decisão (atribuindo 1 para decisão que aceita o argumento da бага-

· ARTUR STAMFORD DA SILVA

tela, 0 quando nega e ø quando rejeita mas reduz a pena ou a decisão traz um benefício ao acusado, argumento doutrinário, legislativo e jurisprudencial, por fim, observações.

QUADRO 1 • VARIÁVEIS DA PESQUISA

Processo	Ano	Turma	Relator	Tipo	Fato	Decisão	Doutrina	Legislação	Jurisprudência	OBS.

FONTE: ELABORADO PELO AUTOR.

Dados catalogados do inteiro teor das decisões, observamos a construção do sentido de direito, “o processo de construção de regras que toma uma forma autopoietica que se nutre de si mesma” (LUHMANN, 2005, p. 263).

O método consistiu em ler e reler as decisões identificando o(s) enunciado(s) mais presente (repetido), e, nesse processo, localizamos as intertextualidades de decisões, a doutrina e a legislação. As decisões mais antigas nos serviram para localizar como foi sendo construído o sentido de bagatela no direito brasileiro.

À medida que fomos desenvolvendo a pesquisa, observamos que decisões eram desnecessárias por trazer insignificância não quanto à bagatela, mas a outro debate. Outras sequer apareciam na busca, porém eram muito citadas nas decisões analisadas, por isso passaram a integrar os *corpora* da pesquisa.

Para pesquisar a construção do sentido de bagatela, não nos ocupamos em localizar o sentido de bagatela desenvolvido nas decisões jurídicas, observamos como foi possível o tema ingressar no sistema do direito, que elementos do sistema foram manipulados na irritação do sistema? Ou ainda que argumentos foram manipulados na sua aceitação e negação? Quais decisões foram mais referenciadas por outras, ou seja, que decisões deram forma à memória do sentido de bagatela? Como argumentos aceitos foram alterados? Como é possível que um mesmo tribunal tome decisões opostas? Observamos como o sentido vivencia sua construção, sua formação/reformulação/deformação/formação e assim segue ciclicamente em constante construção; afinal, a comunicação nunca para.

Iniciemos com a problematização “como foi possível a bagatela ser tema do direito”, uma vez que não havia legislação nem jurisprudência. O debate teve início em embates doutrinários. As observações das decisões nos levam a afirmar que bagatela se fez tema jurídico por irritação da doutrina, portanto irritação do sistema científico ao sistema jurídico. Nas decisões mais antigas, só há citações de textos doutrinários, não

há de decisões anteriores nem de textos legislativos. Ainda que predomine, o tema não se restringe ao direito penal, há decisões envolvendo temas dos direitos civil, tributário, administrativo.

Observando as decisões, localizamos os argumentos que constituíam a construção de sentido de bagatela, como se pode verificar no Quadro 2.

QUADRO 2 • CONSTRUÇÃO DE SENTIDO DE BAGATELA

Ano	Tribunal	Argumento
1979	STF	Política criminal + lesividade social
1981	TJSC	Delito formal e material + bem jurídico protegido
1982	TJRS	Conduta típica + periculosidade social
1984	TJSP	Valor irrisório
1989	STF	Afastamento da ilicitude + onerar a atividade jurisdicional
1994	STJ	Contumácia
1998	STF	Razoabilidade e proporcionalidade
2000	STF	Valor mínimo é diferente de pequeno valor
2002	STF	Perigo presumido
2004	STF	O princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.
2008	STF	Fragmentariedade + intervenção mínima do estado
2012	STF	CF, ART. 5º, XXXIX “NÃO HÁ CRIME SEM LEI ANTERIOR QUE O DEFINA, NEM PENA SEM COMINAÇÃO LEGAL” + PREÇO OU A EXPRESSÃO FINANCEIRA DO OBJETO DO DELITO.

FONTE: ELABORADO PELO AUTOR.

Desse quadro, temos que o primeiro elemento a constituir a construção do sentido de bagatela foi a política criminal, quando o bem jurídico penal traz ao debate o lugar do direito penal para a sociedade, o que envolve, também, a questão da lesividade social. Seguindo a construção de sentido, com a decisão de 1981 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), a distinção entre conceito formal e material de delito tematiza o prejuízo material sofrido. Temos, então, que a lesividade social ganha força constitutiva; afinal, o termo delito porta não só a previsibilidade legal, mas

também a dimensão social. Em 1982, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) tematiza a periculosidade social, debate que põe em relevo não apenas a lesividade da vítima, mas de todo o corpo social, da sociedade mesma. Em 1984, o fato de o valor envolvido ser irrisório tematiza a não exclusividade do valor material, valor pecuniário, e traz ao debate o valor social, e, com isso, o elemento econômico não é suficiente para decidir sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância, mas também o valor para a vítima e para a sociedade, portanto quanto ao que cabe ser protegido pelo direito penal. A bagatela envolve a importância, o valor da ação mesma quanto ao autor, à vítima e à sociedade.

Na sequência, a decisão de 1989 do STF, no *Habeas Corpus* (HC) n. 3.725-3, pauta o afastamento da ilicitude e a questão da onerosidade da prestação jurisdicional. Observamos que o tema da lesividade e da periculosidade social soa “formado”, porém insuficiente. Valores presentes em debates sobre acesso à justiça, como os desenvolvidos na sociologia da administração da justiça, quando critérios econômicos, sociais e culturais são apontados como responsáveis por dificultar e afastar demandas sociais no Judiciário (SOUSA SANTOS, 1986, p. 11-32) passam a integrar a bagatela, o mesmo se diga quanto ao valor econômico para o estado quanto às demandas judiciais, no que tange às demandas “irrelevantes” quanto ao bem jurídico, quanto à função social do direito. Em 1996, o STF, no HC n. 70.747, agrega o elemento contumácia, em decisão sobre um caso de atropelamento. O argumento que conduz à inclusão da contumácia é

18. Pessoas da estirpe do paciente, que não possuem um senso crítico, com freio inibitório dos arroubos da juventude e que, se não fazem parte do imenso rol dos “filhinhos do papai”, dos quais recebem todas as condições para a prática das estripulias e depois o apoio moral quando erram, pelo menos não recebem dos genitores a necessária orientação, somente o império da justiça poderá atingi-los e obstá-los das práticas hoje, de pequenas infrações, amanhã de grande delitos (HC 70.747-5 RS, STF, Relator Francisco Rezek).

Na sequência temos a inclusão da razoabilidade e proporcionalidade com a decisão do STF de 1998, no HC n. 77.003. O tema do valor ínfimo e pequeno valor volta a ter lugar, como lemos na decisão de 2000, do STF, no HC n. 80.095. Chamamos a atenção para esse retorno temático para repisar que o sentido não se sedimenta, não se forma com definitividade, antes, segue aberto, portanto passível de ser alterado. É o que observamos com essa decisão de 2000. Em 2002, no HC n. 82.324, o STF traz o tema do perigo

presumido. É em 2004, com a decisão do STF no HC n. 84.412, que são equacionados os quatro elementos formadores do sentido jurídico de bagatela:

- a) a mínima ofensividade da conduta do agente;
- b) nenhuma periculosidade social da ação;
- c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e
- d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Desde então, esses quatro critérios aparecem recursivamente nas decisões dos tribunais estaduais, os quais, até então, recorriam a decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), TJSC e do TJRS. Observamos que as decisões estaduais que negam a aplicação do princípio de bagatela citam decisões do TJSP, porém, quando a decisão aplica o princípio, citam decisões do TJSC e do TJRS. Esses dados nos levam a sugerir que as decisões do TJSP são conservadoras quanto à aplicação do princípio da bagatela, já as do TJSC e TJRS são vanguardistas, no sentido de pioneiros em decisões mutantes do direito. Caberia pesquisar se esse fenômeno se repete quanto a decisões de outras temáticas jurídicas.

Com a decisão de 2008, no HC n. 92.531, e a de 2012, no HC n. 111.017, ambas do STF, observamos que o direito segue construindo o sentido jurídico de bagatela, ou seja, segue retematizando critérios, de maneira que temas são incluídos e excluídos como elementos ao sentido de bagatela. Assim é devido ao paradoxo do sentido (atualidade/potencialidade), justamente devido à temporalidade. O sentido não tem início nem término. Ele não tem origem. Ele nunca está concluído, antes nunca deixará de vivenciar mudanças. O que nos remete à carnavalização do sentido; afinal, não há texto adâmico (BAKHTIN, 1986, 272) tão pouco se pode falar em conclusibilidade como inteireza, completude, fim de um enunciado, mas sim conclusibilidade como elemento temporal de enunciados, portanto como responsividade, com elemento que viabiliza a comunicação, o discurso, uma conversa (BAKHTIN, 1986, p. 280), semelhante ao que vemos com a língua com trabalho social de Marcuschi (2007a, p. 77) e na perspectiva de sentido presente em Luhmann (1998, p. 77-212; 2006, p. 27-40). A construção de sentido é constante, não há um sentido que se sedimenta e que passa a servir de diretriz às decisões futuras, antes, um sentido só tem sentido quando ele mesmo porta um sentido, ou seja, contém elementos que viabilizam a distinção ao mesmo tempo que contém elementos que permitem a inclusão de conteúdos. Para testar essa hipótese,

delimitamos a pesquisa a uma temática. Aqui apresentaremos a aplicação do princípio da insignificância para casos envolvendo uso ou porte de entorpecente. Vejamos a sequência de decisões e seus excertos:

[...] ainda que a quantidade de 0,25 g de maconha apreendida na posse do requerente, não cabe aplicar o princípio da insignificância para estes casos por se tratar de saúde pública (TJSP 1979 - HC 12780).

[...] aplica-se a teoria da bagatela porque a ínfima porção da erva seca apreendida, apenas 0,2 g - o que representa uma diminuta quinta parte de uma grama -, não se presta para formar qualquer “fininho”, sendo insuscetível para causar dependência concreta a alguém e, em consequência, de duvidosa potencialidade tóxica e perigosidade à saúde pública (TJSC 1981 - HC 25832).

[...] não se reconhece o princípio da insignificância mesmo sendo ínfima a quantia apreendida, pois a lei não cogita de quantidade de droga, apenas visa resguardar a saúde pública (STF, 2003, HC 81641-0).

Paciente preso com 0,25 g de substância entorpecente, tipo cannabis sativa, vulgarmente conhecida como maconha. O porte de quantidade mínima não possui alta periculosidade social, nem lesividade material a bens jurídicos. O princípio da insignificância deve ser aplicado sempre que atendidos os requisitos objetivos, quais sejam: mínima ofensividade da conduta do agente; ausência de periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica causada. Nada justifica a desproporção entre tratamento penal que se dá ao usuário civil e ao militar (STF, 2008 - HC 94.809).

Esses excertos indicam o quanto a comunicação jurídica não se reduz a uma decisão, antes envolve a recursividade comunicacional, portanto uma calculabilidade da expansão do valor (*Eigen*) referenciado, ou seja, sucessivas ocorrências de reentrada da forma na forma, posto que

[...] os lados de cada distinção experimentalmente desenhada têm dois tipos de referência.

O primeiro, ou explícita, se refere ao valor de um lado de acordo com a forma como está marcado. O segundo, ou implícita, se refere a um observador externo. Ou seja, o lado de fora é o lado do qual uma distinção deve ser vista (SPENCER-BROWN, 1969, p. 69).

Recursividade é expressão matemática desenvolvida pelos teóricos da teoria do caos para explicar como é possível uma máquina não trivial dar resultados calculáveis, ainda que imprevisíveis, trata-se do comportamento *Eigen*, ou seja, de reconhecibilidade das regularidades (FOERSTER, 2003b, p. 321). Empregado à comunicação humana, recursividade implica pressupor que a comunicação humana implica tomar os seres humanos com máquinas não triviais. O termo máquina está empregado não na conotação de equipamento, coisa, objeto composto de peças interligadas para produzir determinado efeito, mas sim como metáfora referente à complexidade do ser humano, à sua composição de elementos físicos, biológicos, psíquicos e sociais (FOERSTER, 2003b, p. 321). A metáfora máquina não trivial empregada para lidar com a comunicação humana implica admitir que a forma de comunicação humana contém estrutura e ao mesmo tempo variação. Enquanto as máquinas triviais trabalham linearmente as informações que recebem, processando-as e produzindo resultados previstos, nas máquinas não triviais há a autonomia de funcionamento interno, a “cada operação, esse estado interno muda, de modo que, quando a próxima operação ocorre, a operação anterior não é repetida, mas outra operação pode ocorrer” (FOERSTER, 2003b, p. 312).

Recursividade, nesses termos, envolve não uma repetição, uma redundância, mas uma circularidade reflexiva, ou seja, sempre conterà acréscimo de informação. Assim, temos que, com a *re-entry* e a recursividade, o sistema é capaz de aprendizado, tanto consigo mesmo quanto com seu ambiente; afinal, ao observar, no próprio sistema ocorrem intercâmbios de operações e composições de ordem internas tanto quanto externas ao sistema (FOERSTER, 2003b, p. 308, 319). Trata-se da *Eigen Function*, *Eigen Values*, *Eigen Behavior*, ou seja, da autorreferência, portanto de a comunicação deter sua própria função, seus valores próprios de referência e, inclusive, deter comportamentos próprios no sentido de deter um nível de invariância, o que torna possível a comunicação humana mesma.

A forma de sentido envolve recursividade. Aplicando isso à decisão jurídica como operação do direito, temos que a formação de sentido do direito porta elementos constantes (estrutura) ao mesmo tempo que porta capacidade de mudança (abertura). Assim, não cabe pesar em pesquisar decisão jurídica para conhecer ou estabelecer a decisão a ser tomada, mas apenas probabilidade, calculabilidade recursiva. Em 1978, bagatela era tema novo no direito, os elementos estruturais para dar sentido ao tema exigiram mobilizar questões até além dos princípios do direito; afinal, tematizar o bem jurídico penal, o lugar do direito penal na sociedade, não é um tema de princípio jurídico, mas

próprio da sociologia do direito; afinal se fala em teoria do controle social penal e de política criminal, como lemos no HC n. 81.641, do STF, decisão proferida em 2003. O recurso à questão da saúde pública explica-se nessa lógica, pois ela não é um princípio jurídico que poderia ser utilizado para afastar a aplicação da bagatela ao uso de droga. Em 1981, considerou-se saúde pública argumento insuficiente ao ponto de ser afastado e se aplicar a bagatela ao caso de porte e apreensão de 0,2 g de entorpecente (maconha). Nesse ponto, a recursividade ocasionou o afastamento de um argumento, porém não o eliminou, pois ele segue passível de ser evocado futuramente. Em 2003, os ministros do STF retomam o tema da saúde pública para negar a aplicação do princípio da insignificância em caso de apreensão de 0,68 g de maconha. Esse processo mesmo de incluir, excluir e reincluir um argumento não nos leva a seguir pela via da acusação que os ministros julgam como querem e bem entendem, nem que não há respeito à legislação, nem que houve compra-e-venda de sentença, nem que se trata de corrupção sistêmica porque o direito estaria funcionando, selecionado que decisão tomar, sob a intervenção de fatores políticos e econômicos ao ponto de disfarçar sua própria autonomia decisória (LUHMANN, 2005, p. 568). Preferimos lidar com essa situação considerando-a uma questão de aquisição de atualidade do sistema jurídico (LUHMANN, 2005, p. 102), portanto de política do direito mesmo afinal, os envolvidos nos casos analisados sequer são pessoas com poder econômico ou político. Em 2008, o STF, no HC n. 94.809, decide aplicar o princípio da insignificância para casos de uso ou porte de pequena quantidade de maconha. Com isso temos que o sentido jurídico de algo não é o estabelecimento de um conteúdo, a fixação de uma definição. Ainda duvidando dessa conclusão, fizemos o mesmo exercício, agora quanto às decisões relativas à aplicabilidade do princípio da insignificância no âmbito militar.

Observamos, no STF que, quando o caso envolve competência da justiça militar, cabe a ela a decisão de aplicar ou não o princípio da insignificância. Ocorre que, em decisão de 2006, o princípio passa a ser aplicável. Em 2007, mantém-se aplicável, porém, em 2008, volta a não ser aplicável. Até que em 2010 encontramos decisões aplicando e negando sua aplicação. A análise se ocupou em observar que era uma questão de temática, porém o que observamos foi que não, mas sim principiológica mesmo, como se pode verificar das duas decisões de 2010, ambas tratam de uso ou porte de entorpecente em ambiente militar e no HC n. 101.759 MG se admite a aplicação e no HC n. 10.4923 RJ se nega. Considerando o nível de observação organizacional, temos que se trata de STF, porém, se observamos o nível da interação, vemos que os relatores são distintos. Com isso,

fica a reflexão sobre o lugar da divergência entre opiniões de ministros do STF na construção de sentido do direito, o que nos remete ao tema da legitimação da decisão jurídica.

Semelhante situação lemos no caso da Súmula n. 599: “O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”, datada de 20 de novembro de 2017, do STJ. Independentemente das controvérsias doutrinárias e decisões na área tributária, quanto a se tomar por insignificante mover ações de execução fiscal para casos inferiores a R\$ 20 mil, no Recurso de HC n. 85.272, os ministros da Sexta Turma do STJ – relator o ministro Nefi Cordeiro – aos 14 de agosto de 2018, votaram, por unanimidade, pela não aplicação da referida súmula em razão da peculiaridade do caso, decide que

[...] a despeito do teor do enunciado sumular n. 599, no sentido de que o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública, as peculiaridades do caso concreto – réu primário, com 83 anos na época dos fatos e avaria de um cone avaliado em menos de R\$ 20,00, ou seja, menos de 3% do salário mínimo vigente à época dos fatos – justificam a mitigação da referida súmula, haja vista que nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal diante da inexpressiva lesão jurídica provocada.

5. Conclusão

O que observamos quanto à construção de sentido é que bagatela foi tema aceito, depois passou a ser negado, depois aceito e, atualmente, vem sendo bastante rejeitado, o que nos leva a afirmar o seguinte:

- 1) a comunicação não tem início nem término;
- 2) a recursividade do direito permite que ele viva a construção de sentido de sua forma recorrendo à memória jurídica ao mesmo tempo que aberto para aprender com seu ambiente (acoplamento cognitivo e estrutural);
- 3) a construção de sentido não é linear, mas circular dada a temporalidade do sentido (atual/possível);
- 4) a decisão jurídica é contingente = poderia ser tomada deferente da que foi tomada;
- 5) o direito como sistema de sentido de licitude é quem, aplicando seu *Eigen Values* (lícito/ilícito), promove seu *Eigen Behavior* (operação recursiva autorreferente) construindo o sentido de direito.

REFERÊNCIAS

- ARCHER, M. *Teoría social realista: el enfoque morfogenético*. Tradução Daniel Chernilo. Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado, 2009.
- BAKHTIN, M. *Estética da criação verbal*. Tradução Paulo Bezerra. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- BELVISI, F. Legal argumentation and justice in Luhmann's System Theory of Law. *International Journal Semiotics Law*, v. 27, n. 2, p. 341-357, 2014. doi:10.1007/s11196-014-9374-9.
- FISCHER-LESCANO, A.; CHRISTENSEN, R. Auctoritatis Interpositio: how systems theory deconstructs decisionismo. *Social & Legal Studies*, v. 21, n. 1, p. 93-119, 2012. doi:10.1177/0964663911423698.
- FOERSTER, H. von. *Sistemi che osservano*. Roma: Astrolabio, 1987.
- FOERSTER, H. von. On self-organizing systems and their environment. In: FOERSTER, H. von. *Understanding understanding: essays on cybernetics and cognition*. New York: Springer-Verlag, 2003a. p. 1-19.
- FOERSTER, H. von. For Niklas Luhmann: "how recursive is communication? In: FOERSTER, H. von. *Understanding understanding: essays on cybernetics and cognition*. New York: Springer-Verlag, 2003b. p. 305-323.
- GARFINKEL, H. *Estudios de etnometodologia*. Petrópolis: Vozes, 2018.
- GOFFMAN, E. *Os quadros da experiência social: uma perspectiva de análise*. Petrópolis: Vozes, 2012.
- HABERMAS, J. *Verdad y justificación*. Madrid: Trotta, 2002.
- HUSSERL, E. *Ideias para uma fenomenologia e para uma filosofia fenomenológica*. Tradução Márcio Suzuki. Aparecida: Ideias & Letras, 2006.
- KAUFFMAN, L. H. Self-reference and recursive forms. *Journal Social Biological Structure*, v. 10, p. 53-72, 1987.
- KOCH, I. G. V. *Desvendando os segredos do texto*. São Paulo: Cortez, 2006.
- LUHMANN, N. Legal argumentation: an analysis of its form. *Modern Law Review*, v. 58, n. 3, p. 285-298, May 1995.
- LUHMANN, N. *La ciencia de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Herder, 1996.
- LUHMANN, N. *La ciencia de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Herder, 1998.
- LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Herder, 2005.
- LUHMANN, N. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Herder, 2006.
- LUHMANN, N. *Organización y decisión*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Herder, 2010.

- MAINGUENEAU, D. *Doze conceitos em análise de discurso*. São Paulo: Parábola, 2010.
- MAINGUENEAU, D. *Discurso e análise de discurso*. São Paulo: Parábola, 2015.
- MAINGUENEAU, D. Retorno crítico sobre *ethos*. In: MESTI, P. C.; BARONAS, R. L.; CARREON, R. de O. (org.). *Análise do discurso: entorno da problemática do ethos, do político e de discursos constituintes*. Campinas: Pontes, 2016. p. 13-34.
- MARCUSCHI, L. A. *Fenômenos da linguagem: reflexões semânticas e discursivas*. Rio de Janeiro: Lucerna, 2007a.
- MARCUSCHI, L. A. *Cognição, linguagem e práticas interacionais*. Rio de Janeiro: Lucerna, 2007b.
- MARCUSCHI, L. A. *Processo de compreensão: produção textual, análise de gêneros e compreensão*. São Paulo: Parábola, 2008.
- MASCAREÑO, A. Ética da contingência por meio do direito reflexivo. In: STAMFORD DA SILVA, A. (org.). *Sociologia do direito: na prática da teoria*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 203-239.
- POSSENTI, S. Notas sobre condições de possibilidade da subjetividade, especialmente na linguagem. *Caderno de Estudos Linguísticos*, v. 35, p. 95-107, 1998.
- POSSENTI, S. *Discurso, estilo e subjetividade*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- POSSENTI, S. *Os limites do discurso*. Curitiba: Criar, 2002.
- POSSENTI, S. *Questões para analistas do discurso*. São Paulo: Parábola, 2009.
- RORTY, R. *Verdade e progresso*. São Paulo: Manole, 2005.
- SCHMITT, C. *O guardião da constituição*. São Paulo: Del Rey, 2007.
- SOUTO, C. For a general theoretical unified axiomatic reduction of the natural spaces. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 6, n. 2, p. 2-12, 2019. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/327/188>. Acesso em: 17 nov. 2020.
- SOUTO, C.; SOUTO, S. *Sociologia do direito: uma visão substantiva*. Porto Alegre: Safe, 2003.
- SPENCER-BROWN, G. *Laws of form*. London: George Allen and Unwin, 1969.
- STAMFORD DA SILVA, A. Sociologia da decisão jurídica: pesquisa qualitativa sobre semântica social da comunidade jurídica. In: STAMFORD DA SILVA, A. (org.). *Sociologia do direito: na prática da teoria*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 303-346.
- STAMFORD DA SILVA, A. Gödelização da racionalidade e o limite da decisão jurídica: desparadoxizando as dicotomias da hermenêutica desde a teoria dos sistemas de sentido com Niklas Luhmann. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, n. LXXXI, p. 113-137, 2009.
- STAMFORD DA SILVA, A. Decisão jurídica e mudança social. Para uma sociologia da decisão jurídica. *Revista Confluências*, Rio de Janeiro, n. 11, p. 121-150, 2010.
- STAMFORD DA SILVA, A. Decisión judicial y cambios sociales en la óptica de la teoría de sistemas de sentido social. In: CADENAS, H.; MARCAREÑO, A.; USQUIZA, A. (ed.). *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría*. Santiago de Chile: RIL, 2012a. p. 267-316.

· ARTUR STAMFORD DA SILVA

STAMFORD DA SILVA, A. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. In: SCHWARTZ, G. (org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b. p. 29-58.

STAMFORD DA SILVA, A. Sociologia da decisão jurídica: aplicação ao caso da homoafetividade. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 1, n. 1, p. 66-85, 2014. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/37/47>. Acesso em: 17 nov. 2020.

STAMFORD DA SILVA, A. Teoria reflexiva da decisão jurídica: direito, mudança social e movimentos sociais. *Revista de Direito da UnB*, v. 1, n. 2, p. 27-52, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24522/21711>. Acesso em: 17 nov. 2020.

PRECIFICAÇÃO DISCRIMINATÓRIA NO NOVO PARADIGMA TECNOLÓGICO DO MERCADO DE CONSUMO: A TUTELA DO CONSUMIDOR E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA CONTRA PRÁTICAS ABUSIVAS COM O USO DE DADOS PESSOAIS

Guilherme Mucelin*

Laís Bergstein**

Sandra Regina Martini***

RECEBIDO EM:	22.10.2020
APROVADO EM:	29.11.2020

- * Doutorando em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), mestre em Direito e especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor pela mesma instituição, e especialista em Droit comparé et européen des contrats et de la consommation pela Université de Savoie Mont Blanc/UFRGS. Pós-graduando em Direito do Consumidor pela Universidade de Coimbra. Coordenador acadêmico do curso de especialização em “O Novo Direito do Consumidor”, oferecido pela UFRGS. Pesquisador do grupo de pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) “Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização”. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). *E-mail*: guilherme.mucelin@ufrgs.br
- ** Doutora em Direito do Consumidor e Concorrencial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), mestra em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). *Alumni* do Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA). Pesquisadora vinculada aos grupos Mercosul, Direito do Consumidor (UFRGS) e Virada de Copérnico (UFPR). Coordenadora-adjunta do Programa de Mestrado Profissional do Complexo de Ensino Renato Saraiva (Faculdade Cers). Secretária-adjunta da Comissão Especial de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Advogada. *E-mail*: lais@dotti.adv.br
- *** Doutora em Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti pela Università Degli Studi di Lecce, Itália, mestra em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e especialista em Programação e Gerência de Sistemas de Saúde pela Escola Nacional de Saúde Pública (Ensp). Coordenadora e professora do Mestrado em Direitos Humanos da UniRitter Laureate. Bolsista de produtividade 2 Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). *E-mail*: sandra.martini@uniritter.edu.br

• GUILHERME MUCELIN
• LAÍS BERGSTEIN
• SANDRA REGINA MARTINI

- **RESUMO:** O presente artigo propõe-se a analisar a relação entre perfilização dos consumidores e precificação discriminatória no novo paradigma digital e simbiótico do mercado de consumo, bem como as relações entre as normas de defesa do consumidor, da concorrência e de proteção de dados, as quais impõem limites legais a essas novas práticas, especialmente *geoblocking* e *geopricing*. Foi utilizado o método dedutivo, com abordagem documental, doutrinária, legislativa e jurisprudencial.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Precificação discriminatória; direito do consumidor e concorrência; dados pessoais.

DISCRIMINATORY PRICING IN THE NEW TECHNOLOGICAL PARADIGM OF THE CONSUMER MARKET: CONSUMER PROTECTION AND COMPETITION PROTECTION AGAINST ABUSIVE PRACTICES WITH THE USE OF PERSONAL DATA

- **ABSTRACT:** This article aims to analyze the relation between consumer profiling and discriminatory pricing in the new digital and symbiotic paradigm of the consumer market, as well as the relations among consumer protection, competition and data protection rules, which impose legal limits to these new practices, especially considering *geoblocking* and *geopricing*. The deductive method was used, with documental, doctrinal, legislative and jurisprudential approach.
- **KEYWORDS:** Discriminatory pricing; consumer and competition law; personal data.

1. Introdução

“In un tempo rivoluzionario per la forza pervasiva della tecnoscienza [...] tanto mutato torna, forte, l'appello ai diritti fondamentali” (RODOTÀ, 2012, p. 7).

O desenvolvimento tecnológico¹ das últimas décadas, especialmente pela expansão do comércio eletrônico combinada com a capacidade de armazenamento, co-

1 “Assim, a técnica é aquilo que aproxima e distancia ao mesmo tempo. Acerca disso, a Metateoria do Direito Fraternal propõe, no seu projeto, uma inclusão, sem confins, em todos os direitos humanos dos consumidores atuais. Embora a técnica não se proponha ser excludente, muitas vezes opera como remédio, salvando e matando concomi-

leta e tratamento de dados pessoais, propiciou profundas alterações nas dinâmicas mercadológicas, modificando a maneira como as relações de consumo são estabelecidas e desafiando alguns dos conceitos fundamentais de direito do consumidor, o que foi identificado por Miragem (2019) como o *novo paradigma tecnológico* no mercado de consumo.

Diversas novas situações emergem entre consumidores e fornecedores por conta do aumento das capacidades comerciais da utilização de *big data* que, em sentido contrário à evolução da sociedade de consumo cuja característica principal foi a massificação e a despersonalização das relações jurídicas (MARQUES, 2019), bem como dos processos de produção e fornecimento (MIRAGEM, 2020), hoje se concentram na hiperpersonalização, seja de produtos ou serviços oferecidos, seja de informações específicas relativas a determinado consumidor que passam a integrar o contrato de consumo, o que demanda, como nos lembra Rodotà (2012), um apelo mais forte aos direitos fundamentais², tal qual a proteção do consumidor no direito brasileiro.

Contudo, o mercado de consumo como conhecemos hoje, integrado e conectado (BARBA, 2011, p. 43, 90 *et seq.*), não prescinde da massificação. As relações travadas em ambiente *on-line* - com um automatismo do fornecedor, oculto por telas de dispositivos conectados à internet, e do consumidor, resumido a cliques e dados - não significam, necessariamente, a despersonalização das relações de consumo, já que, pela natureza da funcionalidade do meio, com o incremento de tecnologias de perfilação dos consumidores, o que se tem é justamente o inverso, inclusive no campo contratual³.

Refira-se, os perfis criados com base nos dados pessoais são de extrema relevância aos fornecedores - inclusive econômica -, já que assim lhes é dada a oportunidade de melhor conhecer seus consumidores atuais e potenciais e quase todos os aspectos de sua vida pessoal, para que assim consigam valorar e antever comportamentos, tanto no aspecto positivo, como a antecipação de necessidades ou sugestões de bens de con-

—
taneamente, mas pode ser, concomitantemente, um fator de incremento da potência, da possibilidade de inclusão e da realização de objetivos e metas que melhorem a qualidade de vida dos cidadãos mais vulneráveis” (MARTINI, 2017).

2 Constituição Federal da República Federativa Brasileira de 1988: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

3 Sobre o tema, ver Południak-Gierz (2019). Trata-se de interessante estudo sobre os algoritmos de precificação a partir de uma análise do direito privatístico da União Europeia e da Polônia, especialmente no que toca aos métodos de contratação por adesão “repersonalizados”.

- GUILHERME MUCELIN
- LAÍS BERGSTEIN
- SANDRA REGINA MARTINI

sumo, como no negativo, quando sua utilização viabiliza práticas abusivas ou acomete desvantagens aos consumidores, de modo a dificultar-lhes ou até mesmo excluí-los do mercado de consumo.

Uma das importantes questões desse cenário digital ao direito do consumidor é a precificação discriminatória, conceituada em linhas gerais pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) como a cobrança de diferentes preços a diferentes consumidores (ou o mesmo consumidor) por duas unidades do mesmo produto ou duas prestações do mesmo serviço, sem que essa diferença de valores reflita alterações em algum dos custos da transação, com a finalidade de fazer que o consumidor pague tanto quanto esteja disposto a gastar por determinado produto ou serviço (BOURREAU; STREEL, 2018).

Preços diferenciados não são uma prática nova no mercado de consumo. A novidade é justamente a utilização do perfil do consumidor, que carrega consigo dados de localização, etnográficos, de gostos e preferências, de comportamento de compras *on-line* e uma infinidade de cruzamentos que resultam em métricas de precificação opacas, obscuras e, muitas vezes, discriminatórias. O objetivo do presente artigo é, portanto, verificar se essa prática encontra morada no ordenamento jurídico brasileiro ou, ao contrário, há o estabelecimento de limites legais, especialmente pelos prismas do Código de Defesa do Consumidor (CDC), da defesa da concorrência e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), sem prejuízo de análise de demais legislações pertinentes.

Nesse sentido, o presente trabalho, pautado no método dedutivo, com abordagem documental, doutrinária, legislativa e jurisprudencial, divide-se em duas partes. A primeira tem por função analisar os enlces dos desenvolvimentos tecnológicos no mercado de consumo, especialmente a prática de perfilização e sua relação com discriminação de preços, em especial pelas práticas de *geopricing* e *geoblocking*, para, na segunda parte, analisar a possível abusividade na ótica do microsistema de proteção do consumidor e a insuficiência dos critérios permissivos presentes na LGPD para o tratamento de dados pessoais dos consumidores para essa finalidade, evidenciando, ao final, a convergência dos dois diplomas para a tutela efetiva do consumidor no consumo simbiótico.

2. Perfilização dos consumidores e discriminação de preços no mercado de consumo: o caso do *geoblocking* e do *geopricing*

A criação de perfis pode ocorrer em uma ampla variedade de contextos com finalidades de aplicação distintas. Essa técnica é utilizada desde investigações criminais a pesquisas de mercado, de cálculos matemáticos à engenharia da computação, de aplicativos de saúde pessoal e informações genéticas à medicina preventiva, até mesmo servindo para auxiliar a elaboração de políticas públicas (HILDEBRANDT, 2008, p. 17).

Perfilização, então, pode ser definida como o processo tecnológico que se utiliza de algoritmos para a descoberta de correlações entre diferentes bases de dados, a fim de identificar e de representar uma pessoa em determinado grupo, com o objetivo de individualizá-la (perfis individuais) ou segmentá-la em grupos ou categorias menores (HILDEBRANDT, 2008, p. 19), prestando classicamente para dividir o mercado em “fatias” (KOTLER; KELLER, 2012, p. 228) e, atualmente, com os avanços nos níveis de precisão do processo de criação de perfis, bem como com as decisões automatizadas, para *hiperpersonalizar* o consumo em todas as suas fases, da produção ao oferecimento ao público consumidor. Nesse amplo cenário, nossa análise focará as práticas de precificação diferenciada.

Para que os fornecedores possam elaborar preços personalizados de acordo com cada consumidor individualmente considerado, uma camada refinada de tecnologias – entre as quais a *machine learning* e a inteligência artificial – embasadas em coleta, tratamento e processamento de dados pessoais está sendo aplicada às práticas comerciais, especialmente no que toca à oferta e ao *marketing* direcionado⁴. Tal é parte estratégica de uma segmentação mercadológica cada vez mais acurada, cuja finalidade é oferecer produtos e serviços de acordo com as preferências de cada um, mudando *layouts*, informações e atributos da relação de consumo em tempo real (MIK, 2016, p. 22-24).

Perfilização e decisões automatizadas, então, andam juntas nas novas dinâmicas do mercado de consumo simbiótico⁵, o qual é caracterizado pelo esmaecimento da li-

⁴ Sobre a transição do *marketing* tradicional ao *marketing* digital, ver Kotler, Kartajaya e Setiawan (2017).

⁵ Conforme sinalizam Marques e Miragem (*ahead of print*), a simbiose no consumo decorre justamente da interação entre o “real” e o “virtual”, entre *software* e *hardware*: “uma nova fase do consumo, não exatamente só de serviços digitais, mas de produtos inteligentes (‘smarts objects’), bens que apresentam uma nova simbiose entre produto e serviço, entre *hardware* e *software*, bens que incluem um serviço ou conteúdo digital (‘embedded digital content’) até chegar na Internet das Coisas”.

- GUILHERME MUCELIN
- LAÍS BERGSTEIN
- SANDRA REGINA MARTINI

na divisória conceitual entre comércio eletrônico e comércio analógico, no sentido de que o elo a unir ambas as formas de consumo passa a ser os dados pessoais, que residem por excelência no ciberespaço e que podem ser vendido para *n* fornecedores (BONATTI; CISTERNAS, 2020, p. 751). Tanto *on-line* quanto *off-line*, o consumo será pautado pelos dados, por escores e por séries de informações que serão agregadas aos perfis individuais. Percebe-se, assim, que perfilização não pode ser analisada isoladamente, pois está relacionada a três fatores (EUROPEAN CONSUMER ORGANIZATION, 2018, p. 9): 1. deve ser uma forma de tratamento de dados automatizada⁶, 2. deve ser realizada sobre os dados pessoais ou estar equiparada a eles⁷ e 3. seu objetivo deve ser avaliar aspectos individuais de uma pessoa singular.

Essa interdependência foi bem visualizada no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia (RGPD). De um lado, o art. 4º (4) do referido documento conceitua definição de perfis como quaisquer formas de tratamento automatizado de dados pessoais que os utilizem para avaliar aspectos pessoais de determinada pessoa, especialmente para analisar ou prever características relacionadas com desempenho profissional, situação econômica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocamentos⁸; de outro lado, o art. 22 (1) traz o direito do titular de dados “de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar”⁹ (grifo nosso).

6 Aqui existe certa divergência de interpretação. Tanto o RGDP quanto a LGDP trazem direito à revisão e supervisão de um ser humano nas decisões automatizadas que intervenham nos direitos ou nos interesses dos titulares, desde que ela seja totalmente automatizada, o que afastaria a aplicação dos dispositivos em comento se houvesse alguma intervenção humana. Lançam oportuno entendimento as *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679* da União Europeia, que esclarecem que a intervenção humana deve ser significativa e não apenas um gesto simbólico (DATA PROTECTION WORKING PARTY, 2017, p. 9).

7 LGDP: “Art. 12. [...] § 2º Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada”. Nesse sentido, acertada a posição da Lei, haja vista que o Grupo de Trabalho de Proteção de Dados Pessoais de Macau, desde 2014, já alertava sobre a facilidade de identificação de determinada pessoa, mesmo a partir de dados anonimizados.

8 RGDP: “Art. 4º. Definições. Para efeitos do presente regulamento, entende-se por: 4) “Definição de perfis”, qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocamentos”.

9 RGDP: “Art. 22. Decisões individuais automatizadas, incluindo definição de perfis. 1. O titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar”.

A LGPD brasileira, muito embora não tenha definido juridicamente perfilização nem decisões automatizadas, tratou sobre o assunto indissociando-os, na esteira do regulamento europeu. O art. 20 da lei, que trata sobre o direito do titular à revisão no que toca a essas decisões de modo geral, incluiu no mesmo rol as “decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou aspectos de sua personalidade”¹⁰, mas nada trouxe acerca de conceitos.

Para reforçar a utilidade e o alcance social da norma, de forma a não prejudicar a proteção pretendida pela LGDP aos titulares dos dados, deve-se preencher essa lacuna normativa. Assim é que foi proposto, pelo senador Styvenson Valentim, o Projeto de Lei n. 4.496/2019 do Senado Federal, que pretende adicionar ao art. 5º da LGDP, o qual trata sobre os conceitos jurídicos de termos tecnológicos, o inciso XX. *De lege ferenda*, traz-se a definição de decisão automatizada: relaciona-se ao processo de escolha, aprovação, classificação ou rejeição, atribuição de nota, medida, pontuação ou score, de cálculo de risco, probabilidade ou outro semelhante, que se utiliza de regras, cálculos, instruções, algoritmos, estatística, inteligência artificial, aprendizado de máquina ou outra técnica computacional.

De modo geral, à medida que essas técnicas ficam mais sofisticadas, uma série de dados é agregada ao perfil, como dados biográficos aleatórios, padrões de compra *on-line* e *off-line*, padrões de navegação (a exemplo dos *cookies* e da velocidade do clicar na tela), círculos de contatos em redes sociais, opções de entretenimento, livros lidos ou filmes vistos, informações genéticas e todo e qualquer dado aparentemente inofensivo, mas que, juntos, revelam características muito próprias que têm o potencial de serem aproveitadas economicamente¹¹. Sumpter (2019, p. 38-39), quando analisa redes sociais, sinaliza que “cada ‘curtida’ fornece um pouco de informação sobre uma pessoa e que um acúmulo de ‘curtidas’ permite que seu algoritmo faça conclusões confiáveis”, sendo necessárias “de 40 a 100 dimensões¹² para nos classificar com precisão”. No mesmo caminho, um interessante estudo aponta que o número suficiente

10 LGDP: “Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. (Redação dada pela Lei n. 13.853, de 2019)”.

11 Nesse sentido, ver: MARQUES, C. L.; MUCELIN, G., 2020.

12 Para o autor, dimensões são categorias que variarão conforme o algoritmo utilizado. No experimento que o autor realizou, o algoritmo determinou 13 dimensões em relação às fotos de pessoas em redes sociais, que iam desde fotos somente relacionadas à vida pessoal até o outro extremo, imagens relacionadas somente à vida profissional.

- GUILHERME MUCELIN
- LAÍS BERGSTEIN
- SANDRA REGINA MARTINI

de “curtidas” para que um dispositivo conheça melhor o usuário do que a pessoa que habita na mesma residência está entre 150 e 200 (YOUYOU; KOSINSKI; STILLWEL, 2015, p. 1038).

Assim se pode estabelecer que a qualidade da relação entre consumidores e fornecedores muda, já que, segundo Ford (2000, p. 1575), o perfil individual funcionaria como o sócia do consumidor, não existindo diferenças cruciais, aos olhos do mercado, entre o perfil e o consumidor “real” (BROWNSWORD, 2017, p. 181), justo porque, na medida em que preferências e hábitos da vida privada forem revelados, conclusões acuradas sobre sexo, idade, condição sexual, estado de saúde, de renda e até mesmo de ânimo comporão estratégias de fornecimento. Em outros termos, o fornecedor amoldará produtos, serviços e condições contratuais específicas em tempo real para combinar com vulnerabilidades e necessidades específicas dos consumidores previstas pelos algoritmos, a fim de melhor atender aos interesses da cadeia de fornecimento (MIK, 2016, p. 22-24) e não necessariamente aos dos sujeitos que se engendram nessas relações.

O problema, nesses casos, além da privacidade, é o aproveitamento econômico, ou melhor, a mercantilização das vulnerabilidades de acordo com os interesses convenientes à cadeia de fornecimento. Cabe frisar: decisões automatizadas e perfilização, de maneira geral, servem aos fornecedores para o estabelecimento de relações de consumo que lhes tragam maiores vantagens, de modo, por exemplo, a ofertar preços diferenciados a diferentes consumidores pelo mesmo bem de consumo, potencialmente representando a exclusão de oportunidades e de acessos no mercado.

Sabe-se que o tratamento discriminatório de preços aos consumidores fomentado pelo uso de dados pessoais é recorrente no mercado, embora ainda não se possa precisar qual a sua real extensão (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2018). A identificação e a percepção dos efeitos da discriminação de preços¹³ representam um dos grandes desafios para a efetividade da tutela dos consumidores e da defesa da concorrência¹⁴. E a questão extrapola as fronteiras nacionais (cf. STUCKE; GRUNES, 2016). Diferentemente das situações nas quais a discriminação

¹³ Distingue-se a diferenciação de preços – lícita nos termos da Lei n. 13.455, de 26 de junho de 2017, por exemplo – da discriminação de preços. A Constituição da República veda qualquer forma de discriminação (arts. 3º, IV; 5º, XLI; 227, entre outros) (BERGSTEIN; TRAUTWEIN, 2019).

¹⁴ Sobre a defesa da concorrência e seu papel para a tutela do consumidor, ver Pfeiffer (2015).

ocorre em razão da etnia¹⁵, do gênero¹⁶, da idade ou da condição social¹⁷, o enfoque no comércio eletrônico passa a ser as práticas de *geoblocking* e *geopricing*, ou seja, a oferta ou a precificação diferenciadas com base na localização e no padrão de compras do consumidor: sua sensibilidade ou não ao preço.

No contexto da economia digital, acentua-se, por meio das práticas comerciais do *geopricing* e do *geoblocking*, a diferenciação da oferta de produtos e serviços às pessoas de acordo com a sua localização ou com o seu grau de sensibilidade ao preço de produtos e serviços. Essa diferenciação pauta-se tanto pela sua disponibilidade financeira quanto pela necessidade de consumir, ou seja, pela essencialidade da contratação. Essas práticas comerciais podem, por vezes, configurar ilícitos.

Perceber a ocorrência de tal prática abusiva é um grande desafio. Se a habitualidade de algumas práticas abusivas faz que a ilegalidade passe despercebida no dia a dia do consumidor brasileiro, com o avanço tecnológico, a percepção e comprovação de práticas comerciais discriminatórias tornaram-se ainda mais difíceis. Com o avanço da internet das coisas, qualquer objeto conectado pode ser um potencial coletor de dados e informações pessoais.

O jornal *The New York Times* (MAHESHWARI, 2018) denunciou o uso de dados obtidos por meio de aplicativos de medição de febre para a distribuição de anúncios publicitários por região dos Estados Unidos. As informações sobre a localidade dos

15 “Separados, reconheceu o Tribunal, jamais seriam iguais”, lembrou Ruth Bader Ginsburg, ministra da Suprema Corte dos Estados Unidos, em discurso proferido na África do Sul, em 2006, no qual relatou a evolução histórica da compreensão do tema da discriminação em seu país: “a Constituição dos Estados Unidos tem quase 220 anos e não contém disposição expressa contrária à discriminação com base no gênero. A jurisprudência de proteção igualitária nos Estados Unidos envolve a interpretação do comando de que autoridades governamentais não podem negar às pessoas ‘a igual proteção das leis’. Essas palavras, inseridas na Constituição de 1868, foram interpretadas de forma restrita, mas ao longo do tempo elas provaram ter potencial de crescimento. Nos anos 1890, a Suprema Corte dos Estados Unidos disse que a segregação racial, determinada pela lei estadual, era compatível com o princípio de proteção igualitária da Constituição. Por volta da metade do século XX, a Suprema Corte reconheceu o quão errado estava aquele julgamento. Separados, reconheceu o Tribunal, jamais seriam iguais. No entanto, até 1971, a Corte rejeitou a queixa de toda mulher a que foi negada proteção igual por uma lei estadual ou federal. Naquele ano, em 1971, a Corte guinou em uma nova direção. Os ministros começaram a responder favoravelmente aos argumentos invocados por advogados que demandavam uma interpretação mais dinâmica do princípio da interpretação igualitária, a qual serviria melhor àquela evoluída sociedade dos Estados Unidos” (tradução nossa).

16 No âmbito da União Europeia, organização internacional precursora em termos de proteção dos seus consumidores, o Conselho da Comunidade Europeia aprovou a Diretiva n. 2004/113/CE, de 13 de dezembro de 2004, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento. “Art. 1º: A presente directiva tem por objeto estabelecer um quadro para combater à discriminação em função de sexo no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, com vistas a concretizar nos Estados-Membros, o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres”.

17 Caso paradigmático de discriminação de consumidores foi o impedimento de acesso aos jovens que participaram dos movimentos chamados de “rolezinhos”, prática dos centros comerciais que fere a igualdade de tratamento prevista constitucionalmente, seja de forma geral como direito fundamental, seja de forma específica como direito do consumidor (FREITAS FILHO; COSTA, 2017).

- GUILHERME MUCELIN
- LAÍS BERGSTEIN
- SANDRA REGINA MARTINI

usuários do aplicativo que apresentavam sintomas de gripes e resfriados foram compartilhadas com o setor farmacêutico. O resultado foi o aumento significativo dos investimentos em publicidade dessas regiões pelas empresas beneficiadas com a coleta e o compartilhamento de tais informações dos consumidores.

Pelo que se percebe desse exemplo, a fonte dessas informações pode ser qualquer dispositivo utilizado no dia a dia. Carros, fechaduras, roupas, utensílios de cozinha, geladeiras, televisores, *smartphones*, brinquedos, enfim, todos os equipamentos eletrônicos que nos cercam estão sendo adaptados para coletar, selecionar e armazenar dados pessoais. E a coleta começa cada dia mais cedo. A boneca chamada Hello Barbie, produzida pela Mattel, por exemplo, é integrada com sistemas de reconhecimento de fala e de tecnologia de inteligência de conversação, que lhe permite interagir com a criança e, naturalmente, arquivar em banco de dados as informações por ela ingenuamente fornecidas (CARNETI, 2015), sem falar nas possibilidades de invasões por *hackers*¹⁸.

Não raras vezes, a comprovação somente é possível por causa do oferecimento de denúncias por repostos ou até mesmo pela concorrência no setor.

3. A defesa do consumidor e da concorrência contra o uso indevido de dados pessoais

As *Guidelines for Consumer Protection* das Nações Unidas, atualizadas em 2015, orientam os Estados-membros a, se necessário, rever as políticas de proteção ao consumidor para acomodar as características especiais do comércio eletrônico e garantir que os consumidores e as empresas estejam informados e conscientes dos seus direitos e obrigações no mercado digital (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2016).

A concentração de informações sobre as características pessoais do consumidor resulta em uma posição de poder do fornecedor (SEARS, 2019, p. 10), a qual lhe permite

¹⁸ Por conta disso, outra boneca, mas com as mesmas características, chamada de Cayla, foi proibida em alguns países (MIRAGEM, 2017). Na Alemanha, o Bundesnetzagentur, em 2017, responsável pelas telecomunicações naquele país, alertou sobre possíveis falhas de privacidade na boneca Cayla, além de problemas em relação à segurança, como o fato de um usuário na mesma rede do brinquedo poder ter acesso e se conectar a ele e transmitir/receber dados sem o consentimento dos pais, transformando a boneca em uma “espiã”, possibilitando assim o acesso à criança ou ao adolescente por pessoas mal-intencionadas. Pela lei alemã, não só sua comercialização foi proibida, mas também sua posse é considerada para fins de direito penal, pois classificou a boneca como dispositivo de espionagem ilegal (BOLGER, 2017).

pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física¹⁹. O processamento dos dados constitui uma vantagem que, dependendo de como utilizado, pode limitar significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida, como resultado de uma influência indevida.

Ocorre que a identificação de práticas abusivas envolvendo a captura e o uso não autorizados de dados pessoais não é simples. Além da grande quantidade de informações disponibilizada na rede (*big data*), os termos de consentimento para captura e armazenamento de dados pessoais são, geralmente, bastante genéricos, o que obstaculiza a identificação do desvio de finalidade no uso da informação. A constatação e coibição de tais práticas perpassam, nesse contexto, tanto a atuação dos órgãos e das associações internacionais de proteção e defesa dos consumidores no controle dessas práticas comerciais²⁰ quanto o oferecimento de denúncia pelos concorrentes. Um dos mais recentes exemplos no mercado brasileiro foi o caso da Decolar.com (FRAZÃO, 2018), que trouxe a lume o uso de inteligência artificial para diferenciar preços aos consumidores pelo mesmo item.

A identificação das práticas ocorreu, naquele caso, por causa da representação por outra empresa que atua no mercado de hospedagem como intermediária entre estabelecimentos hoteleiros e consumidores, a qual alegou que a denunciada “estaria oferecendo reservas a preços diferentes, a depender da localização do consumidor, identificado por intermédio do Internet Protocol - IP (identificação única para cada aparelho com acesso à Internet, conectado a uma rede)”, o que configuraria o *geopricing*, bem como “ocultando a disponibilidade de acomodações a consumidores brasileiros, em favor de consumidores estrangeiros, conduta denominada *geoblocking*” (BRASIL, 2020a).

Subsidiado pela Nota Técnica n. 92/2018 (BRASIL, 2020a), que constatou a violação aos arts. 4º, *caput*, incisos I e III, 6º, incisos II, III e IV, e 39, incisos II, IX e X do CDC, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), sob a diretoria da Dra. Ana Carolina P. Caram Guimarães, aplicou a sanção administrativa de multa à Decolar.

¹⁹ Um bom exemplo pode ser visto no caso da Cambridge Analytica, empresa que manipulou as eleições dos Estados Unidos e que se utiliza de “*microtargeting* comportamental” a partir de dados pessoais do Facebook com o fim de organizar modelos preditivos que revelam os “gatilhos” psicológicos básicos de cada pessoa e influenciar, dessa maneira, o processo de eleição (KAISER, 2020, p. 195). Sobre uma possível vulnerabilidade por manipulação, que teve como centro de análise o discurso retórico de grandes empresas da economia do compartilhamento, ver: MUCELIN, 2020, em especial o primeiro capítulo.

²⁰ A Consumers International (2016, tradução nossa) há anos reconheceu que “está cética quanto ao fato de a proteção ao consumidor, como atualmente concebida e implementada, ser suficiente para defender os direitos do consumidor em um ambiente em que aparelhos e dispositivos em nossas casas, nossos veículos e nossas pessoas se tornam mais inteligentes e conectados”.

- GUILHERME MUCELIN
- LAÍS BERGSTEIN
- SANDRA REGINA MARTINI

com Ltda., empresa consolidada no setor de turismo, pelo uso de dados de localização do consumidor para “a diferenciação de preço de acomodações e negativa de oferta de vagas, quando existentes” (BRASIL, 2018b), práticas reconhecidas como abusivas e discriminatórias. A denunciada negou as acusações²¹, e a questão foi submetida à apreciação do Poder Judiciário²² sob sigilo de justiça (CAMURÇA, 2020, p. 131) para preservação dos interesses comerciais diante da necessidade de a requerida, quando de sua defesa técnica, revelar o *modus operandi* e seu modelo de negócio. A ação ainda não transitou em julgado, mas o caso já foi amplamente noticiado em diversos meios de comunicação (“DECOLAR É MULTADA EM R\$ 7,5 MILHÕES POR DIFERENCIAR PREÇOS A CONSUMIDOR”, 2018; “DECOLAR.COM É MULTADA EM R\$ 7,5 MILHÕES POR DIFERENCIAÇÃO DE PREÇO”, 2018), e a exposição do nome da empresa foi negativa no mercado de consumo brasileiro.

Conforme pontua Ana Frazão (2018), a legislação antitruste também estabelece a ilicitude da abusiva discriminação de adquirentes de bens ou serviços por meio de fixação diferenciada de preços ou da recusa de venda em consonância com os usos e costumes comerciais. O art. 36, § 3º, “d”, X, da Lei n. 12.529/2011 estabelece expressamente como infração à ordem econômica a prática mercantil consistente em discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços (BRASIL, 2011).

Também com base na Lei n. 12.529/2011, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que “a discriminação de adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços mediante imposição diferenciada de preços, bem como a recusa à venda de bens ou à prestação de serviços em condições de pagamento corriqueiras na prática comercial (art. 36, X e XI)” configura infração à ordem econômica “a despeito da existência de culpa ou de ocorrência de efeitos nocivos” (BRASIL, 2015).

A precificação diferenciada somente se admite excepcionalmente, por razões justificadas. Ary Solon (1996) sugere algumas das peculiaridades da contratação que au-

21 Em nota, a Decolar informou que não pratica *geopricing* em seu modelo de negócios da companhia, que opera com transparência, honestidade, integridade e respeito aos seus clientes, e, principalmente, em conformidade com as leis, as normas e os regulamentos aplicáveis em todos os países em que atua. A empresa opera em cada país por meio de um *site* local, que não faz discriminação de preços nacionais ou estrangeiros. Sobre a acusação de manipular as reservas e a disponibilidade de vagas em hotéis, discriminando o consumidor brasileiro em favor do argentino, a companhia reforça que se trata de um questionamento errôneo e inverídico, uma vez que são comparados mercados distintos (Argentina e Brasil), sujeitos a legislações, regulamentos e precificação diferentes. Ver ainda a síntese da defesa da Decolar em Brasil (2020a).

22 Com o ajuizamento, pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), da Ação Civil Pública n. 0018051-27.2018.8.19.0001, que tramita perante a 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro (BRASIL, 2020b).

torizariam uma diferenciação de preços: 1. a contemporaneidade das diversas vendas, 2. a similaridade dos produtos ou sua diferença física, 3. a categoria de compradores (grandes revendedores, lojas de descontos ou varejistas), 4. a localização geográfica do comprador (que pode importar no aumento de custos de transportes e seus riscos), 5. a quantidade adquirida, 6. serviços prestados pelos adquirentes na promoção dos produtos, e outros muitos fatores justificadores de diferenciação de preços.

Na Europa, os dias que antecederam a vigência da regulamentação da União Europeia de proteção de dados pessoais foram marcados por inúmeros *e-mails* contendo explicações sobre as políticas de uso de sistemas de *e-mail* e de armazenamento. No Brasil, em que pese o fato de a nova legislação ter uma base constitucional sólida²³, o início da vigência da Lei n. 13.709/2018 (LGPD), publicada em 15 de agosto de 2018, foi bastante tumultuado²⁴.

Na prática forense, percebe-se que, a despeito do reconhecimento do direito à autodeterminação informativa (art. 2º, II, LGPD), atribuindo ao titular dos dados pessoais o controle sobre o uso e o compartilhamento das suas informações, grande parte dos fornecedores não está preparada para o cumprimento da lei. Essa diretriz determina modificações profundas em diversos negócios, exigindo a implementação de mecanismos efetivos de segurança das informações e de conformidade com a legislação, acentuando o controle sobre um ambiente até então pouco ou quase nada regulado. E as sanções pelo descumprimento são graves²⁵.

23 Encontra seus alicerces principalmente nos princípios de tutela da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e de proteção ao sigilo de seus dados (art. 5º, X e XII, da Constituição Federal).

24 Conforme redação dada pela Lei n. 13.853, de 2019, os arts. 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A e 58-B da LGPD entraram em vigor no dia 28 de dezembro de 2018. Os arts. 52, 53 e 54, incluídos pela Lei n. 14.010/2020, entrarão em vigor em 1º de agosto de 2021. A Medida Provisória n. 959/2020 e a respectiva Lei de Conversão, contudo, estabeleceram regras distintas para a vigência da maior parte da LGPD, tema ainda em discussão.

25 As sanções administrativas aplicáveis isolada ou cumulativamente pela Autoridade Nacional são previstas no art. 52 da LGPD e poderão incluir uma multa por infração de até 2% do faturamento da pessoa jurídica, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, podendo atingir até R\$ 50 milhões (art. 52, II, da LGPD). Também é prevista uma sanção de *shaming*, ou seja, de publicização da infração após a apuração e a confirmação da sua ocorrência por meio de processo administrativo (art. 52, IV, da LGPD). As sanções da LGPD não excluem as previstas em outras leis, como a que define o crime de concorrência desleal em desfavor de outras empresas do setor quando os dados obtidos ilegalmente forem utilizados para oferta de produtos ou serviços, gerando uma vantagem competitiva no setor. Delito previsto no art. 195, XI e XII, da Lei n. 9.279/96: “Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: [...] XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude. [...] Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa”.

- GUILHERME MUCELIN
- LAÍS BERGSTEIN
- SANDRA REGINA MARTINI

A limitação legal do valor da multa que pode ser aplicada pelos órgãos de defesa do consumidor prevista no art. 57, parágrafo único, do CDC²⁶ pode, em algumas circunstâncias, mitigar o fator de desestímulo às práticas comerciais abusivas. Por sua vez, a publicização da imposição de sanções administrativas pode ensejar um abalo à honra objetiva e, com ele, prejuízos imensuráveis à empresa. Além disso, a necessidade de revelar a forma de funcionamento do negócio no âmbito de um processo judicial, na fase de instrução probatória, é fator de risco para as empresas sob a perspectiva concorrencial. Essas preocupações devem servir como incentivo à manutenção de políticas de governança e *compliance* bastante rígidas, que priorizem uma perspectiva conservadora na interpretação e na observância das normas jurídicas, a fim de reduzir os riscos de exposição da marca (BERGSTEIN, 2020).

No campo da propriedade industrial, o desenvolvimento de marcas de certificação pode contribuir para o incremento da segurança das contratações. A marca de certificação é usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com normas, padrões ou especificações técnicas determinados, notadamente quanto à qualidade, à natureza, ao material utilizado e à metodologia empregada (art. 123, inciso II, da Lei n. 9.279/96, Lei de Propriedade Industrial - LPI).

A marca de certificação possui finalidade distinta das marcas de produto e de serviço; o seu objetivo principal é informar ao público que o produto ou serviço distinguido pela marca está de acordo com normas ou padrões técnicos específicos. Nos moldes da LPI, a marca de certificação deve ser utilizada somente por terceiros que o titular autorize como forma de atestar a conformidade do produto ou serviço aos requisitos técnicos, ou seja, destina-se apenas à certificação de terceira parte. Uma vez cumpridos os requisitos, o interessado está apto a incorporar em seu produto/serviço a marca de certificação do titular do registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (Inpi).

Uma marca dessa natureza não substitui nem dispensa os selos de inspeção sanitária ou o cumprimento de qualquer regulamento ou norma específica para produto ou serviço estabelecidos pela legislação vigente, mas pode ser um passo importante na

26 “Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos. (Redação dada pela Lei n° 8.656, de 21.5.1993) Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo. (Parágrafo acrescentado pela Lei n° 8.703, de 6.9.1993).”

garantia de conformidade com elevados padrões de segurança no que concerne ao uso de dados pessoais.

4. Considerações finais

Ludwig Krämer (2019, p. 24) afirma que o “verdadeiro nascimento” do direito do consumidor na então chamada Comunidade Europeia ocorreu em outubro de 1972, por ocasião da primeira reunião dos chefes de Estado e de governo dos nove países integrantes da Comunidade Europeia em Paris, quando definiram os novos domínios de ação comunitária (referentes às políticas regional, ambiental, social, energética e industrial).

O documento final desse encontro, com notável atualidade, declara o seguinte:

O crescimento econômico não é um fim em si mesmo. Seu primeiro objetivo deve ser o de reduzir as disparidades nas condições de vida. Deve ocorrer com a participação de todos os agentes sociais. Isso deve resultar em uma melhoria na qualidade de vida e nos padrões de vida. Como convém ao gênio da Europa²⁷, será dada especial atenção aos valores intangíveis e à proteção do meio ambiente, para que o progresso seja realmente colocado a serviço da humanidade²⁸.

Em 1973, a Comissão das Nações Unidas sobre os Direitos do Homem deliberou que o consumidor deveria gozar de quatro direitos fundamentais: 1. o direito à segurança; 2. o direito à informação sobre produtos, serviços e suas condições de venda; 3. o direito à escolha de bens alternativos de qualidade satisfatória a preços razoáveis; e 4. o direito de ser ouvido no processo de decisão governamental.

A expansão do comércio eletrônico, a revolução da internet das coisas e a crescente internacionalização das relações de consumo (DJUROVIC; MICKLITZ, 2017) extrapolam o campo da ciência e da técnica e exigem novos arquétipos jurídicos (MARTINI, 2017). Para solucionar os problemas contemporâneos, não se pode contar apenas com o processo legislativo. A segurança das contratações e o equilíbrio do mercado dependem de iniciativas inovadoras pautadas no direito posto.

²⁷ Acredita-se que a referência constante no documento oficial seja uma alusão à obra de Havelock Ellis, intitulada *The genius of Europe*, publicada em Londres, pela Williams & Norgate, em 1950.

²⁸ “Economic expansion is not an end in itself. Its first aim should be to enable disparities in living conditions to be reduced. It must take place with the participation of all the social partners. It should result in an improvement in the quality of life as well as in standards of living. As befits the genius of Europe, particular attention will be given to intangible values and to protecting the environment, so that progress may really be put at the service of mankind” (UNIÃO EUROPEIA, 1973).

- GUILHERME MUCELIN
- LAÍS BERGSTEIN
- SANDRA REGINA MARTINI

Para evitar uma obsolescência prematura das normas jurídicas, é preciso que elas sejam pensadas como sistemas, dotadas de elevada carga axiológica e principiológica, a fim de que o seu intérprete consiga adaptar o valor eleito pelo legislador ao caso concreto. A elevação da carga axiológica ou principiológica das normas é o que atualiza e prepara os ordenamentos jurídicos para as mudanças constantes na pós-modernidade.

Não se pode olvidar que, em uma sociedade em constante transformação, como é o caso da transformação digital²⁹, “também o direito do consumidor necessita se apropriar de ‘novos-velhos’ conceitos, como confiança e vulnerabilidade, e enxergar o consumidor como o outro-eu”, um “eu” internacionalizado, sem fronteiras, em que sua pessoa virtual, seu corpo eletrônico, como prefere Rodotà (2009, p. 80), corre pelos quatro cantos do mundo em forma de dados: cada vez mais deve-se buscar uma harmonização das regras no plano internacional.

Como o comércio eletrônico e o uso da internet não conhecem barreiras geográficas, no plano internacional é necessário atingir um grau mínimo de compatibilidade entre os sistemas jurídicos. Na mesma medida em que o crescimento econômico não é um fim em si mesmo, deve servir para reduzir as disparidades nas condições de vida, e as novas tecnologias, permeadas de riscos e oportunidades, devem ser utilizadas para a melhoria das condições de vida e a eliminação da discriminação.

Como o direito certamente não pode ficar alheio a essa nova realidade, deve adaptar-se e buscar para si novos paradigmas que vão se formando, ao mesmo tempo que convive com os já presentes no tecido social e na malha de direito do consumidor.

REFERÊNCIAS

BARBA, C. 2020: la fin du e-commerce ou l'avènement du commerce connecté? Paris: Fédération E-commerce et Vente à Distance, 2011.

BERGSTEIN, L. Inteligência artificial nas práticas de *geopricing* e *geoblocking*: a tutela dos vulneráveis nos contratos eletrônicos. In: TEPEDINO, G.; SILVA, R. G. *O direito civil na era da inteligência artificial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BERGSTEIN, L.; TRAUTWEIN, J. R. Discriminação e Diferenciação de Preços nas Relações de Consumo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU)*, v. 47, p. 136-156, 2019.

BOLGER, P. The internet of things: Cayla doll is banned in Germany over privacy and security concerns. *LK Shields*. 2017. Disponível em: <https://www.lkshields.ie/>. Acesso em: 31 ago. 2020.

²⁹ A transformação digital pode ser definida como o conjunto de mudanças tecnológicas que tem a capacidade de influenciar todos os aspectos da vivência humana (STOLTERMAN; FORS, 2004, p. 689).

BONATTI, A.; CISTERNAS, G. Consumer scores and price discrimination. *The Review of Economic Studies*, v. 87, n. 2, p. 750-791, 2020.

BOURREAU, M.; STREEL, A. de. *The regulation of personalized pricing in the digital era*. Paris: OCDE, 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/personalised-pricing-in-the-digital-era.htm>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Decreto n. 5.903, de 20 de setembro de 2006, dispõe sobre as práticas infracionais que atenuam contra o direito básico do consumidor de obter informação adequada e clara sobre produtos e serviços previstas na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF, 20 set. 2006.

BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, dentre outras providências. Brasília, DF, 30 nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF, DOU de 15 ago. 2018a.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC. Processo: 08012.002116/2016-21. 18 jun. 2018b.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC. Nota Técnica n. 92/2018/CSA-SENAACON/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENAACON/MJ. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/SENAACON/SENAACON_NOTA_TECNICA/SENAACON%20DECIS%C3%83O%20geo%20pricing%20e%20geo%20blocking%20multa.pdf. Acesso em: 13 ago. 2020a.

BRASIL. Ministério Público. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/61905>. Acesso em: 13 ago. 2020b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.479.039/MG, relator ministro Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 6 out. 2015.

BROWNSWORD, R. The E-Commerce Directive, consumer transactions, and the digital single market: questions of regulatory fitness, regulatory disconnection and rule redirection. In: GRUNDMANN, S. (ed.). *European contract law in the digital age*. Cambridge, UK: Intersentia, 2017. p. 165-204.

CAMURÇA, L. C. V. de. *Sociedade de vigilância, direito à privacidade e proteção de dados pessoais: uma análise sobre a influência de técnicas de publicidade comportamental na internet no consumidor usuário*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2020.

CARNETI, K. Boneca conectada à internet conversa com crianças e armazena informações. *Exame*, 19 fev. 2015. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/boneca-conectada-a-internet-conversa-com-criancas-e-armazena-informacoes/>. Acesso em: 1º dez. 2020.

CONSUMERS INTERNATIONAL. Briefing: The Internet of Things and challenges for consumer protection. Apr. 2016. Disponível em: <https://www.consumersinternational.org/media/1294/briefing-connection-and-protection-the-internet-of-things-and-challenges-for-consumer-protection.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2020.

- GUILHERME MUCELIN
- LAÍS BERGSTEIN
- SANDRA REGINA MARTINI

DATA PROTECTION WORKING PARTY. *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*. 2017. Disponível em: ec.europa.eu. Acesso em: 17 ago. 2020.

DECOLAR é multada em R\$ 7,5 milhões por diferenciar preços a consumidor. *Veja*, 18 jun. 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/decolar-e-multada-em-r-75-milhoes-por-diferenciar-precos-a-consumidor/>. Data de acesso: 1º dez. 2020.

DECOLAR.COM é multada em R\$ 7,5 milhões por diferenciação de preço. *O Globo*, 18 jun. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/decolarcom-multada-em-75-milhoes-por-diferenciacao-de-preco-22794582>. Acesso em: 1º dez. 2020.

DJUROVIC, M.; MICKLITZ, H. W. *Internationalization of Consumer Law: a game changer*. Gewerbestrasse: Springer Nature, 2017.

EUROPEAN CONSUMER ORGANIZATION. *Automated decision making and artificial intelligence: a consumer perspective*. Bruxelles: Bureau Européen des Unions Consommateurs, 2018.

FORD, R. T. Save the robots: cyber profiling and your so-called life. *Stanford Law Review*, p. 1573-1584, 2000.

FRAZÃO, A. *Geopricing e geoblocking: as novas formas de discriminação de consumidores. Os desafios para o seu enfrentamento*. *Jota*, 15 ago 2018. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/geopricing-e-geoblocking-as-novas-formas-de-discriminacao-de-consumidores-15082018. Acesso em: 13 ago. 2020.

FREITAS FILHO, R.; COSTA, J. P. B. da. Direitos fundamentais, direito do consumidor e igualdade: o caso dos “rolezinhos”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 112, p. 321-338, jul./ago. 2017.

GINSBURG, R.B. *Advocating the Elimination of Gender-Based Discrimination: The 1970s New Look at the Equality Principle* University of Cape Town, South Africa, 2006. [Discurso proferido em 10 de fevereiro de 2006]. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/viewspeech/sp_02-10-06. Acesso em: 30 ago. 2020.

HILDEBRANDT, M. Defining profiling: a new type of knowledge? In: HILDEBRANDT, M.; GUTWIRTH, S. *Profiling the European citizen*. Dordrecht: Springer, 2008. p. 17-45.

KAISER, B. *Manipulados: como a Cambridge Analytica e o Facebook invadiram a privacidade de milhões e botaram a democracia em xeque*. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2020.

KOTLER, P.; KARTAJAYA, H.; SETIAWAN, I. *Marketing 4.0: do tradicional ao digital*. Tradução Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2017.

KOTLER, P.; KELLER, K. L. *Administração de marketing*. Tradução Sônia Midori Yamamoto. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2012.

MACAU. Grupo de trabalho para a proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais. Parecer 05/2014 sobre técnicas de anonimização. 2014. Disponível em: <https://www.gdpd.gov.mo/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

MAHESHWARI, S. *Got a fever? There's an ad for that*. *The New York Times*, 23 Oct. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/10/23/business/media/fever-advertisements-medicine-clo-rox.html?action=click&module=Top%20Stories&pgtype=Homepage>. Acesso em: 30 ago 2020.

MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B. Serviços simbióticos ou inteligentes e proteção do consumidor no novo mercado digital: homenagem aos 30 anos do Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Advogado sobre os “30 anos do Código de Defesa do Consumidor”*. (ahead of print).

MARQUES, C. L.; MUCELIN, G. Inteligência artificial e “opacidade” no consumo: a necessária revalorização da transparência para a proteção do consumidor. In: TEPEDEINO, G.; SILVA, R. G. *O Direito Civil na Era da Inteligência Artificial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MARTINI, S. R. Metateoria do Direito Fraternal e direito do consumidor: limites e possibilidades do conceito de fraternidade. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 113, set./out. 2017, p. 271-295.

MICKLITZ, H.-W. et al. *The fathers and mothers of Consumer Law and Policy in Europe: the foundational years 1950-1980*. Fiesole, FL: European University Institute, 2019.

MIK, E. The erosion of autonomy in online consumer transactions. *Law, Innovation and Technology*, v. 8, n. 1, p. 1-38, 2016.

MIRAGEM, B. A internet das coisas e os riscos do admirável mundo novo. *Consultor Jurídico*, 29 mar. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-29/garantias-consumo-internet-coisas-riscos-admiravel-mundo>. Acesso em: 1º dez. 2020.

MIRAGEM, B. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 125, set./out. 2019.

MIRAGEM, B. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Personalised pricing in the digital era*. Prepared by Pedro Gonzaga, Michael Donohue and Dries Cuijpers. Background Note by the Secretariat. DAF/COMP(2018)13. 28 November 2018.

PFEIFFER, R. A. C. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

POŁUDNIAK-GIERZ, K. Consequences of the use of personalization algorithms in shaping an offer: a private law perspective. *Masaryk University Journal of Law and Technology*, v. 13, n. 2, p. 161-188, 2019.

RODOTÀ, S. Data protection as a fundamental right. In: GUTWIRTH, S. et al. *Reinventing data protection?* Netherlands: Springer, 2009. p. 77-82.

RODOTÀ, S. *Il diritto di avere diritti*. Bari: Laterza, 2012.

SEARS, A. M. The limits of online price discrimination in Europe. *Columbia Science & Technology Law Review*, v. 21, p. 1-42, 2019.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei n. 4.496. Altera a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD), para definir a expressão “decisão automatizada”. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138136>. Acesso em: 19 maio 2020.

• GUILHERME MUCELIN
• LAÍS BERGSTEIN
• SANDRA REGINA MARTINI

SOLON, A. Diferenciação de preços. *Revista do Ibrac - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo, v. 3, p. 105-116, jan. 1996.

STOLTERMAN, E.; FORS, A. C. Information technology and the good life. In: KAPLAN, B.; TRUEX III, D. P.; WASTELL, D.; WOOD-HARPER, A. T.; DEGROSS, J. I. *Information Systems Research: Relevant Theory and Informed Practice*. Boston, Dordrecht, London, Moscow: Kluwer Academic Publishers, p. 687-692, 2004.

STUCKE, M. E.; GRUNES, A. P. *Big data and competition policy*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/308970973>. Acesso em: 1º dez. 2020.

SUMPTER, D. *Dominados pelos números. Do Facebook às fakenews - os algoritmos que controlam nossa vida*. Tradução Anna Maria Sotero e Marcello Neto. Rio de Janeiro: Bertrandt, 2019.

TEPEDINO, G.; SILVA, R. da G (coord.). *O direito civil na era da inteligência artificial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Declaration of the Council of the European Communities and of the representatives of the Governments of the Member States meeting in the Council of 22 November 1973 on the programme of action of the European Communities on the environment. 1973. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41973X1220:EN:HTML>. Acesso em: 2 dez. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de Dezembro de 2004, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0113&from=PT>. Acesso em: 13 ago. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>. Acesso em: 2 dez. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *United Nations Guidelines for Consumer Protection*. New York, Geneva: United Nations, Unctad. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_en.pdf. Acesso em: 5 nov. 2018.

YOUYOU, W.; KOSINSKI, M.; STILLWELL, D. Computer-based personality judgments are more accurate than those made by humans. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v. 112, n. 4, p. 1036-1040, 2015.

REMINISCENCIAS CANÓNICAS EN LA PRAXIS PROCESAL CORDOBESA DURANTE LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIX, ARGENTINA

Pamela Alejandra Cacciavillani*

RECEBIDO EM:	18.11.2020
APROVADO EM:	2.12.2020

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Docente Investigadora. Profesora en Escuela de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Monterrey (UDEM), México. Candidata a Investigadora Nacional por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), a partir de enero del 2020. Correo electrónico: pamela.cacciavillani@udem.edu.mx ORCID: 0000-0002-9482-2659

· PAMELA ALEJANDRA CACCIAVILLANI

- **RESUMEN:** La segunda mitad del siglo XIX trajo, para el entonces territorio cordobés, una serie de cambios relevantes en términos legales. No obstante estas transformaciones, en el ámbito procesal se advierte la pervivencia de legislación y prácticas propias del orden indiano. Considerando la fuerte relación existente entre derecho y religión en el régimen colonial y su continuidad durante la segunda mitad del siglo XIX, este trabajo pretende analizar una práctica concreta: la solicitud de excomunión en un juicio civil. Con ese objetivo, se indagará en el rol de las penas espirituales dentro de la jurisdicción civil, señalando así los límites entre esta y la jurisdicción eclesiástica. En esta dirección, para divisar las transformaciones y límites entre ambas jurisdicciones proponemos un estudio comparativo entre un texto de práctica forense y las leyes procesales provinciales.
- **PALABRAS CLAVE:** Prácticas procesales. Excomunión. Derecho.

REMINISCÊNCIAS CANÔNICAS NA PRÁTICA PROCESSUAL DE CÓRDOBA DURANTE A SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX, ARGENTINA

- **RESUMO:** A segunda metade do século XIX trouxe para o ainda então território de Córdoba, Argentina, uma série de transformações relevantes em termos legais. Inobstante tais transformações, pode-se perceber a sobrevivência da legislação e das práticas típicas da ordem indiana no campo processual. Considerando a forte relação entre direito e religião no regime colonial e a sua continuidade durante a segunda metade do século XIX, este trabalho busca analisar uma prática específica: o pedido de excomunhão em julgamento civil. Com este objetivo em mente, o presente estudo investigará o papel desempenhado pelas penas espirituais dentro da jurisdição civil, apontando, assim, os limites entre esta e a jurisdição eclesiástica. Neste sentido, a fim de discernir as transformações e limites entre ambas as jurisdições, propomos um estudo comparativo entre um texto de prática forense e as leis processuais provinciais.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Práticas processuais. Excomunhão. Direito.

CANONICAL REMINISCENCES IN PROCEDURAL PRAXIS IN THE SECOND HALF OF THE 19TH CENTURY IN CORDOBA ARGENTINA

- **ABSTRACT:** The second half of the 19th century brought with it a series of more than relevant legal transformations in the Argentinean territory of Cordoba of the time. Notwithstanding these incipient changes, one can see the survival of practices and legislation typical of the Indian order remaining on the legal-procedural field. Taking into consideration, on the one hand, the strong relationship between law and religion in colonial law and, on the other hand, the survival of the latter during the second half of the nineteenth century, this paper seeks to analyze a specific practice: the request for excommunication in a civil trials. It will thus investigate the role of spiritual penalties within civil jurisdiction. This analysis will contribute to the study of the limits between civil and ecclesiastical jurisdiction at the end of the 19th century. In this direction, in order to discern transformations and boundaries between the two jurisdictions, we propose a comparative study between a text of forensic practice and provincial procedural laws.
- **KEYWORDS:** Procedural practices. Excommunication. Law.

1. Introducción

La segunda mitad del siglo XIX constituye el momento en que las empresas codificadoras lograron cierto éxito en el territorio argentino, entendiendo por esto, la sanción y posterior entrada en vigencia de diversos cuerpos normativos; no así su efectividad. No obstante el marcado interés que la codificación, tanto civil como penal, despertó y todavía despierta en las investigaciones en historia del derecho, el estudio de la experiencia codificadora en el ámbito procesal es un asunto pendiente. Sobre esta situación, Levaggi señaló hace ya algunos años el escaso interés “por el conocimiento, con criterio histórico-jurídico, de la codificación procesal en las provincias”¹. Si bien, a partir de los

1 A. LEVAGGI, *La codificación del procedimiento civil en la Argentina*, Revista Chilena de Historia del Derecho 9 (1983) 211-47, p. 211.

· PAMELA ALEJANDRA CACCIAVILLANI

numerosos y prolíficos estudios que en el marco de la historia de la justicia² han reconstruido las prácticas procesales en sus contextos de producción, el análisis jurídico de la irrupción de los instrumentos normativos procesales continúa siendo una problemática que demanda atención.

En buena medida, la finalidad de este artículo es contribuir con esta agenda pendiente en un punto específico: los límites entre la jurisdicción civil y la eclesiástica. Para ello, analizaremos un tipo de práctica procesal concreta: la solicitación de excomunión en un expediente por tierras, medida que demandaba necesariamente la actuación conjunta de la jurisdicción eclesiástica y secular. Como bien lo ha señalado Agüero, para el ámbito criminal del antiguo régimen, “Los remedios espirituales y las penas seculares debían cooperar para mantener a los hombres en el camino de la virtud³.” Pese a los conflictos que emergían “no faltaban ocasiones en las que las autoridades eclesiásticas y seculares operaban conjuntamente para resolver cuestiones criminales⁴.”

Si bien nuestro análisis tiene como objeto una cuestión en el ámbito civil, partimos de la cooperación señalada por Agüero y de la evidencia de excomuniones en este ámbito⁵. Nuestro caso de estudio reflejaría no solo la labor conjunta de ambas jurisdicciones en la segunda mitad del siglo XIX sino también el poder que recaía en “la amenaza religiosa ultraterrena”⁶. El uso de este tipo de mecanismos demanda una reflexión en torno al valor de la religión en los primeros años de la segunda mitad del siglo XIX así como de la percepción que los magistrados de la jurisdicción civil tenían respecto de la poca efectividad de las penas seculares. Máxime cuando el tribunal que solicitaba la colaboración era la Excelentísima Cámara de Justicia de la provincia de Córdoba.

Para llevar adelante este análisis se propone como caso de estudio un juicio llevado ante la Excelentísima Cámara de Justicia de la provincia de Córdoba. En este proceso

2 A. AGÜERO, *Tradición jurídica y derecho local en época constitucional: El Reglamento para la Administración de justicia y policía en la campaña de Córdoba, 1856*, Revista Historia del Derecho, 41 (2016) 1-43.; D. BARRIERA (comp.), *Justicia y fronteras. Estudios sobre historia de la justicia en el Río de la Plata. (Siglos XVI-XIX)*, Universidad de Murcia / Servicio de Publicaciones / Red Columnaria, Murcia 2009, 244 pp.; D. BARRIERA, *Historia y Justicia. Política y sociedad en el Río de la Plata (Siglos XVI-XIX)*, Prometeo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires 2019, 742 pp.; N. BERALDI, *La implementación de la justicia de paz en la provincia de Córdoba. ¿Claves tradicionales en un mundo liberal?*, Revista Historia del Derecho, 53 (2017) 1-22.; M. A. CORVA, *Constituir el gobierno, afianzar la justicia. El poder judicial de la provincia de Buenos Aires (1853-1881)*, Prohistoria Ediciones / Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Rosario 2014, 364 pp.

3 A. AGÜERO, *Castigar y perdonar cuando conviene a la república. La justicia penal de Córdoba, siglos XVII y XVIII*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, 488 pp., p. 139.

4 A. AGÜERO, *Castigar y perdonar cuando conviene a la república...*, cit., 139.

5 S. BENITO MOYA, “Nadie le quite pena de excomunión mayor”. *Escritura expuesta y confesionalización en Córdoba del Tucumán durante la colonia*, Documenta Et Instrumenta - Documenta Et Instrumenta, 18 (2020) 11-40.

6 A. AGÜERO, *Castigar y perdonar cuando conviene a la república...*, cit., 135.

por tierras se enfrentó el pueblo de indios de Quilino contra Don Juan Manuel Carranza. Su marcada extensión temporal, de 1856 a 1872, permite apreciar la construcción de un orden jurídico que se bifurca en dos escalas: la nacional (con los códigos de fondo) y la provincial (con la normativa procesal). Simultáneamente, a lo largo de sus fojas se advierte la transición hacia un nuevo horizonte legal y “el paso de una sociedad tradicional, de unanimidad religiosa, que concibe la no diferenciación de esferas (espiritual-temporal, civil-religiosa) a una sociedad que comienza a diferenciarlas mediante un lento proceso de secularización”⁷. Este último aspecto, se materializa en el caso de estudio a partir de la solicitud de una pena eclesiástica concreta y su devenir: la excomunión, según lo establecido en la normativa tridentina. En ese sentido, la invocación del Concilio de Trento como fuente normativa dentro de la causa revela “la vigencia de prácticas que introducían en los procesos judiciales a autoridades y normas de carácter religioso”⁸. Pese a la solicitud de la medida, la falta de concreción de la misma revelaría la pérdida de efectividad de las penas espirituales en un contexto de transición jurídica.

2. Penas espirituales en un juicio por tierras

En la historia jurídica son conocidos los casos en los que “la Iglesia proporcionaba un auxilio espiritual a la justicia secular para ayudar a su eficacia”.⁹ La aplicación de penas espirituales, tanto en el ámbito canónico como fuera de él, da cuenta que el “derecho y religión han concurrido durante un tiempo a la conformación de un mismo sistema compulsivo de ordenación social”¹⁰. A esto se suma que en la normatividad vigente en la América colonial y en la independiente “el Derecho era considerado como uno de los elementos de ordenación de la vida social, junto a la Religión y a la Moral”¹¹. Estos elementos, propios de la tradición jurídica hispánica, rigieron igualmente en el Derecho

7 M. GALLARDO, *Clero secular y territorialización parroquial en la diócesis de Córdoba, 1875-1925 Prácticas y poder pastoral en el marco del proceso de romanización de la Iglesia y modernización del Estado*, Universidad Nacional de la Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Secretaría de Posgrado, La Plata 2016, 942 pp., p. 100.

8 P. CACCIAVILLANI, *De propiedad comunal a propiedad individual. El régimen jurídico de la propiedad en Córdoba (1871-1885)*. Tesis de doctorado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina 2018 p. 74.

9 A. AGÜERO, *Las penas impuestas por el Divino y Supremo Juez. Religión y justicia secular en Córdoba del Tucumán (Siglos XVII y XVIII)*, *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas*, 46 (2009) 203-30, 212.

10 B. CLAVERO, *Religión y Derecho. Mentalidades y Paradigmas*, *Historia Instituciones Documentos*, 11 (1984) 67-92, p. 88.

11 T. TAU ANZOATEGUI, *El Jurista en el Nuevo Mundo. Pensamiento. Doctrina. Mentalidad*, *Global Perspectives on Legal History*, Max Planck Institute für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt 2016, 270 pp., p. 26.

Indiano e incluso se aprecian, desde una perspectiva histórica, como una “verdadera fuerza [...] en los siglos XVIII y XIX cuando se produjo el avance de las corrientes secularizadoras¹².

Dentro de las diversas intervenciones divinas que la justicia eclesiástica ofrecía a la justicia secular se encontraba la figura de la censura. En su célebre obra *Instituciones de Derecho Canónico Americano*, Donoso definió a la censura como “una pena eclesiástica medicinal, por la cual se priva al hombre bautizado, delincuente y contumaz de la participación de algunos bienes espirituales”¹³. El carácter eclesiástico de la sanción se explica a partir del hecho de que solamente podía ser impuesta por la Iglesia a quien estuviera bautizado con la finalidad de enmendarlo, de allí la referencia a lo medicinal. Donoso continúa explicando que al ser una pena que “supone pecado” y una cierta contumacia implícita, se advierte el “desprecio a la autoridad de la Iglesia”¹⁴. Finalmente, la privación que conlleva la sanción recae sobre lo que dispensa la Iglesia, como por ejemplo: los sacramentos, los sacrificios, la jurisdicción eclesiástica, los sufragios y los beneficios.

En el contexto de este género de penas eclesiásticas, se divisaban tres especies: la excomunión, la suspensión y el entredicho. La primera de ellas, solicitada como auxilio en el juicio de tierras en el que intervinieron los indios de Quilino en Córdoba en el año 1866, se materializaba cuando “el cristiano es [era] separado de los bienes comunes, en cuanto entraña [ba] y supone [nía] la comunicación con los demás fieles”¹⁵.

3. Los indios de Quilino vs Don Mario Antonio Carranza

En 1866, en el juicio contra Don Mario Antonio Carranza, Doña Juana Quinteros, comparte y apoderada del pueblo de Indios de Quilino, frente al extravío de un cuerpo del expediente alegó el:

[...] “muy grave perjuicio de la causa publica e inseparable para mí [si] particularmente” [y resaltó que este] “es [era] el caso en que la Iglesia a requisición de VE o de cualquier magistrado encar-

¹² T. TAU ANZOATEGUI, *El Jurista en el Nuevo Mundo...*, cit., 26.

¹³ J. DONOSO, *Instituciones de Derecho Canónico Americano*, Imprenta y librería del Mercurio, Valparaíso 1848, 818 pp., p. 407.

¹⁴ J. DONOSO, *Instituciones de Derecho Canónico Americano...*, cit., 407.

¹⁵ J. DONOSO, *Instituciones de Derecho Canónico Americano...*, cit., 407.

gado de administrar justicia fulmine excomunión contra los sustractores, encubridores [...] de expedientes¹⁶.

La solicitud de este auxilio espiritual continúa, ya que la apoderada del pueblo de indios de Quilino expresó que no existía otro medio que le permitiese recuperar el expediente y, por ende, el perjuicio tanto público como privado, se perpetuaba. Frente a este *status quo* Doña Juana Quinteros solicitó a VE:

[...] requerir al Exmo Señor Obispo Diocesano, para que previa las mociones y solemnidades de derecho fulmine excomunión Mayor contra los expresados si no de devuelven dicho expediente sustraído o no avisen en forma quien o donde haya sido ocultado¹⁷.

De la lectura de la fuente se desprende la necesidad de este auxilio por parte de la justicia civil, ya que no había otra forma de recuperar el expediente; también, es posible advertir la solicitud de intervención de una autoridad específica -el Obispo Diocesano- y la aplicación de una pena determinada: la excomunión mayor. Esta, a diferencia de la menor, “separa a un pecador del cuerpo de la Iglesia, y le priva de toda comunión eclesiástica”¹⁸. Esto significa que quien fuera objeto de esta pena no podía “recibir ni administrar los sacramentos, ni asistir a los oficios divinos, ni ejercer ninguna función eclesiástica”¹⁹. Sobre las causas que debían acreditarse para dar lugar a una excomunión mayor no había una regla especial que las determinara.

No obstante esta falta de claridad, el motivo por el cual Juana Quinteros solicitó esta sanción es bastante claro: el expediente había sido robado y no le quedaba “otro medio para poder recabar el predicho expediente que ha [bía] desaparecido”²⁰. Emplear cartas de excomunión con la finalidad de recuperar cosas robadas era en sí “un antiguo dispositivo canónico que se usaba desde tiempos medievales para cobrar deudas o recuperar cosas perdidas”²¹. A partir de un estudio de los concilios castellanos entre los siglos XIII y XV, Torres Jiménez sintetizó y condensó en cinco apartados los motivos de las

16 Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba (en adelante, AHPC), Esc. 2, Leg. 182, 1872, Exp. 1, fj.135.

17 AHPC, Esc. 2, Leg. 182, 1872, Exp. 1, fj. 135.

18 *Diccionario de Derecho Canónico arreglado a la Jurisprudencia Eclesiástica Española Antigua y Moderna*, Librería de Rosa y Bouret, París 1853, 1113 pp., 516.

19 *Diccionario de Derecho Canónico...*, cit., 516.

20 AHPC, Esc. 2, Leg. 182, 1872, Exp. 1, fj.135.

21 A. AGÜERO, *Las penas impuestas por el Divino y Supremo Juez...*, cit. 223.

censuras²². Es bajo el tercero de estos, denominado “ciertos pecados relacionados con la vida social” que encontramos “la malicia de los abogados”²³. Aquí es viable considerar tanto las prácticas típicas de dilación procesal como también la sustracción de los expedientes.

Frente al pedido de Doña Quinteros la Excelentísima Cámara ordenó que fuera la peticionante quien ocurriera ante la curia eclesiástica, puesto que el tribunal consideraba que “[...] a vuestra excelencia [el Obispo Diocesano] corresponde fulminar dicha excomunión mayor previas las mociones de derecho [...]”²⁴. Si bien la cámara consideraba como competente para imponer la pena al obispo diocesano, antes de su intervención el expediente fue cursado a otro funcionario: el fiscal eclesiástico. Normalmente en cada Diócesis se encontraba presente un fiscal “a quien corresponde defender los intereses comunes de la Iglesia, patrocinando con celos sus derechos e informando siempre que, por los jueces eclesiásticos, se le pida informe”²⁵. En el contexto de la justicia eclesiástica este funcionario además de ser “el procurador del obispo y el encargado de representarlo de una manera permanente en la defensa de los intereses de la iglesia” le corresponde “inquirir y reprimir los crímenes cometidos en la jurisdicción episcopal”²⁶.

Conforme a la división jurisdiccional de la época, la diócesis correspondiente al pueblo de indios de Quilino era la de Córdoba. Quien se encontraba actuando como fiscal eclesiástico en ese entonces era Emiliano Cabanillas²⁷, el que gozaba de ese cargo desde 1858. Como bien lo señala el promotor fiscal de la Audiencia episcopal quien se desempeñara en ese cargo “debía ser hombre versado en derecho” lo que implicaba que previamente “hubieran obtenido grados en filosofía o teología”²⁸. En el caso de Cabanillas, este promotor obtuvo su grado en derecho canónico en la Universidad de Córdoba, en el año 1855.

22 Los tópicos propuestos por la autora son: a) atentado contra los bienes y la jurisdicción de la Iglesia, b) Ataque al clero y *res sacrae*, c) ciertos pecados relacionados con la vida social, d) ciertos pecados contra la disciplina cristiana y moral y e) pecados contra la creencia. M. R. Torres Jiménez, *El castigo del pecado: excomunión, purgatorio, infierno*, en *Los Caminos de la Exclusión*, en E. López Ojeda (Coor.), *La Sociedad Medieval: Pecado, Delito y Represión*, Instituto de Estudios Riojanos, Logroño 2012, 245-307, 260.

23 M. R. Torres Jiménez, *El castigo del pecado...*, cit. 261.

24 AHPC, Esc. 2, Leg. 182, 1872, Exp. 1, fj. 139.

25 J. LIRA. *Prontuario de los Juicios o tratado de los procedimientos judiciales*, Librería Central de Mariano Servant, Santiago de Chile 1895, 70.

26 N. DELLAFERRERA, *Ministros y auxiliares de la justicia eclesiástica en Córdoba (1688-1888)*, *Revista de Historia del Derecho*, 25 (1997) 151-182, 158.

27 Don Emiliano se desempeñó como rector del colegio Montserrat y profesor de Derecho Canónico en la Universidad de Trejo, actualmente Universidad Nacional de Córdoba. Ver: P. P. CABRERA, *Ex- alumnos célebres de la Universidad de Córdoba*. Miguel Calixto Del Corro, *Revista De La Universidad Nacional De Córdoba*, 1 (2013) 3-109, 5.

28 N. DELLAFERRERA, *Ministros y auxiliares...*, cit., 158.

La respuesta del fiscal al pedido de excomunión fue negativa, puesto que “los monitorios o cartas de censura solo las concede el derecho *in subsidium*”²⁹. En términos procesales, esto significaba que la censura procedía siempre que no existieran, o bien se hubieran “agotado las vías legales para averiguar la verdad sobre el paradero de la cosa perdida que las motiva y cuando esta misma es de considerable valor *non alias quam ex re non vulgari*”³⁰. En este punto es importante detenernos en las citas en latín, no solo porque reafirman que estamos frente a “un agente de nivel cultural alto [y] con formación eclesiástica”³¹, sino también porque permite identificar los textos normativos que son empleados como fuente del derecho. En este caso, si bien la cita en latín no está acompañada de referencias explícitas, pudimos establecer que se corresponde con una formulación normativa del Concilio de Trento³².

La cita de Cabanillas fue extraída de la sesión XXV, capítulo III, del decreto de reforma que establecía que cuando las excomuniones se fulminan con la finalidad de “manifestar alguna cosa [...] o por cosas pérdidas o hurtadas [...] se han de conceder por cosas no vulgares y después de examinada la causa con mucha diligencia y madurez por el Obispo”³³. El fiscal valoró la conducta procesal de la solicitante y manifestó “que parece haber practicado las diligencias del caso”³⁴. Efectivamente, la apoderada de los indios ya había solicitado al escribano de la causa que se expresara sobre la ubicación del expediente. No obstante el previo requerimiento acreditado, el fiscal se refiere a la práctica, a la costumbre, a lo que comúnmente se realiza en estos casos, destacando que la situación es “tan grave y de suyo tan delicado”³⁵.

La remisión a la costumbre era [y es] algo propio y característico del derecho canónico ya que este “reconoce una equiparación de fuerza normativa entre ley y costumbre [...] Dicho en otras palabras, la costumbre tiene fuerza de ley”³⁶. La interpretación que el fiscal hizo de la costumbre motivó a “requerir por segunda vez a los Escribanos a fin

29 AHPC, Esc. 2, Leg. 182, 1872, Exp. 1, fj. 140.

30 AHPC, Esc. 2, Leg. 182, 1872, Exp. 1, fj. 140.

31 A. AGÜERO, *Las penas impuestas por el Divino y Supremo Juez...*, cit. 213.

32 Esta identificación fue posible ya que en la intervención del reverendo obispo diocesano, este cita de manera expresa la normativa del Santo Concilio de Trento.

33 CONCILIO DE TRENTO, *El Sacrosanto y Ecuménico Concilio de Trento*, traducido al idioma castellano por Ignacio López de Ayala con el texto latino corregido según la edición publicada en 1564, Imprenta de Don Ramón Martín Indar, Barcelona 1847, 440 pp., Sesión XXVI, Capítulo III, 396.

34 AHPC, Esc. 2, Leg. 182, 1872, Exp. 1, fj. 140.

35 AHPC, Esc. 2, Leg. 182, 1872, Exp. 1, fj. 140.

36 J. OTADUY, *Las fuentes del derecho canónico*, en J. P. ALCOCER MENDOZA (Coor.), *Temas Actuales de Derecho Canónico*, Universidad Nacional de México, Instituto de Investigaciones jurídicas, México 2016, 201-220., 215.

· PAMELA ALEJANDRA CACCIAVILLANI

de que informen por segunda vez si se hallan o no en sus archivos los autos perdidos”³⁷. Pero adecuarse a la costumbre, que en este caso significaba cursar un segundo requerimiento, no era una garantía de la prudencia de la censura ya que el mismo fiscal señaló que “el valor de los autos cuya restitución se solicita [...] queda [...] al prudente arbitrio del prelado”³⁸.

Recurrir al prudente arbitrio del prelado es un recurso propio del derecho canónico, orden en el que “No hay condenas generales ni aplicaciones generalizadas de la regla canónica, sino una aplicación dúctil, conducida por las circunstancias específicas, ajena a un rigor formalmente igualitario”³⁹. Debido a la imperante finalidad instrumental propia de este derecho como “a las finalidades pastorales que arbitra la sagrada jerarquía - se puede llegar hasta su elusión”⁴⁰. Justamente, fue esta elusión “del superior eclesiástico de no aplicar la norma en el caso concreto (*relaxatio legis*)”⁴¹ la conducta que se advierte en las siguientes fojas del expediente.

Tiempo después, el 3 de julio de 1866 el obispo se expresó, desde el palacio episcopal, rechazando la santidad de excomunión. Pero este no fue un rechazo concluyente ya que se indicó que nuevamente debía requerirse al escribano por el expediente. En el caso de no encontrar los documentos, el Obispo solicitó: “traiganse los autos para proveer lo que hubiere lugar”⁴². Esta forma de razonamiento refleja el carácter dúctil e instrumental de las normas canónicas, especialmente, el denominado derecho canónico humano⁴³. Es justamente aquí donde se percibe en esa “flexibilidad su primera señal identificadora: la sagrada jerarquía - a la que compete el momento de aplicación”⁴⁴. En este caso, la jerarquía del obispo “aplicará o dispensará, atenuará o revalidará según las circunstancias en las que la regla general aterriza y se concreta, en conformidad con cuanto exige la *ratio legis*”⁴⁵.

37 AHPC, Esc. 2, Leg. 182, 1872, Exp. 1, fj. 140.

38 AHPC, Esc. 2, Leg. 182, 1872, Exp. 1, fj. 141.

39 P. GROSSI, *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid 1996, 251 pp., 214.

40 P. GROSSI, *El orden jurídico medieval...*, cit. 214.

41 P. GROSSI, *El orden jurídico medieval...*, cit. 214.

42 AHPC, Esc. 2, Leg. 182, 1872, Exp. 1, fj. 142.

43 Sobre la conformación del Derecho Canónico Grossi señala dos elementos por un lado el *ius divinum* y por otro el *ius humanus*. El primero “compuesto por pocas reglas esenciales constitucionales [...], mientras que el segundo se caracteriza por consistir en un “enorme conjunto de reglas acumuladas durante la vida histórica de la Iglesia”. P. GROSSI, *El orden jurídico medieval...*, cit., 133.

44 P. GROSSI, *El orden jurídico medieval...*, cit., 213.

45 P. GROSSI, *El orden jurídico medieval...*, cit., 213.

4. El Concilio de Trento como fuente normativa del derecho canónico

Si bien una de las fuentes primordiales del derecho canónico es la costumbre, que fue expresamente considerada por el fiscal eclesiástico, la normativa tridentina se encuentra presente, implícita e explícitamente, en esta causa por tierras. Precisamente, la resolución del obispo se basó en la regulación normativa del Sacrosanto Concilio de Trento. Para ser más precisos, en la sesión -25, capítulo tercero, decreto de reforma del Concilio de Trento.

Como bien ha señalado López Lamerain este concilio “estuvo destinado tanto a reforzar el dogma católico -y así hacer notar el error de las herejías- como a iniciar la tan anhelada renovación de la Iglesia”⁴⁶. Si bien es cierto que se ha caracterizado la problemática tratada en Trento como predominantemente eurocentrista, lo que se refuerza con la “la ausencia tanto de los prelados como de los temas religiosos hispanoamericanos en Trento”⁴⁷, las disposiciones tridentinas no tardaron en arribar a la América española. En este sentido, debe tenerse en cuenta tanto la real cédula de Felipe II de 1564 como la labor de los concilios provinciales⁴⁸. No obstante los esfuerzos llevados adelante en los concilios mexicano (1565) y limense (1567) “diversas dificultades hicieron que sus disposiciones pronto cayeran en desuso, y que su aplicación no resultase fructífera”⁴⁹. Sin negar los desafíos que representó para Trento la propia configuración de la América colonial, el análisis de esta problemática excede la finalidad de este artículo.

Para comprender cómo la sesión 25, capítulo tercero, decreto de reforma del Concilio de Trento, citada por el obispo, comparte el carácter dúctil e instrumental del derecho canónico se requiere un análisis de la misma. En este apartado, la normativa tridentina advertía la necesidad de emplear con precaución estas medidas a los fines de evitar que “se mezclen en esto los magistrados civiles”⁵⁰. La necesidad de cautela se explica a partir del peligro que implicaba una potencial intromisión de un magistrado

46 M. C. LÓPEZ LAMERAIN, *El concilio de Trento y Sudamérica: aplicaciones y adaptaciones en el III concilio limense*, Anuario de Historia de la Iglesia en Chile 29 (2011) 15-32, 3.

47 E. TÁNACS, *El Concilio de Trento y las iglesias de la América española: la problemática de su falta de representación*, Fronteras de la Historia 7 (2002), 117-140, 118.

48 A los fines de tornar efectivos los reales decretos los concilios provinciales fueron considerados como los mecanismos más idóneos. En este sentido López Lamerain señala que “el Concilio de Trento había determinado que mediante la realización de estas reuniones se daría mejor curso a la reforma de la Iglesia en todas las localidades”. M. C. LÓPEZ LAMERAIN, *El concilio de Trento y Sudamérica...*, cit., 6.

49 M. C. LÓPEZ LAMERAIN, *El concilio de Trento y Sudamérica...*, cit., 7.

50 CONCILIO DE TRENTO, *El Sacrosanto y Ecuménico Concilio de Trento...*, cit., 396.

civil y por ende la configuración de un *mixti fori*. El foro mixto se configuraba si del delito cometido emergía una ofensa “a la sociedad civil i a la eclesiástica, corresponde [correspondiéndole] el juicio i castigo de ellos a uno i otro juez”⁵¹.

Pero más allá de los riesgos de caer en un caso de jurisdicción mixta, las disposiciones del concilio profundizan el papel que la excomunión jugaba en el ámbito canónico. En esta dirección, las normas enfatizan que la excomunión cumplía un rol preponderante, siendo considerada como el “nervio de la disciplina eclesiástica”⁵². Justamente, por esa función medular de su mal empleo emergieron nocivas consecuencias ya que se “fulmina temerariamente o por causas leves, más se desprecia que se teme, y más bien causa daño que provecho”⁵³.

Estas últimas consideraciones sobre el perjuicio de un abuso de la excomunión permiten comprender el razonamiento del fiscal eclesiástico y del obispo, quienes coinciden en la necesidad de interpelar nuevamente al escribano y de valorar prudencialmente el valor de lo perdido. De esta manera, se cumple con el mandato de la subsidiariedad y se evita aplicar una pena tan relevante en casos de pérdida de un objeto cuyo valor no fuera relevante. Por último, la normativa tridentina reflexiona sobre la abstención de estas medidas, ya sea a lo largo de una causa o bien en su conclusión “siempre que pudieren de propia autoridad poner en práctica la ejecución real o personal”⁵⁴.

Lamentablemente, en el expediente no hay más referencias sobre esta solicitud de excomunión por lo que resulta imposible ahondar en el proceso relativo a su imposición⁵⁵ o en las repercusiones que la imposición de esta pena hubiese podido generar en los excomulgados.

No obstante la diferencia temporal, es importante tener presente que Benito Moya ha señalado para Córdoba del Tucumán durante el período colonial que “en los conflictos jurisdiccionales las autoridades civiles parecen [cían] no prestarle importan-

51 J. DONOSO, *Instituciones de Derecho Canónico Americano...*, cit., 343.

52 CONCILIO DE TRENTO, *El Sacrosanto y Ecuménico Concilio de Trento...*, cit., 396.

53 CONCILIO DE TRENTO, *El Sacrosanto y Ecuménico Concilio de Trento...*, cit., 396.

54 CONCILIO DE TRENTO, *El Sacrosanto y Ecuménico Concilio de Trento...*, cit., 396.

55 En su investigación sobre el rol de la escritura en términos de disciplina miento social, Benito Moya desarrolla la metodología en materia de imposición de la pena. A los fines de lograr una disciplina en los miembros de una sociedad confesional la comunicación de la imposición de la pena era de vital importancia. Respecto a este punto el autor destaca el rol de “las lecturas en alta voz en misa mayor el ofertorio y fijar los autos en las puertas de las iglesias”. S. BENITO MOYA, “*Nadie le quite pena de excomunión mayor*”..., cit. 29. A esto debemos sumarles las tablillas de excomunión en las que se inscribían los nombres de los excomulgados. Esta inscripción permitía identificar a “quienes no podían entrar al templo durante las celebraciones litúrgicas [...] y a “quienes se debía evitar para mayor escarnio público S. BENITO MOYA, “*Nadie le quite pena de excomunión mayor*”..., cit. 29.

cia cuando cae [caía] sobre ellos y resisten [resistían], sin embargo, tarde o temprano luchan [ban] para que se les absuelva [absolviera]⁵⁶. A la par del caso de los magistrados, la solicitud de absolución es algo que se proyectó más allá de la vida de quien la sufriera, así “ya difuntos, son sus deudos quienes lo solicitan a través de las indulgencias que prodiga la Iglesia⁵⁷. Si bien las reflexiones del autor son propias del mundo colonial, creemos que, si a pesar de la fuerte impronta que la religión tenía en este universo, quienes la sufrían no se preocupaban ya que podrían apelar, por sí o mediante sus parientes, a la absolución; esta tendencia es algo que puede predicarse aún más en un contexto temporal en el que el “deslizamiento de una sociedad sacralizada hacia una sociedad secularizada implicó la redefinición del lugar que debía ocupar la Iglesia⁵⁸”.

5. De prácticas a codificación procesal

A los fines de divisar cómo en las últimas décadas del siglo XIX las autoridades eclesásticas sufrieron una suerte de desplazamiento en el ámbito de la administración de la justicia civil, proponemos una aproximación comparativa. Esta consiste en un cotejo entre una de las obras de práctica forense con mayor circulación en el espacio cordobés, e igualmente citada en nuestro expediente de análisis, y la normativa procesal sancionada en Córdoba por entonces.

Durante la apertura de las sesiones legislativas del año 1871, el ministro de hacienda, Garzón, informó el nombramiento de una comisión cuya tarea consistiría en “proyectar la organización de los tribunales así como un Código de Procedimientos⁵⁹”. De la lectura del mensaje se advierten cuáles eran las dificultades que emergían de la praxis local judicial, entre las que destacaba “la inaplicabilidad racional entre antiguas disposiciones legales con los usos y costumbres actuales”. Se esperaba que la nueva legislación terminara con “cuestiones inútiles en la práctica, [y que] armonizara en lo posible la brevedad de los juicios en el conocimientos de la verdad jurídica⁶⁰”.

Respecto al conflicto que representaba la coexistencia de estas antiguas disposiciones con los nuevos usos y costumbres emergentes, son numerosas las pesquisas que

56 S. BENITO MOYA, “Nadie le quite pena de excomunión mayor”..., cit. 22.

57 S. BENITO MOYA, “Nadie le quite pena de excomunión mayor”..., cit. 38.

58 M. GALLARDO, *Clero secular y territorialización parroquial...*, cit., 88.

59 A. I. FERREYRA, *Mensajes de los gobernadores de Córdoba a la legislatura*, Tomo III, (1871-1885), Centro de Estudios Históricos Prof. Carlos S. A. Segreti, Córdoba 1997, 34.

60 A. I. FERREYRA, *Mensajes de los gobernadores...*, cit., 34.

• PAMELA ALEJANDRA CACCIAVILLANI

reflexionan en torno a persistencia de la cultura jurídica colonial de manera simultánea a la construcción de los diversos instrumentos normativos en los territorios provinciales del entonces territorio argentino.

En ese sentido, se ha señalado que en materia de praxis judicial la doctrina práctica era el soporte a partir del cual se construyó la praxis judicial legal cordobesa. Específicamente, en el caso que planteamos como objeto de estudio de este trabajo, se ha advertido la referencia de autores como “Eugenio Tapia, Manuel Antonio De Castro, Miguel Esteves Seguí, Marcos Gutiérrez, Joaquín Escriche, así como a obras típicas del Antiguo Régimen como la Curia Philipica de Juan de Hevia Bolaños”⁶¹. En materia de legislación, en esta misma causa se invocaron normativas propias del orden jurídico colonial “las Partidas, Novísima Recopilación, el Derecho Romano, [y el] Concilio de Trento”⁶². Precisamente, es esta última referencia normativa la que justifica una reflexión en torno a “la existencia de fronteras entre la religión y las prácticas procesales en Córdoba”⁶³.

En términos de las transformaciones normativas en materia procesal, la sanción y entrada en vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1875⁶⁴ es uno de los cambios más relevantes junto con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Tribunales y el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, en 1897⁶⁵. Sobre el impacto de la primera de estas leyes el gobernador Rodríguez, en ocasión de la apertura de las sesiones legislativas de 1876, expresó que “Un nuevo código (...) ha reemplazado el embarazoso, complicado y dispendioso procedimiento, establecido para la tramitación de los juicios, por leyes y prácticas que nos vienen rijiendo desde tiempos remotos”⁶⁶.

Es interesante reflexionar en torno al significado del concepto código, ya que si bien el instrumento no se titula de esta manera hay ciertos rasgos de la noción moderna

61 P. CACCIAVILLANI, *De propiedad comunal...*, cit., 74.

62 P. CACCIAVILLANI, *De propiedad comunal...*, cit., 74.

63 P. CACCIAVILLANI, *De propiedad comunal...*, cit., 74.

64 La ley fue sancionada el 13 de octubre de 1875 y su entrada en vigencia fue a parte del 1 de enero de 1876. No obstante las necesidades de economía y celeridad procesal que esta ley trató de satisfacer, su modificación no tardaron en materializarse. En 1879 en gobernador del Viso expresó en la apertura de la asamblea legislativa que se abstenía “de llevar a vuestro seno algunas modificaciones a las leyes actuales del procedimiento civil y penal [...] Debido a que era de su personal conocimiento que el [...] Superior Tribunal de Justicia tiene [tenía] preparados trabajos al respecto”.

65 Sobre este punto es interesante mencionar que en el texto que antecede la propia ley de enjuiciamiento en el artículo 3 se establecía que el Poder Ejecutivo mandaría a imprimir las leyes de Organización de los Tribunales y Enjuiciamiento Civil a los fines de formar un solo cuerpo. Será mediante la ley 1419 la disposición que aprueba los proyectos de ley organica de tribunales y el código de procedimientos en los civil y comercial las cuales entraron en vigencia el 1 de enero de 1897.

66 A. I. FERREYRA, *Mensajes de los gobernadores...*, cit., 87.

de código en su contenido. Especialmente, la cláusula derogatoria “que abroga todo el derecho precedente sobre la materia por el regulada y por ello no integrable con materiales jurídicos vigentes”⁶⁷. En el artículo 713 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se advierte la voluntad derogatoria de la nueva normativa al establecer “quedan derogadas todas las leyes y disposiciones anteriores relativas al enjuiciamiento civil y mercantil en todo lo que sea contraria a la presente”⁶⁸. Igualmente, la Ley 1419 que aprobó la Ley Orgánica de los Tribunales y Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, estableció que desde la entrada en vigor de estos instrumentos quedaban “desde esa fecha derogadas todas las leyes que a ellas se opongan”⁶⁹.

Este tipo de cláusulas, desde lo formal, pretendían consagrarse como una vía de escape de aquellas prácticas y procedimientos complejos que bien retrata el mensaje del Gobernador. Justamente, nuestro caso de estudio contiene un interesante ejemplo de este tipo de prácticas; nos referimos a la excomunión como un tipo de “disciplinamiento de las conciencias [a partir de] formas impensadas de obediencia no atribuibles solamente al poder político y sus resortes eclesiásticos, sino también a un proceso a nivel celular entre la propia feligresía”⁷⁰.

Para poder apreciar cómo las normas que regulan la práctica del foro fueron materializando el desplazamiento del poder de la religión en la administración de justicia y, de ese modo, vislumbrar el fin de prácticas remotas, proponemos un cotejo entre el *Prontuario de Práctica Forense* del Manuel Antonio De Castro y la nueva normativa procesal provincial. La selección de la obra se justifica tanto porque ha sido expresamente citada en el caso de estudio como por su impronta. En esta dirección Abásolo señaló que “el libro circuló por todas las provincias argentinas además de “su asiduo empleo en la de Córdoba”⁷¹. El resultado de su efectiva circulación entre quienes transitaban por los tribunales se tradujo en que el mismo fuera “reputado entre los [libros] de mayor aceptación en los estrados del país y como una de las más caracterizadas expresiones

67 G. TARELLO, *Cultura jurídica y política del derecho*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México 1995, 439 pp., 39.

68 Ley de Enjuiciamiento Civil de 1875, en *Leyes de la Provincia de Córdoba Leyes N° 671 a 717*, Año 1871 a 1875, Tomo IV, Córdoba, Imp. Pablo Aubinel & Cia, 1916, 260.

69 Ley 1419.

70 S. BENITO MOYA, “Nadie le quite pena de excomunión mayor”..., cit. 5.

71 E. ABÁSULO, *Un jurista patrio en el tránsito hacia la cultura de la codificación: Manuel Antonio De Castro y su Prontuario de Práctica Forense*, en *Bastante más que “degradantes andrejos de nuestra pasada esclavitud” Fragmentos sudamericanos de la pervivencia de la cultura jurídica indiana durante el siglo XIX*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires 2014, 18-36. 22.

· PAMELA ALEJANDRA CACCIAVILLANI

de la opinión de los prácticos⁷². Respecto a su autoridad en otras obras, Abásolo y, en especial consideración al foro cordobés, destaca para la década de 1860 que la obra “se asimiló en el foro cordobés a la del febrero Novísimo de Tapia y a la de los Apuntamientos del Conde de la Cañada”⁷³.

A partir de la lectura de la obra de De Castro se advierte la importancia de las regulaciones en materia de autoridades eclesiásticas, lo que nos señala que en la praxis legal no era poco frecuente toparse con estas autoridades. Existe un especial tratamiento de la recusación de jueces, lo que daba lugar a la intervención de autoridades, como el promotor fiscal eclesiástico y el obispo Metropolitano. Las referencias a autoridades eclesiásticas en materia de administración de justicia se encuentran también diseminadas en diferentes apartados del texto. Hemos advertido en su tratado, específicamente en los capítulos I, II, III, V, VI, IX, X, XI y XII⁷⁴, disposiciones relativas a jueces eclesiásticos.

Ahora bien, de la lectura de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Orgánica de Tribunales y Código de Procedimientos Civil y Comercial⁷⁵ emerge que quedaron atrás las referencias a la autoridad eclesiástica, salvo en materia de prueba testimonial⁷⁶. Estas transformaciones se comprenden a la luz del contexto político de aquel entonces, ya que a finales de la década del 1870 comenzaron a aflorar las controversias entre el Estado y la Iglesia. En esta dirección, Cucchi ha señalado como un factor clave la irrupción del Partido Autonomista, ya que este “hizo de la agenda laicista un aspecto importante

72 E. ABÁSULO, *Un jurista patrio...*, cit., 24.

73 E. ABÁSULO, *Un jurista patrio...*, cit., 24.

74 Capítulo I: Del juicio en general y de las personas que intervienen en él; capítulo III: orden y forma del juicio civil en primera instancia; capítulo V: orden y forma del juicio civil en segunda instancia, ó en grado de súplica; capítulo VI: del recurso de súplica; capítulo IX: de los recursos de fuerza; capítulo X: del recurso de fuerza en no otorgar la apelación; capítulo XI: Del recurso de fuerza en no otorgar la apelación; capítulo XII: de la recusación de jueces superiores é inferiores, asesores, relatores y escribanos. M. A. DE CASTRO, *Prontuario de practica forense*, Imprenta de la Independencia, Buenos Aires 1834, 263 pp.

75 Es importante señalar que el silencio de la ley en esta materia no es un impedimento para que un católico pudiese recurrir a la autoridad eclesiástica mediante el derecho canónico. Será objeto de futuras investigaciones analizar el efecto derogatorio de estas leyes a la luz de los expedientes judiciales.

76 Ley de Enjuiciamiento civil: Art. 162 Toda persona presentada como testigo, está obligada a comparecer ante el Juez a pretar su declaración, salvo el caso de imposibilidad. Exceptuándose los primeros magistrados de la Nación y de la Provincia, los Ministros, los prelados eclesiásticos, los individuos del Senado, del clero, los del Congreso Nacional y Cámaras Provinciales, los de los tribunales superiores, los Jueces y los jefes mitlatres desde Coronel inclusive; los cuales prestarán sus declaraciones por medio de informe. Las mujeres honestas y personas septuagenarias no serán obligadas a comparecer al Juzgado para declarar, debien ser examinadas en su misma casa. Ley orgánica de los Tribunales y Código de Procedimientos en los civil y comercial: Art 321 Toda persona propuesta como testigo, está obligada a comparecer ante el juez o tribunal a prestat su declaración, salvo el caso de imposibilidad física y a excepción de los primeros magistrados de la nación o de las provincias, sus ministros, los prelados, los miembros del cabildo eclesiástico, los de las cámaras nacionales o provinciales y de los tribunales de justicia, los jueces letrados y los jueces militares, desde el coronel inclusive; los cuales declararán por medio de informe expresando que lo hace bajo juramento. La contraparte podrá presentar pliego de repreguntas.

de su programa⁷⁷. Lo que generó un conflicto tanto con la Iglesia - y sus autoridades - como con los sectores afines al catolicismo, quienes interpretaron su gestión “como una negativa del gobierno a brindar su concurso a las instituciones eclesiásticas y [...] como un avance de la autoridad civil sobre la religiosa⁷⁸”.

Creemos que este desplazamiento de las autoridades eclesiásticas en la administración de justicia contribuye al análisis de “los procesos de secularización en plural⁷⁹”. Esto implica, por un lado, tomar distancia de aquellas posturas que lo abordan de una manera teleológica; y por otro, considerar que este “redefiniría el rol que debía cumplir el clero en una sociedad secular-moderna, perdiendo, desde este punto de vista, su rol tradicional⁸⁰ pero no por ello protagonismo en diferentes áreas de la vida.

6. Reflexiones finales

La segunda mitad del siglo XIX trajo una serie de cambios relevantes en términos legales. A la par de los códigos de fondo, en el espacio cordobés la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1875, primero, y la Ley 1419 de 1897, después, marcaron grandes transformaciones en la praxis legal. Considerando las reflexiones de diferentes hombres de gobierno, pudimos advertir que los cambios que se pretendían concretar mediante estas leyes estaban orientados, principalmente, a resolver la falta de celeridad y la continuidad de ciertas prácticas de tiempos remotos. Para el estudio de la continuidad de estas prácticas, propusimos un expediente judicial y advertimos las huellas del orden jurídico pretérito mediante citas de autores como De Castro, Escriche, Tapia, entre otros. En esta misma línea de continuidad, la invocación de normativas como *Las Partidas*, *La Novísima Recopilación* y el Concilio de Trento, jugaron un papel rotundo.

En el mismo expediente judicial pudimos divisar y analizar un tipo de práctica procesal concreta: la solicitud de excomunión. Medida que demandaba necesariamente la actuación conjunta de la jurisdicción eclesiástica y secular. Este auxilio solicitado motiva la reflexión en torno a los límites entre la jurisdicción civil y la eclesiástica en el espacio local. La invocación de la medida en el año 1866, como único remedio para

77 L. CUCCHI, *Estado, Iglesia y partidos en los inicios del poder autonomista en Córdoba, Argentina (1877-1880)*, Iberoamericana, XIV 54 (2014), 54-77, 60.

78 L. CUCCHI, *Estado, Iglesia y partidos...*, cit., 64.

79 R. DI STEFANO, *La excepción argentina. Construcción del Estado y de la Iglesia en el siglo XIX*, PROCESOS Revista Ecuatoriana de Historia, 40 (2014) 91-114, 94.

80 M. GALLARDO, *Clero secular y territorialización parroquial...*, cit., 88.

recuperar el expediente robado, nos permite considerar que en la sociedad cordobesa de la segunda mitad del siglo XIX, la religión seguía jugando un papel relevante.

A partir de la lectura de obras canónicas, advertimos las serias consecuencias, tanto públicas como privadas, que acarrearba la excomunión. Lo que podría llevarnos a pensar a la excomunión como una estrategia procesal, dado su capital simbólico en una sociedad católica. No obstante, a partir de los estudios especializados en el mundo colonial pudimos apreciar una conducta muy diferente de la esperada por sus destinatarios. En esta dirección, algunos autores han señalado no solo la falta de interés de las autoridades civiles sino su contumacia frente a la imposición de la pena espiritual sobre ellos mismos.

En este juicio por tierras advertimos que la aplicación de la pena se vio condicionada por los requerimientos que exigía la norma tridentina para su procedencia, ya que esta pena era el “nervio de la disciplina eclesiástica”⁸¹; también lo estuvo por las actitudes que tomaron tanto el fiscal eclesiástico como el obispo. La subsidiariedad de la medida junto a la apelación al prudente arbitrio del prelado, deben leerse y comprenderse en el contexto del derecho canónico en el que la *relaxatio legis* formaba parte de la matriz misma de este orden normativo. Quizás es por ello que en el expediente no hay más referencias sobre esta solicitud de excomunión, por lo que resulta imposible ahondar en el proceso relativo a su imposición. Esta paralización de la medida podría indicarnos que el rol de la religión no era tan relevante, en el sentido que la amenaza de la pena no era efectiva para recuperar el objeto en cuestión, o que el valor de la cosa perdida no ameritaba su procedencia.

Habernos topado con este tipo de prácticas en la segunda mitad del siglo XIX nos permitió identificar una zona de persistencia y continuidad de la cultura jurídica india, en la que no había una distinción tajante entre el derecho y religión. Desde una perspectiva formal, esta situación persistió entrado el siglo XIX, un vez que se dieron los cambios tan esperados en materia de legislación procesal. En otras palabras, los límites difusos entre religión y derecho persistentes en los libros y en la práctica forense, se concretarán a partir de la emergencia de las codificaciones procesales. Especialmente, a partir de su marcado rol derogatorio de la normativa precedente.

Con el objetivo de indagar sobre los límites entre las fronteras de la jurisdicción civil y eclesiástica propusimos una comparación entre el *Prontuario de Práctica Forense* de De Castro y la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley 1419. Como resultado, advertimos

81 CONCILIO DE TRENTO, *El Sacrosanto y Ecuménico Concilio de Trento...*, cit., 396.

el fuerte desplazamiento de las autoridades eclesiásticas en materia de administración de justicia, aspecto comprensible si consideramos la marcada laicidad que caracterizó la política cordobesa a partir de 1877.

REFERÊNCIAS

E. ABÁSULO, *Un jurista patrio en el tránsito hacia la cultura de la codificación: Manuel Antonio De Castro y su Prontuario de Práctica Forense*, en *Bastante más que “degradantes andrejos de nuestra pasada esclavitud” Fragmentos sudamericanos de la pervivencia de la cultura jurídica indiana durante el siglo XIX*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires 2014, 18-36.

A. AGÜERO, *Castigar y perdonar cuando conviene a la república. La justicia penal de Córdoba, siglos XVII y XVIII*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, 488 pp.

A. AGÜERO, *Las penas impuestas por el Divino y Supremo Juez. Religión y justicia secular en Córdoba del Tucumán (Siglos XVII y XVIII)*, *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas*, 46 (2009) 203-30.

A. AGÜERO, *Tradición jurídica y derecho local en época constitucional: El Reglamento para la Administración de justicia y policía en la campaña de Córdoba, 1856*, *Revista Historia del Derecho*, 41 (2016) 1-43. <http://www.scielo.org.ar/pdf/rhd/n41/n41a01.pdf>

D. BARRIERA, *Historia y Justicia. Política y sociedad en el Río de la Plata (Siglos XVI-XIX)*, Prometeo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires 2019, 742 pp.

D. BARRIERA (comp.), *Justicia y fronteras. Estudios sobre historia de la justicia en el Río de la Plata. (Siglos XVI-XIX)*, Universidad de Murcia / Servicio de Publicaciones / Red Columnaria, Murcia 2009, 244 pp.

S. BENITO MOYA, “Nadie le quite pena de excomunión mayor”. *Escritura expuesta y confesionalización en Córdoba del Tucumán durante la colonia*, *Documenta & Instrumenta - Documenta Et Instrumenta*, 18 (2020) 11-40. <https://doi.org/10.5209/docu.68781>

N. BERALDI, *La implementación de la justicia de paz en la provincia de Córdoba. ¿Claves tradicionales en un mundo liberal?*, *Revista Historia del Derecho*, 53 (2017) 1-22. http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842017000100001&lng=es&nrm=iso&tlng=es

P. P. CABRERA, *Ex- alumnos célebres de la Universidad de Córdoba. Miguel Calixto Del Corro*, *Revista De La Universidad Nacional De Córdoba*, 1 (2013) 3-109. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/RE-UNC/article/view/4240>

P. CACCIAVILLANI, *De propiedad comunal a propiedad individual. El régimen jurídico de la propiedad en Córdoba 1871-1885*. Tesis de doctorado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. 2018.

B. CLAVERO, *Religión y Derecho. Mentalidades y Paradigmas*, *Historia Instituciones Documentos*, 11 (1984) 67-92.

CONCILIO DE TRENTO, *El Sacrosanto y Ecuménico Concilio de Trento*, traducido al idioma castellano por Ignacio López de Ayala con el texto latino corregido según la edición publicada en 1564, Imprenta de Don Ramón Martín Indar, Barcelona 1847, 440 pp.

· PAMELA ALEJANDRA CACCIAVILLANI

M. A. CORVA, *Constituir el gobierno, afianzar la justicia. El poder judicial de la provincia de Buenos Aires (1853-1881)*, Prohistoria Ediciones / Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Rosario 2014, 364 pp.

Ley de Enjuiciamiento Civil de 1875, en *Leyes de la Provincia de Córdoba Leyes N° 671 a 717, Año 1871 a 1875*, Tomo IV, Imp. Pablo Aubinel & Cia, Córdoba, 1916.

L. CUCCHI, *Estado, Iglesia y partidos en los inicios del poder autonomista en Córdoba, Argentina (1877-1880)*, Iberoamericana, XIV 54 (2014), 54-77. <https://core.ac.uk/reader/268403020>

M. A. DE CASTRO, *Prontuario de practica forense*, Imprenta de la Independencia, Buenos Aires 1834, 263 pp.

N. DELLAFERRERA, *Ministros y auxiliares de la justicia eclesiástica en Córdoba (1688-1888)*, Revista de Historia del Derecho, 25 (1997) 151-182.

Diccionario de Derecho Canónico arreglado a la Jurisprudencia Eclesiástica Española Antigua y Moderna, Librería de Rosa y Bouret, París 1853, 1113 pp. <http://www.adabi.org.mx/vufind/Record/118880>

R. DI STEFANO, *La excepción argentina. Construcción del Estado y de la Iglesia en el siglo XIX*, PROCESOS Revista Ecuatoriana de Historia, 40 (2014) 91-114. <http://hdl.handle.net/10644/4567>

J. DONOSO, *Instituciones de Derecho Canónico Americano*, Imprenta y librería del Mercurio, Valparaíso 1848, 818 pp.

A. I. FERREYRA, *Mensajes de los gobernadores de Córdoba a la legislatura*, Tomo III, (1871-1885), Centro de Estudios Históricos Prof. Carlos S. A. Segreti, Córdoba 1997.

M. GALLARDO, *Clero secular y territorialización parroquial en la diócesis de Córdoba, 1875-1925 Prácticas y poder pastoral en el marco del proceso de romanización de la Iglesia y modernización del Estado*, Universidad Nacional de la Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Secretaría de Posgrado, La Plata 2016, 942 pp. <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.1373/te.1373.pdf>

P. GROSSI, *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid 1996, 251 pp.

A. LEVAGGI, *La codificación del procedimiento civil en la Argentina*, Revista Chilena de Historia del Derecho 9 (1983) 211-47. DOI: 10.5354/0719-5451.2012.25693

J. LIRA. *Prontuario de los Juicios o tratado de los procedimientos judiciales*, Librería Central de Mariano Servant, Santiago de Chile 1895.

M. C. LÓPEZLAMERAIN, *El concilio de Trento y Sudamérica: aplicaciones y adaptaciones en el III concilio limense*, Anuario de Historia de la Iglesia en Chile 29 (2011) 15-32. <http://intushistoria.uai.cl/index.php/intushistoria/article/view/90>

J. OTADUY, *Las fuentes del derecho canónico*, en J. P. ALCOCER MENDOZA (Coor.), *Temas Actuales de Derecho Canónico*, Universidad Nacional de México, Instituto de Investigaciones jurídicas, México 2016, 201-220. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4239/1.pdf>

E. TÁNACS, *El Concilio de Trento y las iglesias de la América española: la problemática de su falta de representación*, Fronteras de la Historia 7 (2002), 117-140.

G. TARELLO, *Cultura jurídica y política del derecho*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México 1995, 439 pp.

T. TAU ANZOATEGUI, *El Jurista en el Nuevo Mundo. Pensamiento. Doctrina. Mentalidad*, Global Perspectives on Legal History, Max Planck Institute für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt 2016, 270 pp. <http://dx.doi.org/10.12946/gplh7>

M. R. TORRES JIMÉNEZ, *El castigo del pecado: excomunión, purgatorio, infierno*, en *Los Caminos de la Exclusión*, en E. López Ojeda (Coor.), *La Sociedad Medieval: Pecado, Delito y Represión*, Instituto de Estudios Riojanos, Logroño 2012, 245-307. https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/2981/fi_1365097607-separata%20excomunionpurgatorio.pdf?sequence=1&isAllowed=y

TRÊS CONCEITOS-CHAVE PARA A COMPREENSÃO DA SOCIOLOGIA DO DIREITO DE NIKLAS LUHMANN*

Fernando Tonet**

Matheus Figueiredo Nunes de Souza***

RECEBIDO EM:	19.10.2020
APROVADO EM:	1º.12.2020

- * Os autores agradecem a Wálber Araújo Carneiro pelas importantes contribuições para a melhor estruturação do presente trabalho, bem como aos pareceristas anônimos pelas críticas construtivas e revisões.
- ** Doutor em Direito, com estágio pós-doutoral, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Membro do Conselho de Administração da Bruning Tecnometal. Advogado. Desenvolve suas pesquisas nas seguintes áreas: direito constitucional, sociologia jurídica, teoria dos sistemas autopoieticos e direito criminal. *E-mail:* fernando.tonet@hotmail.com
- *** Mestre em Direito pela Faculdade Meridional (Imed), com bolsa do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (Prosup) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Professor, com dedicação exclusiva, da Escola de Direito da Faculdade de Balsas (Unibalsas). Membro do grupo de pesquisa Ética, Cidadania e Sustentabilidade, e da Rede Law and Social System. Desenvolve suas pesquisas nas seguintes áreas: teoria dos sistemas autopoieticos, sociologia das constituições e direito e sustentabilidade. *E-mail:* matheus.nunes13@gmail.com

• FERNANDO TONET
• MATHEUS FIGUEIREDO NUNES DE SOUZA

- **RESUMO:** O presente artigo apresenta três conceitos-chave para a compreensão da sociologia do direito de Niklas Luhmann: diferenciação funcional, positividade (do direito) e expectativas. O objetivo é conceituar e explicar o que é diferenciação funcional, positividade (do direito) e expectativas, para então, por meio disso, descomplexificar os problemas inerentes à linguagem da teoria dos sistemas. Pretende-se aqui responder à seguinte questão: “Como tornar acessível a teoria dos sistemas, ante sua linguagem complexa, para acadêmicos que nunca tiveram contato anterior com ela?”. O método científico utilizado foi o funcionalista, e empregaram-se os seguintes procedimentos instrumentais: revisão de literatura e categorias e conceitos operacionais. O principal resultado observado é a listagem e explicação, de forma pontual, de conceitos-chave do pensamento jus-sociológico luhmanniano, mas que também podem ser utilizados pelo acadêmico para seguir em outros escritos. Destaca-se, no entanto, que o presente estudo é limitado à sociologia do direito de Luhmann, portanto, anterior à chamada “virada autopoiética”.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Diferenciação funcional; direito positivo; expectativas cognitivas e normativas.

THREE KEY CONCEPTS FOR UNDERSTANDING NIKLAS LUHMANN'S SOCIOLOGY OF LAW

- **ABSTRACT:** The article presents three key concepts for understanding Niklas Luhmann's sociology of law: functional differentiation, positivity (of law) and expectations. The objective is to conceptualize and explain what is functional differentiation, positivity and expectations, and then, through this, to decomplex the problems inherent in the language of systems theory. It is intended here to answer the following question: “How to make systems theory accessible, in view of its complex language, for academics who have never had previous contact?”. The scientific method used was the functionalist. The instrumental procedures employed were the literature review and categories and operational concepts. The main result observed is the listing and explanation, in a punctual way, of key concepts of luhmannian jus-sociological thinking, but which can also be used by the academic to follow in other writings. It is noteworthy, however, that the

present study is limited to Luhmann's sociology of law, therefore, prior to the so-called "autopoietic turn".

- **KEYWORDS:** Functional differentiation; positive law; cognitive and normative expectations.

1. Introdução

O presente trabalho aborda a sociologia do direito de Niklas Luhmann e três conceitos-chave para a compreensão dela, quais sejam: diferenciação funcional, positividade (do direito) e expectativas. A seleção dessas categorias se deve à contribuição para o entendimento da sociedade moderna e ao surgimento de subsistemas especializados, principalmente o sistema jurídico.

A ideia originou-se a partir das aulas de Ciência Política e Teoria Geral do Estado para alunos do primeiro semestre do curso de Direito, em que se buscava, ao longo da disciplina, explicar a correlação entre evolução social e surgimento do direito como sistema, desde as sociedades arcaicas até os problemas decorrentes da globalização. Como se tratava de discentes que haviam ingressado recentemente no ensino superior e, portanto, não tiveram contato com teorias densas, como a teoria dos sistemas, era necessário explicar conceitos complexos de forma simples (mas não simplória). Não obstante isso, acadêmicos de diferentes níveis deixam de se aprofundar nessa vertente teórica, haja vista os problemas e a complexidade de uma linguagem própria à teoria (LUHMANN, 2002).

Dessa maneira, a presente pesquisa se justifica como mecanismo para redução da complexidade para a necessária compreensão da teoria de base apresentada. Muito embora a construção teórica que move este texto revise a literatura científica existente, sua relevância repousa em como o conteúdo é trazido: diversas obras introdutórias (livros, artigos...) à teoria dos sistemas utilizam da própria complexidade do arcabouço semântico para expor o conteúdo, o que obriga o leitor a dominar, minimamente, algumas conceituações antes de aprofundar os estudos; e de forma contrária, a presente proposta procura permitir que o leitor que não teve nenhum contato prévio com a sociologia do direito de Niklas Luhmann possa, por meio de uma linguagem mais simples, apreender essas ideias fundamentais, de maneira que possa seguir para leituras mais complexas.

• FERNANDO TONET
• MATHEUS FIGUEIREDO NUNES DE SOUZA

O objetivo deste texto é conceituar e explicar o que é diferenciação funcional, positividade (do direito) e expectativas, para então, por meio disso, descomplexificar os problemas inerentes à linguagem da teoria. O problema de pesquisa de que se parte é o seguinte:

- Como tornar acessível a teoria dos sistemas, ante sua linguagem complexa, para acadêmicos que nunca tiveram contato com ela?

Para cumprir com o proposto, o método científico utilizado foi o funcionalista, desenvolvendo uma pesquisa qualitativa, essencialmente teórica e descritiva. Os procedimentos instrumentais (técnicas de pesquisa) empregados foram a revisão de literatura, selecionada, respectivamente, pelos critérios de relevância, acessibilidade e atualidade; e categorias e conceitos operacionais.

O texto é dividido em três seções, uma para cada conceito-chave a ser explicado. Primeiramente, apresenta-se a matriz teórica sistêmica, identificando o objeto de estudo de Luhmann, qual seja, os sistemas sociais, compostos pelo elemento básico comunicação. Explica-se, então, que a sociedade compreendida como sistema de comunicações apresenta limitadas formas de organização social - segmentação, estratificação e diferenciação funcional. Estas, por sua vez, são formas de diferenciação sistêmica, princípios que orientam como as comunicações são organizadas no interior da sociedade (I). Na segunda seção, explica-se o que é positividade do direito, também encontrado dentro da teoria dos sistemas sob a categoria de “fechamento operativo do direito”. Aqui se buscou explicar como o direito positivo (funcionalmente diferenciado) se autônoma, conceituando positividade, e como ele é percebido por meio das dimensões de sentido. Foi necessário introduzir as categorias de código binário e programação, para explicar que, na diferenciação funcional, apenas o sistema jurídico gerencia as questões sobre legal/ilegal atribuídas por normas jurídicas (II). Por último, apresentou-se o que são expectativas: condensações de sentido que são repetidas ao longo do tempo, em um processo de evolução, que buscam orientar a produção das comunicações pelos sistemas sociais. Como nem sempre as expectativas são cumpridas (problema da dupla contingência), desenvolvem-se expectativas sobre expectativas, que nada mais são que as estruturas de um sistema. Ainda, apresentaram-se as formas de lidar com desapontamentos de expectativas (III).

2. Diferenciação funcional

A concepção do que é diferenciação funcional está intrinsecamente ligada à de sociedade, formulada no âmbito da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, haja vista que se trata de um dos princípios de organização social. Dessa maneira, é preciso esclarecer o que é um sistema e como a sociedade pode ser compreendida como tal, para só então se ater, especificamente, à sua organização interna.

O paradigma sistêmico é heterogêneo, perpassando desde a noção de sistema aberto, em constante troca de energia com o ambiente, até a remissão ao todo e às (a soma das) partes. No entanto, tais construções teóricas não estão aptas a lidar com a (hiper)complexidade contemporânea, razão pela qual se recorre às formulações de Niklas Luhmann, que afirma que um sistema é um número, mais ou menos grande, de diferenças entre sistema/ambiente (*System/Umwelt*) que são operativamente utilizáveis, cada uma das quais reconstrói o sistema total como unidade de subsistemas e ambiente, em diferentes linhas de intersecção (LUHMANN, 1991, p. 22; 2016a, p. 23).

Empiricamente, a realidade é experimentada como a própria reprodução dessas operações que produzem diferenças. Assim sendo, é possível distinguir quatro grandes categorias de sistemas: máquinas, organismos, sistemas psíquicos e sistemas sociais. O primeiro é formado por uma série de elementos que não são auto-organizados, necessitando de intervenções externas para seu funcionamento. Organismos são formas que se produzem a partir de si mesmas (autopoieticas) geradas por processos biológicos, físicos e químicos, fechados no nível de suas operações – é a forma de organização dos vivos (MATURANA; VARELA, 2003).

Os sistemas psíquicos e sociais também se autoproduzem, isto é, são autopoieticos: fechados no nível de suas operações, mas, por serem formas de sentido, são abertos cognitivamente. A consciência é formada pela (re)produção de pensamentos, e os sistemas sociais são constituídos pela recursividade da comunicação.

Diante da contraposição da sociedade como um tipo de sistema social e a tradição veteroeuropeia humanista, questionar-se-ia: como é possível haver uma sociedade sem pessoas? (IZUZQUIZA, 2008). De pronto, a resposta dada por Niklas Luhmann (1997, p. 76) é: “ela é composta de braços e pernas, pensamentos e enzimas?” (cf. RODRIGUES; NEVES, 2017, p. 87)¹.

¹ Uma das grandes críticas atribuídas à teoria dos sistemas é que, ao elaborar um conceito de sociedade radicalmente anti-humanista, anti-regionalista e construtivista (LUHMANN, 2006, p. 20), ela passaria então a ignorar o ser

• FERNANDO TONET
• MATHEUS FIGUEIREDO NUNES DE SOUZA

É justamente pela complexidade do ser humano como entidade concreta, empiricamente formada química, física, psicológica e organicamente, que não se pode concebê-lo como elemento da sociedade. Existe a necessidade de um tipo diferenciado de elemento que sirva à base operativa dos sistemas sociais, e tal é a comunicação².

Assim, tomando a teoria dos sistemas como teoria da sociedade, tudo que é comunicado ou é sociedade ou faz parte da sociedade (ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, 2013, p. 63). Trata-se do sistema omniabarcador que contém todas as comunicações.

Deixando isso delineado, é possível identificar apenas um número limitado de formas de organização social, a saber: segmentação, estratificação e diferenciação funcional.

Quando se fala em segmentação, está-se voltando para sociedades arcaicas, que são orientadas para a formação diferenciada de subsistemas igualitários - igualdade, aqui, se refere aos princípios autosselativos da formação sistêmica. Esses critérios orientadores da seletividade são a “origem étnica”, o lugar onde se vive, ou, ainda, a combinação de ambos. Já por estratificação se compreende uma formação diferenciada de subsistemas desiguais, característicos das civilizações pré-modernas. A igualdade/desigualdade aqui está associada à distinção sistema/ambiente, em que igualdade é a regra para a comunicação interna, enquanto a desigualdade é a regra para a comunicação para o entorno (LUHMANN, 1977, p. 32; 1998, p. 76).

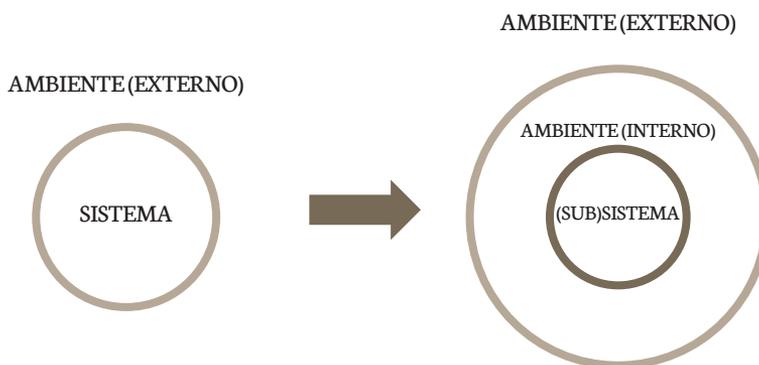
Por último, com a ascensão da diferenciação funcional, os processos comunicativos passam a ser organizados em torno de funções específicas e interdependentes, sem que haja uma primazia funcional de um dos subsistemas no nível da sociedade. Para tanto, há uma institucionalização por essas estruturas para resolver problemas sociais específicos, bem como promover um novo set de relações entre sistema e entorno. A política, por exemplo, é o subsistema social responsável pela produção de decisões coletivamente vinculantes; a religião busca interpretar o incompreensível; o direito deve, consistentemente, generalizar expectativas normativas (LUHMANN, 1977, 1990a, 1993a, 1998, 2006).

humano como elemento principal da sociedade. Nesse sentido, destaca-se que tais críticas não têm fundamento, pois se baseiam naquilo que o sociólogo alemão chamava de velho pensamento europeu, de maneira que o mundo “nunca foi exclusivamente humano, e a sociedade não está presa às limitações do homem” (SCHWARTZ, 2014, p. 112). Em seu *Sistemas Sociais*, Luhmann (2016a, p. 80) já havia enfrentado essa questão ao afirmar que as pessoas estão no ambiente da sociedade, porém, são fundamentais para a própria observação da sociedade, de maneira que um não pode existir sem o outro, pois surgem e coexistem por coevolução.

2 “La comunicación también es genuinamente social porque de ningún modo y en ningún sentido puede producirse una conciencia ‘común’ colectiva: la comunicación funciona sin que pueda llegarse al consenso en el pleno sentido de acuerdo verdaderamente completo. La comunicación es la unidad más pequeña posible de un sistema social [...]” (LUHMANN, 2006, p. 58).

Dito isso, é possível afirmar que estratificação, segmentação e diferenciação funcional são *formas de diferenciação sistêmica*, ou seja, são princípios de organização dos processos comunicativos no interior da sociedade. Por sua vez, diferenciação sistêmica é nada mais que uma construção reflexiva do sistema para fins de amplificação dos próprios resultados: uma técnica de duplicação da distinção sistema/ambiente dentro do próprio sistema para melhor manejo da complexidade interna.

— FIGURA 1 • DIFERENCIAÇÃO SISTÊMICA



FONTE: ELABORADA PELOS AUTORES.

Para que tal concepção seja mais facilmente percebida, pode-se dizer, com Stichweh (2020), que diferenciação significa a distribuição de atividades sociais e de participantes da sociedade entre subsistemas (nos quais a sociedade consiste).

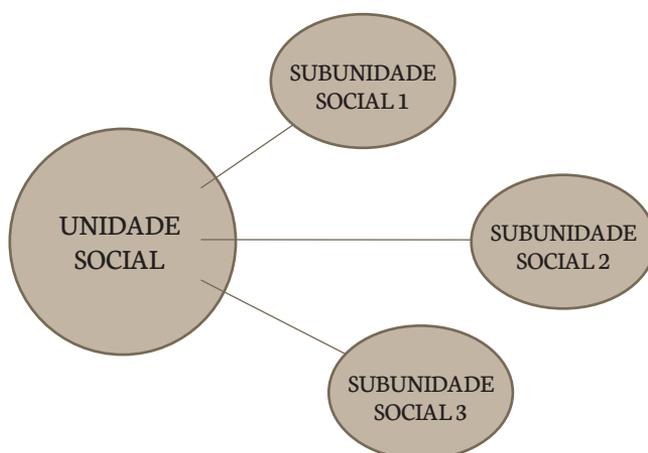
As primeiras sociedades, surgidas há milhares de anos, eram formadas por caçadores/coletores, consistindo em algumas dezenas ou, no máximo, algumas centenas de membros. Eram marcadas por serem móveis, migratórias, que se deslocavam quando os recursos nutritivos já não eram suficientes para suprir suas necessidades (STICHWEH, 2018, p. 390).

Falar em sociedade segmentariamente diferenciada, assim, significa que se está diante de uma organização social baseada no território e/ou na etnia de grupos, tribos ou famílias, que se mantêm coesas a partir da ascendência e da história comum. As relações sociais são fundamentadas no parentesco. Por causa da baixa complexidade e abstração, as formas de responder aos problemas sociais são heterogêneas, desenvolvendo-se instituições concretamente. Ao tomar como exemplo o direito, essas instituições

• FERNANDO TONET
• MATHEUS FIGUEIREDO NUNES DE SOUZA

são criadas na frustração e na reação do frustrado, nos conflitos, não sendo possível ignorar quem são os envolvidos, direta ou indiretamente, e quais as referências aos antepassados, às propriedades ou aos prestígios (LUHMANN, 1983, p. 184-188).

— FIGURA 2 • SOCIEDADE SEGMENTÁRIA



FONTE: ELABORADA PELOS AUTORES.

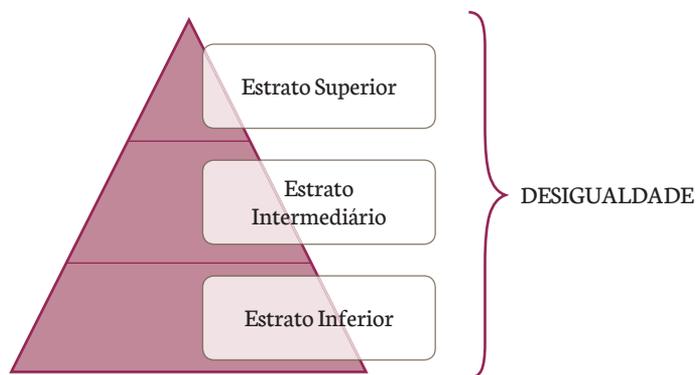
Diferenciação segmentária nada mais é que esse processo de surgimento de subunidades sociais: quando a sociedade arcaica se torna muito complexa, ela cria novas (sub)unidades que existirão com uma ligação de ascendência, uma história comum e relações sociais fundamentadas no parentesco.

Com a evolução social, por meio de um proeminente desenvolvimento econômico (formação de cidades e construção e administração de sistemas de irrigação) e um processo de separação de dominação política dos graus de parentesco, há uma complexificação dos sistemas sociais, mudando a forma de organização, de maneira que as sociedades pré-modernas agora se orientam a partir de estratos. Passa-se à agregação de instituições religiosas e políticas. Nesse contexto, surge a figura do Estado (soberano) como símbolo da unificação entre direito e política, que conta com uma estrutura hierárquica a partir de grupos (nobreza, clero, plebeus, camponeses) verticalmente dispostos. A inclusão dos indivíduos na sociedade ocorre pelo nascimento em um dos estratos e a exclusão é apenas pela morte, não havendo, portanto, nenhuma perspectiva de mobilidade social (um camponês ascender à nobreza, por exemplo).

É possível descrever essa sociedade como uma estrutura assimétrica de comunicação, com fixação de papéis e divisão de tarefas correspondente ao estrato em que o indivíduo nasce. Há uma generalização diferenciada de prestígio entre “superior” e “inferior” – ou seja, aquelas figuras proeminentes devem se apoiar nas proeminências: quem manda politicamente também é o mais rico, o mais sábio, de linhagem notável, quem detém o comando militar, quem detém o maior número de servos, entre outros (LUHMANN, 1983, p. 205-206).

Para o direito, passa-se a procedimentos de aplicação jurídica que são institucionalizados e caracterizados por uma incerteza do resultado. No entanto, a atividade aplicadora dos juízes é orientada por normas e princípios abstratos, compreendidos como imutáveis (distinção direito natural/direito positivo), e o direito, concebido como algo verdadeiro (NEVES, 2012, p. 21-22).

— FIGURA 3 • SOCIEDADE ESTRATIFICADA



FONTE: ELABORADA PELOS AUTORES.

Estados hierarquicamente estruturados existiram na Europa pré-moderna até o final do século XVII e a primeira metade do século XVIII. A partir de 1750, a efervescência dos contextos revolucionários francês e norte-americano muda completamente a forma de organização interna da sociedade: as estruturas (sistemas) se tornam autônomas e se especializam, desempenhando funções determinadas para resolver problemas sociais específicos e organizando os processos comunicativos em torno dessas.

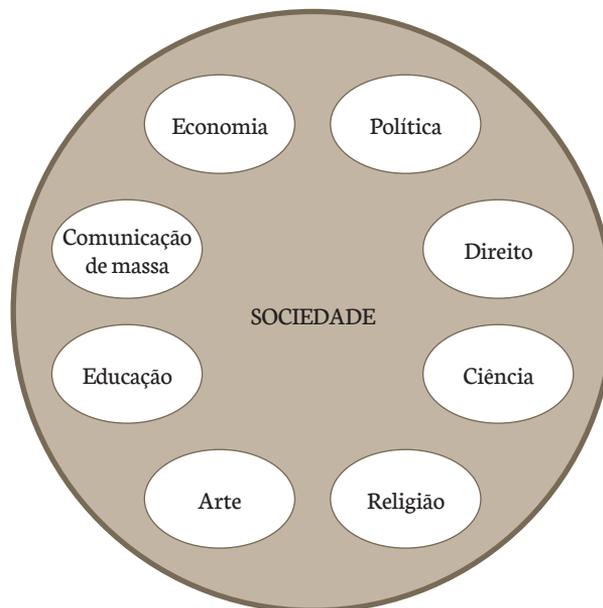
No nível dos sistemas sociais, isso significa que quem governa politicamente não se ancora mais nas proeminências, no apoio da nobreza e do clero e do controle do

• FERNANDO TONET
• MATHEUS FIGUEIREDO NUNES DE SOUZA

poder militar, mas sim na soberania do povo; e o direito deixa de ter fundamentos de validade metafísicos, externos a si (Deus, Natureza, Razão, entre outros), e passa a ser baseado em uma constituição³. Isso gera um sem-número de descrições da própria sociedade que impossibilita a representação da sua unidade por um só sistema (por exemplo, como *societas civilis*, pela política, nas sociedades pré-modernas).

A diferenciação funcional transfere atividades de pessoas que nasceram para exercê-las para *experts* e profissionais: a especialidade sobre as normas passa do monarca como juiz aos *experts* jurídicos; o monarca e a nobreza, que deliberavam sobre política, cedem espaço a uma política fundada na soberania do povo, com a instituição de partidos políticos, parlamento e uma administração imunizada; o empreendedorismo que era parte das economias domésticas e a sucessão interna à família dão lugar aos gerentes como especialistas; as universidades conferiam cadeiras a familiares, mas, agora, a pesquisa científica e universitária é tida como carreira profissional.

FIGURA 4 • SOCIEDADE FUNCIONALMENTE DIFERENCIADA



FONTE: ELABORADA PELOS AUTORES.

3 Na *jurisprudence*, o termo *constitutio* é utilizado em referência a decretos de direito positivo que têm força de lei. Observando a partir de uma linguagem política, *constitutio(n)* é uma constituição corpórea que pode se referir tanto ao homem singular quanto ao corpo político (LÜHMANN, 1990b; STOURZH, 2007, p. 84 et seq.).

Diferenciação funcional é, portanto, um princípio de organização interna dos processos comunicativos de uma sociedade; uma forma de diferenciação sistêmica que organiza a sociedade em subsistemas sociais autônomos, que cumprem funções determinadas na busca da resolução de problemas sociais específicos.

A sociedade funcionalmente diferenciada, que se erige há cerca de 250 anos e perdura até hoje, também é conhecida como sociedade moderna, haja vista que é o último produto da evolução sociocultural. Falar que uma sociedade é moderna significa dizer que a única forma de desigualdade é uma desigualdade de funções⁴ e que as pessoas passam a ser incluídas socialmente à comunicação por meio dos papéis especializados que desempenham, podendo agir em diferentes sistemas.

3. Positividade do direito

Este tópico comumente tratado na literatura da teoria do direito é trabalhado pela teoria dos sistemas sob a classificação de “fechamento operativo do direito”.

Com a separação estrutural entre política e direito a partir dos contextos das revoluções americana e francesa, a sociedade adquire evolutivamente uma estrutura que passa a interligar esses dois sistemas: a Constituição. Com ela, as bases que haviam sido postuladas pelo jusnaturalismo são destronadas, substituindo o direito natural em sua visão cosmológica ou o direito racional no seu viés transcendental. A antiga intangibilidade do direito passa a ser substituída pela lei constitucional - ou seja, expulsa-se toda justificação externa (Deus, Natureza, Razão...) -, e a fundamentação da juridicidade passa a ser na própria ordem constitucional.

Isso significa o surgimento de um Estado de Direito que implica a subordinação das decisões políticas ao direito, ao mesmo tempo que a produção jurídica não pode renunciar a uma legislação que foi deliberada politicamente (NEVES, 2012, p. 89-90). No entanto, não se deve confundir a instauração de processos legislativos, que é componente institucional da vida político-estatal, com o próprio direito positivo. Não se trata de um ordenamento jurídico posto por um ato de vontade de uma autoridade (Kelsen).

⁴ Sobre os problemas de desigualdade e exclusão social, cumpre destacar o posicionamento tardio de Niklas Luhmann (1993b, p. 585-586; 1995; 2006; 2016b, p. 106, 642). Já sobre as limitações da concepção de diferenciação funcional na recepção brasileira da teoria dos sistemas, ver Neves (2012, 2018), Dutra (2014, 2016, 2020) e Souza e Tonet (2018).

• FERNANDO TONET
• MATHEUS FIGUEIREDO NUNES DE SOUZA

Só se pode falar em positividade quando o direito se estabelece como base do próprio direito (LUHMANN, 1983, p. 236): a lembrança de um ato legislativo que aconteceu em determinado período histórico serve de base à vigência de uma decisão como escolha entre diversas possibilidades, que por sua vez pode ser confirmada ou ser declarada ilegal (revogada) por outra decisão, e assim sucessivamente.

Tendo em vista o exposto, propõe-se (1):

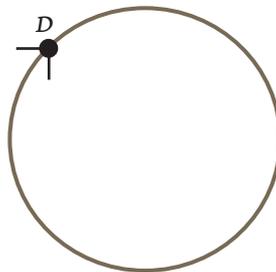
$$D \rightarrow \dots d_n + d_{n+1} + d_{n+2} + d_{n+3} \dots \rightarrow D \quad (1)$$

FONTE: ELABORADA PELOS AUTORES.

Em linhas gerais, o conceito de positividade pode ser resumido à formulação de que o direito ($D \rightarrow$) não apenas é estatuído por meio de decisões ($\dots d_n + d_{n+1} + d_{n+2} + d_{n+3} \dots$), mas adquire sua vigência com referência a essas decisões ($D \rightarrow$) - quer dizer, torna-se decidível e alterável (LUHMANN, 1985, p. 9-10).

No sentido da proposição (1), o *fechamento* operativo é alcançado por meio de uma cadeia de decisões que faz referência a outras decisões e que, portanto, pode ser representada como circularidade!

— FIGURA 5 • POSITIVIDADE COMO CIRCULARIDADE DO DIREITO (D)



FONTE: ELABORADA PELOS AUTORES.

O direito positivo é experimentado a partir de três vetores que existem simultaneamente, isso significa que é percebido em três dimensões (de sentido) entrelaçadas entre si, a saber: uma temporal, uma material e uma social.

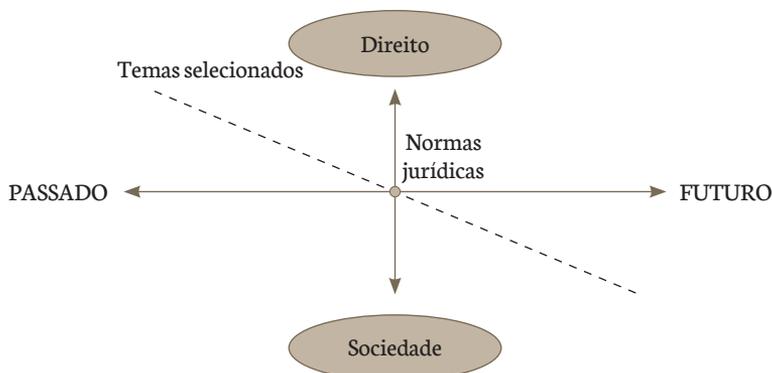
Temporalmente, a realidade é sempre vivenciada no presente⁵. Acontece uma institucionalização de um direito que pode ser modificável, oferecendo um caráter de dinamicidade estrutural. Em outras palavras, hoje pode vigor um direito que não existia, assim como amanhã esse direito pode ser modificado ou até mesmo extinguido (LUHMANN, 1985, p. 10).

Na dimensão material, a função da positividade diz respeito ao conteúdo das normas que estão em vigência: a multiplicidade de temas que são passíveis de tratamento jurídico. Esse vetor deriva da temporalidade: tendo em vista que o “conteúdo” sempre diz respeito a um direito que está em vigência (um direito do presente), não há necessidade de se comprovar que sempre tenha feito parte do direito (LUHMANN, 1985, p. 11).

Por último, quando se refere à dimensão social, o fechamento operativo está associado ao âmbito de aplicação das possibilidades jurídicas, quer dizer, à capacidade de generalização. Um determinado direito vigente (dimensão temporal) possui um determinado tema (dimensão material) e deve ser aplicado ao maior número possível de pessoas diferentes entre si (dimensão social). Está-se tratando, nesse vetor, da necessidade de abstração/indiferença e aceitação do direito (LUHMANN, 1985, p. 12).

Na Figura 6, os autores procuram representar a positividade do direito, conforme descrito anteriormente, nas três dimensões do sentido. Dessa maneira, é possível identificar três eixos: horizontal, vertical e transversal.

FIGURA 6 • PERCEÇÃO DO DIREITO POSITIVO NAS DIMENSÕES DE SENTIDO



FONTE: ELABORADA PELOS AUTORES.

⁵ Na teoria dos sistemas, o presente nada mais é que uma distinção entre passado e futuro (um antes e um depois), que é constantemente atualizada e então experimentada imediatamente (agora) (LUHMANN, 2016a, p. 100).

• FERNANDO TONET
• MATHEUS FIGUEIREDO NUNES DE SOUZA

Horizontalmente se tem a dimensão temporal, a distinção passado/futuro para a positividade do direito que é atualizada a todo momento e vivenciada como presente, ao passo que, na posição vertical, indica-se a dimensão social: da estrutura jurídica específica (o próprio direito como sistema social funcionalmente diferenciado) até a sociedade (sistema abarcador de todas as comunicações), certas expectativas normativas têm pretensão de valerem para todos.

Em ambos os eixos, nas duas extremidades, foi utilizado uma marca gráfica (►, >), propositalmente, a fim de demonstrar para o leitor que, independentemente para onde se desloque - para frente ou para trás; para cima ou para baixo -, sempre se volta ao ponto do qual se partiu⁶: uma vigência do direito no presente e com pretensão de abstração e aceitação social.

Já no eixo transversal se indica a dimensão material do sentido, responsável pela seleção de temas que representam o “conteúdo das normas jurídicas”. Aqui, a memória de um ato legislativo (portanto, algo no passado) é fundamental para a reorientação, em termos mundiais, da positividade do direito, que tem a pretensão de se cristalizar no futuro. É importante, especialmente, para o estabelecimento das condições de retidão objetiva da decisão jurídica.

A representação vetorial parte de certo ponto no passado, em direção ao futuro; e do direito, em direção à sociedade. Isso significa que o conteúdo das comunicações jurídicas pode ser variável com o passar do tempo (o direito que vige hoje pode não existir amanhã), mas se busca condensar o sentido daquela comunicação originada em um evento para utilização em momentos posteriores.

3.1 Código binário e programação

Muito embora a recursividade das decisões seja importante para compreender o que é a positividade, isto é, o fechamento operativo do direito, ainda não é suficiente, pois, na primeira seção deste manuscrito, apresentou-se que a diferenciação social provoca uma reorientação global dos processos comunicativos em torno de estruturas sociais (subsistemas da sociedade) que exercem funções diferentes na solução de problemas sociais específicos.

6 Essa ideia se alinha com a concepção de hierarquias entrelaçadas (*tangled hierarchies*) de Hofstadter (2001, p. 751 *et seq.*). Muito embora se utilize o termo hierarquia, não há uma relação de subordinação de uma dimensão de sentido a outra, mas um relacionamento circular e difuso de diferentes níveis.

Com o direito moderno não é diferente. Ele é o (sub)sistema social constituído por comunicações jurídicas diferenciadas de outras existentes no entorno (comunicações políticas, econômicas, científicas...), que, desde o direito arcaico, busca resolver o problema da generalização congruente das expectativas normativas. Portanto, é o único sistema que gerencia o código binário direito/não direito (*recht/unrecht*).

E para arrematar a explicação sobre o que é a positividade do direito, é preciso introduzir as categorias de “código binário” e “programação”.

Um código binário é uma estrutura que existe em todos os sistemas sociais e é responsável pela generalização da linguagem utilizada. É caracterizado por três pontos: 1. são construções totalizantes, abrangentes, e não possuem limites ontológicos, em que tudo que cai no seu domínio de relevância é assinalado com um valor ou outro, com a exclusão de terceiros valores; 2. a totalização leva a uma contingência de todos os fenômenos, sem exceção, ou seja, tudo que aparece como possibilidade do contra valor ou é necessário ou impossível; e 3. códigos são tão distantes quanto abstrações, sendo válidos apenas à medida que a comunicação entra em seu domínio de aplicação. Portanto, sua aplicação é um fenômeno socialmente contingente, tendo em vista que essa é a única maneira de totalizar um esquema que reduza tudo a duas possibilidades opostas (LUHMANN, 1989, p. 38).

O código binário é uma estrutura lógica que reduz toda a complexidade do mundo a dois valores, um positivo e outro negativo. Serve no auxílio do fechamento operativo (positividade) do direito, a fim de distinguir se o tipo de comunicação pertence ou não àquele sistema, muito embora não seja responsável por estabelecer as “regras de aplicação”. Os critérios que o sistema utiliza para atribuir a comunicação ao valor positivo (direito) ou negativo (não direito) são definidos pelos programas.

Pode-se dizer que os programas definem as condições de retidão objetiva da decisão (LUHMANN, 2000, p. 205-206), ou seja, constituem regras que são responsáveis pela especificação das suas próprias condições de aplicação. Em linhas sistêmicas, os programas dão as condições de aptidão da seleção de operações (LUHMANN, 1989, p. 45).

Existem dois tipos de programa: de fins e condicionais. Nos programas de fins, os efeitos esperados são fixos e a ação que leva a eles não é especificamente indicada, mas qualquer ação é considerada correta, o que implica os efeitos fixados pela regra (são programas característicos de sistemas como a política, a economia, entre outros). Já os programas condicionais são característicos do sistema do direito, pois são responsáveis por fixar certas causas como produtoras de determinados efeitos com um esquema

• FERNANDO TONET
• MATHEUS FIGUEIREDO NUNES DE SOUZA

que estabelece que, *se* acontecerem certas condições, *então* será produzido um efeito determinado (ALCOVER, 1993, p. 218).

O que os programas condicionais fazem é estabelecer as condições que definem se algo é legal ou não. Essas condições fazem referências a fatos passados que podem ser verificados atualmente, sendo decisivo que a atribuição do que é ou não direito dependa daquilo que, no momento da decisão, seja considerado passado – isso quer dizer, o sistema do direito sempre atua *a posteriori*.

Dessa maneira, toda decisão jurídica, toda norma jurídica, toda comunicação jurídica, em sentido amplo, que opera sucessivamente guiada por critérios objetivos de seleção, indicando o lado interno do código (portanto, o que é direito), afirma e reafirma que a base de produção do direito é ele próprio, e não outro fundamento externo de validade.

4. Expectativas

De acordo com o *Novo dicionário enciclopédico Webster* (1995, p. 352), expectativa (*expectation*) é o estado de esperar, esperar, um olhar adiante para ou esperar por algo. Dessa maneira, pode-se inferir que ter expectativas é esperar, a partir de uma determinada situação, que algo venha a acontecer: uma pessoa que não conhece a cidade e procura um determinado lugar pede informação a um morador, esperando, assim, a informação desejada.

Não destoando dessa compreensão, no contexto da teoria dos sistemas sociais, expectativas são generalizações simbólicas⁷ que condensam uma estrutura remissiva de todo sentido em expectativas que indicam o que dada situação de sentido promete (LUHMANN, 1991, p. 139; 2016a, p. 119). A função delas é orientar, de forma estável, a comunicação e o pensamento ante a complexidade e a contingência do mundo.

Partindo de três fatores, a saber, a infinita complexidade do mundo, a necessidade de redução dessa complexidade para o funcionamento do sistema e a característica de abertura da comunicação, como operação autorreferencial⁸ –, a expectativa pode ser entendida como um mecanismo desenvolvido que permite a reaccessibilidade

7 De acordo com Luhmann (1991, p. 137; 2016a, p. 117), o conceito de generalização simbólica da autorreferência do sentido substitui o conceito de signo, que até o momento havia dominado a tradição teórica.

8 A comunicação, como elemento que constitui os sistemas sociais, sempre faz remissão a outras comunicações, sendo uma operação autorreferencial (que faz referência a operações da mesma natureza). Essas operações não absorvem o sentido geral, não têm efeito totalizador, mas apenas seguem, elas não fecham, não conduzem ao fim, não cumprem um tólos, mas apenas abrem (LUHMANN, 1991, p. 606; 2016a, p. 507).

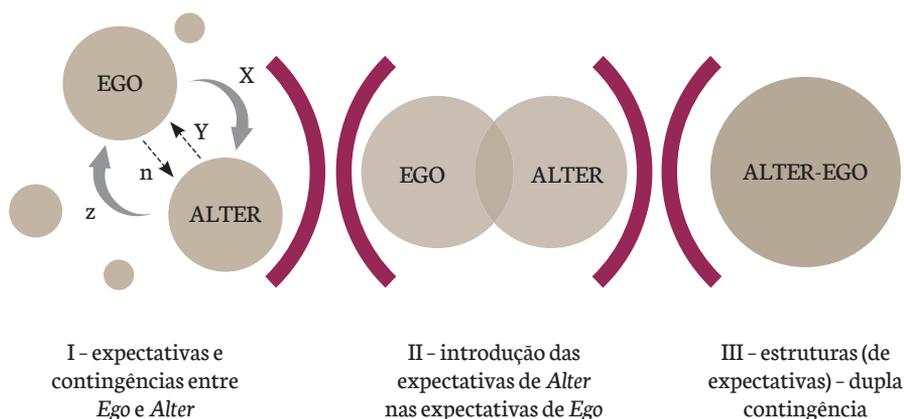
de uma determinada situação e a resposta a ser dada, sem que se tenha de vivenciar todo o processo novamente, ganhando tempo nas operações.

Em se tratando de sistemas sociais, ao se deparar com um problema social novo (uma variação), necessita-se de tempo para processar aquela complexidade e escolher a resposta mais adequada a ser dada (uma seleção), e, por fim, internaliza-se essa resposta como algo incorporado, pertencente, ao próprio sistema (uma estabilização). Porém, em outro momento, quando um problema semelhante se apresenta para o sistema, ele pode utilizar o que já aprendeu para reagir a essa nova variação, não precisando, necessariamente, despende o mesmo tempo da primeira vez.

Ao longo do processo de evolução sociocultural, o sistema repete isso continuamente, condensando, então, um determinado sentido, restringindo o âmbito de relações entre as comunicações admitidas no sistema e então passa à generalização (simbólica) para ser (re)utilizado ulteriormente. Dito de outra forma, essa condensação generaliza o sentido que permite manter a identidade no sistema, independentemente do acontecimento singular - ou da situação única.

Isso acontece com todos os sistemas sociais, levando, assim, a sociedade moderna a enfrentar o problema da chamada dupla contingência.

FIGURA 7 • ESQUEMA DA DUPLA CONTINGÊNCIA NOS SISTEMAS SOCIAIS



FONTE: ELABORADA PELOS AUTORES.

A dupla contingência, intrínseca aos sistemas sociais, levanta uma alta carga de variação e imprevisibilidade na sociedade, o que faz que nem sempre as expectativas

• FERNANDO TONET
• MATHEUS FIGUEIREDO NUNES DE SOUZA

sejam satisfatoriamente mantidas: quando uma comunicação é produzida por *Ego*, este espera que *Alter* reaja da forma x (expectativa), porém *Alter* reage da forma y (contingência); *Alter* espera que *Ego* lide com sua reação da forma z (expectativa), mas *Ego* externa uma reação n diversa da esperada (contingência) (I).

A função que as expectativas cumprem é a de orientar estavelmente a comunicação diante de toda essa complexidade e contingência. Quando as expectativas se condensam, é possível selecionar a partir de um âmbito global de possibilidade e, por consequência, manter a complexidade reduzida, bem como utilizar as próprias generalizações de maneira que ultrapassem os limites da situação específica. Essa condensação permite uma estruturação da complexidade, portanto, conhecer a realidade externa na ausência de possibilidade de acesso direto a ela (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 80).

Em um contexto de relações entre *Ego* e *Alter*, isso significa reconhecer o outro como variável e imprevisível e introduzir nas próprias expectativas uma margem de variação e imprevisão na realidade que se espera (II). Trata-se de antecipar as antecipações do outro: à medida que *Ego* compreende a orientação de *Alter*, pode orientar o seu próprio atuar – e só assim a realização da comunicação é possível, pois, sem a possibilidade de esperar a expectativa do outro, não seria possível orientar as próprias ações e continuar a comunicação (III).

As expectativas das expectativas no interior dos sistemas sociais são suas estruturas, permitindo assim que se coordenem as seletividades da outra parte na comunicação⁹.

Estruturas (de expectativas) nada mais são que o âmbito de restrições das relações admitidas nos sistemas (LUHMANN, 1991, p. 384; 2016a, p. 319). Refere-se à interconectividade recursiva das operações (comunicações) que são utilizadas no sistema (LUHMANN, 2013, p. 244) – ou seja, é a maneira pela qual uma comunicação encontra a próxima mais adequada para dar continuidade à anterior¹⁰, visando construir um sentido.

⁹ Primeiramente, é preciso selecionar um tema, uma informação, sobre a qual se quer comunicar; sabendo isso, pode-se escolher determinado comportamento para dar conhecimento; e, por fim, é preciso compreender que a informação e o ato de dar a conhecer são duas coisas distintas, possibilitando assim que se possa selecionar um próximo comportamento. Essa é a recursividade da comunicação: a participação de *Ego* e *Alter* em cada comunicação (TONET, 2019, p. 62).

¹⁰ “[...] sistemas producen estructuras mediante sus propias operaciones, las que a su vez suponen que las estructuras dirigen el establecimiento de operaciones conectivas” (MANSILLA; NAFARRATE, 2008, p. 326).

Expectativas reflexivas podem decepcionar, motivo pelo qual a sociedade moderna desenvolve dois tipos (contrários) de reação, duas estratégias para lidar com desapontamentos de expectativas, para a manutenção de sua auto-organização e autoprodução:

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, p. 55- 56, grifos no original).

Quando se fala em expectativas cognitivas, reporta-se à disposição de aprender quando se sofre um desapontamento, adaptando-se à realidade. Já as expectativas normativas não são abandonadas em face das decepções – quer dizer, sabe-se que existe a possibilidade de se desapontar (pois o mundo é complexo e contingente), mas de antemão isso é tido como irrelevante para a expectativa (LUHMANN, 1983, p. 56)¹¹.

De forma geral: como o sistema não pode operar fora de suas estruturas, toda complexidade indeterminada (realidade externa) é conhecida a partir da condensação de expectativas, ou seja, pela introdução de variabilidade e imprevisibilidade nas próprias expectativas (expectativas de expectativas, expectativas reflexivas). Essa margem de incerteza é processada internamente como decepção, razão pela qual se adota uma das estratégias de assimilação de desapontamento de expectativas mencionadas antes, que são funcionalmente equivalentes, a fim de se adiantar e orientar o seu próprio atuar, limitando as relações admitidas nas comunicações, visando construir um sentido específico.

5. Conclusão

O presente trabalho se propôs a apresentar três conceitos-chave para a compreensão da sociologia do direito (*Rechtssoziologie*) de Niklas Luhmann, com uma construção

11 “A norma se mantém condensada mediante as sequências operativas da prática que a antecedeu e a sucederá [...]. Isso não exclui de maneira concreta o comportamento ilícito no interior do sistema jurídico nem as decisões ilegais dos tribunais. Entretanto, assim, a caracterização ‘contrária à legalidade’ se mantém possível, o que tem consequências para as outras operações do sistema – seja na forma da suspensão de uma decisão ainda desprovida de força jurídica, seja na forma de não consideração, por orientação posterior, das decisões precedentes” (LUHMANN, 2016b, p. 108).

• FERNANDO TONET
• MATHEUS FIGUEIREDO NUNES DE SOUZA

linguística que busca reduzir a complexidade do arcabouço teórico, mas não de forma simplória, haja vista que o objetivo é permitir que acadêmicos e pesquisadores que nunca tiveram contato com a teoria dos sistemas agora possam fazê-lo, de maneira que não se deparem abruptamente com a complexa linguagem e diversos elementos que requerem maior conhecimento teórico.

Assim sendo, o principal resultado observado é a listagem e explicação, de forma pontual, de conceitos-chave do pensamento jus-sociológico luhmanniano, mas que também podem ser utilizados pelo leitor para seguir em outros escritos.

Destaca-se, no entanto, que o presente estudo é limitado a apresentar e explicar as conceituações de três categorias concernentes à sociologia do direito luhmanniana, portanto anterior à chamada “virada autopoiética”. Em razão disso, aprofundamentos sobre autopoiese, autorreferência/heterorreferência, meios de comunicação simbolicamente generalizados, observação de segunda ordem, entre outros, foram evitados para não fugir à proposta e causar confusão ao leitor.

Por último, o objetivo foi satisfatoriamente atingido, porém com a ressalva de que foi necessário introduzir o par conceitual código binário/programação para complementar a explicação sobre positividade do direito. Tais categorias só vão ser posteriormente incorporadas por Luhmann após a “virada autopoiética”, haja vista o contato com a cibernética de segunda ordem (Heinz von Foerster) e a teoria da autopoiese (Humberto Maturana e Francisco Varela).

REFERÊNCIAS

ALCOVER, P. G. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1993.

CORSI, G.; ESPOSITO, E.; BARALDI, C. *GLU: glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Traducción Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos. Dirección Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1996.

DUTRA, R. O problema da desigualdade social na teoria da sociedade de Niklas Luhmann. *Caderno CRH*, v. 27, p. 547-561, 2014.

DUTRA, R. Diferenciação funcional e a sociologia da modernidade brasileira. *Política & Sociedade*, v. 15, p. 77-109, 2016.

DUTRA, R. Por uma sociologia sistêmica pós-colonial das diferenças no interior da sociedade mundial. *Sociedade e Estado*, v. 35, p. 259-286, 2020.

EXPECTATION. In. *WEBSTER'S new encyclopedic dictionary*. New York: Black Dog & Leventhal Publishers, 1995.

- HOFSTADTER, D. R. *Gödel, Escher, Bach: um entrelaçamento de gênios brilhantes*. Tradução José Viegas Filho. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- IZUZQUIZA, I. *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*. 2. ed. Rubí, Barcelona: Anthropos Editorial, 2008.
- LUHMANN, N. Differentiation of society. *The Canadian Journal of Sociology*, v. 2, n. 1, p. 29-53, 1977.
- LUHMANN, N. *Sociologia do direito I*. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, N. *Sociologia do direito II*. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.
- LUHMANN, N. *Ecological communication*. Translation John Bedznarz Jr. Chicago: University of Chicago Press, 1989.
- LUHMANN, N. *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990a.
- LUHMANN, N. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. *Rechtshistorisches Journal*, v. 9, p. 176-220, 1990b.
- LUHMANN, N. *Soziale systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*. 4. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- LUHMANN, N. Deconstruction as second-order observing. *New Literary History*, v. 24, n. 4, p. 763-782, 1993a.
- LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Maim: Suhrkamp, 1993b.
- LUHMANN, N. Kausalität im Süden. *Soziale Systeme*, v. 1, n. 1, p. 7-28, 1995.
- LUHMANN, N. Sobre os fundamentos teórico-sistêmicos da teoria da sociedade. In: NEVES, C. B.; SAMIOS, E. M. B. (coord.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora UFRGS, ICBA, 1997.
- LUHMANN, N. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Traducción Jostexa Berian y José Maria García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- LUHMANN, N. *Organización y decisión*. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag GmbH, 2000.
- LUHMANN, N. Ciência incompreensível: problemas de uma linguagem própria à teoria. *Novos Estudos Cebrap*, n. 63, p. 51-59, 2002.
- LUHMANN, N. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2006.
- LUHMANN, N. *Introduction to Systems Theory*. Translated by Peter Gilgen. Malden, USA: Polity Press, 2013.
- LUHMANN, N. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016a.
- LUHMANN, N. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016b.

- FERNANDO TONET
- MATHEUS FIGUEIREDO NUNES DE SOUZA

MANSILLA, D. R.; NAFARRATE, J. T. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Ciudad de México: Heder, 2008.

MATURANA, H.; VARELA, F. *De máquinas y seres vivos: autopoiesis, la organización de lo vivo*. Buenos Aires: Lumen, 2003.

NEVES, M. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

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

ROCHA, L. S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, J. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RODRIGUES, L. P.; NEVES, F. M. *A sociologia de Niklas Luhmann*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

SCHWARTZ, G. A. D. As teses radicais de Luhmann. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 6 (1): 111-114, janeiro-junho, 2014. doi: 10.4013/rechtd.2014.61.11.

SOUZA, M. F. N. de; TONET, F. A insuficiência de diferenciação funcional observada a partir da crise no cenário brasileiro. *RBSD - Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 5, n. 3, p. 180-202, set./dez. 2018. doi: 10.21910/rbsd.v5n3.2018.266.

STICHWEH, R. An diesem Imperativ kann die Politik scheitern. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 7 Apr. 2020. Disponível em: <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/an-diesem-imperativ-kann-die-politik-scheitern-16714610.html>. Acesso em: 25 jun. 2020.

STICHWEH, R. Elementos-chave de uma teoria da sociedade mundial. *Sociedade e Estado*, v. 33, n. 2, p. 389-406, maio/ago. 2018. doi: 10.1590/s0102-699220183302005.

STOURZH, G. Constitution: changing meanings of the term from the early seventeenth to the late eighteenth century. In: STOURZH, G. *From Viena to Chicago and back: essays on intellectual history and political thought in Europe and America*. Chicago: University of Chicago Press, 2007.

TONET, F. *Entre Cila e Caríbdis: o árduo caminho do constitucionalismo sistêmico*. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2019.