

ISABELLA BASTOS EMMERICK

DIREITO E CULTURA



EXPERT
EDITORA DIGITAL

O presente trabalho visa analisar o momento atual do ensino jurídico a partir da elucidação dos conceitos metodológicos de “carnavalização”, compreendido como movimento de resgate crítico, aprofundado, horizontalizado e libertário do discurso, e “carnavalismo”, representado, por sua vez, pela infantilização, fragmentarização e simplificação do saber propagado nas instituições de aprendizado. Nesse sentido, visa demonstrar que a conjuntura educacional oriunda de modelos burocráticos liberais na qual ainda se insere o Direito nos dias correntes leva à legitimação da dogmática jurídica pura e paradigmática, conformada por fatores econômicos, sociais, políticos e morais sacralizados pelo decorrer do tempo ou por poderosos interesses momentâneos, na qual tem-se importante mecanismo de embarreiramento do conhecimento comprometido com o caráter científico de busca constante de variáveis e retestes. Para tanto, utiliza-se de uma metodologia dedutiva e analítica, sobretudo por meio de levantamentos e correlações de bibliografias e dados, de sorte a analisar o contexto do ensino jurídico atual em face das necessidades científicas e sociais, para revelar os desafios que enfrenta a formação do debate cognoscente na área jurídica. Por fim, conclui pela necessidade de libertação do discurso por meio da utilização do recurso da carnavalização, porém, em sua forma abrandada, principiológica, com vistas a evitar o ceticismo ou a panaceia científica, e condizente, portanto, com os ditames das tendências neoconstitucionalizantes e democráticas.

ISBN 978-65-6006-041-8



9 786560 060418 >



EXPERT

***DIREITO
ECULTURA***



Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos

Diagramação e Capa: Editora Expert

Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

EMMERICK, Isabela Bastos

Título: Direito e Cultura - Belo Horizonte - Editora Expert - 2023

Autor: Isabella Bastos Emmerick

ISBN: 978-65-6006-041-8

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

1.Direito 2.Cultura 3.Mudanças 4.Necessidades científicas e sociais

I. I. Título.

CDD: 340

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



EXPERT
EDITORA DIGITAL

SUMÁRIO

A carnavalização principiológica do ensino jurídico: uma alternativa à crise do aprendizado no campo do direito9

A influência do discurso machista na regulamentação legal e práxis do regime de guarda compartilhada: a legitimação normativa da perpetuação dos papéis sociais consagrados como femininos.....41

Fomento à cultura e apropriação cultural mercadológica: facetas do multiculturalismo brasileiro.....63

A evolução do processo de constitucionalização do direito: principais alterações nos sistemas cível, administrativo e penal77

A CARNAVALIZAÇÃO PRINCIPOLÓGICA DO ENSINO JURÍDICO: UMA ALTERNATIVA À CRISE DO APRENDIZADO NO CAMPO DO DIREITO.

Isabella Bastos da Silva Oliveira¹

RESUMO

O presente trabalho visa analisar o momento atual do ensino jurídico a partir da elucidação dos conceitos metodológicos de “carnavalização”, compreendido como movimento de resgate crítico, aprofundado, horizontalizado e libertário do discurso, e “carnavalismo”, representado, por sua vez, pela infantilização, fragmentarização e simplificação do saber propagado nas instituições de aprendizado. Nesse sentido, visa demonstrar que a conjuntura educacional oriunda de modelos burocráticos liberais na qual ainda se insere o Direito nos dias correntes leva à legitimação da dogmática jurídica pura e paradigmática, conformada por fatores econômicos, sociais, políticos e morais sacralizados pelo decorrer do tempo ou por poderosos interesses momentâneos, na qual tem-se importante mecanismo de embarreiramento do conhecimento comprometido com o caráter científico de busca constante de variáveis e retestes. Para tanto, utiliza-se de uma metodologia dedutiva e analítica, sobretudo por meio de levantamentos e correlações de bibliografias e dados, de sorte a analisar o contexto do ensino jurídico atual em face das necessidades científicas e sociais, para revelar os desafios que enfrenta a formação do debate cognoscente na área jurídica. Por fim, conclui pela necessidade de libertação do discurso por meio da utilização do recurso da carnavalização, porém, em sua forma abrandada, principiológica, com vistas a evitar o ceticismo

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, vinculada à linha de pesquisa “Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”. Pós-graduanda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada.

ou a panaceia científica, e condizente, portanto, com os ditames das tendências neoconstitucionalizantes e democráticas.

Palavras-chave: Ensino jurídico; Discurso; Carnavalização; Carnavalismo; Princípios.

RESUMÉE

Le présent étude a pour but d'analyser l'actuelle situation de l'éducation juridique a partir de l'élucidation des concepts méthodologiques de "carnavalisation", compris comme un mouvement de sauvetage critique, profondé, libertaire et horizontalisé du discours, et "carnavalisme", représenté par l'infantilisation, fragmentarization et simplification des connaissances propagés aux établissements d'enseignement. En ce sens, vise à démontrer que la conjecture éducative originée des modèles bureaucratiques libéraux où s'insere encore le Droit à ces jours, conduit à la légitimité de la doctrine pure et paradigmatique conformé par des éléments économiques, sociales, politiques et morales sacralisés avec le passage du temps ou par les intérêts momentanes du pouvoir, dans laquelle il y a un important mécanisme d'arrêt de la connaissance engagé avec les variables des recherches et retests scientifiques. S'utilise donc, d'une méthodologie déductive et analytique, surtout des enquêtes et des corrélations des bibliographies avec les réalités, afin d'analyser le contexte de l'éducation juridique actuelle face a les demandes scientifiques et sociales, pour révéler les défis qui font obstacle à la formation du débat cognoscient dans le domaine juridique. Enfin, concluit par la nécessité de libération du discours par l'utilisation de la ressource de carnavalisation, cependant, sous sa forme ramolli, fondée aux principes, afin d'éviter le scepticisme ou la panacée scientifique et, pourtant, cohérente avec les tendances neoconstitucionalizantes et démocratiques.

Mots-clés: Éducation juridique; Discours; Carnavalisation; Carnavalisme; Principes.

1. INTRODUÇÃO

O Direito, como campo de construção do saber e da prática coletiva, se reveste de caráter social, devendo estar antenado com as mudanças que se operam no interior da sociedade a que serve. Destarte, ao passo que se desenvolvem tendências democrático-constitucionalizantes e suas facetas multiculturais, nada mais adequado que o sistema jurídico a estas corresponda e forneça respaldo, permitindo a resposta efetiva aos anseios sociais e a busca pela satisfação da justiça em seus ideais mais básicos de igualdade e liberdade (ALEXY, 2011; BARROSO, 2005. DWORKIN, 2003)

Nesse contexto que se revela como um verdadeiro processo de reformulação do pensar jurídico, haja vista a partida de sistemáticas positivistas, verticalizados, exclusórias, moralistas e partidárias para noções de aceitação plúrimas e de participatividade plena, imprescindível a abordagem crítica de seu discurso historicamente institucionalizado, coibindo-se, assim, a perpetuação de questões morais, econômicas, científicas e metodológicas atravancadoras da análise profunda dos fundamentos dogmáticos de verdades tidas como absolutas com vistas ao alcance de finalidades setoriais e não coletivas, estas requeridas de maneira substancial pela pretensão fraterno-solidária da atualidade (WARAT, 1988; FREIRE, 1991; PERELMAN, 2009).

Com efeito, constituindo o ensino jurídico um dos pilares mais importantes e abrangentes da formação do pensamento na área, nada mais lógico do que inseri-lo neste movimento sucessório, submetendo-o à perspectiva analítica, de sorte a fomentar a consciência crítica das novas gerações de juristas, ao mesmo tempo em que se promove a desestabilização dos paradigmas rígidos injustamente divinificados no senso comum teórico e prático de seus agentes, correspondendo, assim, de forma efetiva, às aspirações de equanimidade no tratamento normativo das relações sociais (WARAT, 1980, 1994; DWORKIN, 2002, 2003; KANT, 2003).

Nesse sentido, com vistas a evidenciar os elementos conformadores do discurso jurídico, elucidar seu estado atual e a necessidade de sua percepção crítica, especificamente no que se refere ao ensino e propor soluções condizentes com os anseios sociais atuais, parte-se, por meio de uma metodologia de pesquisa analítica e dedutiva, através de revisão de literatura e confrontação dialética e teórica, para a análise do problema do Direito como aprendizado, difusor de conceitos e pensamentos norteadores das relações sociais (FREIRE, 1991; 2006; GIL, 2009)

Nesse toar, utiliza-se como ponto de apoio inicial o estudo das diversas problemáticas que permeiam o discurso para definir a partir de então, o que seria sua abordagem carnavalizada, isenta de âncoras de quaisquer tipos, aprofundada e libertária. Na sequência, aplica-se tal acepção ao ensino jurídico em seu contexto atual, utilizando como substrato a proposta de “carnavalização” da aprendizagem do jurista e professor Luís Alberto Warat para evidenciar a necessidade de sua reformulação crítica, haja vista a atual conjectura em que se encontra. Na esteira, define-se o contraponto prático desta acepção, o “carnavalismo” do ensino jurídico, seus motivos ensejadores e seus pontos de ruptura diante das novas tendências pós-positivistas. Por fim, defende-se o abandono desta postura em prol da integração principiológica da carnavalização como método de ensino e pensamento, com vistas a evitar os radicalismos que poderia vir a fundamentar diante de uma crítica totalmente descompromissada dos objetivos de bem estar social, autodeterminação individual e isonomia material.

2. OS ELEMENTOS CONFORMADORES DO DISCURSO E AS ORIGENS DA PERSPECTIVA CARNAVALIZADA COMO ABORDAGEM DO CONHECIMENTO

A palavra “Carnaval”, substantivo masculino, originária possivelmente da expressão em latim *carne vale*, “adeus à carne”, ou em italiano *carne levare*, “remover a carne”, designa, historicamente, o

período anual de festas populares profanas originadas na Antiguidade, não havendo consenso sobre suas crenças desencadeadoras, mas que de alguma forma foram recuperadas e adaptadas ao longo do tempo, e culminaram na estrutura que se apresenta hoje, em tempos de cristianismo moderno, no intervalo entre o dia de Reis e a Quarta-Feira de Cinzas, às vésperas da Quaresma, momento de jejum que compreende o renascimento de Cristo, segundo a doutrina, daí a origem do vocábulo, caracterizando-se pela liberdade de expressão e movimento como meio de expiação antecedente à purificação espiritual proposta pelo credo religioso, durante o qual os papéis sociais são invertidos e as normas de comportamento suspensas para o que se acredita ser o advento de uma nova época (ARAUJO, 2002; BANDEIRA, 2014; SILVA, 2016).

Na tradição brasileira, as festividades carnavalescas se revestem de caráter popular de massa, incluindo o uso dos mais diversos recursos artísticos: cores e sons, em evidência, assim como corpos, desnudos, e a ausência de regramentos rígidos. É o instante anual da anarquia moral generalizada, e, em certa medida, também jurídica, já que as transgressões costumam ser vistas de maneira abrandada nesta época: a *vacatio legis* carnavalesca (DAMATTA, 1997). Há uma concordância mútua silenciosa, gerada pela sensação de liberdade e, em grande parte pelo álcool, da inexistência de limites, do rompimento dos tabus sociais e da liberação de instintos e desejos. É o momento mais próximo da satisfação do sonhado princípio constitucional da isonomia à nível de consciência e socialização. Há o perdão geral temporário das diferenças, a diluição das fronteiras, a aceitação plena do que é apartado à regra costumeira majoritária (MATTOTTI, 2006). Tudo é lindo, confetes e serpentinas.

Tal expressão se revela além ao âmbito social, por diversas e inesgotáveis possibilidades a nível do discurso científico, podendo-se citar, dentre estas, o mascaramento que permite a assunção de personagens e, portanto, a liberdade de forma concreto-sensorial do que menciona como os aspectos ocultos da natureza humana, isto é, a permissividade em se tratar de temas polêmicos ou mistificados

a partir do recurso cômico, ridicularizado, parodial, distanciado, metafórico (BAKHTIN, 2010a, 2010b). Ademais, há a perspectiva de se assumir inversões, mudanças e transformações de opiniões, bem como de formas, o que amplia a abrangência e o alcance construtivo do diálogo. Outra promessa estratégica é a universalização participativa da linguagem: todas as opiniões são permitidas, posto que desfeitas as hierarquias e posturas elitizadas, subvertida, pois, a ordem pré-estabelecida, a partir do “realismo grotesco” que evidencia as imagens linguísticas diretas e isentas de limitações morais, mais que isso, vai de encontro a estas, desnudando-as como causadoras de perplexidade e, com condicionamento, transmutando-as em naturais, tais como são, revelando os aspectos mais profundos da realidade humana. Em suma, a abordagem carnalizada do discurso, por seu caráter plúrimo e sua heterogeneidade constitutiva, muitas vezes paradoxal, e justamente por tal, dinamicamente completa como princípio epistemológico flexível de visão do mundo, sobretudo à nível de conhecimento científico, abrange as mais variadas formas de compreensão em seus estados mais puros de expressão, ao passo que alforriadas dos dogmas morais que laqueiam o discurso formador das mais diversas áreas do saber (BAKHTIN, 2010a, 2010b; NIETZSCHE, 2015).

Ao lado dos aspectos culturais, vislumbra-se a possibilidade de contorno da forte influência pós moderna, democrático capitalista, na formação do discurso. Nesse sentido, percebe-se a tendência econômica do Direito como instrumento que busca a uniformização e manutenção do *status quo* em sede de seu próprio debate como forma de perpetuação do poder dominante, ou seja, uma manipulação social do conhecimento para salvaguardar posturas elitistas de estruturas de classe (HABERMAS, 2002; POSNER, 2009, 2010). Tais interesses patrimonialistas e de dominação só poderiam vir à tona a partir do abandono de certos padrões, à primeira vista, inquestionáveis em determinadas sociedades, justificadores e embaixadores do sistema de consumo vigente, tendo em vista que o lucro é a energia condutora e estruturadora de tais padrões, e que estes são alterados e flexibilizados de acordo com os objetivos reinantes, de modo que o todo o

conhecimento preso a qualquer regramento capitalizado estaria afeito à manipulação e a mediocridade. (POSNER, 2010; FOUCAULT, 2012, 2013; SOUZA SANTOS, 2013)

Outro obstáculo a ser superado pelo recurso tange ao aspecto linguístico ou de nivelamento do discurso, sobretudo no que toca à sua compreensão e à possibilidade do mesmo ser questionado externamente. Ora, a prolixidade e a linguagem técnica, por óbvio que garantem certo distanciamento a um conteúdo e, por vezes, esta pode ser uma de suas intenções subjacentes, com vistas a dificultar sua análise parecerista e a indicação de seus possíveis pontos fracos e contradições (HABERMAS, 2002). Desse modo, o que se produz, em boa parte dos discursos, é de vocabulário de tal forma rebuscado ou tão somente retórico que não apenas dificulta sua apreensão, como impossibilita sua investigação, resultando em, a depender do contexto, uma aceitação por deslumbramento e/ou por sensação de incapacidade de compreensão (ALEXY, 2011; PERELMAN, 2009)

Além das questões acima delineadas há a ser transposto, a nível acadêmico e científico, o problema do reconhecimento paradigmático, uma questão de hierarquização e validação do saber. Nesse sentido, definem-se os paradigmas como conquistas historicamente formuladas e reconhecidas numa comunidade de cientistas por, devido à seu conteúdo, fornecer, uma teoria abrangente, além de padrões de soluções de problemas, que permite, ainda que temporariamente, a sensação de sabedoria plena de algo (KUHN, 2010). Dessa forma, se desencadearia uma estabilização provisória, porém duradoura e rígida, do conhecimento “baseada no pressuposto de que a comunidade científica sabe como é o mundo.” (KUHN, 2010, p.44). Dessa forma, aquele que nega os paradigmas vigentes não pode ser incluído na lógica científica e será, pois inviabilizado, cairá em esquecimento, ou pior, sofrerá retaliações, permanecendo intacto o ideário vigente a partir de sua retroalimentação infinita com “a transformação incessante das energias emancipatórias em energias regulatórias. Daí a necessidade de pensar em descontinuidades, em

mudanças paradigmáticas e não meramente subparadigmáticas.” (SOUZA SANTOS, 2013, p. 124).

Ademais, defende-se não somente o desligamento do discurso quanto aos conteúdos, mas também quanto aos métodos, afinal, não deve haver, partindo-se da premissa carnavalizada, nenhum obstáculo ou padrão pré-definido que manipule ou restrinja a atuação na busca de uma construção do saber livre. Assim, nem a metodologia indutiva, à primeira vista, amplamente adequada ao objetivo da desnudação do discurso é, em si, apropriada a tanto, já que revela parâmetros de conduta definidos e, portanto limitadores (PERELMAN, 2009; POPPER, 2013). Destarte, a construção de um pensamento verdadeiramente carnavalizado perpassa por toda noção de liberdade, desde o método, a sua escolha, sua abordagem, objeto e problemática, ao conteúdo de fato, de sorte que se defende a inexistência de limites aos obstáculos à crítica, defendida por este como mecanismo lógico e essencial à evolução do conhecimento que não deve sofrer restrições de ordem moral, econômica, política ou científica, sob pena de desvirtuar-se (POPPER, 2013)

Em suma, nada mais necessário à formação do pensar crítico a partir do discurso, à quebra de paradigmas e ao crescimento espiritual e científico da humanidade, que a desmistificação de dogmas historicamente sacralizados (ALEXY, 2011). Neste sentido, surge o recurso carnavalizador no ataque direto à imortalidade de conceitos e concepções dominantes e superficiais e ao debate raso de suas premissas, buscando justamente nos receios da liberdade construtiva dialógica, no riso, na ironia, na oposição, no escarnecimento, no assingelamento, seus pontos de apoio e permitindo, assim, como uma das formas mais eficientes e menos danosas, a explicitação e discussão de temas impostos e solidificados no pensamento social por outorga moral que de outra forma perdurariam, sem maiores abalos, atravancando a emancipação do pensar (BAKHTIN, 2010a, 2010b; WARAT, 1982, 1988).

3. A CARNAVALIZAÇÃO DO ENSINO JURÍDICO: A PROPOSTA DE LUÍS ALBERTO WARAT

Em se compreendendo o ensino jurídico como forma de discurso, instrumento do direito inscrito no seio social, forçoso reconhecer, à âmbito deste, a existência de dogmas e imposições enraizados e socialmente aceitos como verdades absolutas, legitimadores e mantenedores das estruturas de poder econômico, político e cultural que, utilizando-se de variáveis ao longo do tempo, visaram, de forma geral, a hierarquização e o controle da sociedade e do próprio saber (ADORNO, 1998; FOUCAUL, 2014; STEIN, 1987). Tal constatação perpassa um longo processo de construção histórica do pensar jurídico brasileiro que solidificou, dentre outros hábitos: o culto à lei em uma visão positivista e, por conseguinte, a instrumentalização da dinâmica de aplicação normativa, com a mitigação hermenêutica; a elitização, hipervalorização e santificação da classe dos juristas e, portanto do vocabulário e da simbologia de tudo aquilo que se refere ao sistema legal; o distanciamento da realidade social e da pluralidade cultural, com a maximização dos ideais liberais, sobretudo de igualdade formal e autossuficiência do texto das normas; e a relativização drástica dos direitos sociais (BITTAR, 2006; RODRIGUES, 1988).

Contudo, com a virada histórica, quase que global, de paradigmas e a pretensa substituição, a nível constitucional, do Estado Liberal que não só abrangia, como também consagrava tais preceitos, pelo Estado Social, à princípio e, posteriormente, pelo Estado Democrático de Direito, em virtude das pressões desencadeadas por momentos emblemáticos de crise e falência das sistemáticas até então postas em perpetuar o controle e a cooperação social e, com isto, a manutenção do poder, desencadeou-se também no Brasil uma onda de garantismo e assistencialismo que, mais do que um processo de Constitucionalização da ordem jurídica, representa, ainda em fase de implementação, um Constitucionalismo tardio, com a formação retardatária de uma cultura de efetividade constitucional que permitirá, de acordo com seu avanço, a aquisição de força normativa

à Constituição e o desencadeamento, por irradiação, do processo de Constitucionalização do Direito como um todo e, supostamente, do pensar jurídico, criando bases férteis e propícias ao surgimento do Constitucionalismo Fraternal ou Solidário, como sugerem os teóricos mais otimistas da área (BARROSO, 2005; SILVA NETO, 2016).

Nesse contexto, Luís Alberto Warat, brilhante professor e jurista argentino contemporâneo, que lecionou durante longo período no Brasil nos cursos de Direito, e, portanto, aproximou-se da realidade social do país, traz à tona o conceito de Carnavalização, analisando-o e adaptando-o à ambientação do ensino jurídico, como mecanismo desenvolvido em prol do acompanhamento da tendência constitucionalizante, multicultural, aberto, fraternal e humanista que vagarosamente se insere no discurso científico e social brasileiro como a desejosa “possibilidade de uma escritura que possa acolher o conflito, a heterogeneidade e a fragmentação dos acontecimentos do mundo.”, contrapondo-o ao embasamento moral, político, econômico e ideológico solidificado e perpetuado que ainda serve de base ao sistema jurídico atual, ingenuamente denominado de democrático, ratificador de inúmeras e impactantes desigualdades sociais e de ideologias representativas de poderes ou crenças, que não demonstra, ou o faz precariamente, pretensões de ser abandonado ou, *qui ça*, relativizado efetivamente, ao menos no que tange ao conhecimento e ao diálogo no âmbito do Direito (WARAT, 1982, 1988, 1994).

Para o autor, a implementação de um mecanismo de discurso crítico na seara jurídica somente é possibilitada por dois fatores: “primeiro, pela substituição do controle conceitual pela compreensão do sistema de significações; e segundo, pela introdução da temática do poder como forma de explicação do poder social das significações, proclamadas científicas”. Nesse sentido, defende a relativização dos conceitos e símbolos postos a partir de compreensões plurais de vida e normatização; o remanejamento dos atores do discurso mediante o esmaecimento da hierarquia interna do sistema jurídico e do jogo de linguagem, com a simplificação de seu acesso e às suas fontes, além de sua explicitação, por meio de análise profunda e incondicionada dos

fatores reais de conformação social; a desmistificação e dinamização do saber jurídico, bem como a libertação deste dos dogmas oriundos do senso comum travestidos de produção científica (WARAT, 1982, 1988). Em suma, veicula o ataque ao saber sacralizado, positivado ou não, necessário aos interesses dominantes ao mesmo tempo em que prejudicial à construção do verdadeiro conhecimento: aquele que não é cognoscível de fato, o infindável exercício da crítica e da autocrítica que permite a apreensão de verdades tão somente momentâneas, ao passo em que desencadeia a conscientização quanto a sua efemeridade e a constante possibilidade do alcance de novos paradigmas (WARAT, 1980, 1994, 1996).

Em sua ótica, a produção do conhecimento, quando se vincula aos ditames da razão instrumental, se autolimita, de certa forma se distanciando e, assim, se purificando dos efeitos que adviriam de uma percepção do que há por trás das verdades impostas rotineiramente, aceitas e difundidas como pontos de partida dos discursos em geral, inclusive mesmo os autointitulados como científicos que, em sua visão, assim não se configurariam, posto que embasados em pilares fracos e sob a eminência de ruir a quaisquer sinais de confrontação profunda de suas estruturas fundamentadoras (WARAT, 1982). Assim, defende a posição de que o discurso que se baseia em postulados, e não em uma força motriz gnoseológica, “limita, maldosamente a percepção dos efeitos políticos das verdade”, retroalimentando um sistema cognoscente não cognitivo, o chamado “senso comum teórico”, caracterizado como uma “episteme convertida em doxa”, ignorante e alienadora que imortaliza os estudos rasos como aprofundados e imortaliza o saber comum, revestido de ciência, em que se baseiam (WARAT, 1988, 1994).

Com efeito, encoraja a profanação do discurso sacralizado, adorador do senso comum e dos mecanismos de poder vigentes, sejam estes científicos, econômicos, culturais, por meio da “carnavalização” do ensino jurídico que se revelaria uma técnica de abordagem e incitação do aprendizado na ótica de um jogo constante de premissas, fundamentos das premissas, e elaboração crítica de contra premissas,

com a formação de novas, gatilho para a retomada da dinâmica do jogo, a partir da utilização de recursos como o melindre, o incômodo, a erotização, a ridicularização de tabus, a diversificação e horizontalização de visões, a liberalização, a contraposição e o conflito (WARAT, 1980, 1996).

Parte Warat, para tanto, de uma ideia do sistema de conhecimento jurídico como propositalmente apolitizado em sua aparência, socialmente acolhido como puro e neutro, desligado de quaisquer pressões externas e vinculado tão somente ao seu próprio sistema de normas, apoiando-se em uma lógica kelseniana para a percepção de um Direito como autossuficiente, independente e, portanto, justo, posto que formalmente igual em aplicabilidade. (KELSEN, 2011; WARAT, 1988) Dessa forma, incute-se no seio da sociedade e dos próprios juristas o ideário de um conhecimento superior, haja vista sua genuinidade e abstinência conceituais, o que, ao mesmo tempo em que legitima seu reconhecimento, fomenta a produção científica de seu saber tomando a si próprio e a suas verdades positivadas como ponto de partida, sem o questionamento, já deixado de lado na Teoria Pura do Direito de Kelsen, a respeito do fundamento da própria hipótese fundamental que alicerça o sistema, haja vista que o pensar em 'hipótese' requer por si só, a observação, seu campo, sua metodologia e método, e partindo-se de tal indução, pode-se desde já questionar quem é o pesquisador e quais são suas variáveis, respostas estas que são difíceis, para não dizer impossíveis de demonstrar no âmbito de uma técnica dedutiva de saber alicerçada em um dogma pré-concebido (KELSEN, 2011; WARAT, 1982, 1988).

Assim, em havendo o alastramento da noção purista do Direito nos campos prático e científico, não seria surpreendente sua expansão para a área acadêmica, invadindo o ensino jurídico, reforçando-se e garantindo sua contínua disseminação, de sorte que, na seara das Universidades, também se solidificou a noção da primazia do saber jurídico, bem como deste na acepção de prerrogativa dos juristas, no sentido de, não somente fazer valer seus conhecimentos auto referendáveis como universais, de forma a, finalmente, encontrar uma

razão essencial para o mesmo e permitir impô-los aos demais a partir desta, mas também de limitá-los, no que tange a seus fundamentos e, neste ponto, não se refere só à percepção social geral desqualificada, como também à grande massa de novos juristas, mais preocupados em adentrar à indústria capitalista por meio de um diploma que ainda confere certo grau de reconhecimento social e retorno financeiro, que a suscitar problemas como ‘o que é o Direito e a quem serve?’ evitando assim seu questionamento e o surgimento de sua basilar contradição implícita, e proporcionando campo fértil à sua ratificação por meio da ignorância e divinificação (WARAT, 1980, 1994, 1996).

Com efeito, alardeia a urgência da reflexão crítica e autocrítica na produção e propagação do saber jurídico, afastando-se este, pois, do senso comum teórico, permitindo ao discurso construtivista e gnosiológico amplo, questionador, liberto das amarras paradigmáticas sacralizadas por autoridades que, tais quais os postulados que propõem, reconhecem a si mesmas em comunidades fechadas e, interna e externamente, vistas como produtoras de verdades universais pela mera dificuldade em seu acesso e em sua compreensão profunda, haja vista que estes se apoiam em razões que, assim como todo preceito pretenso à verdade, se efetivamente analisadas, serão facilmente refutadas, devido ao caráter dinâmico das relações sociais e humanas e, portanto, das “verdades” que nestas pretendem se fundar (WARAT, 1994, 1996).

Acrescenta o autor que os estudantes necessitam de auxílio, mas que este não se opera com a proclamação de “fetiche”, e sim através do oferecimento de mecanismos hábeis de desconstrução destes e de seus idealizadores. Entende, desse modo, que de nada vale a transmissão do saber posto como fim em si mesmo e na reafirmação de seus locutores (WARAT, 1980, 1994). É preciso, do contrário, pô-lo em cheque, confrontá-lo em seu papel social e em suas origens, verificar sua adequação prática e o porquê desta em sua própria validade como práxis, seus conceitos e preconceitos. Isso não é possível apenas recitando, diuturnamente, tal qual boneco de ventríloquo, as normas memoriadas e as teorias destas justificantes,

apreendidas repetidamente durante os anos da graduação e, mesmo, em muitos casos, pós-graduações, mestrados e doutorados (WARAT, 1980). Não, somente se vislumbra tal perspectiva numa aproximação abrupta dos dogmas com seus fundamentos a partir da exortação de contradições e da explicitação de tabus, ainda que tais atitudes tragam desconforto e incômodo por atingirem searas do pensar de crenças individuais, de forma a permitir o questionamento de seus elementos lógicos e, pois, sua desestruturação, bem como o surgimento de novos ideais temporários, da mesma forma sujeitos à fiscalização cuidadosa (WARAT, 1994, 1996).

Isto posto, estaríamos diante, então, numa perspectiva carnalizada do ensino jurídico, de um evolucionismo científico e didático do Direito caminhando junto às transformações sociais, influenciando-as e sendo por elas influenciado, mas, jamais, dominador ou dominado, posto que livre instrumento de percepção, ao menos na concepção do autor. Assim, se apresentaria esta com alternativa adequada e viável à transformação do atual modelo de ensino cartesiano que, atualmente assume, em contrapartida ao proposto por Warat, uma abordagem voltada ao “carnavalismo”.

4. A CARNAVALIZAÇÃO DE WARAT COMO COMBATE AO CARNAVALISMO DO ENSINO JURÍDICO: A DEFESA DE UMA CARNAVALIZAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DO APRENDIZADO DO DIREITO

O movimento constitucionalista democrático e, num patamar mais avançado, a aspiração ao constitucionalismo fraterno exigem uma tomada de postura política, social e científica pluralista e aberta ao diálogo, de forma a permitir a inserção de um ideal solidário no seio das relações jurídicas. Nesse sentido, a proposta de discurso carnalizado defendida, sobretudo por Luís Alberto Warat, se apresenta como inovadora e esperançosa para o ensino jurídico em relação às pretensões de efetivação de reciprocidade à nível sistêmico no Direito. Sua abordagem permite, tanto aos remetentes quanto

aos destinatários do conhecimento jurídico, sua análise crítica e aprofundada, autônoma aos interesses dominantes e aos preconceitos historicamente estruturantes da ordem normativa, a partir do apoderamento da consciência em toda sua plenitude, apartada dos dogmas limitadores do pensar (WARAT, 1980, 1994; STEIN, 1987).

Em contrapartida, ao passo em que a Carnavalização deveria ser, à primeira vista, o pressuposto lógico evolutivo do ensino jurídico, a realidade se descortina em um espetáculo deveras distinto: o “carnavalismo”, aqui compreendido como sua derivação negativa. Este, ainda fortemente embebido das noções de positivismo e Teoria Pura do Direito, vem se solidificando como método de absorção prática e rápida, desvinculado de inquirições de ordem gnoseológicas e encontrando campo fértil numa sociedade onde os adultos estão cada vez mais infantilizados, consequência da retroalimentação de discursos aparentemente autossuficientes e que encontram em si mesmos todas as soluções necessárias aos conflitos, acomodando o pensar e o agir humanos em busca da manutenção dos interesses dominantes, morais, sociais, políticos e econômicos, que informam os sistemas de crenças jurídicas e tencionam sua solidificação através do combate à crítica (FREIRE, 1991; 2003; RODRIGUES, 1988; SOUZA, 2015).

Destarte, o homem moderno ao mesmo tempo em que reage aos anseios sociais, aparentemente aderindo a estes e apoiando-os, no influxo da onda, tal qual modismos, porém, de fato, superficialmente e, em verdade, na maior parte das vezes ignorando completamente suas dimensões, seus objetivos e as atitudes efetivas a serem tomadas para concretizá-los, se reveste numa cápsula de insegurança e conformismo, adaptado que está aos sistemas autoresolutos, aguardando que as mudanças se operem por terceiros, criando um círculo vicioso do medo do novo e do receio de buscar o desejado, bem como de perpetuação das opressões legalmente e historicamente instituídas que a estes fomenta (BOBBIO, 1997; FROMM, 1986; KANT, 2003, 2016.). Origina-se assim, o pavor ao esclarecimento e ao impulso cognoscente por conformidade com o que está posto aliada ao temor da rechaça,

da inadequação e, mesmo, da evolução, quando esta, imprevisível por natureza, pode significar alcançar metas coletivas desejáveis, mas, indiretamente, respingar em núcleos duros da consciência individual cuja mitigação fará parecer menos desejáveis as esferas de bem estar que possivelmente forem atingidas, sendo preferível, pois, por todo o exposto, apegar-se ao *status quo*, ainda que tal atitude se traduza na assunção de posição individualista e egoísta (FREUD, 2011; FROMM, 1986; KANT, 2003, 2016).

Tal não é, verdadeiramente, uma constatação nova, Sigmund Freud em sua obra “O Mal-estar na Civilização”, já representava o referido mecanismo de afastamento social como a defesa do ego e a proteção aos instintos individuais sensíveis e caros a cada ser: “Surge, então, uma tendência a isolar do ego tudo que pode tornar-se fonte de tal desprazer, a lançá-lo para fora e a criar um puro ego em busca de prazer, que sofre o confronto de um ‘exterior’ estranho e ameaçador.” (FREUD, 2011; p. 52). Assim, o homem legitima em si seu pensamento e suas escolhas, inclusive as omissivas, e as disfarça de instrumento defensivo de sua singularidade em face dos demais quando estas se revelam deveras contraditórias com as necessidades alheias. Dessa forma, ao passo em que se insere no contexto social propagado e difundido como correto, protege-se das incisões impulsivas que vão de encontro às suas próprias convicções dogmáticas, estabelecendo-se em um limbo de conforto em relação a seu pensamento, expresso ou não, e à sua atuação ou ausência dela, garantindo-se o reconhecimento comunitário concomitante à preservação de sua moral ou interesse individual, sem questionar, de fato, nem as razões por trás das dinâmicas sociais, tampouco, os fundamentos de suas próprias posturas (FROMM, 1986; KANT, 2003, 2016.).

Destarte, o adulto tecnicamente pensante da contemporaneidade evita a ideia de esclarecimento, preferindo à esta a utilização das manobras que reforçam seu agir e ratificam sua satisfação e suas crenças. Com efeito, assume uma conjuntura tipicamente infantil diante dos conflitos inerentes a uma vida em sociedade, preocupando-se antes com o rejubilamento próprio que com o comprometimento

coletivo, quanto menos solidário ou fraternal (KANT, 2003, 2016). Noções como a dignidade da pessoa humana numa ótica singularista, e direito à felicidade representam bem essa tendência nos ordenamentos jurídicos modernos que, apesar de à primeira vista apresentarem facetas pluralistas, podem facilmente desvirtuar-se em objetivos pedantes (FREUD, 2011; FROMM, 1986). Nesse toar, assevera Immanuel Kant que o mal da contemporaneidade é a fuga ao esclarecimento, defendendo a superação do homem de seu estado fásico de menoridade que o restringe em sua esfera de consciência, seja por comodismo, leniência, temor ou oportunismo. Para o autor, o esclarecimento se constituiria na própria causa e consequência da liberdade e forma única de fuga das verdades impostas, configurando, mais do que uma necessidade individual, um compromisso moral para com a comunidade acolhedora do conhecimento produzido e, precipuamente, difundido, alimentador da crítica institucional e social na busca constante de autonomia, em todas as suas searas (KANT, 2003, 2016.).

Diversa da privatista e doutrinária infantilização do pensar não é a artimanha propagada na maior parte dos cursos jurídicos atuais. Embasados, propositalmente, numa noção de superioridade e independência do saber Direito, concebe-se todo o aprendizado de um campo, aproveitando-se, sobretudo, do medo e da insegurança, a partir da ótica do aconchego infantil: a existência de verdades postas, confiáveis, tal qual ensinamentos de mãe, aliadas à memorização e à mastigação dos conceitos e regras em seus aspectos tão somente textuais, à criação terceirizada de programas e rotinas e organização, representada modernamente pelas figuras dos *coaching's* de ensino, à espetacularização facilitadora do aprendizado, comparável ao tatibitate, à complementação silábica, ao uso de imagens e símbolos, músicas e sons, brincadeiras apalermadas, todo um universo lúdico acalentador próprio de pré-escolas, que promove o que pode ser caracterizado como o carnavalismo do ensino jurídico (FREIRE, 2005, 2006, 2007; SOUZA, 2015; WOLKMER, 2015). A consequência disto não poderia ser diferente da acomodação e alienação generalizadas, a

produção em massa de juristas reprodutores fiéis do senso comum, com parca ou nula capacidade crítica já que, durante o processo mandamental de ensino, são constantemente incentivados a deixar para trás as posições investigativas “sem quaisquer efeitos práticos” e adotar portes subjugados às autoridades paradigmáticas, competitivos de mercado e “funcionais” sociais (ADORNO, 1998; BITTAR, 2006; FREIRE, 1991; 2006, FOUCAULT, 2012).

Dito movimento não se confunde com a Carnavalização proposta por Warat, nada tendo de aproximado, com exceção ao nome, sendo diametralmente opostos e tendo o autor, inclusive, elaborado críticas ferrenhas aos rumos por aquele tomados. Se, por um lado, a Carnavalização defende um discurso aprofundado, liberto de axiomas e horizontalizado, podendo e devendo, para tanto, utilizar-se do choque, da sátira e das contradições para expor as vicissitudes dos padrões socialmente estabelecidos, por outro, o carnavalismo, se funda não no discurso, mas na reprodução rasa dos paradigmas sacralizados, algemada a ideais tementes a interesses, essencialmente verticalizada, submissa ao autoritarismo científico, social, político e/ou econômico dominantes, apoderada, para tanto, de mecanismos infantilizados, alusivos aos instintos primitivos individualizados da humanidade, prestadora de conforto e, assim, garantidora de um certo grau de demenciamento legitimador do vigente por acomodação e medo da apreensão das responsabilidades individuais e coletivas, então terceirizadas, que advém da liberdade do pensar (ADORNO, 1998; BITTAR, 2006; RODRIGUES, 1988, WARAT, 1994, 1996). Acrescenta que a “escolarização” do ensino jurídico fomenta a alienação institucionalizante, fazendo surgir na consciência individual a ideia de necessidade do aprendizado perpendicular, a dependência científica e, portanto, o hábito, como o “local onde a suspensão dos pré-juízos não ocorre, impossibilitando a sua confrontação com o horizonte crítico.” (WARAT, 1996, p. 76). Com efeito, desenvolve-se todo um sistema de sensações de incompetência e dependência que legitimam a existência de toda a ordem jurídica e permitem a sua dilação temporal (ILICH, 1976). Utiliza-se do bobo e do fantástico, neste ponto,

como instrumentos mentecaptos de abdução da capacidade cognitiva dos fundamentos dos próprios fundamentos, concentrando-a na assimilação e absorção exaustivas de pré-compreensões alardeadas como essenciais (FROMM, 1986; KANT, 2003, 2016; WARAT, 1994,1996).

Em franca oposição, o mundialmente reconhecido educador, pedagogo e filósofo brasileiro, Paulo Freire, como defensor da educação crítica, assevera que o ensino jurídico não deve corroborar com a alienação e a manutenção das imposições sócio históricas, mas sim de comprometer com a responsabilidade social e política, com a apreensão da realidade e com a efetivação de práticas que a modifiquem positivamente, de sorte à elaboração de novas formas de pensar críticas e solidárias (FREIRE, 1991; 2003, 2005). Nesse sentido aduz que “saber melhor significa precisamente ir além do senso comum a fim de começar a descobrir a razão de ser dos fatos” (2003, p. 159). Assim, defende o autor a necessidade de conscientização social, ultrapassando a esfera da mera absorção espontânea dos fatos, para a filtragem da realidade, através da assunção pelo homem de uma postura epistemológica, propondo, numa linha muito próxima à de Warat, que “se ensine e se aprenda com seriedade, mas em que a seriedade jamais vire sisudez [...] que, ao se ensinarem necessariamente os conteúdos, se ensine também a pensar certo.” (1991, p. 24). E acrescenta que “a aprendizagem dos educandos tem que ver com a docência dos professores e professoras, com sua seriedade, com sua competência científica, com sua amorosidade, com seu humor, com sua clareza política, com sua coerência”. (2003, p. 125-26), numa postura que deixa claro que em nada se contrapõem o humor e a liberdade nas técnicas de ensino com o conteúdo crítico que se deseja veicular, sendo, em verdade, complementos lógicos de aproximação do saber complexo a ser explicitado pelo professor da apreensão seus alunos.

Outro nobre professor e teórico brasileiro do ensino, Antônio Carlos Gil, estudando o processo de aprendizagem, insere o humor e o entusiasmo como recursos motivacionais necessários ao aprendizado e ao conseqüente desenvolvimento de habilidades e atitudes dos discípulos, em decorrência de experiências educativas obtidas em

sala de aula, mas não utilizados de qualquer forma, meramente para fomentar a concentração, e sim para estabelecer um canal efetivo professor-aluno que permita a abertura de conceitos e a simplificação do processo de aprendizagem do complexo pensamento crítico, para que este se enraíze na mente do educando e se torne automático (GIL, 2009). Nesse toar, também adverte, estudioso das técnicas de aprendizado, Joseph Lowman, em contrapartida ao método bestializador difundido pelo carnavalismo, para a utilização séria do humor como recurso motivacional, salientando que o educador deve ter a consciência de que o entusiasmo a nível universitário não se deve satisfazer com base em “anedotas enlatadas”, mas sim como forma de crítica irônica ou espirituosa, voltada, sobretudo a um objetivo desenvolvimentista, e não meramente à captação da atenção do público (LOWMAN, 2004).

Ora, ante o exposto, percebe-se claramente que a atual prática de aprendizagem do Direito, não se coaduna nem remotamente com as técnicas de ensino comprometidas com a formação crítica, tampouco com a transformação da realidade no sentido do pretense delineamento democrático fraternal, representando mesmo enorme obstáculo à sua aproximação/concretização (ADORNO, 1998; FOUCAULT, 2012). Numa postura completamente contrária, o carnavalismo do ensino jurídico se filia a posturas que permitem a defesa de pressupostos puramente moralistas, econômicos ou paradigmáticos, com a formação de uma classe que, ao passo em que deveria se voltar para a defesa da sociedade mediante a análise crítica do sistema de normas, se prende a ideias radicais por assumir de forma passiva as concepções sacralizadas que lhe são impostas através de técnicas de ensino com pretensões limitadoras do discurso e do pensar (BITTAR, 2006; FREIRE, 1991; 2003, 2005, WOLKMER, 2015). Destarte, não se pode admitir, em tempos modernos, em se considerando a enorme carga histórica que se ligou a ideias individualistas, sobretudo aos regimes totalitários ou ditatoriais e às graves crises sociais e tragédias humanas sem precedentes, que se restrinja o discurso e, pior ainda, que se legitime tal circunscrição ao ponto de propaga-la à formação de novas gerações de juristas, urgindo

a transformação dos modelos de aprendizados permitidores de tão grave afronta ao pensamento e ao bem estar coletivo como um todo (ILICH, 1976).

Contudo, há que se salientar que não se pode aderir da mesma forma, a uma Carnavalização radical do pensamento, sob pena de o próprio método vir a se tornar um dos dogmas que combate: o ceticismo ou o pragmatismo. É imperioso que se estabeleçam limites ao criticismo, de forma a evitar-se os desvios radicalistas que origina, ao passo que relativiza todas as construções ideais, e dessa forma, pode vir a desrespeitar aqueles que devem ser valores básicos de uma convivência em sociedade: as noções de justiça e equidade, norteadoras do dever ser jurídico e cognoscente (BITTAR, 2006; FREIRE, 1991, 2005, 2007). Nesse sentido bem salienta Freire (2005, p. 77-78) que a educação “não pode fundar-se numa compreensão dos homens como seres vazios a quem o mundo ‘encha’ de conteúdos; [...] mas nos homens como ‘corpos conscientes’ e na consciência como consciência intencionada ao mundo.

Dessa forma, ao passo em que não se pode amarrar o discurso aos purismos moralistas ou interessados em sua construção com vistas a um fim setorizado, não é plausível também que o liberte totalmente, descondicionando-o inclusive de seus compromissos para com a coletividade que informa e do qual retira seu fundamento de validade. Assim, o conhecimento e ensino jurídicos não devem estar atrelados ao ser, com objetivos de mera ratificação de proposições morais, econômicas e intelectuais, mas necessita um dever ser que se revela ao encontrar razão e sentido nos anseios de seus autores, não apenas hipoteticamente de modo majoritário, mas também em observação cuidadosa das situações de fato, à medida que se apresentem, de forma a salvaguardar os interesses de grupos vulneráveis, minoritários ou excluídos da massa conformadora do discurso em geral (DWORKIN, 2002, 2003). Desse modo, ter-se-ia a propagação de um conceito de Direito como integridade, informado e direcionado teleologicamente para os fins sociais de convivência pacífica e de criação de ambiente de convívio propício inclusive às próximas gerações, onde o Estado

e todos os indivíduos assumem papéis ativos como promotores das liberdades em geral e fomentadores, pois, da efetivação do ideal de igualdade que embasa e legitima todos os demais direitos humanos, e não meramente como conjunto de normas coercitivas de controle da vida em sociedade, voltado à satisfação temporária de interesses dominantes, seja de quais forem suas naturezas (DWORKIN, 2002, 2003; KANT, 2003).

Tal patamar do sistema jurídico pressupõe a atuação coerente de todos os agentes de uma comunidade, de sorte a afastar-se ações individuais que, em sua satisfação, mitiguem as liberdades de mesmo nível de outrem. Assim, defende-se que uma coletividade deve representar não somente um aglomerado populacional, mas ideológico, voltado à busca de desenvolvimento como um ser único, mas sem desmerecer o reconhecimento tanto de seus atores minoritários quanto das demais comunidades com as quais se relaciona (DWORKIN, 2002, 2003). Destarte, eleva-se a noção de igualdade para substrato axiológico de um corpo social, e desta deriva os pressupostos de efetivação da justiça e da equidade como mecanismos racionais de busca por objetivos comuns pautado no respeito às singularidades e aos pontos sensíveis de cada ser ou grupo social que podem ser relativizados senão em casos extremos, sob pena de se desenvolver uma aceção discricionária irrestrita do Direito que flexibilizaria, além dos próprios postulados normativos que utilizasse em sua construção, a noção liberdade (BOBBIO, 1997; KANT, 2003). Nesse sentido, defende-se uma postura valorativa do sistema jurídico, e não cética ou purista, criticando as noções utilitaristas e positivistas que se voltam apenas para a lógica jurídica dogmática, permitindo à lei uma liberdade ampla frente à própria liberdade da sociedade que a fundamenta (DWORKIN, 2002, 2003; KANT, 2003).

Destarte, o desenvolvimento das aceções teleológicas do Direito embasam uma compreensão que permite tanto o diálogo aberto do sistema jurídico, quanto a sua valoração protetiva de necessidades fundamentais a garantir núcleos intangíveis ao ser humano inserido em um corpo social, nestes incluído o próprio pensar. Ora, não há como

se defender a liberdade do discurso, sem que se resguarde a própria liberdade de pensamento e de expressão como intocáveis (ALEXY, 2011; DWORKIN, 2002, 2003). Da mesma forma seria utópico falar nestas sem que se garantisse o direito à vida, e mais especificamente à vida digna que permita o desenvolvimento das faculdades físicas e mentais que ensejam o conhecimento crítico. No mesmo sentido, não existe discurso aberto sem que se traga para dentro deste todos os interessados em sua elaboração, ou seja, sem que se defenda e proteja o direito de participação dos historicamente excluídos. O conhecimento livre e aberto apenas em teoria, sem mecanismos principiológicos e efetivos de garantia de participação e da própria liberdade, revela em si mesmo uma falácia a ser combatida (BOBBIO, 1997; STEIN, 1987).

Com efeito, a Carnavalização surge como proposta inovadora de ensino jurídico essencial, e é preciso bater palmas para sua proposição, mas sem deixar-se de atentar para o fato que a crítica que defende deve se voltar também para dentro, para o próprio método que difunde. Nesse sentido, representa um mecanismo válido para a virada de discursiva do ensino, para o rompimento com a produção em massa das novas gerações de juristas, mas não um novo paradigma a ser adotado, sob pena de se viciar a si mesmo. Destarte, a técnica só assume validade plena filiada a certos ideais de equidade e de fomento à justiça, ainda que estes representem conceitos transitórios e flexíveis, devendo, assim, demonstrar a necessidade de um olhar singularizado e profundo de crítica sob cada situação concreta com o combate à universalizações do conhecimento, mas também de proteção, altruísmo e bem estar coletivo, que não se confunde com econômico ou moral necessariamente, apesar de com estes coincidir por vezes, mas que se compromete, precipuamente, à satisfação de valores sociais embebidos da justeza e do prestígio ao próximo (DWORKIN, 2002, 2003; KANT, 2003).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise do ensino jurídico e do próprio ser humano em sua esfera singularista atinge um momento alarmante na história da sociedade. Ao mesmo tempo em que se idealiza o desenvolvimento de noções e

sistemas inclusivos e solidários, se cria uma sensação de introspecção egoística grave, cujos efeitos são sentidos no campo do saber jurídico de forma sensível por seu próprio caráter social, dentre outros, o carnavalismo do aprendizado, sua espetacularização e simplificação exageradas (FREIRE, 1991, 2005; GIL, 2009; LOWMAN, 2004).

Nesse contexto, encontra-se na Carnavalização do ensino uma linha forte de reação a tal conjectura através da defesa da liberdade e do combate às estruturas postas das mais diversas ordens, por meio do fomento do princípio da dúvida na retroalimentação do discurso em sua forma ampla, transcendendo as barreiras do senso comum, permitindo a evidenciação dos pilares formadores do conhecimento, bem como daquilo que se entende como a este excluído, o senso comum, à moral, aos bons costumes e ao politicamente e economicamente desejável (WARAT, 1982,1988,1996; HEGEL, 2007)

Com efeito, defende-se que o ensino e o pensar jurídicos, devem-se tratar, pois, da própria análise gnoseológica das relações sociais e de seus mecanismos determinantes, de forma a permitir a crítica constante dos radicalismos presentes. Contudo, compreende-se que a própria reflexão analítica necessita ser administrada de forma cuidadosa, comprometida efetivamente com os ideais altruístas de justiça e equidade, de sorte a garantir a participação ampla e efetiva dos mais diversos autores sociais na formação de novos e temporários conhecimentos, para que, então se inicie a criação de terreno fértil à tão desejosa e imprescindível visão humanitária constitucionalizada (ALEXY, 2011; DWORKIN, 2002, 2003; KANT, 2003).

Necessária, pois, uma reforma estrutural dos sistemas de ensino jurídicos vigentes que permita a releitura dos cursos de Direito e o afastamento de sua faceta meramente profissionalizante, o que pode ser iniciado com, por exemplo, a inclusão, nas grades curriculares, de disciplinas críticas, filosóficas, sociológicas, bem como a abordagem fundamentada das demais matérias nos preceitos por estas elencados, e com o estímulo ao pensamento, à pesquisa e à produção intelectual ainda no âmbito da graduação (WARAT, 1982,1988,1996). A mudança na forma de exposição dos conteúdos e de avaliação também se

mostra fundamental para evitar a satisfação raseada do professor para com o aluno e vice-versa, elaborando-se exposições aprofundadas e instigantes e exigindo uma compreensão adequada dos temas há o despertar mútuo de um interesse reflexivo em sala de aula. (WARAT, 1982,1988). Ademais, a conscientização da população em geral também se faz importante, haja vista se tratar do conhecimento produzido pelo sistema ao qual se submete, de sorte que as campanhas educativas, inclusão de temas jurídicos na educação básica, e consultas participativas sobre temas jurídicos, para os mais diversos públicos e faixas etárias, se mostram como não somente adequadas, mas necessárias na conformação do saber popular daqueles que são os destinatários precípuos das normas e preceitos veiculados pelo Direito, sem que do fundamento destas tenham quaisquer conhecimentos (FREIRE, 1991, 2005; GIL, 2009; LOWMAN, 2004)

Assim, há que se permitir e vangloriar a utilização do método de Carnavalização, proporcionando sua efetivação no aprendizado das novas gerações de protagonistas do sistema jurisdicional como rompimento para com os mecanismos paralisantes do saber e mola propulsora de nova forma de pensar juridicamente. De certo, não será uma mudança instantânea, mas um processo lento e gradual de adaptação dos métodos e conteúdos a um modo de construção do conhecimento mais analítico e profundo que envolve o abandono de números paradigmas há muito sedimentados (WARAT, 1982,1988,1996).

Nesse toar, imperioso asseverar que, durante essa caminhada, ao mesmo tempo em que abandonando certos dogmas, há que se resguardar certos valores fundamentais das próprias noções de liberdade e igualdade, para que esta se opere não de forma totalmente livre e irresponsável, e sim de modo a se voltar e encontrar seu próprio fundamento de responsabilidade na realidade do corpo social e nos princípios legitimadores de valores e crenças que representam a determinada coletividade, grupo ou indivíduo concretamente, na satisfação do que se compreende como justiça e equanimidade, afastando-se do retorno às injustiças históricas ultrapassadas por tamanhos esforços de gerações passadas (DWORKIN, 2002, 2003).

Percebe-se, pois, que não é viável a assunção de ideias de solidariedade e fraternidade preservando-se um ranço axioamático puro no discurso e no ensino jurídicos, partidários destas ou daquelas convicções ou defensores de interesses, na própria origem do conhecimento, sob pena de comprometimento de todos estes como meramente utilitários, descomprometidos com a evolução do saber e da humanidade em sua dimensão coletiva (DWORKIN, 2002, 2003; KANT, 2003).

REFERÊNCIAS

ADORNO, S. F. **Aprendizes do Poder:** o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Forense, 2011.

ARAÚJO, H. **Carnaval:** seis milênios de história. Rio de Janeiro: Gryphus, 2002.

BAKHTIN, M. **A cultura popular na Idade Média e no Renascimento:** o contexto de François Rabelais. 7. ed. São Paulo: Hucitec, 2010.

_____. **Problemas da poética de Dostoiévski.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 2010.

BANDEIRA, M. **Carnaval.** 3. ed. São Paulo: Global, 2014.

BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito:** O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf><http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 18 de maio de 2017.

BITTAR, E. C. **Estudos sobre ensino jurídico.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BOBBIO, N. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant.** 4. ed. Brasília: UNB, 1997.

DAMATTA, R. A. **Carnavais, malandros e heróis:** para uma sociologia do dilema brasileiro. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DWORKIN, R. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Levando os direitos a sério. Coleção Justiça e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREUD, S. **O mal-estar na civilização**. São Paulo: Penguin Companhia, 2011.

FREIRE, P. **A Educação na Cidade**. São Paulo: Cortez; 1991.

_____. **Cartas a Cristina**: reflexões sobre minha vida e minha práxis. 2. ed. São Paulo:

UNESP, 2003.

_____. **Educação e mudança**. 30. ed.; Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

_____. **Pedagogia da esperança**. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006.

_____. **Pedagogia do oprimido**. 49 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

FOUCAULT, M. **A arqueologia do saber**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

_____. **Microfísica do poder**. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

FROMM, E. **O Medo à Liberdade**. 14 ed. São Paulo: Guanabara, 1986.

GIL, A. C. **Metodologia do ensino superior**. 4. ed.5. reimpressão. São Paulo: Atlas, 2009.

HABERMAS, J. **Discurso filosófico da modernidade**. 2 ed. São Paulo: Martins, 2002.

HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do Espírito**. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

ILICH, I. **Sociedade sem escolas**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1976.

KANT, I. **A Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.

----- **Resposta à pergunta: Que é esclarecimento?**. O que é esclarecimento?. Rio de Janeiro: Via Verita, 2016.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KUHN, T. S. **Estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2010.

LOWMAN, J. **Dominando as técnicas de ensino**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MATTOTTI, L. **Carnaval: cores e movimentos**. Rio de Janeiro: Casa 21, 2006.

NIETZSCHE, F. **Além do bem e do mal**. São Paulo: Martin Claret, 2015.

PERELMAN, C. **Lógica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POPPER, K. R. **A lógica da pesquisa científica**. 2. Ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

POSNER, R. A. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

----- . **Para além do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

RODRIGUES, H. W. **Ensino Jurídico: saber e poder.** São Paulo: Acadêmica, 1988.

SILVA, C. G. DA. **Carnaval: história e identidade.** Lisboa: Colibri, 2016.

SILVA NETO, M. J. e. **O constitucionalismo brasileiro tardio.** Brasília: Imprensa, 2016.

SOUZA, J. **A tolice da inteligência brasileira.** Rio de Janeiro: Leya Casa da Palavra, 2015.

SOUZA SANTOS, B. de. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 14 ed. São Paulo: Cortez, 2013.

STEIN, S. A. **Por uma educação libertadora.** 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

WARAT, Luís Alberto. **Confissões pedagógicas diante da crise do ensino jurídico.** In: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Ensino Jurídico. Diagnósticos, Perspectivas e Propostas. 2. ed. Brasília: OAB, 1996. p.215-221.

----- . **O outro lado da dogmática jurídica.** In: Rocha, Leonel Severo (org.) Teoria do direito e do Estado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 81-95.

----- . **O senso comum teórico dos juristas.** In: FARIA, José Eduardo (org.) A crise do direito numa sociedade em mudança. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988, p. 31-41.

WARAT, Luís Alberto et al. **O poder do discurso docente nas escolas de Direito.** Florianópolis, UFSC: Seqüência. n. 2, p. 146-52, 1980.

WARAT, Luís Alberto. **Saber crítico e senso comum teórico dos juristas**. Florianópolis, UFSC: Sequência. n. 5, p. 48-57, 1982.

WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

A INFLUÊNCIA DO DISCURSO MACHISTA NA REGULAMENTAÇÃO LEGAL E PRÁTIS DO REGIME DE GUARDA COMPARTILHADA: A LEGITIMAÇÃO NORMATIVA DA PERPETUAÇÃO DOS PAPÉIS SOCIAIS CONSAGRADOS COMO FEMININOS.

RESUMO

O presente artigo visa analisar a sistemática normativa em vigor do relativamente recente instituto de guarda compartilhada à âmbito do Direito de Família, em face do discurso machista perpetrado historicamente no seio do pensamento social. Nesse sentido, tem por escopo a elucidação, através de metodologia dedutiva baseada em análise literal de dispositivos legais em relação à literatura a respeito dos temas e ao moralismo e à práxis gerais e evidentes, da influência masculino sexista nos processos de construção e aplicação da regulamentação legal do regime, bem como na formação dos discursos de forma geral. Destarte, apresenta os efeitos retroalimentadores da doutrina machista provenientes das posturas tomadas pelo legislador, pelo judiciário e pela sociedade na disciplina do instituto, e sugere possíveis estratégias de contorno das mesmas. Finaliza por salientar a coexistência de enorme grau dificuldade em paralelo à necessidade da virada do discurso de gênero, não só à âmbito do Direito ou do Direito de Família, mas de modo universal, em se desatrelando as compreensões de dogmas radicais moralizantes, em prol do surgimento dos embriões de igualdade, equidade e horizontalização necessárias ao pontapé inicial aos tão aspirados quanto distantes ideais de justiça e, mais concretamente, de constitucionalização de direitos.

Palavras-chave: Machismo; Regime de guarda compartilhada; Discurso.

RESUMÉE

Cet article a pour but d'analyser la courante réglementation du relativement nouveau institut de régime de soin partagée au Droit de Famille face au discours machiste historiquement perpétrée au sein

de la pensée sociale. Ça veut dire, essaye d'éclairer, embasé sur une méthodologie déductive, par l'analyse textual des dispositifs normatifs en face de la littérature sur les thèmes et du moralisme et des pratiques générale et évidentes, l'influence de la doctrine sexiste à la procédure de construction et application de la réglementation juridique du régime et à la formation du discours, du point de vue général. Ainsi, démontre les effets retroalimentateurs de la doctrine machiste originés des décisions prises par le pouvoir législatif, le pouvoir judiciaire et la société, en ce qui concerne à la discipline de l'institut, et suggère quelques stratégies possibles de détournement de ce contexte. Finalize en enfatissant la coexistence d'une trop profond degré de difficulté, parallèle à la nécessité de transformer le discours de genres, non seulement au champ de son application au Droit ou au Droit de Famille, mais universellement, en vis de décliner des interprétations dogmatiques et purement moralistes, et de la naissance d'un embryon de l'égalité, de l'équité et de la horizontalisation, en effet nécessaires à démarrer le chemin au sens de las aspirations et des idéaux de justice et, plus précisément, du mouvement de consécration de droits dans les constitutions.

Mots-clés: Machisme; Régime de soin partagée; Discours.

1. INTRODUÇÃO

O machismo, como corrente de pensamento, se difundiu historicamente, se enraizou e influenciou todas as esferas comportamentais humanas, conformando no seio social a tese de superioridade masculina em detrimento da mulher, esta compreendida como figura predetermina a certos papéis que, dentre outros, a maternidade e a objetificação femininas. O Direito não passou ao largo deste fenômeno, sobretudo o Direito de Família, onde a problemática sensível se faz ainda mais presente e gera inúmeros efeitos práticos extremamente nocivos ao desenvolvimento social segundo os novos ideais constitucionalizantes e humanistas (CARNEIRO, 2011; CASTANEDA, 2006; FRASER, 1997, 2008).

Nesse toar, tais consequências são nítidas no que toca à dissolução de vínculos familiares e à consequente atribuição de responsabilidades, dentre os genitores, para com sua prole. Com efeito, com objetivo de elucidar a influência desta proposição axiológica neste ramo jurídico, mais especificamente na dinâmica de compartilhamento de guarda, expõe-se de forma breve, num primeiro momento, como se originou o discurso machista e suas decorrências práticas no ideário social, para, a partir daí, tendo em vista as inovações trazidas pelas Leis nº 11.698/2008 e nº 13.058/2014 à disciplina do Direito Familiar no Código Civil Brasileiro verificar-se, com base numa metodologia de abordagem dedutiva, tomando como ponto de partida o texto literal do diploma normativo, contrapondo-o, ponto a ponto, ao moralismo social, à práxis geral patente, e à literatura sobre a sistemática de guarda compartilhada, seus limites e pretensões, e sobre a desigualdade de gênero, masculino sexista, as possibilidades e prováveis efeitos morais e jurídicos, de responsabilidade de legislativa, jurisdicional e social, concomitantemente, deste oriundos no processo de construção e aplicação do regime, e seu papel na evolução ou involução de um debate mais horizontalizado e solidário em todos os âmbitos onde há a subjugação da mulher como forma de perpetuação de poder. (BRASIL, 2002; 2008,2014; IBGE, 2015)

A partir disto, apresenta-se, apesar de se reconhecer a enorme dificuldade em implementá-los, possíveis mecanismos, em um rol não taxativo, a serem desenvolvidos pelo sistema jurisdicional em prol do desenvolvimento do discurso igualitário de gêneros. Admite-se que a evolução neste sentido será construída de forma lenta e encontrará inúmeras resistências por parte não só de homens, mas também e, em certas esferas majoritariamente, de mulheres, com vistas à manutenção dos paradigmas ratificados ao longo do tempo, mas que se mostra como pressuposto necessário ao alcance do tão desejoso patamar progressista pregado pelas modernas tendências pós-positivista e neoconstitucionalista. (BOURDIEU, 2002; CEZAR-FERREIRA; MACEDO, 2016; LOURO, 2014; YOUNG, 2011)

Conclui-se, desse modo, pela imprescindibilidade de reforma do modo de pensar, com o questionamento aberto a respeito da existência de fundamentos que embasam crenças e práticas machistas, e o abandono do discurso comprometido com interesses e paradigmas preconcebidos sem a participação equilibrada de todos os seus destinatários, sobretudo os que, historicamente, mais arcam com seus ônus, as mulheres. Destarte, defende-se a efetivação real de um regime de guarda compartilhada e não somente à nível de Direito de Família, mas de pensamento científico e social na formação de novas ideologias participativas e libertadoras do homem, compreendido como ser humano e não como gênero, tão necessárias quanto desejosas de afirmação prática. (CASTANEDA, 2006; FOUCAULT, 2009; KUHN, 2010; ONFRAY, 2014; SAFIOTTI, 2015)

2. BREVE APANHADO SOBRE A ORIGEM E O DESENVOLVIMENTO DO DISCURSO MACHISTA

O termo “machismo” deriva do latim, *masculus*, referindo-se à pertinência ao gênero masculino e ao superior senso de orgulho desta derivado. Historicamente, o desenvolvimento da acepção como prática social reconhecida e, em grande parte regulamentada, acompanhou o próprio processo de “evolução” humana, fazendo-se presente, inicialmente, de forma instintiva e defensiva em relação à força bruta, via de regra mais marcante no homem, necessária à sobrevivência primitiva que, como instrumento predominante à época, ocasionou a relegação da mulher a postos subjugados e, sobretudo, maternais. Posteriormente, com o avanço tecnológico e a mitigação do requisito da força física em sua essencialidade, tal mecanismo hierárquico de dominação feminina e apartação de funções, já amplamente enraizado no comportamento humano, se difundiu quando do surgimento da força intelectual e trabalhista complexa, destinando-as ao gênero masculino, bem como aquelas ainda interligadas ao esforço, mais uma vez preterindo a mulher aos âmbitos da fragilidade, superficialidade

e filiação (FRASER, 1997, 2008, 2013; MILL, 2006; ONFRAY, 2014; SAFIOTTI, 2015; OKIN, 1991; YOUNG, 2011).

Assim, o discurso machista evoluiu e se entranhou no pensamento social como parte de uma realidade inerente ao ser humano, determinada por fatores naturais e essencialmente biológicos de predisposição ou não para este ou aquele tipo de comportamento. Tal postura justificou a criação de axiomas de poder masculino, em detrimento da mulher, em todas as áreas relacionais, inclusive na seara do conhecimento científico social e do Direito, disfarçados de proteção à moral e aos costumes orientadores de uma comunidade. Destarte, nítidos os inúmeros mecanismos legitimadores do aprofundamento das desigualdades entre os sexos, representados por conceitos abertos ou práxis ratificada, que não encontram fundamento em razões oriundas de um discurso crítico, mas da imposição de verdades absolutas na forma de desigualdades de gênero. (BADINTER, 2005; BOURDIEU, 2014; DAVIS, 2016; FOUCAULT, 2009, 2012)

Tais mandamentos fomentaram o desenvolvimento da cultura machista e de suas inúmeras consequências: a ditadura da beleza, com a imposição de padrões corpóreos e vestimentais, o uso de maquiagens e adornos e o acorrentamento aos modismos padronizados e desconfortáveis, que pretendem transformar o gênero feminino em uma linha de produção em massa para o mercado de consumo masculino, detentor do poder de escolha por sua superioridade nata; as discrepâncias na entrada, permanência e tratamento salarial no mercado de trabalho, com a proliferação de preconceitos intelectuais, de diminuição da capacidade produtiva da mulher, e morais, de rejeição à esta ao plano doméstico como papel social natural, além da sensação de prejudicialidade atrelada à suposta fragilidade orgânica da mulher e à sua singularidades relativas à saúde, mormente às gestações e concessões de licenças maternidade; o apequenamento e as dificuldades de acesso ao campos científico, a partir de uma compreensão de mediocridade do conhecimento do ser feminino que, por determinação natural, deveria ser inferior e incapaz, pois, da produção intelectual; a reprodução e perpetuação da concepção

transcendental da masculinidade nas relações sócioafetivas e parentais, com a inserção, desde a infância, de dogmas de elevação do homem e, a partir destes, atribuições sociais pré-definidas, embasadas em verdades autóctones da humanidade que legitimam abusos e atitudes menosprezantes da mulher como normais e inerentes à dinâmica social; a vedação à liberdade e à autodeterminação femininas, sobretudo no que tange à não assunção dos personagens e roteiros a si impostos, tais como a maternidade, a conjuguidade passiva, a sujeição intelectual, e inclusive, e principalmente, quanto aos postulados que as legitimam, evitando-se, assim, a tomada de posturas revolucionárias feministas, vistas com escárnio, vitimização proposital e infundada e ridicularização, como forma de obscurecimento das questões que fazem vir à tona a crítica aos princípios masculinizadores enraizados no senso comum. (CARNEIRO, 2011; DAVIS, 2016; SAFIOTTI, 2015; FRASER, 1997, 2013; OKIN, 1991; YOUNG, 2011)

Vale ressaltar que tais estratégias são interdependentes e se retroalimentam, de modo a fundamentar o conjunto de seus preceitos em si mesmos, tal qual uma Teoria Pura do Machismo, partindo da norma hipotética fundamental da superioridade masculina. Imperioso salientar ainda que tais comportamentos não são observados apenas na atuação masculina, mas também, e fortemente, na própria consciência e no agir feminino para com suas iguais. A sacralização deste sistema de crenças aliada aos entraves do acesso da mulher à produção científica, fez surgir uma ordem de aprendizado legitimadora do machismo que, durante sua evolução, se arraigou tão profundamente à prática, sem encontrar inquições e antíteses fortes, justamente por interesse em sentido contrário dos detentores dos mecanismos paradigmáticos, que incutiu no psicológico da mulher sua vulgaridade e insignificância em certas áreas, bem como sua predisposição e missão social em outras. Destarte, em aceitando a mulher a posição para si imposta, a difundiu e, como parte de sua carga incluiu, historicamente, grande, senão toda a parcela educacional de novas gerações, esta difusão foi efetiva e gigantesca, gerando e reabastecendo o complexo de crenças estabelecido, como vítima e agressora ao mesmo tempo, culminando

em sua sólida estruturação atual. (BOURDIEU, 2002, 2014; FOUCAULT, 2009, 2012, 2013; ONFRAY, 2014)

Com efeito, em se tratando o Direito, data vênia àqueles que defendem seu utópico purismo normativo, de um sistema de regras baseado em fatores sociais políticos, econômicos, culturais e valorativos, destes legitimador e condutor, não haveria de estar imune ao maquinário de doutrina machista que rege as relações sociais. De fato, é com pesar que se observa, apesar da tendência constitucional democrática ou fraternal defender diametralmente o oposto, a saber: a pluralidade e a horizontalidade de direitos e a proteção desta, que a normatização de seus ditames ainda é demasiado precária e ineficaz, permitindo a perpetuação de práticas essencialmente certificadoras da masculinidade, bem como a criação, por meio de brechas onde deveriam constar imposições fortes e proativas, de artimanhas para sua manutenção. (BADINTER, 2005; FOUCAULT, 2009, 2012; SAFIOTTI; 2015; YOUNG, 2011)

Tal conjunção é ainda mais forte na seara do Direito de Família, claramente vulnerável por seu caráter privatista, emocional, e nas circunstâncias descritas acima, desigual, sobretudo no que toca à responsabilidade para com a prole em eventual dissolução do núcleo familiar, contextualmente ainda atribuída máxime à mulher, o que gera inúmeras consequências práticas às quais ainda se furta o Direito, como instrumento principal da solução de conflitos, mas não apartado das problemáticas científicas do discurso em geral, isto é, arraigado a uma formação estrutural majoritariamente masculina e enraizado, portanto, a compreensões partidárias, a encontrar soluções isonômicas e neutras, isentas de posições machistas. Tal problemática gera inúmeros efeitos não somente de ordem prática, mas também na evolução do debate jurídico, ou melhor, na sua involução, ao passo que se permite a estagnação do pensamento nesta seara mediante o condicionamento das normas às exigências morais infundadas e preconceituosas de superioridade masculina. Passemos, a seguir, à análise específica desta discussão. (GRISARD FILHO, 2016; IBGE, 2015; FOUCAULT, 2009)

3. A LEI DE GUARDA COMPARTILHADA SOB O ENFOQUE DOS MECANISMOS JURÍDICOS DE PRESERVAÇÃO DO IDEAL MACHISMO: A PERPETUAÇÃO DE PAPÉIS FEMINILIZADOS.

A partir de 13 de agosto de 2008 entrava em vigor, no ordenamento jurídico pátrio, a Lei nº 11.698/2008 responsável por alterações substanciais na dinâmica de regimes de guarda nas relações de desfazimento de entidades familiares, ao promover mudanças nos artigos. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406/2002 - Código Civil - instituindo e disciplinando a chamada guarda compartilhada, posteriormente conceituada e ampliada na Lei nº 13.058/2014 que, novamente alterou os supracitados, bem como os artigos 1.585 e 1.634 do mesmo diploma (BRASIL, 2002; 2008, 2014)

Em suma, antes do advento das normas acima referidas, vigia no Brasil, como regra, a decretação de guarda unilateral da prole a um dos genitores, com a definição de regime de visita àquele que não restasse no convívio dos menores, em dias e horários especificados, acordados previamente entre os cônjuges, ou determinado pelo juiz, senão, vejamos:

Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela **atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.**

[...]

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. (BRASIL, 2002; s.p.)

Destarte, percebe-se que a preocupação do legislador à época girava, primordialmente, em torno dos interesses dos adultos envolvidos na contenda, preservando suas imputações volitivas em

detrimento dos interesse das crianças. Assim, pais e mães, estas ao menos nos termos da lei, tinham a liberdade, quase que plena, de dispor livremente de seus filhos, sendo mesmo possível a decretação de guarda a um parente diverso destes, verificando o juiz a inaptidão de ambos ao exercício da guarda dos menores (BRASIL, 2002).

Ocorre que, na prática, fato notório, a situação se desenrolava, grosso modo, com pais que se declaravam incapazes de prestar assistência, sob forma de cuidado integral para com seus filhos, comprometendo-se ao auxílio financeiro e às visitas preestabelecidas, ao passo em que mães assumiam a responsabilidade cotidiana para com a prole, dedicando-se de forma plena ao seu crescimento, saúde, educação e acompanhamento até a idade adulta, “beneficiando-se” para tanto de valores pecuniários e espaços temporais prefixados de descanso e desenvolvimento da própria personalidade, tudo isso de forma reconhecida em juízo por magistrados aplicadores do texto da lei, que proferiam sentenças “justas e adequadas”. (IBGE, 2015; CEZAR-FERREIRA; MACEDO, 2016; MADALENO; MADALENO, 2016)

Ora, tal contexto não revela outro paradigma possível a não ser o machista: a mulher assumindo seu papel materno, histórica e cuidadosamente cultivado, mitigando sua individualidade e sua atuação social na dedicação absoluta a seus sucessores, incorporando a posição de dependência financeira do gênero masculino e de submissão às decisões por estes tomadas como atores do discurso social. (MILL, 2006; ONFRAY, 2014; SAFIOTTI; 2015)

Ao homem, por seu turno, garantida a liberdade plena à majoração de suas competências natas, desapegado às incumbências de filiação que representariam sérios entraves à concretização de sua superioridade, incumbido, tão somente, de ônus patrimoniais atingidos a partir do sucesso de seu glorificado trabalho, de tão grande importância social quanto nunca será o da mulher numa mesma posição. Diz-se tão somente pois, fato é, que as visitas instituídas em juízo, quando transportadas ao mundo prático, pareciam dissolver-se, tornando-se, via de regra, instantâneas, esporádicas, ou inexistentes, retirando da mulher seus únicos momentos de possível dedicação à

satisfação de necessidades pessoais. (CEZAR-FERREIRA; MACEDO, 2016; GRISARD FILHO, 2016; OKIN, 1991; YOUNG, 2011)

Tal tendência, de forma mais grave, se manifestava igualmente à âmbito patrimonial através do descumprimento das obrigações assumidas em relação a parcelas alimentares que, paulatinamente, foi caindo em “descrença e desuso” já que precárias e inexpressivas a fiscalização e as sanções impostas em caso de transgressão, bem como o insofrito sentimento de ilegitimidade e indignidade das mesmas, já que, socialmente, ainda há uma cultura de ver-se seus valores como destinados não à subsistência da prole, mas ao sustento da ex-companheira, dependente por sua própria natureza feminina, sem que possa o homem receber desta a “contraprestação” devida. (CASABONA, 2006; CEZAR-FERREIRA; MACEDO, 2016; GRISARD FILHO, 2016; OKIN, 1991)

Vista disso, em resposta às pressões sociais que começaram a surgir por parte de grupos defensores dos direitos humanos e de grupos vulneráveis, em especial, direitos da mulher e das crianças, em busca da construção de garantias de relações de igualdade e horizontalidade entre os sexos, a partir do abandono dos arquétipos histórica e culturalmente impostos e da atenção especial às peculiaridades do ser em desenvolvimento, pretendeu-se a reforma dos dispositivos normativos disciplinadores dos regimes de guarda de menores como mecanismo de retorno satisfativo aos anseios oriundos da gravidade da realidade imposta às crianças, em situação de abandono afetivo, e às mulheres, pilares de verdadeiras famílias monoparentais, chamadas “mães solteiras”, denominação esta já demonstrativa do preconceito social em torno da situação, haja vista o estabelecimento de estado civil à condição materna, como se classificação desta fosse. (CASABONA, 2006; GRISARD FILHO, 2016; MADALENO; MADALENO, 2016)

Nesse sentido, as Leis nº 11.698/2008 e nº 13.058/2014 despontaram no ordenamento jurídico brasileiro com a promessa de solução a tal contexto masculino sexista radicado no comportamento moral e jurídico do Direito de Família. Entretanto, tal ambição não

se revelou fidedigna e há que se questionar se realmente desejava promover a reestruturação do instituto de guarda e a proporcionar uma conscientização efetiva antissexista no corpo social e jurisdicional, senão, vejamos a seguir. (BRASIL, 2002; 2008; GRISARD FILHO, 2016)

Passou-se a dispor, então, que o regime de guarda deve ser, residualmente, unilateral, assim atribuída a um dos genitores ou substituto, devendo o pai ou a mãe que não a detenha supervisionar os interesses dos filhos ou, como regra geral, compartilhada, distribuída a responsabilidade conjunta e o exercício de direitos e deveres quanto aos filhos ao pai e à mãe, de forma concomitante, devendo o tempo de convívio com cada um destes ser equilibrado, podendo ser requerida, unilateralmente, em ação autônoma, ou por consenso, dentre os genitores, ou ainda decretada pelo juiz, quando não houver acordo entre estes quanto à guarda dos filhos, desde que encontrando-se ambos aptos ao exercício do poder familiar, em atenção ao melhor interesse da criança, competindo a ambos, igualmente, ainda que posteriormente se altere sua situação conjugal, a gerência da criação, a proteção e a educação dos filhos. (BRASIL, 2002; 2008,2014)

Destarte, a partir das alterações normativas, tenciona-se, à primeira vista, à acreditação do instituto de guarda compartilhada como inovador, progressista e na salvaguarda dos direitos das crianças, adolescentes e mulheres, à âmbito do desfazimento de relações conjugais. Numa acepção formal e superficial, o mecanismo compartilhado de guarda aparece como priorizador do melhor interesse da prole, bem como do pareamento de gêneros no exercício da do poder familiar. (GRISARD FILHO, 2016)

Contudo, a prática não poderia se mostrar mais diversa da pretendida e tão igualmente próxima à realidade que vigorava antes da vigência das supracitadas leis, sendo que tal discrepância volitiva não se apoia apenas no que toca ao comportamento de fato dos envolvidos e à sua moralidade, mas também nos próprios dispositivos legais ao empregar conceitos e contextuações demasiado aberta e flexíveis, bem como possibilidades ratificadoras e estimuladoras, por assim dizer, das práticas machistas de desembucimento de responsabilidade

em detrimento da mulher e de abandono parental. (GRISARD FILHO, 2016; IBGE, 2015)

Passemos análise de tais elementos a partir do texto literal da norma civilista disciplinadora do instituto após as alterações sofridas:

Art. 1.583. [...]

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre **tendo em vista as condições fáticas** e os interesses dos filhos.

[...]

Art. 1.584. [...]

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, **salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.**

[...]

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar **a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.** (BRASIL, 2002, s.p.)

Ponderando ponto a ponto a nova redação, é possível detectar três problemáticas aparentemente literais, mas, de fato, substanciais da regulamentação legal as quais se pode atribuir concomitantemente ao legislador, ao judiciário e à sociedade. Em primeiro lugar, a expressão “tendo em vista as condições fáticas” presente no parágrafo 2º do artigo 1583, revela-se numa possibilidade de análise aberta, dependente da contextualização caso a caso e passível, pois, de determinações maleabilizadas dentro da decisão que preveja a aplicação ou não do instituto. Ora, ao mesmo tempo em que necessária diante de casos complexos em que um dos cônjuges se encontra, de fato, sujeito a determinadas situações que inviabilizam, condicionam

ou reduzem sua capacidade diante do trato para com seus filhos, tal previsão possui um viés extremamente perigoso ao se considerar que, diante da formação machista inculcada no seio da sociedade e, portanto, também dos juristas, sendo estes seres humanos comuns, destituídos de quaisquer poderes superiores de consciência e, por vezes, mais arraigados aos paradigmas sexistas, por conta de uma criação e desenvolvimento elitistas e posterior inserção no âmbito de organismos historicamente constituídos pelo ideário masculino, há a possibilidade de assunção de uma postura, por parte destes, de complacência diante de situações que não se encaixem na construção teleológica e isonômica da previsão legal, permitindo, de modo consciente ou não, que nesta ingressem conjunturas masculinas de menor importância, inclusive derivadas das acepções sociais do gênero, como por exemplo, a diminuta capacidade para lidar com tarefas domésticas, ou de cuidados de higiene e alimentação, na escusa de responsabilidades quando do equilíbrio das atribuições para com a prole, em prejuízo da mulher, que, “naturalmente”, teria mais aptidão para tanto, ainda que necessite conciliar tais atividades com outras de caráter externo e com aspectos de sua própria satisfação, que se tornam, neste ponto, relegados às obrigações maternas amplas e inatas. (BRASIL, 2002; 2008, 2014; GRISARD FILHO, 2016; IBGE, 2015; DAVIS, 2016; FRASER, 1997, 2008; LOURO, 2014)

Doutro ponto, o parágrafo 2º do artigo 1584, por sua vez, traz a vicissitude de, em não se operando acordo entre os pais quanto à guarda, se um dos genitores declarar ao magistrado que não a deseja exercer, seja esta decretada ao outro, unilateralmente. Mais uma vez está-se diante de possibilidade demasiado delicada: ao passo em que se deve evitar a convivência forçada de uma criança, por afronta a seus interesses, com indivíduo que, ainda genitor, não deseja a manutenção do vínculo e, portanto, possa representar riscos e maiores prejuízos àquela que de suas coexistências impostas, é preciso atentar para a existência de hipóteses em que, diversamente de sentimentos negativos, há, tão somente uma conjuntura de comodismo, desinteresse que promovem o distanciamento e o abandono por parte

de um dos pais no relacionamento com seus filhos e que, amparados pelo diploma legal, permitem e legitimam a ruptura do vínculo. Não é surpreendente constatar quanto a esta prática a frequência ativa dos homens como enquadrados em postura não desejosa da avocação dos encargos parentais, e isto, mais uma vez encontra bases fortes nas relações sexistas certificadas no bojo do comportamento moral e jurídico brasileiros. Há a abertura de grave possibilidade, quase que legitimada em lei, haja vista sua sapiência ampla e notória, do abandono afetivo, e rotineiramente, este pode ser observado com o crescimento das famílias monoparentais chefiadas por mulheres, em que, quando muito, contam apenas com auxílios financeiros de homens omissos e ausentes em suas obrigações, tudo visto de forma bastante natural e aceita na prática diária. Tem-se mais uma vez, o abarrotamento da mulher naquelas atividades que se reconhecem como partes integrantes do papel que estas devem desempenhar e, conseqüentemente, a relegação de sua personalidade, de seus direitos e de sua atuação nas searas social, científica e política, consideradas de menor ou nenhuma importância em contraposição à dos homens e às contribuições que a superioridade destes pode fornecer ao corpo coletivo a partir de concessão de liberdades plenas, isso inclui a apartação quanto a filhos e os entraves que geram, que os permita desenvolver suas tão valorosas habilidades. (BRASIL, 2002; 2008,2014; GRISARD FILHO, 2016; IBGE, 2015; BADINTER, 2005; CARNEIRO, 2011; MILL, 2006; ONFRAY, 2014)

Por fim, trazendo mais uma contribuição negativa, o parágrafo 4º do artigo 1.584, 4º preleciona que “A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.”. O dispositivo aparenta um contrassenso em si mesmo e, de fato, o é. Partindo-se da mesma análise do parágrafo anterior, a possibilidade da redução de prerrogativas parentais ao genitor que descumprir os requisitos estipulados à guarda compartilhada, pode apresentar um viés necessário em situações de risco, contudo, pode também, plenamente, ratificar a situação do abandono ou do

desinteresse, estimulando-a e ampliando-a, oferecendo a seu possível causador, como punibilidade, justamente aquilo que deseja, sem conduto apresentar imposições com vistas a solucionar ou minimizar o descaso inerente a tais contextos. Ora, mais uma vez está-se diante de conjunção fortemente provocada por impulso masculino, em sua maioria esmagadora, e justificada pelas mesmas razões machistas que alimentam o diálogo no Direito de Família e no sistema jurídico como um todo: a atribuição de planos de atuação e posturas predefinidas a partir dos gêneros e a explicação de comportamentos, situações e institutos a partir destes. (BRASIL, 2002; 2008,2014; GRISARD FILHO, 2016; IBGE, 2015; CASTANEDA, 2006; FOUCAULT, 2009, 2012; SAFIOTTI; 2015)

Com efeito, se antes da modificação do Código Civil e do surgimento da regra compartilhada de guarda, a mulher, após o desfazimento de vínculos conjugais, ficava responsável por grande parte, senão toda, da responsabilidade para com a criação, desenvolvimento e educação da prole, após esta, a situação, na prática, não sofreu muita alteração. Formalmente, juízes e tribunais de todo o país aplicam a lei e prescrevem a dinâmica como solução aos conflitos parentais, contudo, a efetivação da mesma não se verifica de modo ideal tal qual a disposição deliberativa, ainda que esta se dê no sentido de equilíbrio de atribuições, que dirá quando se vale dos procedimentos acima delineados. (IBGE, 2015)

Em sentido contrário à lei, vigora uma praxe generalizada de descumprimento de obrigações morais, afetivas e relacionais dos genitores do sexo masculino quanto à sua prole, e o sentimento, acertado, de impunidade quanto a este. Mais gravosamente, verifica-se que em paralelo a tal contexto, legitimando-o, há sua aceitação e a validação social, por homens, mas também mulheres, que de forma repetitiva e viciosa se agarram a um ciclo de subjugação do gênero feminino, como dependente e inferior ao masculino, preterido a posições conjugais, maternais, sexualizadas e objetificadas, que remonta às origens da humanidade e, mesmo quando ensaia passos no sentido contrário, a exemplo supracitadas leis que disciplinam a

guarda compartilhada, o fazem de forma a garantir a manutenção dos ranços machistas estruturais do comportamento. (CEZAR-FERREIRA; MACEDO, 2016; IBGE, 2015)

Nesse sentido, forçoso observar que a par da tendência constitucionalizante, democrática, pluralista, humanitária e fraternal em voga no discurso jurídico contemporâneo, seus interlocutores ainda estão presos a dogmas sacralizados que impedem a evolução a esses extratos de convivência coletiva e retroalimentam, de forma velada, seus conceitos, disfarçando-se de inovações progressistas, mas conservando as desigualdades e injustiças interessantes ao grupo social, historicamente masculinizado, detentor do poderio moral, econômico e científico e legislativo. (BOURDIEU, 2002, 2014; FOUCAULT, 2009,2012,2013; KUHN, 2010; FRASER, 1997, 2008, 2013; OKIN, 1991)

Com pesar, observa-se que a sociedade pouco caminha no sentido de uma mudança estrutural real de tal situação o que, possivelmente, se dá por interesses dominantes em um sentido diametralmente opostos ao empoderamento da mulher e à efetivação do princípio isonômico adornador da carta magna de direitos brasileira. Destarte há uma forte pressão social, econômica por parte de homens e mulheres machistas, conformadas e difusoras agressivas destes ideais, no sentido de forçar a resignação daqueles que se sobressaem da reprodução acrítica do discurso e questionam seus fundamentos, ou a carência deles, e propõem a assunção da mulher das oportunidades que lhe foram continuamente negadas com base em axiomas discriminadores e perpetuadores de conveniências. Aliado a isto, há também o receio ao julgamento social e o medo do protagonismo de novas responsabilidades por parte de grande parte das mulheres. Tais características demonstram uma leniência quase que própria do ser humano e extremamente proveitosas para os grupos que dela desejam se beneficiar e impor paradigmas que lhes aproveitem. (CASTANEDA, 2006; FOUCAULT, 2009; FREUD, 2011; FROMM, 1986; MILL, 2006; YOUNG, 2011)

Com efeito a retro elucidada conjectura que permeia o Direito de Família brasileiro e, especificamente o “vanguardista” mecanismo de guarda compartilhada, representa obstáculo demasiado sólido à ultrapassar em direção ao avanço desejado, o que somente será possível a partir de uma nova postura diante do discurso, libertária e inquiridora, descomprometida com interesses dominantes, revolucionária, solta de amarras morais intocáveis, comprometida com ideais de justiça e igualdade plena, de sorte a permitir o rompimento dos axiomas machistas radicados no pensamento coletivo. (BOURDIEU, 2002, 2014; FOUCAULT, 2009; KUHN, 2010; FRASER, 1997)

Nesse toar, não se pode deixar de reconhecer os avanços trazidos pela instituto, mas imperativo reconhecer a necessidade de meios procedimentais de coação do comportamento masculino frente a assunção das obrigações para com a sua prole nele insculpidas, como, por exemplo, métodos de punibilidade cível e criminal do abandono afetivo e do descumprimento injustificado de responsabilização equidinâmica na educação e criação dos filhos; a criação de instâncias de ouvidoria judiciária para a representação, denúncia e fiscalização de atos fora das estipulações judiciais e de órgãos de correição das mesmas; a criação de canais de contato direto de mediação, a qualquer tempo, entre os envolvidos, de sorte a aproximar o Poder Judiciário da realidade das relações parentais; e a conscientização pública, através de intervenções educacionais e didáticas desde a infância à idade adulta, de modo que se rompa com os mandamentos machistas tão logo se iniciem, e se permita a percepção profunda de seus fundamentos, mais precisamente, da ausência deles; tudo isso no sentido de permitir a lenta, porém efetiva do conformação do pensamento coletivo, de homens e mulheres, face à noção de igualdade de gênero e seus contornos. (BADINTER, 2005; BOURDIEU, 2014; CARNEIRO, 2011; SAFIOTTI; 2015; OKIN, 1991)

Por óbvio, entende-se que a implementação dos referidos mecanismos, bem como a pretensa virada discursiva não serão metas fáceis diante de toda a conjectura já elucidada que abrange desde a disseminação da noção de superioridade biológica do homem

à resistência própria do ser humano às dimensões de liberdade. Contudo, fato é que, imprescindíveis do ponto de vista evolutivo, haja vista que somente a partir do fomento paulatino de uma linha de pensar horizontalizada e de reconstrução do saber e do discurso, com a garantia de participação plena das mulheres, haverá o embrião de uma noção de justiça e o início de uma nova longa caminhada em busca da igualdade humana generalizada e dos tão belos ideais constitucionalizantes solidários por enquanto apenas inscritos nos livros. (DAVIS, 2016; FOUCAULT, 2009; FRASER, 1997, 2008; YOUNG, 2011)

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, nítida a influência exercida pela doutrina machista do discurso no regime de guarda compartilhada, o que se aufere tanto do ponto de vista formal, quanto prático e em todas as esferas responsáveis pelo controle social. Com efeito, homens e mulheres internalizaram em si personificações ideais de dever ser que refletem um claro domínio e subjugação física, moral, cultural e intelectual do gênero masculino sobre o feminino, e geram inúmeras consequências na práxis cotidiana e no sistema forense que podem ser vistas não somente como efeitos, mas como causas em si da perpetuação do discurso. (BOURDIEU, 2002, 2014; CASTANEDA, 2006; DAVIS, 2016; FOUCAULT, 2009; FRASER, 1997; ONFRAY, 2014)

Assim, não diferente das outras áreas jurisdicionalizadas, o Direito de família foi infiltrado dos pressupostos sexistas masculinizadores, o que abrange a regra de responsabilização equilibrada para com a prole diante de dissoluções conjugais. Desse modo, tem-se que a realidade diverge do que deveria ser interpretado como aspiração valorativa das novas e recentes normas sobre o assunto e representa, na mesma medida de um discreto avanço, vários mecanismos de manutenção do *status quo*, de sorte que, apesar de “reestruturada” a disciplina do tema, sua contextualização fática permanece inalterada ou agravada.

(BRASIL, 2002; 2008,2014; GRISARD FILHO, 2016; IBGE, 2015; OKIN, 1991; YOUNG, 2011)

Destarte, de fundamental importância se revela a árdua luta contra o discurso baseado em desigualdades de gênero, em busca da dissolução, ainda que lenta e modesta dos paradigmas machistas norteadores e conformadores do pensamento social. Nesse sentido, imprescindível a conscientização, a imposição e o acesso e fiscalização para seu fomento, devendo o Estado, e seus agentes, tomar uma postura concretizadora ativa do princípio democrático e isonômico, e não meramente adstrita ao texto normativo, como se vê nos dias atuais. (BOURDIEU, 2002, 2014; FOUCAULT, 2009; FRASER, 1997, 2008, 2013; MILL, 2006)

Conclui-se, portanto, pela imprescindibilidade do desenvolvimento do pensamento crítico em detrimento da alienação puramente moral, e pela sua efetivação prática, não somente ao âmbito do Direito de Família, mas de forma geral, com vistas a possibilitar um processo de desconstrução dos axiomas machistas basilares da noção coletiva e, concomitantemente, de evolução do pensamento por meio do debate pluralista e horizontalizado, fundado nos ideais de justiça, equidade e solidariedade, informadores dos avanços prático-teórico humanistas que ensaia, ainda por demais relutante, sua entrada no senso comum das comunidades sociais. (FOUCAULT, 2009; KUHN, 2010; MILL, 2006; OKIN, 1991; YOUNG, 2011)

REFERÊNCIAS

BADINTER, E. **Rumo equivocado: o feminismo e alguns destinos**. São Paulo: Civilização Brasileira, 2005.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Palácio do Planalto**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2017.

_____. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. **Palácio do Planalto**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm#art1>. Acesso em: 19 de maio de 2017.

_____. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. **Palácio do Planalto**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2017.

BOURDIEU, P. **A dominação masculina**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

_____. **Langage et pouvoir symbolique**. Paris: Seuil, 2014.

CARNEIRO, S. **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil**. São Paulo: Selo Negro, 2011.

CASABONA, M. B. **Guarda compartilhada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CASTANEDA, M. **O machismo invisível**. São Paulo: Girafa, 2006.

CEZAR-FERREIRA, V. A. da M; MACEDO, R. M. S. **Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica**. Porto Alegre: Artmed, 2016.

DAVIS, A. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Boitempo, 2016.

FRASER, N. **Fortunes of Feminism: From State-Managed Capitalism to Neoliberal Crisis**. Rio de Janeiro: Verso, 2013.

----- . **Justice Interruptus: Critical Reflections on the “Postsocialist” Condition**. New York: Routledge, 1997.

----- . **Unruly Practices: Power, Discourse, and Gender in Contemporary Social Theory**. 2. ed. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2008.

FREUD, S. **O mal-estar na civilização**. São Paulo: Penguin Companhia, 2011.

FOUCAULT, M. **Ética, sexualidade, política**. 3. ed. São Paulo: Forense, 2012.

----- . **História da Sexualidade: a vontade de saber**. 19 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2009. 2 v em 1.

----- . **Genealogia da ética subjetiva e sexualidade**. São Paulo: Forense, 2013.

FROMM, E. **O Medo à Liberdade**. 14 ed. São Paulo: Guanabara, 1986.

GRISARD FILHO, W. **Guarda compartilhada**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

IBGE. **Estatísticas do registro civil**. v. 42. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2015. Disponível em: <<http://>

biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2015_v42.pdf>.
Acesso em: 24 de maio de 2017.

KUHN, T. S. **Estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2010.

LOURO, G. L. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós estruturalista**. 16 ed. São Paulo: Vozes, 2014.

MADALENO, R.; MADALENO, R. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MILL, J. S. **A sujeição das mulheres**. São Paulo: Almedina, 2006.

OKIN, S. M. **Justice, Gender, and the Family**. New York: Basic Books, 1991.

ONFRAY, M. **Tratado de ateologia**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SAFIOTTI, H. I. B. **Gênero, patriarcado, violência**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

YOUNG, I. M. **Justice and the Politics of Difference**. Princeton: Princeton University Press, 2011.

FOMENTO À CULTURA E APROPRIAÇÃO CULTURAL MERCADOLÓGICA: FACETAS DO MULTICULTURALISMO BRASILEIRO.

Isabella Bastos Da Silva Oliveira²

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar as diversas motivações que impulsionam o Estado brasileiro a promover o incentivo e a efetivação do movimento multiculturalista, com especial atenção à sua visão mercantil, principal responsável pelo surgimento do conceito de apropriação cultural. Trabalha, para tanto, a partir de uma metodologia de pesquisa dedutiva, racionalista, numa cadeia de raciocínio descendente, bem como dialética e qualitativa, a partir da análise dos dados disponíveis sobre a realidade social brasileira, confrontados com a produção literária sobre os temas, e ainda com a regulamentação vigente a respeito. Nesse sentido, a partir da análise dos conceitos de cultura, pluralismo, multiculturalismo e vulnerabilidade, trabalha a problemática da apropriação mercadológica de identidades culturais, suas causas e consequências. Conclui, por fim, pela necessidade de uma ressignificação prática das referidas acepções, sobretudo institucionalmente, de forma a efetivação material daquilo que pregam como harmonização cultural.

Palavras-chave: Multiculturalismo; Pluralismo; Apropriação cultural mercadológica.

RESUMÉE

Le but de cette étude est d'analyser les diverses motivations qui motivent l'État brésilien à promouvoir le mouvement du multiculturalisme, en accordant une attention particulière à sa vision commerciale, responsable de l'émergence du concept d'appropriation

² Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe ☒ Linha Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares. Bolsista CAPES. Pós-graduanda em Direito Processual pela Pontífica Universidade Católica de Minas Gerais.

culturelle. Pour cela, il fonctionne à partir d'une méthodologie de recherche déductive et rationaliste, dans une chaîne de raisonnement descendant, ainsi que dialectique et qualitative, basée sur l'analyse des données disponibles sur la réalité sociale brésilienne confrontée à la production littéraire sur les thèmes, Et aussi avec la réglementation en vigueur. En ce sens, à partir de l'analyse des concepts de culture, de pluralisme, de multiculturalisme et de vulnérabilité, la problématique de l'appropriation du marché des identités culturelles, de leurs causes et de leurs conséquences, fonctionne. Il conclut, enfin, par la nécessité d'une re-signification pratique de ces significations, en particulier institutionnellement, afin de matérialiser ce qu'ils prêchent comme harmonisation culturelle.

Mots-clés: Multiculturalisme; Pluralisme; Appropriation culturel du marché.

1. INTRODUÇÃO

A cultura constitui elemento estruturante de toda sociedade. Em tempos modernos, de globalização, miscigenação e pluralismo, tal assertiva se torna ainda mais evidente. Isto aliado ao desenvolvimento de noções democrático sociais e de fraternidade e solidariedade fomentam o desenvolvimento do conceito de multiculturalismo, responsável por propagar ideais de harmonização das mais diversas identidades culturais. A questão que se põe neste breve estudo é até onde tal movimento ideológico pode possibilitar nobre meta.

Com efeito, na tentativa de formular um início de resposta, parte-se da definição de cultura e sua influência na formação de uma sociedade, para a partir daí contextualizar o referido fenômeno, e avaliar suas possíveis causas e consequências e sua adequação em atenção ao paradigma de Estado e ao modelo constitucionalizador e democrático proposto na ordem jurídica em vigor.

Nesse sentido, estuda seus contextos originadores, bem como seus efeitos práticos na conformação do pensamento social, em especial a vulnerabilidade das identidades culturais minoritárias. Na

esteira, elucida a situação de apropriação cultural como desdobramento mercadológico do multiculturalismo, demonstrando as influências de ambos na realidade do país.

Contrapõe, assim, as noções sociológicas de pluralismo, liberdade e diversidade e aqueles que deveriam ser os seus desdobramentos práticos, sobretudo as ideologias de solidariedade e fraternidade, com a sua desvirtuação capitalista, compreendida negativamente como mecanismo de adaptação deturpada e distante das expressões tradicionais com vistas à inserção no comportamento coletivo dos modismos satisfativos às aspirações superficialmente humanitárias em voga.

Nesse toar, após a apresentação do panorama situacional da sociedade brasileira em seu âmbito cultural capitalista, verifica que a apropriação cultural constitui, atualmente, grave obstáculo ao alcance do tão propagado e desejado pluralismo cultural integrativo e isonômico, sobretudo num país miscigenado como o Brasil, representando mesmo uma involução cultural e riscos graves às propostas democráticas previstas pela Constituição Federal de 1988 e seu substrato teleológico.

Face a isto, por fim, ensaia possíveis meios de conscientização e contorno de tal prática nociva, sobretudo a partir da resignificação dos conceitos de pluralismo e multiculturalismo, voltada à ênfase ao respeito e à liberdade, e explicita a necessidade de reforma institucional finalística da atuação do Estado, com vistas a apresentar garantias e proteção eficazes face à problemática instalada na efetivação da integração cultural no país.

2. CULTURA E MULTICULTURALISMO

O vocábulo “Cultura” designa concepção social extremamente complexa. Originado da latim, *colore*, de variadas acepções, tais como, por exemplo, honrar, habitar, proteger cultivar, partiu de uma abrangência inicial de procedimentos, sobretudo agrícola de manejo e cuidado da terra para uma noção mais generalista, metafórica e

sociológica no sentido de processos humanos, relativos às capacidades mentais dos indivíduos e seus produtos (ADORNO, 2002; CHAUI, 2006).

Nesse contexto, cultura passa a ser compreendida, em resumo como a soma dos saberes acumulados e transmitidos pela humanidade, considerada como totalidade, ao longo de sua história. A partir desta perspectiva, obviamente que a totalidade dos indivíduos não atua com processos de formação de saberes uniforme, mas, assim como em outras searas, subdivide-se em comunidades autossustentáveis, assemelhando-se e diferenciando-se por inúmeros critérios, tais como etnia, localização geográfica, período histórico, dentre outras, o que ocasiona a construção de diversas culturas ou, mais precisamente, diversas identidades culturais. (CHAUI, 2006; GIDDENS, 2002; WEBER, 2010)

Com efeito, necessário analisar e compreender os mecanismos e as formas pelas quais cada grupo humano se organiza socialmente em relação a seu senso comum cultural, como se identifica interna e em face das demais, como reproduz e perpetua seus saberes e como se relaciona com as outras comunidades. Nesse sentido, surge a noção de multiculturalismo que abarca o estudo interacional não só de como os participantes de determinado grupo promovem sua opinião geral mas também de como se irradiam e permitem a interpenetração de impressões apresentadas por demais grupos, de forma pretensamente controlada. (GOFFMAN, 2007, p. 103).

Destarte, o multiculturalismo define o fenômeno que visa indicar o estabelecimento de uma coexistência, em tese harmônica e combinada, de variadas culturas e elementos culturais dentro de um mesmo território e momento histórico. Tal acepção se tornou comum e alardeada na contemporaneidade devido aos processos de globalização, migração, formação de blocos econômicos e comunidades de nações e democratização que permitiram uma ampla interligação entre povos e uma sensação de isonomia e pacificidade generalizadas. Nesse sentido, é visto de maneira benéfica como instrumento nivelador e integrador da humanidade, haja vista sua pretensão anti discriminatória irrestrita e sua postura de neutralidade

e combinação harmônica das mais diversas identidades culturais. (ADORNO, 2002; GOFFMAN, 2007; SCAFIDI, 2005)

Em contrapartida, apesar dos festejosamente difundidos bons efeitos do multiculturalismo, tal concepção denota igualmente um lado perigosamente sombrio e duramente criticado no que toca à autonomia e identidade culturais. Segundo esta leitura, corre-se um alto risco, fracamente suscetível de controle, de ocorrer a subjugação de culturas minoritárias, menos expressivas, de posições contrárias às maiorias, de menor representação ou interesse, em face daquelas dominantes em determinadas coletividades de grupos, de sorte que, para que se concebesse o ideal do multiculturalismo assim como este se ventila, as identidades culturais necessitariam deixar de existir de forma isolada, para integrar-se a um corpo maior, universalizante e generalista. (GOFFMAN, 2007; GONÇALVES, 1998; WEBER, 2010)

Nesse sentido, nítida se torna, ao lado dos frágeis prós integralizadores e democráticos não delimitados, a precariedade de tal processo que, ao mesmo tempo que promete o respeito e a harmonia, permite, indiretamente, a perda da essência cultural de determinados grupos, na medida que visem se inserir no corpo de uma coletividade maior e com esta compartilhar experiências e saberes. Revela assim, a fenomenologia multiculturalista a possibilidade do verdadeiro domínio velado de poder sob identidades vulneráveis, com a desvirtuação de seus núcleos e a massificação do pensar coletivo de sorte a permitir a perpetuação do poder sociocultural dominante. Por certo, podemos analisar a lógica do conhecimento humano sob a ótica de Karl Popper em sua obra *O Conhecimento Objetivo*, Popper afirma que o “Conhecimento Objetivo” é composto pelos problemas, teorias e argumentos, presentes na vida do ser humano. Este é conhecimento é considerado o mais importante pelo autor, pois é fundamental para a construção da vida humana, gerando novos instrumentos e soluções para as suas questões. Tudo o que o homem cria para viver no mundo provém dele. (POPPER 1975)

Passemos, então, à análise das condições que embasam de tal probabilidade de forma minuciosa a seguir.

3. VULNERABILIDADE CULTURAL

A formação da humanidade como corpo coletivo permeia uma origem histórica, desde os primórdios, marcada pela subdivisão em grupos e pela respectiva dominação de uns sobre os outros, com fundamentos nos mais diversos requisitos e justificativas que se amoldaram às necessidades e momentos históricos. Inicialmente, repartia-se a força de trabalho, com marcante divisão de gênero, além de separação de tribos, o que facilitava a subsistência de grupos menores e minimizava os conflitos por busca de liderança e poder, e conseqüentemente ocasionava o surgimento de costumes distintos entre populações de acordo com a forma que se estruturavam. (CUTTER, 2011; GAULEJAC, BLONDEL, TABOADA-LEONETTI, 1997)

Com o passar do tempo, houve o aprimoramento das estruturas de sociedade e trabalho, com a formação de feudos, corporações de ofício e colônias, e suas respectivas organizações. Ao mesmo tempo, ocorreram mudanças consumeristas, ideológicas, jurídicas e de credo que deveriam atender aos interesses daqueles que detinham o controle como líderes de cada grupo, de sorte a legitimarem-se e perpetuarem-se. (MCLAREN, 1997; STURKEN, CARTWRIGHT, 2001)

Dessa forma, formavam-se grupos distintos, com ideias ainda mais diversos de acordo com suas estruturas e hábitos, além de subgrupos no interior de outros maiores, ao passo em que as sociedades e as carências tornando-se iam mais complexas e deixavam de ser atendidos aos anseios de todos. Não mais havia espaço para comportar em coletivos uniformes de grande contingência e alta dinamicidade a universalização de ideias, de sorte que as diferenças começariam a se tornar aparentes e iniciaria-se o processo de destacamento de novas identidades culturais antes abrangidas por subjugação ou indiferenciação por outras de maior expressividade, como pode-se citar o caso dos indígenas. (ADORNO, 2002; GOFFMAN, 2007; HALL, 2005)

Com efeito, impulsionou-se o processo de reconhecimento de identidades culturais e pluralismo, que atingiu seu ápice com o

progresso do Estado Social que culminou, posteriormente, no Estado Democrático de Direito e, mais atualmente, no desenvolvimento de noções de fraternidade e solidariedade e do processo de constitucionalização principiológica voltada aos Direitos Humanos dos ordenamentos jurídicos em geral. (HALL, 2005; KELLNER, 2001)

Nesse sentido, evidenciaram-se as diferenças culturais e de identidade de grupos minoritários, gerando um movimento de reconhecimento destas e uma pretensão de sua harmonização no seio das conjecturas culturais dominantes. À primeira vista, tal objetivo soa extremamente nobre e condizente com a teleologia isonômica e democrática em voga. Contudo, o que se percebe na realidade ressoa de forma bastante distinta. (GIDDENS, 2002; MILARÉ, 2005)

Em verdade, por se configurarem minorias antes subjugadas, tais identidades culturais grupais representam elementos de coletivos que deveriam ser tidos como vulneráveis. Ora, trata-se aqui de uma faceta ideológica de vulnerabilidade, oriunda de anos e anos de dominação e imposição, de fomento, por meio de diversos mecanismos, de uma consciência estranha àquela em que se reconheceria realmente o indivíduo, uma mentalidade colonizada por posturas dirigentes e dominantes do conhecimento, do poder e do saber, que impõem suas crenças e interesses como forma de controle de massas. (ADORNO, 2002; GONÇALVES, 1998; STURKEN, CARTWRIGHT, 2001)

Com efeito, não é fácil, isso quando permitido de fato a esses grupos, abandonar atitudes comportamentais subservientes que, durante longos períodos, alimentaram sentimentos de impotência e inferioridade em relação a dada coletividade. A vulnerabilidade ideológica, desse modo, interioriza os estereótipos e causa receios que necessitam de uma quebra institucional efetiva nos preceitos impostos para que possa começar a se romper e permitir um vislumbre da tão alardeada harmonização cultural, já que apenas a sua formalização não é suficiente a desinibir a inércia inculcada nas identidades subjugadas durante tantos anos. (CHAUI, 2006; CUTTER, 2011; MILARÉ, 2005)

Nesta senda, portanto, deveriam ser analisados sob a ótica principiológica não puramente formal, como de fato se aplica no

multiculturalismo, mas material, sobretudo com a presença do requisito de proteção efetiva, limites evidentes e garantias de fato, afastando a mera abstenção estatal própria do já ultrapassado Estado de Liberal que se disfarça de humanitário com os movimentos multiculturais alardeando respeito e harmonia, mas que, na prática, não surtem tais efeitos ao passo que apenas salvagam no papel as condições que efetivariam o real respeito, reconhecimento e expressividade destas minorias. (GAULEJAC, BLONDEL, TABOADA-LEONETTI, 1997; GIDDENS, 2002)

Apenas com o efetivo abandono das posturas individualistas e liberais incutidas no multiculturalismo vigente, estar-se-ia diante do início da verdadeira essência harmonizadora deste movimento, aquela que visa uma aplicação efetiva e material da igualdade, do respeito e do reconhecimento cultural amplo, dependente, pois de uma postura institucional estatal forte e atuante, ao menos em princípio, de sorte a garantir o nivelamento cultural e a proteção das mais distintas compreensões ideológicas, para que, então, se incutisse nas sociedades as noções de isonomia e pluralismo, ruindo as bases que sustentam visões narcisistas de superioridade, ocidentalismo ou universalização. (CHAUI, 2006; STURKEN, CARTWRIGHT, 2001; WEBER, 2010)

4. APROPRIAÇÃO MERCADOLÓGICA DE SÍMBOLOS E IDENTIDADES CULTURAIS: O AGRAVAMENTO DA VULNERABILIDADE

O processo de globalização apresenta-se como influenciador direto da difusão e transformação cultural. Ao mesmo tempo em que difunde a aproximação, a interpenetração e a interconexão de identidades culturais, promove, no mesmo sentido tais processos com relação à economia de mercado, de sorte a formar conexões e fluxos de capital entre as mais diversas sociedades. (ADORNO, 2002; CHAUI, 2006; GONÇALVES, 1998)

Nesse contexto capitalizado, observa-se uma profusão dos mercados e produtos, tanto materiais, quanto imateriais, culturais,

ideológicos, numa busca de otimização lucrativa de tudo aquilo que possua potencial de mercado. Assim, haja vista a difusão acelerada dos conceitos de multiculturalismo e pluralismo cultural promovem estes, ao passo que se desenvolvem, uma aspiração coletiva por uma superficial e aparente inclusão nestas tendências, tidas como desejosas socialmente e politicamente corretas. (CUTTER, 2011; HALL, 2005)

Com efeito, inicia-se uma ressignificação da produção simbólica dos elementos culturais, com vistas à sua adaptação aos preceitos da cultura dominante, de sorte que haja uma aparente inclusão destas identidades e uma ilusão multiculturalista. Nesse aspecto, de conceito de multiculturalismo na objetividade do conhecimento em um dado momento, Popper, em seu livro o conhecimento objetivo, narra à autonomia do mundo três e a objetividade do conhecimento científico. Em outro momento fala sobre a relação entre esses três mundos, pronunciada à questão central de toda a epistemologia popperiana que versa a respeito do pensar o crescimento do conhecimento científico. Para Popper, mundo um ou o mundo físico, como o próprio nome já indica, refere-se a tudo de concreto que está presente como um todo, ou seja, refere-se ao mundo dos corpos físicos e dos seus estados físicos e fisiológicos. O mundo dois, ou mundo dos estados mentais, refere-se aos estados da consciência, às disposições para agir, atributos típicos da epistemologia tradicional que, para compreender e explicar o crescimento do conhecimento científico, centra sua perspectiva na relação entre os mundos um e dois. (POPPER 1975)

A este processo dá-se a denominação de “apropriação cultural”, fomentado pela concentração de recursos na mão dos grupos dominantes social e ideologicamente para a perpetuação de legitimidade velada no controle cultural, agora tidos como “integrativistas”, mas em verdade usurpadores e deturpadores de consciências coletivas subjugadas. Para explicar essa ideia a partir de uma leitura, do conhecimento objetivo, como fundamentando no sujeito conhecedor, sua alegação discursiva, como também sua própria estagnação, do o conhecimento não podendo transcender para além desse sujeito. Por meio da teoria do mundo três, Popper tenta explicar

o discurso científico de uma objetividade totalmente apartada de um sujeito conhecedor. Entretanto, se posiciona de maneira adversa a essa concepção, aludindo como irrelevante para o conhecimento científico. Para ele, uma epistemologia fundamentada nesses moldes, se sobressai mais, como algo que se baseia em uma crença. (POPPER, 1975)

Como exemplos destes processos de apropriação é possível citar o uso de ornamentos ou vestimentas como modismos, ou fora de seus contextos e tradições; a criação de padrões de ideais, sejam de aparência, adequação ou de comportamentos, tidos como devidos a certos grupos sem que, de fato, façam parte de sua essência; a ingerência e desvirtuação de certos rituais e manifestações com significado cultural de determinado grupo, transmutando-os em espetacularização mercantil, dentre outros. (ADORNO, 2002; MCLAREN, 1997; MILARÉ, 2005)

5. CONCLUSÃO

Não há nada que esteja livre do domínio econômico, nem mesmo a cultura, especialmente em tempos de crise do capital. Hodiernamente, as produções humanas, vulgo “cultura”, passaram a ser objeto de positivação pelo Estado. Contudo, é preciso destacar que essa estrutura, “se revela como um aparato necessário à reprodução capitalista” (MASCARO, 2013, p.18).

É no Estado, essa figura aparentemente impessoal, que todo interesse capitalista é intermediado. Ao se garantir direitos culturais nos mais importantes dispositivos legais, populações tradicionais acreditam estarem seguras para o livre exercício dos mesmos, entretanto há uma máxima que orienta o pensamento do marxismo jurídico e explica, o interesse da normatização dessa garantia pela estrutura estatal.

Há uma simbiose entre forma política e forma mercantil. Todo o aparato do Estado é pensado para a intermediação dos interesses burgueses. O contrato nasce com esse intento, fornecer segurança as

trocas mercantis. E nesse atual estágio, a cultura passa a ser vista como um lócus que condensa inúmeras vantagens econômicas ao mercado, abalado pelas crises que o rodeiam.

São as relações humanas que possibilitam a adequação das formas. Nesse universo são despertados novos interesses que variam no tempo e espaço, a exemplo da moda. Nas sociedades capitalistas tudo passa a portar valor (MASCARO, 2013), inclusive atrativos pautados por relações humanas que devido a globalização, orientam-se pelo reconhecimento de realidades novas, plurais.

Desse modo, cultura é visualizada pelo mercado capitalista como portadora de valores mercantis que precisam ser explorados. Por derradeiro, o que se percebe nesse estudo, ainda em andamento, é que toda tessitura, incluindo o Estado e o Direito, consolidam os interesses da burguesia e nesse fluxo intenso de trocas sociais, globalização, as relações humanas se alteraram. O que antes apresentava-se como empoderamento pelas populações minoritárias, transforma-se em insigne portador de valor.

Se antes vestir determinado utensílio representava reafirma-se culturalmente perante o colonizador hodiernamente, transmuda-se no intervalo das relações humanas e adquire conotação mercadológica.

REFERÊNCIAS

ADORNO, T. W. **Indústria cultural e sociedade**. Theodor W. Adorno; seleção de textos Jorge Mattos rito de Almeida traduzido por Juba Elisabeth Levy. [et a1.]. São Paulo Paz e Terra, 2002.

CHAUI, M. **Cidadania Cultural: o direito à cultura**. 1. ed. São Paulo. Perseu Abramo, 2006.

CUTTER, S. L. **A ciência da vulnerabilidade: modelos, métodos e indicadores**. Revista Crítica de Ciências Sociais, 93, Junho, 2011.

GAULEJAC, V.; BLONDEL, F.; TABOADA-LEONETTI, I. **La Lutte des Places**. Sociologie Clinique (coleção). 1997.

GIDDENS, A. **Modernidade e Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

GOFFMAN, E. **A representação do Eu na vida Cotidiana**. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

GONÇALVES, L. A. O.; SILVA, P. B. G. **O Jogo das diferenças: o multiculturalismo e seus contextos**. Belo Horizonte: Autêntica, 1998.

HALL, S. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de: Tomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro. 7. ed. DP&A. São Paulo, 2005.

KELLNER, D. **A cultura da mídia: estudos culturais, identidade e política entre o moderno e o pós-moderno**. Bauru: EDUSC, 2001.

MASCARO, A.L. **Estado e forma política**. Boitempo: São Paulo, 2013

MCLAREN, P. **Multiculturalismo Crítico**. São Paulo: Cortez, 1997.

MILARÉ, E. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário.** 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

POPPER, Karl Raimund. **O Conhecimento Objetivo:** Uma abordagem revolucionária; tradução: Milton Amado. Belo Horizonte. Ed. Itatiaia. São Paulo. Edição da Universidade de São Paulo. 1975.

SCAFIDI, S. **Who Owns Culture? Appropriation and Authenticity in American Law.** Rutgers University Press, 2005.

STURKEN, M; CARTWRIGHT, L. **Practices of Looking: An Introduction to Visual Culture.** NYV: Oxford University Press, 2001.

WEBER, M. **Ensaio de Sociologia.** 5. ed. Rio de Janeiro: Editora LTC, 2010.

A EVOLUÇÃO DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NOS SISTEMAS CÍVEL, ADMINISTRATIVO E PENAL

*Isabella Bastos da Silva Oliveira*³

RESUMO

O presente artigo visa analisar como se deu, no Brasil, a evolução do fenômeno da constitucionalização de Direito, seus efeitos e peculiaridades. Para tanto, apoia-se numa metodologia dedutiva e analítica, relacionando compreensões históricas, filosóficas, ideológicas e práticas antes e após o advento da Constituição Federal de 1988, analisando as alterações que esta promoveu nos principais ramos jurídicos. Tem como ponto de partida, a análise contextual de surgimento do fenômeno, para a partir daí proceder à observação de como e por meio de quais órgãos se efetiva, abordando no percurso questões controversas acerca de seus requisitos, limites e condições de legitimidade, sobretudo no que tange à jurisdição constitucional. Na esteira, adentra às especificidades dos mais expressivos sistemas infraconstitucionais, Direito Civil, Direito Administrativo e Direito Penal, demonstrando as mudanças causadas pela virada ideológica e estrutural operada pela conferência de força normativa à Constituição e a seus princípios, evidenciando suas inúmeras alterações expressas ou implícitas no sentido de uma adequação à nova dinâmica teleológica. Por fim, reconhece a harmonização entre os ramos proporcionada pela ingerência constitucional, ao tempo em que atenta para a necessidade de fortalecimento e continuidade do fenômeno.

Palavras-chave: Constitucionalização; Evolução; Sistemas infraconstitucionais; Força normativa.

3 Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, vinculada à linha de pesquisa “Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”. Pós-graduanda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

RÉSUMÉ

Le présent article a pour but d'analyser comment l'évolution du phénomène de la constitutionnalisation du Droit, de ses effets et de ses particularités, a eu lieu au Brésil. Par conséquent, il est basé sur une méthodologie déductive et analytique, concernant des idées historiques, philosophiques, idéologiques et pratiques avant et après l'avènement de la Constitution Fédérale de 1988, en analysant les changements aux principaux organes de droit. Prend comme point de départ, l'analyse contextuelle de l'émergence du phénomène, à la suite, procède à l'observation de la façon et par lesquels organes se fait d'efficace abondant, à la route, questions controversées au sujet de leurs exigences, les limites et les conditions de légitimité, en particulier dans qui concerne a la compétence constitutionnelle. Dans le sillage, entre les spécificités des infra systèmes les plus importants, le droit civil, droit administratif et droit pénal, ce qui démontre les changements causés par changement idéologique et structurel exploité par la conférence de force normative de la Constitution et de ses principes, montrant ses nombreux changements exprimés ou sous-entendus dans le sens d'une adaptation à la nouvelle dynamique téléologique. Enfin, il reconnaît l'harmonisation entre les branches fournies par l'ingérence constitutionnelle, tout en étant attentif à la nécessité de renforcer et de pérenniser le phénomène.

Mots-clés: Constitutionalisation; Evolution Systèmes infraconstitutionnels; Force normative.

1. INTRODUÇÃO

O processo de constitucionalização do Direito é o fenômeno que condiciona hoje toda a atuação jurídica, seja esta privativa ou estatal. Tendo se desenvolvido a partir da mudança de paradigmas ideológicos, necessária à adequação do Direito à realidade histórica, se atrela à noção de Estado Democrático e seus postulados, visando a proteção de direitos e o estabelecimento de princípios e condições que permitam seu desenvolvimento.

Nesse sentido, como instrumentos viabilizadores da democracia, surgem as Constituições, ou melhor, ressurgem, agora como documentos dotados de poder jurídico e não apenas político como outrora, à sombra da Lei civil, tipicamente gestora do pensamento liberal precedente. Assim, constrói-se a noção de força normativa da Constituição, com a irradiação de seus ditames e adstrição do sentido e alcance de todas as normas legais a estes e, para sua efetivação, de uma jurisdição constitucional.

Este fenômeno vem ocorrendo no Brasil e o presente artigo objetiva fornecer ao leitor uma visão do desenvolvimento do processo de constitucionalização do Direito no contexto pátrio, abordando, de forma exemplificativa as principais alterações causadas em três dos principais ramos do Direito, civil, administrativo e penal.

A escolha das áreas justifica-se pela ambiguidade entre o Direito Civil e o Direito Constitucional que determinou por muito tempo a dicotomia entre público e privado, de outra banda, pela proximidade paradoxal entre Direito Constitucional e Direito Administrativo que, apesar de referirem-se ambos ao Direito público, foram mercedores de prestígio diverso, mesmo sendo certo que devem caminhar juntos, e, por fim, à expressividade do bem da vida tutelado pelo Direito Penal e as conquistas marcantes após episódios altamente desumanos que encontraram amparo em lei.

A metodologia utilizada apoia-se numa perspectiva dedutiva e analítica, por meio da análise e comparação de revisão de literatura sobre a temática, com vistas a promover um apanhado crítico dos contextos e posturas históricos, filosóficos, ideológicos e práticos que permearam o desenvolvimento do processo de constitucionalização e suas consequências, elucidando os principais pontos de mudança legislativa por meio de contraposição dos textos normativos.

Desta forma, inicia-se o trabalho tratando da conceituação e dos aspectos gerais da constitucionalização do Direito. Isto posto, passa-se à verificação de como este se deu no Brasil e quais as questões-chaves envolvidas em seu decorrer. Num terceiro momento e por fim, analisa como a força conferida à Lei Fundamental influenciou no Direito civil,

Direito administrativo e Direito penal, evidenciando suas principais mudanças, sendo claro que nem todas podem abordadas, haja vista sua amplitude e o aqui reduzido espaço de produção, mas apenas as mais marcantes de forma a simbolizar a importância do fenômeno.

Conclui, ressaltando os benefícios da constitucionalização do Direito para os subsistemas jurídicos pátrios e a imperiosidade de sua permanência e evolução na busca da efetivação de garantias e princípios próprios do desejado Estado Democrático de Direito.

2. O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: ASPECTOS GERAIS

O Direito é um ramo em constante transformação. Como ciência social, altera-se de acordo com as demandas da coletividade à qual responde e tem por objetivo disciplinar. Isto ocorre constantemente, num processo de evolução do pensamento jurídico a partir de correntes filosóficas e paradigmas que melhor representem o contexto de cada momento de sua atuação (BOBBIO,1995).

Nesse sentido, tem-se que, inicialmente, o Direito se baseava em um paradigma liberal de positivismo clássico, referente a uma época de afirmação de liberdades fundamentais, direitos políticos, autonomia privada, Estado absentéista, separação de poderes, legalidade, como forma afirmação do particular frente ao poder público que correspondia às aspirações de uma sociedade recém saída do regime medieval e seu regime de soberania e vassalagem, necessitando o estabelecimento de limites mínimos de autoafirmação e garantias políticas de representatividade que os possibilitassem (MIRANDA, 2002).

Num segundo momento, a partir dos contextos que se seguiram ao liberalismo, marcados por um período de forte industrialização e crescimento massivo do comércio que se caracterizaram por uma precarização das relações humanas, sobretudo no que tange às relações trabalhistas, e a situações de forte desigualdade social e regimes extremistas, tudo isso fundamentado no império da lei e da

vontade das partes, percebeu-se a necessidade de reformulação deste paradigma para um que atendesse às novas demandas sociais que aquele já não podia suportar (BOBBIO, 2005; BONAVIDES, 1996).

Assim, tem-se início a era do paradigma social de Direito que passou a incluir, nos sistemas jurídicos, os direitos coletivos e sociais e promoveu uma releitura dos direitos individuais para adaptá-los à nova conjectura. Nesse sentido, dá-se a ressignificação da legalidade estrita para uma noção de lei como instrumento da igualdade material e da justiça social, e a remodelagem do Estado para uma postura efetivamente interventora na busca pela similitude de condições e dignidade humana (BONAVIDES, 1996; MIRANDA, 2002).

Contudo, o processo natural de evolução social vem a desestabilizar com o tempo o paradigma social pela própria impossibilidade de sua proposta de efetivação plena e isonômica. Aos poucos falha o Estado em ser onipresente e sustentáculo de seus cidadãos a todo momento, restando sobrecarregado e caindo em descrédito.

Neste momento, percebe-se a necessidade de uma nova ruptura paradigmática que venha a estabelecer parâmetros razoáveis de atuação do Direito. Assim, entra em cena o paradigma democrático, pós positivista, agora pautado em uma perspectiva mais política e realista de oferecimento de condições mínimas de igualdade e cidadania e de meios de desenvolvimento pessoal. Além disso, trabalha com as novas necessidades evidenciadas nesse período, culturais, científicas, tecnológicas, dentre outras, criando novos direitos e mecanismos de proteção destas. É nesse paradigma que se funda a ciência jurídica atual (BONAVIDES, 1996).

É nesse contexto de transição que ocorre o fenômeno denominado de “constitucionalização do Direito”, que vem a promover a mudança estrutural dos paradigmas por meio do deslocamento de centro axiológico do ordenamento jurídico, retirando este do Direito privado, liberal, para a Constituição, social e democrática. Por meio deste, confere-se hegemonia de Lei suprema aos textos constitucionais e força normativa a seus preceitos, bem como consagra uma jurisdição própria que permite tornar efetivos e não apenas simbólicos os direitos

e garantias fundamentais nestes insculpidos (AFONSO DA SILVA, 2014; FAVOREU, 1991).

Este fenômeno ocorreu de forma difusa na maioria dos ordenamentos jurídicos, impondo mudanças e adequações sistemáticas dos sistemas normativos com vistas ao acompanhamento do novo paradigma democrático. Destarte, uma nova teleologia surge no pensamento jurídico com a supremacia constitucional e a consagração de seus princípios que passam a se irradiar por todo o ordenamento jurídico, resultando na aplicação direta da Constituição à interpretação de todas as normas infraconstitucionais, condicionando o juiz, intérprete, em sua atividade de decisão a uma análise de constitucionalidade acima, inclusive, da legalidade estrita.

3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

No Brasil, o processo de constitucionalização do Direito é simbolizado pela Constituição Federal de 1988, quando a Carta Magna passou a desfrutar além da suposta supremacia formal, de uma superioridade teleológica, possibilitada pela conferência de força normativa a seus preceitos por meio de seus princípios e do fortalecimento da jurisdição constitucional (BARROSO, 2005, FAVOREU, 1991).

Até então, orbitava a Constituição no sistema jurídico em torno do Código Civil de 1973 que fazia as vezes de direito geral, bem como subsidiário, responsável por conferir, pois, a unidade racional ao ordenamento jurídico. Contudo, mister salientar que a mudança de paradigma não se deu de forma brusca, mas já vinha ocorrendo ao longo do tempo, fruto da influência de ideais humanitários:

É que, ao longo do tempo, na medida em que o Código envelhecia, inúmeras leis específicas foram editadas, passando a formar microssistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente,

sociedades empresariais. A exemplo do que se passou na Itália, também entre nós deu-se a “descodificação” do direito civil, fenômeno que não foi afetado substancialmente pela promulgação de um novo Código Civil em 2002 (BARROSO, 2005, p. 63)

A partir deste fenômeno e com o advento da nova Constituição, esta se torna não somente um sistema normativo, mas o núcleo central de todo o Direito dotado de unidade e responsável por conferir ordem e harmonia, ao passo em que se estabelece como o mecanismo de interpretação de todos os demais ramos, numa lógica de reinterpretação ou filtragem de todas as normas infraconstitucionais a partir de suas lentes (AFONSO DA SILVA, 2000).

Destarte, tal processo abrange todas as normas, quer direta, quando o que se pretende estiver fundamentado de forma imediata no texto constitucional, quer indiretamente, quando fundado em regra infraconstitucional, ao passo em que, antes da determinação ou não de incidência da norma, caberá ao julgador, como intérprete da Constituição, a verificação de sua compatibilidade para com o texto magno, além da orientação sentido e do alcance da regra para que melhor atenda aos fins constitucionais quando a norma apresentar conceitos abertos, indefinidos ou com múltiplas interpretações possíveis (BARROSO, 2005; CANOTILHO, 2002).

Apesar de ter papel primordial, não cabe apenas ao julgador referida tarefa. O processo de constitucionalização do Direito envolve a atuação conjunta e interdependente de todos os Poderes num Estado Democrático ao mesmo tempo em que possibilitado, controlado pelo sistema de freios e contrapesos. Logo, Legislativo e Executivo, se imiscuem na missão a partir de poderes e deveres negativos e positivos que conformam sua atuação em direção aos fins constitucionais (BARROSO, 2005).

Mas, fato é que o fenômeno encontra amparo realmente forte na jurisdição e nos mecanismos de controle constitucional tanto difusos, obra de juízes e tribunais, quanto concentrados, papel do Supremo

Tribunal Federal, se valendo de técnicas diversas, dentre estas a revogação de normas infraconstitucionais anteriores à Constituição incompatíveis com seu texto; a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, por ação ou omissão, quando afrontarem seus preceitos; e a interpretação conforme a Constituição, tanto pela determinação de um sentido para a norma infraconstitucional que mais atenda ao sentido e alcance de sua lógica valorativa, quanto através da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, com o afastamento de uma interpretação possível que contrarie o texto supremo (FAVOREUM 1991; HABERMAS, 2012).

Contudo, tal atuação do Poder Judiciário não é vista de forma pacífica por todos os estudiosos das teorias do Direito e do Estado. A questão controversa gira em torno da legitimidade, mais especificamente do fundamento de validade que confere poder ao Judiciário para invalidar ato do Legislativo.

Ora, a contenda é mais profunda do que se imagina. Pode-se dizer que Constituição de 1988 conferiu um lugar de relevância antes inexistente ao Poder Judiciário, fornecendo-lhe instrumentos efetivos para que, finalmente, cumprisse seu papel como órgão de controle na dinâmica democrática. Contudo, muitos enxergam tal alteração como um aumento significativo de poder das instâncias jurisdicionais, sobretudo da Suprema Corte (BARROSO, 2005).

Fato é que a demanda judiciária brasileira pós-constitucional sofreu um aumento expressivo. Mas isto não se relaciona tão somente com a criação de uma jurisdição constitucional, e sim, também, com a criação, destaque e conscientização sobre direitos fundamentais possibilitada com a Constituição de 1988. Proporcionou-se, destarte, uma reinvenção da cidadania a partir da percepção dos indivíduos e grupos sobre seus direitos em face tanto de particulares quanto do Estado. Tais direitos agora não seriam mais meramente simbólicos, haja vista a criação de ações próprias para sua tutela, além da ampliação da legitimidade ativa para a proteção de interesses que envolvessem garantias constitucionais (CANOTILHO, 2002).

Nesse contexto, observa-se a ascensão institucional do Poder Judiciário, bem como sua tomada de papel como representante da sociedade, abandonando uma postura meramente técnica e legalista, para se imiscuir na vida política e na realidade do corpo social, ao lado, e não mais à margem, dos demais poderes, adentrando inclusive à análise de questões como:

(I) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça);

(II) Relações entre Poderes: determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal;

(III) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal;

(IV) Questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, a majoração do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde (BARROSO, 2005, p. 67).

Neste ponto, surge a questão nevrálgica acerca da jurisdição constitucional desempenhada por juízes, tribunais e pela Suprema Corte. Em simbiose com os métodos racionais e legais de decisão, convive uma atuação evidentemente política dos órgãos ao passo em que interpreta a norma que coordena todas as funções estatais. Entretanto, os agentes investidos nestas tarefas não são selecionados por parâmetros eletivos ou procedimentos representativos de maioria como predominante do regime democrático (HABERMAS, 2012). Debate-se, então, como “órgãos e agentes públicos não eleitos têm

o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular”.

Apesar disso, são desempenhadas por uma parcela de indivíduos altamente selecionada por meio de critérios técnicos e meritocráticos relativos aos conhecimentos necessários à compreensão das demandas a serem analisadas. Ademais, por se revestirem de prerrogativas próprias da função, lhes é propiciado um ambiente onde vigora o máximo possível de imparcialidade para decidir, estando vinculados diretamente apenas aos ideais constitucionais e às leis que os espelhem (FAVOREAU, 1991; HABERMAS, 2012).

Desse modo, não se pode dizer que o poder judiciário, por sua composição, não é um poder representativo, ao passo em que sua atuação está adstrita à Constituição e, por óbvio, age na direção do bem estar social. Ora, se a soberania é popular, e a Constituição configura a expressão mais alta dos anseios do povo, fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, então, esta deverá sempre prevalecer sobre as demais normas, fruto de maiorias legislativas, haja vista que, apesar da representatividade momentânea que possam possuir, a não salvaguarda da Constituição frente às leis causaria seu enfraquecimento teleológico e sistemático, bem como uma grave instabilidade no que toca à preservação das próprias condições do Estado democrático nela insculpidas:

O debate, na sua essência, é universal e gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia. É bem de ver, no entanto, que a ideia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. O déficit democrático

do Judiciário, decorrente da dificuldade contra majoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação. O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso (BARROSO, 2005, p. 70).

Com efeito, o julgador, ao exercer a jurisdição constitucional visa não apenas o texto da Magna Carta, mas todos os valores que a fundamentam, inclusive a dinâmica representativa e participativa, trabalhando no sentido de assegurar todas as condições mínimas necessárias para o surgimento de um cenário onde estas possam se desenvolver de forma igualitária e retratar a real vontade do povo.

Obviamente que, em respeito à separação de poderes, a atuação judiciária não apresenta um caráter de superioridade em relação ao Executivo ou Legislativo. O que se quer proteger é supremacia constitucional e não judicial, por isso a presença de parâmetros objetivos de controle e regras de interpretação que afastam a substituição de uma discricionariedade da lei ou do administrados pela opinião ou interesse do agente do Poder Judiciário. Mas reconhece-se sua indispensabilidade como um dos mais relevantes mecanismos institucionais viabilizadores do processo de constitucionalização do Direito (BARROSO, 2005; CANOTILHO, 2002).

4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E OS SISTEMAS LEGAIS: PRINCIPAIS EFEITOS CÍVEIS, ADMINISTRATIVOS E PENAIIS

Impende salientar à princípio que o Direito, tal qual o concebemos hoje, constitui um subsistema integrante de um

regramento sistemático maior: a sociedade. Esta representa a lógica complexa informadora de todas as dinâmicas sociais que, por sua vez, se configuram em lógicas secundárias auto organizadas com condições e características específicas, geradas para conferir-lhes estruturação e autonomia própria, bem como eivadas de elementos externos, interconexos e comunicáveis de umas para com as outras (NEVES, 2005).

Destarte, há uma mútua relação conceitual e prática entre o corpo social, seus anseios expressos na Constituição e todos os microsistemas jurídicos. É nesse contexto que se promove o processo de constitucionalização do Direito que finalmente conferiu às normas constitucionais o status pleno de normas jurídicas, revestindo-as de valor normativo e vinculante, tornando-as aptas à tutela de direitos e à imposição de obrigações a todos, tornando o texto constitucional o filtro e a lente através da qual devem ser lidas e interpretadas a totalidade de normas dos demais sistemas infraconstitucionais, no sentido de interconectá-los e conferir harmonia ao ordenamento (LUHMANN, 2011).

Com efeito, a força normativa e a irradiação dos preceitos constitucionais por todo o sistema de normas vieram a remodelar e a fornecer novos sentidos e alcances às regras instituídas por lei. Nenhum ramo jurídico passou ao largo da influência constitucional, sendo notáveis as alterações sofridas pelos principais sistemas normativos, dentre estes, destacam-se o Direito civil, o Direito administrativo e o Direito penal.

No que toca ao Direito civil, as mudanças foram marcantes. A princípio, Direito civil e Direito constitucional eram ramos completamente apartados e indiferentes. À Constituição cabia a função de carta política de orientação meramente referencial para a atuação estatal, ao passo em que a Lei cível fazia as vezes de núcleo do sistema jurídico, regendo as relações privadas que, durante o Estado Liberal⁴, eram vistas como os vetores do Direito:

4 O velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletariadas da

Nessa etapa histórica, o papel da Constituição era limitado, funcionando como uma convocação à atuação dos Poderes Públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador. Destituída de força normativa própria, não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata. Já o direito civil era herdeiro da tradição milenar do direito romano (BARROSO, 2005, p. 81).

Tal conjectura só veio a ser abalada com o fortalecimento progressivo do paradigma de Estado Social e a relativização das garantias de igualdade formal e do absolutismo do direito de propriedade, em virtude de contextos pós regimes totalitários, suas atrocidades e efeitos desumanos que deixaram como herança. Percebeu-se a necessidade de superação do individualismo egoísta, representado pela superioridade da autonomia da vontade, concepção de que cabia às partes regularem os termos de suas relações contratuais, não cabendo ao Estado a possibilidade de intervir diretamente nas mesmas, contanto que não houvesse proibição clara na lei, com reflexo nítido no Código Civil de 1916, marcado à ferro pelo princípio do *pacta sunt servanda*, para uma nova visão pautada na solidariedade e na função social dos institutos, tais como a propriedade e o contrato (AFONSO DA SILVA, 2000, 2008; BARROSO, 2005).

Destarte, inicia-se a produção e a reformulação das normas em busca de atender a uma lógica mais humanizada, com um processo denominado de publicização do Direito Privado, marcado por inserção de normas de ordem pública na regulação de relações entre particulares, surgindo, assim, microsistemas, tais como Direito do consumidor, Direito locatício, entre outros. Na sequência, com o fortalecimento das Constituições, ocorre uma releitura não só de partes da norma cível, mas de sua integralidade, adequando seu

sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise. A liberdade política como liberdade restrita era inoperante. Não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, desapossados de quase todos os bens. (BONAVIDES, 1996. p.188)

texto aos princípios orientadores do sistema jurídico, sobretudo ao da dignidade da pessoa humana e promovendo a efetiva aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas (BARROSO, 2005; CANOTILHO, 2002).

O que ocorre é uma ampla reinterpretação do Direito civil à luz da Constituição que determina em muitos aspectos sua despatrimonialização e conseqüente repersonalização, enfatizado direitos da personalidade, isonomia material, mínimo existencial e equilíbrio das relações, passando a proceder uma análise ponderada das situações caso a caso.⁵

Dentre as alterações sofridas pelo ramo, merece destaque o instituto da capacidade civil que, no Código de 1916, previa como absolutamente incapazes todos aqueles que apresentassem qualquer anomalia psíquica ou debilidade mental, independente do grau, também os surdos-mudos que não pudessem exprimir sua vontade, os ausentes e os menores de 16 anos. Além disso, a mulher casada era considerada relativamente incapaz e assim permaneceu até a publicação da Lei no 4.121/62 (TEPEDINO, 2001).

Já sob a égide da Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 reformulou a previsão, dispondo como absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento, os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir vontade e, como relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tivessem o discernimento reduzido, os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo e os pródigos (DIAS, PEREIRA, 2016).

5 Observação de critérios como: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (e.g., se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (e.g., escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (e.g., ninguém pode se sujeitar a sanções corporais) (BARROSO, 2005, p.60).

Hoje, com o Decreto nº 6.949/ 2009 que entrou em vigência no Brasil com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, como norma integrante do bloco constitucional, bem como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146, de 2015, são considerados incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxico, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos, inexistindo incapacidade absoluta presumida, o que demonstra o compromisso do legislador com a proteção jurídica do incapaz em face da efetivação da dignidade humana (DIAS, PEREIRA, 2016; TEPEDINO, 2001).

Expressivas ainda as mudanças ocorridas no Direito de família, com a inserção em sua dinâmica de diversos princípios, tais como o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros: fundado no artigo 226, §5º da Constituição Federal; o princípio da igualdade de todos os filhos: consoante o artigo 227§, 6º da Constituição Federal; o princípio da paternidade responsável e planejamento familiar: consubstanciado no artigo 226, §7º do texto constitucional; o princípio da comunhão plena de vida: decorrente do princípio da afetividade fundamentados no artigo 1º, III da Constituição; o princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar que protege diversas modalidades de formação familiar, a união estável homoafetiva, as famílias monoparentais e as relações poliamorosas, dentre outros princípios e direitos, por exemplo, o divórcio:

O positivismo brasileiro veio permitir o divórcio apenas em 1977, ou seja, apenas trinta e seis anos atrás o divórcio foi regulamentado e as pessoas poderiam contrair novas núpcias livremente. E essa prática, tão difundida atualmente, sofreu ferrenhas oposições através das mais diversas manifestações por todo o território brasileiro. E, até recentemente, por pressão religiosa e forças dessas instituições no sistema

brasileiro, era necessária a figura da separação antes do divórcio. O divórcio direto só veio a ser admitido em 2010 através da Emenda Constitucional de nº 66 (TEPEDINO, 2001, p. 127).

Além disso, importante instrumento de solução de conflitos surgiu por meio da constitucionalização do Direito, a mediação. Técnica originária dos Estados Unidos, despontou como meio alternativo e pacífico de resolução de demandas, promovendo o diálogo entre as partes a superação da situação conflituosa e o desafogamento do Poder Judiciário. No Brasil, foi inserido no ordenamento como etapa prévia e princípio, com uma proposta de mudança de comportamento por meio da comunicação (AFONSO DA SILVA, 2008).

Estas são apenas algumas das alterações pontuais sofridas pela Lei cível, dentre inúmeras, fruto de sua releitura e acomodação à teleologia constitucional. Notório, pois, que o processo de constitucionalização do direito civil avançou de maneira progressiva, absorvido pela jurisprudência e pela doutrina e continua paulatinamente em franco desenvolvimento na busca de uma aproximação cada vez maior com os ideais do texto constitucional e os valores que representam e guiam a sociedade.⁶

Similar fenômeno ocorreu com o Direito administrativo, ramo que apesar de oriundo dos mesmos anseios do Direito constitucional, a saber: a necessidade de regulação e limitação do poder do Estado pós liberalismo, teve um fortalecimento como referencial de Direito público muito mais precoce, haja vista ter surgido como área autônoma com jurisdição própria e dissociada da atuação judicial, diretamente ligado à atuação institucional, enquanto a Constituição funcionava

⁶ Ainda se levantam, aqui e ali, objeções de naturezas diversas, mas o fato é que as resistências, fundadas em uma visão mais tradicionalista do direito civil, dissiparam-se em sua maior parte. Já não há quem negue abertamente o impacto da Constituição sobre o direito privado. A sinergia com o direito constitucional potencializa e eleva os dois ramos do Direito, em nada diminuindo a tradição secular da doutrina civilista) (BARROSO, 2005, p.82).

como carta política destituída de força normativa exigibilidade e aplicação imediata (JUSTEN FILHO, 2006).

Numa verdadeira guinada, a Constituição brasileira de 1988, marco do processo de constitucionalização no Brasil, discorreu de forma massiva sobre Administração Pública, estabelecendo parâmetros como a dissociação da função administrativa da atividade de governo e a enunciação expressa de princípios setoriais do direito administrativo, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade e eficiência, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 19, de 4.06.98 (SCHIER, 2007).

Alterava-se, assim, a relação da Administração para com os administrados, bem como a lógica econômica do Estado, realizando-se uma série de reformas visando, sobretudo, a a diminuição das restrições aos investimentos de capital estrangeiro, a flexibilização de monopólios estatais e a privatização/desestatização, com vistas a tornas a máquina pública mais efetiva e transparente e permitir a redução de custos e a melhoria dos serviços prestados, ao passo em que limitavam a responsabilidade estatal, no que não fosse essencial ao seu domínio, para os campos da regulação e fiscalização dos serviços a e das atividades econômicas que exigissem regime especial (BARROSO, 2005; SCHIER, 2007).

Dentre as mudanças, destacam-se uma remodelagem da noção de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, levando em conta a existência de dois tipos de interesse público, o primário, referente ao interesse da coletividade, baseado em valores supremos, que goza da supremacia a priori, e o secundário, próprio das pessoas jurídicas de Direito público, ou seja, da Fazenda Pública, sendo que este não comporta supremacia abstrata frente ao interesse particular, devendo sofrer ponderação no caso concreto (BARROSO, 2005; MORAES, 2002).

Além disso, amplia-se a visão de vinculação do administrador à Lei, para com a Constituição, mais precisamente, o bloco constitucional, reformulando a leitura do princípio da legalidade em princípio da juridicidade, haja vista a obediência primeira à Carta Magna e seus

preceitos e apenas após sua filtragem, às normas infraconstitucionais que com ela coadunem:

Mas, se essa nova concepção de direito ainda exige que se fale de princípio da legalidade, restou necessário dar-lhe uma nova configuração, compreendendo-se que, se antes esse princípio era visto em uma dimensão formal, agora ele tem um conteúdo substancial, pois requer a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais. (MARINONI, 2011, p. 46)

Por fim, destaca-se a possibilidade de controle judicial de mérito dos atos administrativos e não meramente forma, como se dava outrora, haja vista a necessidade de um balanço entre o interesse público e o interesse social, próprio do sistema de freios e contrapesos:

O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Já não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz) (BARROSO, 2005, p. 78, grifo do autor).

Assim, inúmeros instrumentos foram criados para garantir a operacionalização de tais mudanças, dentre estes, as agências reguladoras, a lei de licitações, o pregão público, a revisão e equilíbrio

contratual, a desapropriação por interesse público ou ausência de destinação social de imóveis, dentre outros, revelando a adequação do ramos à lógica constitucional e não mais ao atendimento de finalidades políticas e institucionais.⁷

Por fim, terceiro ramo de proeminência em matéria jurídica, é o Direito Penal e, tal qual os demais, sofreu a repercussão do direito constitucional sobre o disciplinamento normativo dos fatos típicos, penalidades e suas execuções de forma direta e imediata. A Constituição Federal de 1988 previu um extenso rol de garantias e direitos fundamentais que versam sobre matéria penal, criminalizando ou impedindo a incidência de sua atuação em determinadas condutas e determinando critérios de validade e a interpretação de suas normas.

Numa postura firme, a Carta Magna tratou de diversos princípios da matéria devido à sensibilidade dos bens tutelados, Destacam-se, o princípio da legalidade que determina que a lei penal deve ser clara, exata, objetiva, impessoal e precisa e prévia ao fato incriminador, in verbis: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988. s.p.), artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal:

Procura-se evitar o arbitrium judicis através da certeza da lei, com a proibição da utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos. O princípio da taxatividade significa que o legislador deve redigir a disposição legal de modo

⁷ Há autores que se referem à mudança de alguns paradigmas tradicionais do direito administrativo como caracterizadores de uma privatização do direito público, que passa a estar submetido, por exemplo, a algumas categorias do direito das obrigações. Seria, de certa forma, a mão inversa da publicização do direito privado. Na verdade, é a aplicação de princípios constitucionais que leva determinados institutos de direito público para o direito privado e, simetricamente, traz institutos de direito privado para o direito público. O fenômeno em questão, portanto, não é nem de publicização de um, nem de privatização de outro, mas de constitucionalização de ambos. Daí resulta uma diluição do rigor da dualidade direito público-direito privado, produzindo áreas de confluência e fazendo com que a distinção passe a ser antes quantitativa do que qualitativa) (BARROSO, 2005, p.60).

legal de modo suficientemente determinado para uma mais perfeita descrição do fato típico (*lex certa*). Tem ele, assim, uma função garantista, pois o vínculo do juiz a uma lei taxativa o bastante constitui autolimitação do poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade (PRADO, 2006, p.25)

Outro princípio consagrado pela Constituição é o da irretroatividade, disposto no inciso XL do art. 5º. da norma para garantir que a lei penal não retroaja, salvo em benefício do réu, aplicável a todas as normas de direito material. Ainda, o princípio da reserva legal e a execução penal, consubstanciado no art. 5º inc. XXXIX e XLVIII para afastar quaisquer privações ou restrições aos encarcerados, além da Lei de Execução Penal, com vistas à dignidade humana e ao caráter ressocializador da pena (LUIZI, 2003).

Ademais, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional insculpido no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 que diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”(BRASIL, 1988. s.p.), assegura o acesso ao Judiciário em matéria inclusive penal, mediante o exercício do direito de queixa ou representação, com a consequente instauração do devido processo legal revestido das garantias a ele inerentes, contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação das decisões, publicidade dos atos, entre outras:

Para Cândido Rangel Dinamarco, o princípio do devido processo legal:

[...] importa ainda reafirmação da garantia de igualdade entre as partes e necessidade de manter a imparcialidade do juiz, inclusive pela preservação do juiz natural. Ela tem também o significado de mandar que a igualdade em oportunidades processuais se projete na participação efetivamente franqueada aos litigantes e praticada pelo juiz (garantia do contraditório, art. 5, inc.LV). Absorve igualmente a

regra de que as decisões judiciais não motivadas ou insuficientemente imotivadas serão nulas e, portanto incapazes de prevalecer (a exigência de motivação: Const., art. 93, inc. IX) e a de que, com as naturais ressalvas destinadas à preservação da ordem pública e da intimidade pessoal, os atos processuais deverão ser dotados de publicidade (DINAMARCO, 1999, p. 65).

Impõe-se ainda como garantia constitucional o princípio da razoável duração do processo expresso no art. 5º, inciso LXXVIII pela Emenda Constitucional nº 45/2004: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL, 1988. s.p.). Corolários a este, os princípios implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade que se relacionam com os meios e a duração da pena de forma a atender ao fim proposto sem exacerbar garantias fundamentais.

Na esteira, pode-se citar também o princípio da intervenção mínima, caput do art. 5º da Constituição Federal, que determina a atuação do Direito Penal como *ultima ratio*, só mostrando este aplicável quando a pena se apresentar como o único e último recurso para a proteção do bem jurídico tutelado: “Portanto, quando outras formas de sanção se mostram suficientes para a tutela desse bem, a criminalização torna-se inválida, injustificável. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.” (LUISI, 2003, p. 45).

Destaca-se ainda o princípio da pessoalidade e individualização da pena, Constituição, art. 5º, nos incisos XLV e XLVI: “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado e que ninguém será responsabilizado criminalmente por ato de outrem” (BRASIL, 1988. s.p.). O preceito surge para afastar a pena além da pessoa do condenado, por fato de terceiro ou como sucessão por parentesco ou afinidade, sendo personalíssima do autor do delito.

Por fim, de suma importância os princípios da presunção da inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição, “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988. s.p.), verdadeira garantia processual penal contra arbítrios e injustiças, tutela a liberdade do acusado ou investigado, e o princípio do “*in dubio pro reo*” que versa sobre a realização do devido processo legal com insuficiência probatória para firmar a culpabilidade do acusado, de forma que este seja tido como inocente em virtude ausência de segurança jurídica para sua condenação (PRADO, 2006).

Ante o exposto, percebe-se claramente a influência dos valores constitucionais nos três ramos, fruto do processo de constitucionalização do sistema e da força normativa conferida à Carta constitucional embasada sobretudo, no supra princípio da dignidade humana, alicerce de todos os demais princípios e que irradia seus mandamentos por todo o conjunto de normas com vistas a tornar cada vez mais justo e equânime o Direito.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo teve por desígnio fornecer uma visão geral sobre o processo de constitucionalização no Brasil e as alterações que causou a três dos principais ramos do Direito: civil, administrativo e penal.

Por meio deste fenômeno, as normas constitucionais conquistaram a posição de verdadeiras normas jurídicas, dotadas de efetividade, direta ou indiretamente mediante a subsunção de todas as demais normas à sua lógica. Assim, a Constituição passou a ser o motor do ordenamento jurídico, conferindo-lhe harmonia e sentido único na direção dos valores que preceitua, tornando-se o filtro através da qual devem ser lidas e interpretadas a totalidade das regras que a esta são inferiores e dela retiram seu fundamento de validade.

Destarte, a Lei Fundamental e seus princípios conferiram novos sentidos e alcances ao direito civil, ao direito administrativo, ao direito

penal e a todos os demais ramos jurídicos, dando ao povo o direito de exercer se fato o poder que lhe é próprio por meio da salvaguarda de suas garantias fundamentais.

As inovações são enormes e louváveis, mas é preciso atentar para o fato de eu ainda há muito a se conquistar na construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Muitas das normas constitucionais ainda carecem sair do papel e abandonar o mero simbolismo para a efetivação de seus preceitos. Isto só será alcançado com o fortalecimento do processo de constitucionalização e a busca constante de justiça e equidade.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **A constitucionalização do direito os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 4.tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Ne-
oconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Rio de Janeiro:
Renovar, 2005. t. 3.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do
Direito**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. Ed.
São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Bra-
sília, DF: Senado Federal: Palácio do Planalto. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 1 maio 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e te-
oria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Di-
reito de família e o novo código civil**. 2ª edição, Belo Horizonte: Del
Rey, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do proces-
so**. 7. ed. São Paulo Malheiros, 1999.

FAVOREU, Louis. El Legislador de Los Derechos Fundamentales. In: PINA, Antônio Lopez (org.). **La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales** : Alemanha, Espanha, Francia e Itália. Madrid: Civitas, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público 26/2006, São Paulo: Malheiros.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2011.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003

MARINONI, Luiz Guilherme. **A lógica do processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. Ed. Atlas, 1ª edição. 2002.

NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**. 2005. 149f. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Desafios do Direito Penal Brasileiro**. 6ª Ed. RT: São Paulo. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares**. In: Temas de direito civil. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.