Francisco Cardozo Oliveira
Coordenador

Felippe Abu-Jamra Corrêa
Maria Fernanda Loureiro
Organizadores

FUNDAMENTOS DO ESTADO E DO DIREITO

RELAÇÃO ENTRE DIREITO E JUSTIÇA

Alexandre Knopfholz
Almério Vieira de Carvalho Júnior
Carla Bacila Sade
Elizabeth Souza Holler Lee
Felippe Abu-Jamra Corrêa
Marco Antonio Bubniak
Maria Fernanda Loureiro
Rafael Antonio Rebicki
Renato Farto Lana
Wilson Carlos de Campos Filho

IGLU
EDITORA

O DIREITO E SEU PAPEL NA SOCIEDADE PLURAL DA PÓS-MODERNIDADE

*Felippe Abu-Jamra Corrêa**

Sumário: 1. A nova sociedade plural e seus anseios. 2. As razões de uma eventual crise do direito 3. Novos anseios e a missão do direito: alguns exemplos na nova sociedade global. 4. Conclusões. 5. Referências Bibliográficas.

1. A NOVA SOCIEDADE PLURAL E SEUS ANSEIOS

"Nova modernidade",[1] "hipermodernidade"[2] ou "pós-modernidade"[3], são expressões que tentam revelar os novos tempos da sociedade plural do século XXI.

---

* Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba, especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA. Membro do grupo de pesquisa "Ética, direitos fundamentais e responsabilidade social. Advogado e sócio do escritório Reis, Corrêa & Lippmann Advogados Associados.

[1] A expressão nova-modernidade é utilizada por doutrinadores como Luc Ferry (FERRY, Luc. *Diante da crise. Materiais para uma política de civilização: relatório ao primeiro-ministro.* Rio de Janeiro: Difel, 2010, p. 21).

[2] Hipermodernidade é termo empregado pelo filósofo francês Gilles Lipovetsky para denominar o fenômeno de superação da pós-modernidade (LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos.* São Paulo: Editora Bercarolla, 2004, p. 52).

[3] O termo pós-modernidade é empregado por Eros Grau (GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto.* São Paulo: Malheiros, 1996, p. 68).

Nesse sentido, vasta gama de doutrinadores se dedica ao estudo das dificuldades enfrentadas pela sociedade contemporânea, e via de consequência, quais seriam seus anseios.

Nessa árdua tarefa, e objetivando o momento histórico social, lançam mão de diversas nomenclaturas para designá-lo como, por exemplo, as mencionadas no início do presente artigo.

Ainda que a ideia de criar nomenclaturas seja sempre válida (e talvez necessária para conceituação científica do objeto de estudo), parece ainda mais relevante efetivamente entender – independentemente do nome que se queira dar ao fenômeno – o que realmente vem ocorrendo com a sociedade globalizada de hoje. E ainda mais importante (especialmente para o Direito) é que se entenda quais são os anseios de dita sociedade para que se possa tutelar de forma adequada todos os grupos sociais, visando em última análise cumprir a nobre missão do direito de efetiva pacificação social.

Parece indubitável que as eventuais colisões entre interesses de grupos sociais se dão em virtude de uma ambição presente em todo indivíduo: a busca pela realização pessoal. Nesse sentido diz Bortolo Valle:

> A nossa vida está marcada pelo desejo de felicidade. Não resta dúvida de que a maioria dos nossos esforços têm como objetivo nossa plena realização como pessoas dotadas de razão, portanto, com capacidade de escolher. As opções de vida que fazemos muito dificilmente são orientadas para a infelicidade. Toda decisão que tomamos está diretamente relacionada com nosso projeto de superação daqueles limites que impedem nosso bem estar.[4]

Portanto, justamente em busca da dita felicidade e da concretização dos desejos individuais, o ser humano procura a realização de ideias cada vez mais difusas. Isso quer dizer que cada vez mais grupos menores e mais heterogêneos entre si ascendem e tem o direito garantido da plena realização.

---

[4] VALLE, Bortolo. *A ética na Idade Média*. In: César Candiotto (Coord.). Ética: abordagens e perspectivas. Curitiba: Champagnat, 2010, p. 49.

Ocorre, nada obstante, que muitas vezes (e como já dito) as vontades dos grupos sociais – exatamente por serem tão diferentes entre si – acabam por colidir, gerando incertezas e desavenças.

Tais desentendimentos decorrem dos mais diversos matizes: aspectos religiosos, culturais, sexuais, opiniões pessoais, preconceitos historicamente arraigados, etc.

O doutrinador francês Gilles Lipovetsky, dotado de olhar cético (porém muito realista) diz sobre a sociedade atual que:

> Sob muitos aspectos, ao contrário do que se diz com frequência, quando se fala de tribos, de clãs, de novas comunidades, não há, de forma alguma, esgotamento do individualismo, mas disseminação em espiral de sua dinâmica. Tomo como prova as novas modalidades de consumo ligadas às tecnologias da comunicação e da informação, o crescimento das religiões a lá carte e emocionais, a desinstitucionalização da família, e claro, o culto da saúde e da forma, a busca pela beleza a qualquer preço, o consumo excessivo de medicamentos e de psicotrópicos, a corrida aos regimes e a busca pela alimentação sadia.[5]

E a espinhosa missão do Direito hodiernamente nasce precisamente diante desse panorama: na falta de melhor entendimento entre as pessoas e na medida em que crêem ter seus direitos garantidos por meio do órgão jurisdicional, demandas das mais variadas espécies chegarão ao Poder Judiciário, carecedoras de guarida, tenha-se ou não normas já previstas que possam efetivamente tutelar o caso concreto.

Em suma, o que se espera demonstrar é que o Direito não pode mais pretender-se estático, codificado, imutável perante essa nova sociedade que se propõe.

Muito pelo contrário, as aspirações coletivas buscam cada vez mais guarida jurisdicional, e o Direito tem sido cobrado no sentido de respostas rápidas e efetivas para as questões, não havendo inclusive possibilidade de que se aguarde o Legislativo editar medidas específicas para cada nova reivindicação.

---

[5] LIPOVETSKY, Gilles. *Metamorfoses da cultura liberal*. Porto Alegre: Sulina, 2004, p. 20.

Nesse sentido diz Fernando Rister de Sousa Lima, invocando a teoria do direito como sistema autopoiético de Luhmann:

> No pensamento luhmanniano, tem-se como premissa irrenunciável que num período rápido, quanto o que se vive, o contato entre o Direito e a sociedade deve ser constante, para propiciar ao primeiro sensibilidade às alterações sofridas por ela. Até porque, na sociedade atual, cada grupo social possui a sua crença, a sua religião, como tal os seus próprios valores. Nessa sociedade, premissas individuais e conceitos sociais nunca foram tão antagônicos.[6]

Dúvidas, portanto, não restam que o Direito deve atender as aspirações sociais (e não o oposto), e que os juristas das mais diversas áreas já se aperceberam dessa nova realidade e necessidade coletiva.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao discorrer sobre o homem contemporâneo e da organização necessária ao Estado para garantir atenção aos interesses individuais e coletivos, diz que através das novas tecnologias e meios eletrônicos há uma quebra de paradigma sem precedentes, na qual a informação está muito disponível, transformando assim o homem em ser que pretende mais saber em detrimento de apenas ter[7].

Assim, verificada uma nova sociedade, imbuída das mais diversas culturas e interesses, não pode o Direito olvidar-se de tal fato. Aliás, deve estar preparado para uma gama cada vez maior das demandas mais variadas, as quais terá de discutir e apresentar uma solução.

Apurado assim esse novel panorama, quais são então as dificuldades efetivas que o Direito está enfrentando nesse novo século?

2. AS RAZÕES DE UMA EVENTUAL CRISE DO DIREITO

Como já dito, vem sendo observado por eminentes juristas que o direito e, em especial o modelo positivista, por uma série de fatores, está em crise.

---

[6] LIMA, Fernando Rister de Sousa. *Sociologia do Direito. O direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Juruá: Curitiba, 2009, p. 71.

[7] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 121/122.

Nesse sentido diz Fernando Rister de Sousa Lima, invocando a teoria do direito como sistema autopoiético de Luhmann:

> No pensamento luhmanniano, tem-se como premissa irrenunciável que num período rápido, quanto o que se vive, o contato entre o Direito e a sociedade deve ser constante, para propiciar ao primeiro sensibilidade às alterações sofridas por ela. Até porque, na sociedade atual, cada grupo social possui a sua crença, a sua religião, como tal os seus próprios valores. Nessa sociedade, premissas individuais e conceitos sociais nunca foram tão antagônicos.[6]

Dúvidas, portanto, não restam que o Direito deve atender as aspirações sociais (e não o oposto), e que os juristas das mais diversas áreas já se aperceberam dessa nova realidade e necessidade coletiva.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao discorrer sobre o homem contemporâneo e da organização necessária ao Estado para garantir atenção aos interesses individuais e coletivos, diz que através das novas tecnologias e meios eletrônicos há uma quebra de paradigma sem precedentes, na qual a informação está muito disponível, transformando assim o homem em ser que pretende mais saber em detrimento de apenas ter[7].

Assim, verificada uma nova sociedade, imbuída das mais diversas culturas e interesses, não pode o Direito olvidar-se de tal fato. Aliás, deve estar preparado para uma gama cada vez maior das demandas mais variadas, as quais terá de discutir e apresentar uma solução.

Apurado assim esse novel panorama, quais são então as dificuldades efetivas que o Direito está enfrentando nesse novo século?

2. AS RAZÕES DE UMA EVENTUAL CRISE DO DIREITO

Como já dito, vem sendo observado por eminentes juristas que o direito e, em especial o modelo positivista, por uma série de fatores, está em crise.

---

[6] LIMA, Fernando Rister de Sousa. *Sociologia do Direito. O direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Juruá: Curitiba, 2009, p. 71.

[7] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 121/122.

Para Ricardo Lorenzeti:

> Toda uma geração de juristas foi educada durante uma era de ordem, fundada em uma única concepção formal do direito, inspirada na tradição de filosófica inglesa do empirismo lógico e na dogmática kelseniana.
> Toda uma geração de juristas vive agora em uma era de desordem, na qual é produzido um fenômeno de materialização do direito. O sistema é cada vez mais aberto e permeável à incorporação de critérios que provêm de outras áreas, das quais o divórcio não foi inteiramente possível, como a moral, a sociologia, a economia, ou a técnica, que são introduzidas através de princípios, valores e conceitos indeterminados.[8]

Na mesma linha coaduna Lenio Streck ao dizer que o direito "enfrenta profunda crise de paradigmas (...) a partir de uma dogmática jurídica refém de um positivismo exegético-normativista, produto de uma mixagem de diversos modelos jusfilosóficos"[9].

Conclui dizendo que tal crise decorre especialmente do "arraigamento ao esquema sujeito-objeto", sendo certo que a consequência é "efetivo crescimento do grau de deslocamento do pólo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição, pela impossibilidade de o legislativo (e a lei) poder antever todas as hipóteses de aplicação"[10].

Também, no rol exemplificativo que ora se colaciona, salutar mencionar as lições de Luis Roberto Barroso segundo o qual "o Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório".[11]

Ainda que caibam efetivas discussões sobre a verdadeira falha ou não do positivismo, fato é que a proposta atual de ordenamento jurídico como um todo está efetivamente passando por dias tormentosos. E a

---

[8] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial.* São Paulo: RT, 2009, p. 359.
[9] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1.
[10] Ibidem, p. 1.
[11] BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*. In: Revista Diálogo Jurídico. Salvador: 2001, p. 19.

grande presunção que gera o problema parece ser a tentativa de imobilização do direito em papel, ao passo que sua fonte inspiradora é a história e a própria sociedade, que por sua vez estão sempre em evolução e mutação.

Infere-se assim lição de que o "fato do Direito tornar-se positivo, ou seja, de produzir um saber livre das influências do pensamento clássico, não implica necessariamente na ruptura de suas relações internas com a moral e a política. Muito principalmente na modernidade, quando ocorre a constituição do Estado de Direito, com sua complexidade característica"[12].

E se a crise existe certamente se dá em virtude de alguns fatores, até mesmo sociológicos.

Assim sendo, autor de grande importância que se debruça sobre o tema é o italiano Paolo Grossi, segundo o qual:

> Ao homem comum de hoje o direito aparece sob dois aspectos que não contribuem propriamente para transformá-lo em algo bem aceito: vem-lhe do alto e de longe, como se fosse uma telha que cai de um teto sobre a cabeça de um passante; mostra-se a ele como poder, como comando, comando autoritário, evocando imediatamente a imagem desagradabilíssima do juiz e do funcionário de polícia, com a ulterior possibilidade de sanções e de coerções. [13]

É muito verdade que alto grau do distanciamento entre o homem médio e o direito se dá em virtude de escolhas históricas, que acabaram por estreitar demasiadamente os laços entre o direito e a política, causando em última análise um apoderamento daquele por essa, com os resultados maléficos já conhecidos, e pelos quais ainda hoje agoniza a sociedade.

Em virtude disso se observa inexoravelmente uma separação entre direito e sociedade, pois resta o direito imobilizado pela velha ideia de positivação e codificação das leis.

---

[12] PÊPE, Albano Marcos Bastos. *O Direito na Modernidade: Um estudo Habermasiano*. In: Luiz Amílton B. de Carvalho (Coord.). *Revista de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 148

[13] GROSSI, Paolo. *Primeira Lição sobre Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 2.

Necessário acentuar que muito do problema se dá em virtude da própria morosidade e desinteresse de nosso legislativo (Estado emanando sua vontade como no postulado básico do positivismo), que lamentavelmente acaba atualmente se ocupando de ideais espúrios ao interesse do cidadão e não acompanha adequadamente o desenvolvimento da sociedade pós-moderna.

Para compreender, contudo, o atual momento, há necessidade de rápida digressão aos postulados que norteavam a sociedade.

O que se observou foi verdadeiro processo regressivo do direito, no qual dia após dia se confiou demasiadamente no poder do Estado (através do poder Legislativo) em editar normas e codificar (leia-se engessar no papel) todos os anseios sociais.

É certo que em alguns momentos históricos tal codificação e engessamento do direito surtiu seus efeitos, iniciado tal movimento com a compilação francesa comandada então por Napoleão.

Imprescindível se dizer que nesse momento histórico certamente a sociedade era bem menos plural e mais respeitadora do "poder do príncipe".

Apesar disso, certo é que tal cenário não se repete atualmente.

E um dos motivos a ser apontado é justamente o envelhecido pensamento ainda vigente não só na classe política, mas também de forma lamentável em diversos de nossos juristas.

A codificação sempre pareceu fonte inexorável de segurança, pois "a dureza da lei fechava, reduzia, sacrificava, mas tornava tudo muito simples"[14].

Tal entendimento certamente é ultrapassado, não coadunando mais com os verdadeiros anseios e objetivos da convivência em sociedade: a regra existe não para ser pura e simplesmente temida, mas sim pelo entendimento do próprio homem de que determinada regra é passível de ser observada pelo fato de que trará benefícios e organização para o árduo exercício de convívio coletivo.

Como bem disse Dalmo Dalari "quando se fala em disciplinar pelo direito, isto significa estabelecer uma ordem dinâmica, que compreenda uma organização fundamental, mas que inclua nessa organização

---

[14] Ibidem, p. 102.

mecanismos que assegurem permanentemente a possibilidade de mudanças sociais"[15].

Ou seja, em outras palavras "o direito não é necessariamente coligado (...) com o aparato de poder que é o Estado Moderno. O ponto de referência necessário do direito é somente a sociedade"[16].

Não é de se admirar, contudo, que na letargia da população em geral e até mesmo da comunidade jurídica, se acabe em muitas ocasiões acatando legislação elaborada ao arrepio da ética e do senso comum, visando justamente evitar embate com o Poder Legislativo, braço do Estado encarregado desse mister.

De se observar inclusive que "o excessivo apego as regras pode levar a injustiças graves, o que se aconselha que transcenda as regras, sem saber contudo, exatamente, o que existe para além delas, e como trabalhar com princípios e valores"[17].

Em resposta então a dita crise do positivismo começam a florescer novas ideias no sentido de que o direito não nasce puro e acabado na norma em si. Pelo contrário, o direito como reflexo de uma sociedade cada vez mais plural depende diretamente da interpretação de que dele se faz, valendo-se de inúmeros aspectos que certamente não emanam do ordenamento jurídico pronto e acabado.

Nesse tocante, aliás, vai mais uma vez além Paolo Grossi, ao dizer que "o Estado é apenas um acidente histórico diante daquele resgate do direito de que nos valemos para restituí-lo ao seio bem mais vasto da sociedade"[18].

Em decorrência do antes exposto se pode fazer a clara distinção (também defendida pelo Autor supra) de que não mais se fala em obediência a norma, mas sim de sua observância.

A diferenciação fundamental de terminologia se dá no âmago do cidadão, que passa de uma posição meramente passiva frente à norma para posição de conscientemente aderir ao seu preceito. Tal adesão se dá inclusive, conforme já dito alhures em virtude da verificação da utilidade de seu conteúdo na organização da vida social.

---

[15] DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Renascer do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2 ed, 1996, p. 3.
[16] GROSSI, Paolo. Op. cit. p. 21.
[17] LORENZETTI, Ricardo Luiz. Op. cit. p. 33.
[18] GROSSI, Paolo. Op. cit. p. 21.

Talvez seja esse o grande problema do positivismo na quadra atual da história: a sociedade vem se mostrando cada vez mais sofisticada, envolta em um sem número de instrumentos tecnológicos, sendo que em função disso o Estado busca cada vez mais estar presente através de seu aparato de poder.

"A revolução tecnológica intensificada no século XX não se prendeu apenas às ciências exatas ou biológicas. É impossível desconhecer a verdadeira tecnologia jurídica que se consolidou nesse século, no sentido de qualificar novos direitos e novos sujeitos de direito"[19], bem observa Vicente de Paula Ataíde Junior.

Fato é que, apesar do esforço Estatal (pelas razões já explicitadas do Legislativo desatualizado e que acaba por não representar habilmente os anseios legítimos) esse intento não está sendo cumprido de forma efetiva.

O positivismo, perdendo a verdadeira essência do direito que é a própria sociedade formada por indivíduos, acabou por ser superado na atualidade, sendo definitivo que "não há dúvida de que hoje o Estado está em crise, e está em crise o velho legalismo; não há igualmente dúvidas de que um terreno eleito é exatamente aquele das fontes do direito, da produção jurídica"[20].

Chega-se assim a certeza de que o problema atual reside justamente em todos os aspectos que já foram expostos, culminando com atividade normativa hipertrofiada que visa sempre estar à frente das constantes mutações sociais.

Pode-se exemplificar, apenas de maneira rasa, com as questões relativas a globalização (em que sequer se tem certeza das fronteiras estatais, muito menos da normatização a ser aplicada), dos crescentes anseios de grupos outrora relegados a marginalidade (como homossexuais que agora não querem apenas reconhecimento, mas direitos efetivos a união e adoção), bem como celeumas relativas a biociência (como no caso de células tronco, recentemente discutida por nossa Corte Constitucional).

Apesar disso, na contramão de tais avanços sociais o que se observa é verdadeiro acumulo de leis, editadas diariamente, muitas vezes

---

[19] ATAIDE JUNIOR. Vicente de Paula. *O novo juiz e a administração da Justiça*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 35.

[20] GROSSI, Paolo. Op. cit. p. 26.

carecedoras de maior aprofundamento por parte do legislador, o que em última análise acaba por mais uma vez afastar o direito de seu destinatário único: o cidadão.

O momento é delicado ao extremo, uma vez que "a diversidade gera a crise, e a crise gera rachaduras numa estrutura considerada como sublime, liberal, democrática, e que, todavia, revela ser substancialmente violenta e repressiva em vista das desagradáveis perturbações"[21].

Importante abrir parênteses para destacar que nesse diapasão não parece restar dúvida que no Brasil a escolha atual é bastante equivocada: as cadeiras do Poder Legislativo estão em sua maioria ocupadas por oportunistas, sendo evidente que sua produção legal não teria mesmo outro destino senão a de legislação, na grande maioria dos casos, absolutamente inadequada.

Muito pertinente inclusive destacar a opinião do historiador Marco Antonio Villa, que na revista Veja de 15 de setembro de 2.010 (ou pouco menos de dois meses antes de eleições para a Câmara dos Deputados e Senado Federal) se manifestou dizendo que "o Legislativo está sendo invadido – para a alegria mórbida dos inimigos da liberdade – por humoristas decadentes, ex-jogadores de futebol, celebridades instantâneas e sambeiros que espancam suas mulheres"[22].

Outra não é a razão que leva Paulo Bonavides a tecer contundente crítica:

> A falta de ética nas relações públicas de governo faz suspeita a suprema magistratura do País, com o seu titular cometendo crimes de responsabilidade, espargindo a descrença e desmobilizando o povo com a perda de fé na classe dominante, da qual todos desconfiam e buscam afastar-se por um sentimento que já se generaliza. A queda moral das lideranças se desenha a cada passo em virtude da gangrena de corrupção que invade e afeta os principais órgãos e tecidos do corpo administrativo da nação[23].

---

[21] Ibidem, p. 57.

[22] VILLA, Marco Antonio. *Frases da Semana*. Revista Veja. São Paulo: Abril. Ed. 2.182, ano 43, nº 37. p. 76. 15 de setembro de 2010.

[23] BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 14.

Resta nesse contexto o crescimento dos operadores do direito que acabam, ao efetivamente lidar com a realidade diária da sociedade, por ter de dar solução efetiva as questões apresentadas, até porque se observa que a atual realidade desloca "o pólo de tensão interpretativa na direção do intérprete"[24].

Nesse tocante, cabe destacar não só os advogados que diariamente lidam com a lei estática e mal formulada, mas também os magistrados, que têm de dar solução efetiva a problemas muitas vezes (e paradoxalmente) não tipificados por nosso vasto ordenamento jurídico.

Novamente demonstrando as razões de declínio do positivismo, se observa árdua a atuação dos Magistrados "pelas profundas deficiências da prestação de serviços estatais, os quais não conseguem fazer frente às necessidades sociais básicas. Um juiz que é convocado, muitas vezes, a substituir as expectativas frustradas que deveriam ser atendidas pelas demais parcelas do poder estatal"[25].

3. NOVOS ANSEIOS E A MISSÃO DO DIREITO: ALGUNS EXEMPLOS NA NOVA SOCIEDADE GLOBAL

Sinal claro do pós-positivismo na quadra atual da sociedade tem sido a discussão de temas agudos, carecedores de resposta imediata pela sociedade, que prescindem de efetiva normatização.

No Brasil a evidência, não tem sido outro o panorama. Questões difíceis e até mesmo pouco prováveis há pouco tempo são trazidas diariamente a apreciação dos Juízes, sendo que alguns casos chegam a tornar-se verdadeiramente de interesse nacional, observados até mesmo debates entre setores da sociedade civil a favor ou contra determinada matéria.

Uma questão que vem sendo debatida mundialmente (e também internamente) é aquela relativa a bioética.

Assuntos como alimentos transgênicos, células tronco, clonagem, enfim, temas ligados aos avanços da ciência, vêm sendo cerne de intensas discussões sociais e jurídicas o que, em última analise acabam

---

[24] STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 3.

[25] ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Op. cit. p. 68.

por impactar substancialmente o direito. Sobre o tema Mário Antonio Sanches narra:

> A partir da Segunda Grande Guerra a sociedade ocidental passou a vivenciar uma nova inquietude: o avanço da ciência pode nos conduzir a muitos desastres, portanto, percebeu-se que o desenvolvimento da ciência precisa ser acompanhado por uma reflexão a respeito dos seus rumos e uma avaliação ética dos seus resultados e consequências. (...)
> Chegamos a uma das características mais importantes da bioética: a interdisciplinaridade. Isso significa que uma única disciplina, ou ramo do saber, não consegue sozinha dar resposta satisfatória a desafios como o dos transgênicos, pois esse tipo de avanço científico necessita ser estudado e compreendido a partir de vários ângulos, e uma avaliação ética só pode ser formulada após análise de inúmeros aspectos.[26]

Nesse sentido foi a discussão pelo STF da ADI 3510, julgada em 29 de maio de 2.008, na qual se decidiu pela possibilidade de pesquisa com células tronco, uma vez que tal não viola o direito a vida e a dignidade da pessoa humana.

Curioso ainda notar que não só a mais alta corte do país se ocupa de temas novéis e não menos difíceis.

Contemporaneamente a discussão pelo Supremo Tribunal Federal antes mencionada, nos Tribunais de Justiça dos estados já se discutia a obrigação (ou seu descumprimento) de empresas especializadas em armazenamento de referidas células tronco no momento do parto, ou ainda de planos de saúde fornecerem tratamentos relacionados a tais células aos pacientes contratantes.

Infere-se que antes mesmo de decisão definitiva pelo próprio STF a população já recorria ao Judiciário visando a guarda de referidas células ou até mesmo o tratamento que delas seria viável. A sociedade já buscava proteção jurisdicional acerca de assunto que, além de não contar com legislação definitiva, ainda estava em debate!

---

[26] SANCHES, Mário Antonio. *Bioética: uma reflexão ética provocada pelo avanço das biociências*. In: César Candiotto (Coord.). Ética: abordagens e perspectivas. Curitiba: Champagnat, 2010, p. 206/207.

Mais uma vez se reafirma a necessidade de entendimento do direito como fato social, sempre em mutação, o que em muito explica o posicionamento anterior de que no atual momento o positivismo efetivamente apresenta sinais, talvez irreversíveis, de fadiga.

Exemplificando o antes mencionado, colacionam-se dois julgados dos Tribunais de Justiça do Paraná e Rio Grande do Sul respectivamente, relativamente a questões envolvendo células tronco, datados da mesma época do julgamento da ADI 3510 pelo STF:

> APELAÇÃO CÍVEL. RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE COLETA E ARMAZENAMENTO DE CÉLULAS TRONCO EM CRIOPRESERVAÇÃO. NÃO REALIZAÇÃO DA COLETA NO PARTO. APELAÇÃO 1. CASO FORTUITO. IMPROCEDÊNCIA. FATO DO SERVIÇO. ART 14, §3º DO CDC. RESPONSABILIZAÇÃO EXPRESSA DA FORNECEDORA. INAPLICABILIDADE DA MULTA CONTRATUAL. IMPROCEDÊNCIA. CONDIÇÃO NULA. EXONERAÇÃO ABUSIVA DO FORNECEDOR. ART 51, I DO CDC. CONDENAÇÃO EXCESSIVA. IMPROCEDÊNCIA. CONTRATO DE ADESÃO. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO ADERENTE. ART 47 DO CDC E 424 DO CC. APELO IMPROVIDO. APELAÇÃO 2. DANO MORAL. DEVER DE REPARAR. PROCEDÊNCIA. OPORTUNIDADE ÚNICA PARA COLETA DO MATERIAL SEM RISCO AO NEONATO. CONSUMIDORES INFORMADOS DA IMPOSSIBILIDADE DA COLETA MINUTOS ANTES DO PARTO. VIOLAÇÃO AO DEVER DE LEALDADE. CONDUTA CONTRÁRIA Á BOA-FÉ. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA MODIFICADOS. APELANTES VENCIDOS EM PARTE MÍNIMA DO PEDIDO. APELO PROVIDO. (TJPR – 12ª C.Cível – AC 0488989-0 – Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba – Rel.: Des. Rafael Augusto Cassetari – Unânime – J. 06.08.2008)
>
> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUROS. AÇÃO ORDINÁRIA. PLANO DE SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA VISANDO A COBERTURA CONTRATUAL PARA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CONCERNENTE À COLETA DE CÉLULAS TRONCO E DEMAIS DESPESAS COM TRATAMENTO DE QUE NECESSITA A AUTORA, PORTADORA DE MIELOMA MÚLTIPLO (CÂNCER DE MEDULA). POSSIBILIDADE.

> À presença dos requisitos descritos na lei, deve ser concedida a antecipação de tutela requerida pela autora, principalmente quando a medida visa a manutenção da vida e da saúde, direitos garantidos constitucionalmente. RECURSO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70021494463, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 10/04/2008)

Como adiantado, em ambos os casos se discutem teses relativas ao uso ou coleta de células tronco, sendo evidentemente esse um anseio absolutamente novo para a sociedade, e que pelas características inatas do positivismo (aliadas a toda a deficiência já exposta de nossos legisladores) não haviam ainda sido devidamente cotejadas.

Ainda em caráter exemplificativo colacionamos a seguir alguns julgados que são retrato exato dessa nova fase da sociedade.

Tratam os julgados de tema bastante nebuloso e espinhoso para grande parte da população que foi trazido ao Judiciário, que por seu turno e por dever constitucional não poderia deixar de apreciá-lo.

Os excertos se referem inicialmente a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Certo é que a questão já vem sendo debatida em praticamente todos os Tribunais pátrios, com ampla margem de aceitação a possibilidade de referidas uniões homossexuais, conforme recente julgado abaixo:

> EMENTA: APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. APELO DA SUCESSÃO. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Seja como parceria civil (como reconhecida majoritariamente pela Sétima Câmara Cível) seja como união estável, uma vez presentes os pressupostos constitutivos, de rigor o reconhecimento de efeitos patrimoniais nas uniões homossexuais, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Caso em que se reconhece as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. (Apelação Cível Nº 70035804772, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 10/06/2010)

Curioso observar, em abono inclusive a tese que se sustenta de mutabilidade constante da sociedade, que após um primeiro momento em que se discutia meramente a possibilidade de união entre pessoas de mesmo sexo (e superada a questão com aceno positivo do Judiciário), passou-se então a uma nova busca por direitos: não bastava se ter reconhecida a união, mas desejava-se também todos os corolários daí decorrentes.

E nesse sentido o julgado abaixo demonstra a intenção de além de reconhecida a união entre pessoas do mesmo sexo, após o falecimento de um dos cônjuges, que o supérstite tenha direito ao recebimento de pensão, tese que também foi albergada pelo Judiciário, conforme julgamento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

> EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE PARCEIRO HOMOSSEXUAL. POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO UNIÃO ESTÁVEL PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. CASAL SEPARADO. PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. É possível a comprovação de união estável entre pessoas do mesmo sexo para fins de percepção do benefício de pensão por morte, consoante precedentes dessa Corte. 2. Se o cônjuge divorciado ou separado recebia pensão alimentícia do de cujus, a dependência econômica é presumida, fulcro no artigo 76, § 2º, da Lei n.º 8.213/91. 3. Preenchidos os requisitos contidos no art. 74 da Lei 8.213/91, é de ser concedido o benefício de pensão por morte, a partir da DER. (TRF4, APELREEX 2002.71.00.053659-4, Turma Suplementar, Relator Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, D.E. 31/08/2009)

Por fim, e encerrando a exposição de julgados relativos a esse tema, demonstra-se novamente como a sociedade encontra-se em franca evolução trazendo ao Poder Judiciário questões não enfrentadas a contento pelo poder Legislativo do Estado.

Após o reconhecimento de união estável e também do direito a pensão, casais homossexuais buscam agora o direito de adotar crianças.

Tal assunto tem se mostrado fonte de inesgotáveis e calorosas discussões pela sociedade como um todo (mais uma vez demonstrando a dificuldade de previsão e tipificação absoluta pelo Estado), mas fato é

que novamente provocado o Judiciário não pôde deixar de responder aos jurisdicionados.

E a resposta vem sendo oferecida pelo Judiciário, conforme julgado emblemático do TJ – PR:

> APELAÇÃO CÍVEL HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO ADOTANTE HOMOSSEXUAL LIMITAÇÃO DE IDADE DO ADOTANDO AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO DESPROVIDO. A adoção é um ato que envolve a criação de vínculos afetivos, onde pais e filhos se adotam na nova relação, independentemente da orientação sexual dos adotantes. (TJPR – 12ª C.Cível – AC 0648257-5 – Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba – Rel.: Des. Costa Barros – Unânime – J. 12.05.2010)

De maneira a encerrar os debates a Corte Constitucional e o STJ, em julgados recentes, manifestaram-se de maneira definitiva quanto ao tema: o Supremo Tribunal Federal equiparou a união de pessoas do mesmo sexo à entidade familiar, no julgamento conjunto da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4277.

Já o STJ na esteira do entendimento do STF decidiu em julgamento do Recurso Especial 1.183.378/RS realizado em 25/10/2011, por autorizar a habilitação de duas mulheres do Rio Grande do Sul ao casamento civil.

Por derradeiro, (e não de maneira exaustiva) falar-se-á a seguir sobre a população negra que é inegavelmente mais um grupo social minoritário que por seu turno tem reivindicado com muita razão ações por parte do Estado no intuito de defesa e promoção de seus interesses.

Ainda que muito seja dito sobre a verdadeira "união de povos" observada no país, uma análise mais realista do tema não deixa dúvidas de que em verdade, a forma de discriminação aqui praticada é uma das mais perversas.

Parece claro que o atual panorama em muito decorre da própria colonização do país e de toda a política de ódio e segregação a que foram submetidos os negros.

Como é notório, tal população foi trazida ao país ainda no início da colonização na forma de escravos. Diante da assertiva não restam

maiores dúvidas de que a situação dos negros em sua chegada era longe de ser minimamente condizente com a situação humana.

De toda sorte, e tendo em vista que o presente estudo não pretende aprofundar-se na questão da escravatura, dúvidas não restam que no momento em que foram finalmente "libertados" da escravidão, os negros foram simplesmente jogados a sua própria sorte, sem qualquer incentivo ou proteção após todos aqueles anos de tratamento absolutamente degradante.

Nesse sentido muito elucidativa a obra de Celso Furtado na qual tal momento histórico é fielmente retratado e, através do qual se percebe o porquê do atual panorama penoso enfrentado pela população negra brasileira.

Diz Furtado em certa passagem que como era de se esperar "os escravos libertados que abandonavam os engenhos encontravam grandes dificuldades para sobreviver", e em decorrência disso "não foi difícil, em tais condições, atrair e fixar uma parte substancial da antiga força de trabalho escrava, mediante um salário baixo"[27].

Ao longo do tempo a situação simplesmente não se alterou, sendo que a população negra foi continuamente estigmatizada, sendo perversamente deslocada para as favelas e centros de pobreza, e decorrente disso não tendo a menor oportunidade de vida digna.

Portanto, dúvidas não restam que alguma espécie de política pública (impactante diretamente no direito) há de ser praticada para que se possa, ao menos, tentar corrigir esse grave desvio histórico.

Nesse sentido e trazendo o conceito das ações afirmativas nascidas nos Estados Unidos na década de 60[28], o Brasil tem enfim, buscado através de políticas de compensação e promoção dos interesses da comunidade negra iniciar o processo de inclusão dessa sociedade após décadas de inoperância.

O primeiro exemplo de discriminação positiva para negros no Brasil foi o sistema de cotas instituído nas universidades do Estado do Rio de Janeiro, implementado por meio da Lei Estadual 3.708/2001, que

---

[27] FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 34 ed, 2007, p. 201.

[28] Sobre o tema, importantes lições constam da obra *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade* de Joaquim Barbosa.

estabeleceu "a cota mínima de até 40% (quarenta por cento) para as populações negra e parda no preenchimento das vagas relativas aos cursos de graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e da Universidade Estadual do Norte Fluminense – UENF".

Essa Lei foi revogada expressamente pela Lei Estadual 4.151, de 04 de setembro de 2003, que alterou o sistema de cotas nas universidades estaduais cariocas, ampliando-o para todas as instituições públicas de ensino superior, mantidas e administradas pelo Estado do Rio de Janeiro, exigindo dois requisitos para a concessão do benefício: 1º) tratar-se de estudante carente; e, alternativamente, 2º) ser oriundo da rede pública de ensino (I); negro (II); pessoa com deficiência (III); ou filhos de policiais civis, militares, bombeiros militares e de inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos em razão do serviço (IV).

A Lei fluminense 4.151/2003 reservou 20% das vagas nas instituições públicas de ensino superior mantidas e administradas pelo Estado do Rio de Janeiro para os estudantes oriundos da rede pública de ensino; 20% para negros; e 5% para os portadores de deficiência e filhos de policiais mortos em razão de serviço.

Nesse mesmo sentido, e demonstrando como a questão é de interesse para o direito, tramita no STF a ADPF nº 186-2, na qual o partido político DEM questiona a aplicação do sistema de cotas na Universidade de Brasília. Ainda não houve julgamento final sobre a matéria, mas a liminar pleiteada foi indeferida pelo Ministro Relator.

Ainda, nessa mesma seara tem-se já em vigor (porém pouco observada) a Lei 11.645 de março de 2008, segundo a qual nos estabelecimentos de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena.

E por fim, e mais contundente de todas as ações já tomadas, observou-se a entrada em vigor em 20 de outubro passado da Lei 12.228/2010, também conhecida como "Estatuto da Igualdade Racial".

Tanto a matéria tratada é polêmica que foi debatida no Congresso por aproximadamente dez anos, para então ter sua versão final, enfim aprovada.

Sucintamente, trata o Estatuto de diversos interesses relativos a comunidade negra, desde preferência no atendimento no sistema de saúde, incentivo à educação e moradia dignas, respeito a religiões de