

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO E SUSTENTABILIDADE

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

LUIZ ERNANI BONESSO DE ARAUJO

JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito e sustentabilidade [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jerônimo Siqueira Tybusch; José Alcebiades De Oliveira Junior; Luiz Ernani Bonesso de Araujo – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-576-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito. 3. Sustentabilidade. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO E SUSTENTABILIDADE

Apresentação

Neste texto de apresentação do Grupo de Trabalho Direito e Sustentabilidade, gostaríamos de ressaltar o belo e altíssimo nível dos trabalhos de pesquisa apresentados pelos participantes do grupo, sem exceção. Para se ter uma ideia prévia mas sem desmerecer nenhum dos demais temas, gostaríamos de dizer que desde os transgênicos como um assunto ainda muito polêmico até a questão da importância na proteção dos recursos hídricos, passando pelas importantes questões da proteção de dados, da habitação social e a sustentabilidade, assim como também da defesa dos animais não humanos à questão da defesa da moda e seus percalços, o tema da habitação e um mundo na encruzilhada da pós-modernidade ou modernidade líquida para alguns, determinaram a grandiosidade dessa seção de trabalho, com certeza dentre muitas outras desse XI Encontro Internacional do Conpedi realizado em importantes Universidades de Santiago do Chile. Aceitem, pois, todos aqueles que estão interessados na pesquisa de temas atuais e instigantes o convite que fazem os três professores que coordenaram o presente grupo de trabalho Direito e Sustentabilidade. Certamente, todos aqueles que aceitarem o nosso provocativo convite não se arrependerão, e, muito antes pelo contrário, terão uma ideia de o quanto a Ciência em sentido geral e em sentido Jurídico estrito, tem avançado na defesa dos Direitos Humanos e sua sustentabilidade.

Prof. Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araújo (UPF), Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM) e Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior (UFRGS e URI - Santo Ângelo).

PÓS-MODERNIDADE E A INTERSECCIONALIDADE PÚBLICO E PRIVADO: A SUPERAÇÃO DOS MITOS E CONSTRUÇÃO DA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

POSTMODERNITY AND THE INTERSECTIONALITY PUBLIC AND PRIVATE: OVERCOMING MYTHS AND CONSTRUCTION OF SOCIAL TRANSFORMATION

Josiane Petry Faria ¹
Giselle Meira Kersten ²

Resumo

O artigo parte do pressuposto da necessidade de abandono dos mitos da modernidade para considerar o momento contemporâneo como resultado de um processo de construção histórica e assimilação da pluralidade e da multidimensionalidade, características da pós-modernidade. Assim, a pesquisa parte da movimentação da Modernidade para a Pós-Modernidade e todas as promessas que daí decorrem, sobretudo no que diz respeito ao acesso à Justiça. Por essas razões se questiona: Possui condições de sustentabilidade o paradigma tradicional da supremacia direito público sobre o privado? Assim, pelo método dedutivo se conclui que para se atingir a transformação social, por meio do reequilíbrio das relações de poder, é de centralidade do interesse público que deverá ser revelada em cada caso concreto. Caso contrário, ter-se-ia um desequilíbrio das relações sempre em favor do Estado e com isso minando a ótica atual da intersecção. A interseccionalidade público-privado, é o cenário que atende ao exercício da cidadania pós-moderna, a qual implica mudança de atitude e de sentimentos, mudança essa que remete às ideias de igualdade e liberdade.

Palavras-chave: Interseccionalidade, Público, Privado, Mitos, Transformação social

Abstract/Resumen/Résumé

The article assumes the need to abandon the myths of modernity in order to consider the contemporary moment as a result of a process of historical construction and assimilation of plurality and multidimensionality, characteristics of postmodernity. Thus, the movement from Modernity to Post-Modernity and all the promises that arise from it, especially with regard to access to Justice. For these reasons, the question is: Does the traditional paradigm of supremacy public over private law have conditions of sustainability? Thus, by the deductive method, it is concluded that in order to achieve social transformation, through the rebalancing of power relations, it is of centrality of public interest that it must be revealed in each concrete case. Otherwise, there would be an imbalance of relations always in favor of

¹ Doutora em Direito pela UNISC/Universidade de Sevilha. Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande; Professora do PPGDireito e da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo.

² Doutora em Administração pela ESAG/UDESC em 2019. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI em 2013. Professora de Direito da UNIVALI e professora assistente na ESAG/UDESC

the State, thus undermining the current perspective of intersection. The public-private intersectionality is the scenario that serves the exercise of postmodern citizenship, which implies a change in attitude and feelings, a change that refers to the ideas of equality and freedom.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Intersectionality, Public, Private, Myths, Social transformation

INTRODUÇÃO

A pesquisa parte da movimentação da Modernidade para a Pós-Modernidade e todas as promessas que daí decorrem, sobretudo no que diz respeito ao acesso à Justiça, por meio da facilitação da informação e do conhecimento proporcionados pela revolução tecnológica.

A partir de então, sem análises alongadas se pode perceber que os mitos que mantiveram a conservação das estruturas sociais na modernidade, baseados em princípios, tais como liberdade, igualdade e justiça, ironicamente se constituíram em ferramentas intelectuais de controle e também de distanciamento entre teoria e prática. Assim, o questionamento que move a investigação é: Possui condições de sustentabilidade o paradigma tradicional da supremacia direito público sobre o privado?

Dessa forma, mediante a adoção do método dedutivo de abordagem o tema foi delimitado pelo estudo de três eixos centrais, quais sejam: A Modernidade e a Pós-Modernidade face a necessidade de abandono dos mitos para a transformação social; posteriormente a metamorfose do direito privado e do público e, por fim, a interseccionalidade do público-privado para a reconstrução das relações de poder e a promoção da transformação social.

1 MODERNIDADE E PÓS-MODERNIDADE: A NECESSIDADE DO ABANDONO DOS MITOS PARA A TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

As narrativas históricas dão conta da apresentação de fatos de modo sistemático, com uma lógica ausente na vida real e apresentando como narradores os homens, os quais sempre se colocaram no protagonismo das ações objetivando o encobrimento da atuação da mulher nas transformações histórico-culturais.

Dessa forma, a história é demonstrada como cíclica e dividida em duas fases: na primeira, os homens¹ são governados por uma divindade e desfrutam de felicidade; na segunda, a divindade se retira provocando turbulência e desordem

¹ A narrativa notadamente utiliza o homem como protagonista, não no sentido de humano, mas de sexo masculino, como forte, influente e poderoso.

justificando a necessidade da política que surge para regulamentar as relações sociais. Criam-se e utilizam-se os mitos quando a razão está fora de serviço, isso para reafirmar que os homens não são deuses e não podem estabelecer uma ordem social perfeita e instituições políticas definitivas, universais que é justamente a pretensão dos tiranos. Os modernos usam o mito² do contrato para a passagem do estado de natureza para a sociedade civil, mito esse que legitimou a organização política construída pela burguesia dos séculos XVII ao XIX. (LAPIERRE, 2003, p. 32-35)

O movimento de crítica ocorrido desde a metade do século XVIII até o início do século XIX, identificado como Iluminismo trouxe a exigência de racionalidade, inaugurando a luta por igualdade e liberdade, no sentido de combate à desigualdade diante da lei, à servidão, às intervenções arbitrárias da Coroa e a exclusão da participação popular, à predominância da Igreja e à intolerância religiosa. (FEDERICI, 2018)

Entretanto, a nova perspectiva do Direito como direito da razão atendia aos anseios do heterocapitalismo, no discurso dos déspotas esclarecidos e da Revolução Francesa, os dois grandes regimes políticos responsáveis pela promulgação dos códigos modernos. Os reformadores utilizavam a legislação como instrumento para a concretização de seus objetivos e, portanto, se opunham a todas as fontes que poderiam trazer problemas para a realização dos planos modernos, como o costume e a jurisprudência. “A secularização do direito, sua emancipação da autoridade da teologia e do direito divino, foi um objetivo amplamente alcançado pelo Iluminismo.” (CAENEGEM, 1999, p. 197)

Contraditoriamente, o cientificismo, herdeiro do Iluminismo, que em nome das leis, da ciência, da História tenta convencer que a ordem política estabelecida não é uma desordem, mas uma ordem natural e necessária se socorre do fundamento e da legitimidade do mito. (LAPIERRE, 2003, p. 12) Portanto, a modernidade vinculada à racionalidade busca apoio em mitos, ou seja, aspectos impossíveis de serem comprovados pela aplicação das regras e dos métodos da ciência. Dessa forma, a solidez da modernidade é frágil e exige análise crítica. Já na pós-modernidade a figura

² Cada autor interpreta o mito a sua maneira e de acordo com a demanda de finalidade exigida no momento. Para Hobbes o soberano é o encarregado assegurar a paz; Locke a monarquia constitucional é o ideal, é onde o poder do rei é limitado pelas liberdades individuais inalienáveis; para Rousseau repousa na vontade geral do povo.

do mito de origem não existe, abrindo caminho para a construção da legitimidade na história real.

Na modernidade a reforma protestante e a presença da Europa na América, fatores que fizeram surgir o tema da tolerância ao diferente, a economia monetarizada e mercantil, o capitalismo, a consolidação dos Estados nacionais. A partir do século XIX é associada aos padrões da industrialização, do progresso e de formas lineares de organização social e do Estado. (MARTÍN, 2005) A modernidade ocidental ascendeu ao centro das atenções a discussão da ciência social, ou melhor, de múltiplas modernidades, eis que não se trata de um fenômeno único. Parte do pressuposto de que a modernidade é necessariamente ligada ao imaginário social em uma dupla imbricação, ou seja, a diversificação de um implica na diversificação do outro.

Assim, para entender as novas formas de vida, bem como de mal-estar decorrente urge entender o imaginário social e a chave hermenêutica reside na ordem moral presente no âmago da modernidade ocidental. A ordem moral, apesar da tônica de afirmação do individualismo, partiu da colaboração recíproca entre seres humanos, porém a ordem do benefício mútuo é um ideal a ser construído. (FEDERICI, 2018) Portanto, imaginário e teoria social são instâncias diferentes, pois a transmutação do segundo no primeiro dá-se ao longo de um processo de transições, compreensões e assimilações da ordem social nas práticas. Processo esse que não é unilateral, pois

quando uma teoria penetra e transforma o imaginário social, as pessoas empreendem, improvisam ou são induzidas a novas práticas. Estas ganham sentido em virtude da nova visão, que começou por ser articulada na teoria; esta visão é o contexto que confere sentido às práticas. (TAYLOR, 2010, p. 37)

As transformações produzidas no imaginário social não são ideias aleatórias com força autônoma, mas pelo contrário, contextualizadas historicamente, no intuito de produzir verdades e reforçar crenças como a igualdade, a liberdade e a meritocracia para manter e justificar a desigualdade inerente ao sistema heteropatriarcal. História essa que registrou a nova consciência do lugar da sociedade na história. Os direitos humanos surgiram na modernidade como resposta às exigências éticas e aos problemas políticos naquela conjuntura espaço-temporal de poder, dominação e exclusão social. (DAVIS, 2020) Nesse contexto, a tradução dos direitos humanos para a estrutura de institucionalização e reconhecimento normativo era necessária, mas representou um esquecimento do caráter sócio-histórico desses

direitos e provocou a intensificação da separação teoria e prática, valorizando-se em demasia as violações e depreciando-se a atenção na efetivação real dos direitos.

O mundo burguês ocidental não cumpriu as promessas e expectativas voltadas para um futuro de redenção. Ao contrário, duas grandes guerras mundiais, a fome, a crise e derrocada do mundo socialista eivado de contradições desde o início, as guerras religiosas e a intolerância, especialmente, de gênero, de sexualidade e de crença levaram a brutalidade ao extremo com repressões, extermínios e exclusões. Todas essas vicissitudes despiram a modernidade do sonho de igualdade e liberdade. (DAVIS, 2020)

Nesse ambiente de crise desponta a Pós-modernidade com o diagnóstico ainda inconcluso, pois ideia recentemente surgida e identificada além do que originariamente se opõe a conceitos dogmáticos estáticos e finalizados não se pode falar em ruptura completa e construção de novo paradigma, eis que a Modernidade não é expulsa do mundo ocidental. Veja-se que a designação *pós* demonstra a carga de insatisfação com os padrões culturais notadamente heteropatriarcais e com os negativos resultados históricos da modernização. Ao mesmo tempo, *pós* significa que os padrões de racionalidade da Modernidade permanecem vigentes, as ideias do Iluminismo permanecem vivas. “Em verdade, o que podemos entender por pós-moderno não significa *transmoderno* nem *antimoderno*; em tese, a questão gira muito mais em torno das formas de resgate das estruturas especificamente modernas.” (DIEHL, 1997, p. 19, grifo no original)

Apesar da névoa em torno da substância da pós-modernidade a expressão sofreu um processo inflacionário, sendo adotada em diferentes versões e quantidade espantosa. No entanto, não representa um corte temporal e material com o moderno e muito menos uma ideia de superação e otimização de conteúdo. No momento, passada a moda intelectual da pós-modernidade busca-se identificar alguns traços característicos para melhor compreender o presente e escapar do vínculo exacerbado com as frustrações do passado e da exagerada esperança no futuro. Concentrando-se os estudos e as análises no solo fértil do tempo presente é possível respeitar e aprender com a história pretérita e construir o futuro concomitantemente. Diante disso é evidente a impossibilidade de afirmar o fim da Modernidade frente à ininterrupta procura pela compreensão do mundo. Veja-se:

A crise e o limite teoricamente insuperável da modernidade é fruto de todo um processo histórico e de convergências de diferentes trajetórias e sequências. De maneira sintética pode dizer-se que no mesmo instante em

que o desenvolvimento capitalista se apropriou das capacidades da modernidade, essas se reduziram a dois de seus grandes instrumentos de racionalização da vida coletiva: a ciência moderna e o direito estatal moderno, que passaram a ser o *alter ego* daquela. (RUBIO, 2010, p. 117, grifo no original)

Na pós-modernidade tem-se a persistência de elementos da modernidade fazendo com que Lapierre questione: qual a ação coletiva, que no século XXI, irá dar sentido as leis e ao poder político? Essa incerteza demonstraria indiferença e desencanto de muitas pessoas em relação à política. Os grandes pensadores e poetas do Renascimento não eram “posmedievais”. Assim, a posmodernidade coincidiria com a crise de sentido nas sociedades atuais. (2003, p. 27)

Embora seja cedo para uma análise definitiva sobre os fundamentos, as orientações e características da pós-modernidade, uma vez que está em curso, é possível destacar a radical transformação na comunicação, bem como a rapidez com que o conhecimento é reformado e, por vezes, substituído. Revolução da informação proporciona um processo de transformações desde o modo de entendimento da sociedade – relações, estrutura e organização. Na sociedade da informação o poder não está na força, mas na aquisição e manuseio de informações, as quais possibilitam tanto influenciar como controlar as atitudes dos cidadãos. (MARTÍN, 2005)

A inovação tecnológica, especialmente a internet, trazem oportunidades e problemas até então desconhecidos. A participação da comunidade nessa nova teia de comunicação é cada vez mais ampla e mais intensa e na mesma proporção se avolumam as incertezas. As inter-relações se veem ameaçadas pelo risco da despersonalização e da retomada do individualismo. “Indiferença é abulia, parasitismo, covardia, não é vida. Por isso odeio os indiferentes. A indiferença é peso morto da história. [...] Odeio os indiferentes também, porque me provocam tédio as suas lamúrias de eternos inocentes.” (GRAMSCI, 2005, p. 45)

As grandes realizações da humanidade geraram esperanças em um futuro de dominação da natureza e da violência, progresso sem limites. As utopias passaram de literatura à ferramenta de controle, dominação e legitimação de condutas desmedidas e não pensadas. Contudo, esse sentimento acrítico e as ações dele decorrentes ao invés de resultarem em uma sociedade harmonizada entre si e com seu entorno, colocou em risco sua própria existência.

Talvez pudéssemos dizer que vivemos um tempo de provocações e de purgação nas modernas filosofias da história. Se, por um lado, a responsabilidade pessoal é exaltada como um bem supremo, por outro, tal noção parece dispensável na estruturação da complexa rede que envolve a

realidade social, gerando profundo sofrimento psíquico na memorização das representações e sentidos do passado. Assim, toda forma de sofrimento teria sua origem na própria realidade e na dificuldade de compreendê-la na sua plenitude, pois somos precários e finitos. (COLUSSI; DIEHL, 2008, p. 12)

Para Warat, as concepções modernas sobre o mundo se modificaram, o paradigma da modernidade se quebrou e com isso a cidadania emergiu no século XXI com outra personalidade. A cidadania emergente não admite mais a compreensão de cidadania como participação indireta na criação das normas jurídicas ocupando o tempo e os esforços com sentimentos e práticas individualistas.

Em nombre de la ciudadanía y de los Derechos Humanos, dos expresiones que reputo equivalentes, el siglo XX mancho de sangre, nos inundo de genocidas e genocídios alternativamente. Em nombre de estas dos expresiones no se consiguió mas que las formas tragicómicas de la emancipación o de la autonomía del hombre comienza a insinuarse una nueva refundación de la visión de mundo que puede acompañar, com sus delires, el siglo que terminamos de inaugurar. A espécie esta buscando reinventar la visión de mundo y los vínculos com el outro pensamos repensar expresiones como ciudadanía y derechos humanos desde um assustador abismo de sentidos. (2005, p. 12)

A sua vez a cidade reinventada nega as forças excludentes da modernidade situadas no feudalismo, na supremacia masculina, na monarquia absoluta, no poder central da Igreja e na formatação do inimigo interno e externo. Além disso, volta-se para circunstancialização dos fenômenos e afasta-se do otimismo na maximização do progresso pelo progresso. (MARTÍN, 2005, p. 47)

As teses pós-modernas se revelam importantes ao acenar que o horizonte da inclusão social e do respeito à diversidade pode despontar de ambientes de crise e num sentido positivo reforçar a ideia de cidadania complexa sempre contextualizada e possuindo como base a sustentabilidade do futuro no presente fundada na responsabilidade social. Despede-se da ideia de construção abstrata de um futuro ótimo e volta-se para a percepção de redução do abismo entre teoria e prática dos direitos humanos. Troca-se o lamento das esperanças frustradas pela atitude no presente com a consciência e a sensibilidade que refletirá necessariamente no futuro.

A METAMORFOSE DO DIREITO PRIVADO E A INTERSECCIONALIDADE COM O DIREITO PÚBLICO

A história do direito privado é marcada por desconstruções constantes, as quais não podem ser descritas a partir da análise de instituições isoladas, mas sim no desenvolvimento das realidades políticas e sociais e das concepções jurídicas e

científico-jurídicas. “[...] a missão cognitiva da história do direito – como a de qualquer outra história – não se fundamenta no material previamente estabelecido dos dados e factos históricos e na sua utilidade para o presente, mas na historicidade da nossa própria existência.” (WIEACKER, 2010, p. 05)

Inicialmente, o direito privado era uma síntese do direito consuetudinário e do direito romano, com predominância deste último, remonta assim a influências do direito romano, germânico e feudal. Nesse meio, o golpe de 18 Brumário é visto como retomada da ordem pelo regime napoleônico e a codificação como estratégia principal na promoção da unidade nacional e no fim das incertezas jurídicas. Porém, no ambiente social os códigos eram vistos como exageradamente tradicionais e insuficientemente revolucionários, pois embora o antigo direito fosse elemento importante o Código não deveria restabelecer a ordem jurídica do regime derrubado. (CAENEGEM, 1999)

Então, para manter o equilíbrio entre as forças vigentes – conservadoras e revolucionárias – a codificação adquiriu o perfil de universalidade e, na medida do possível, procurou catalogar situações consolidadas socialmente ou que fossem relativamente fáceis de aceitação. O espírito presente era conservador, eis que colocava a religião como indispensável, a propriedade privada como direito absoluto, as mulheres em posição de submissão e o privilégio dos empregadores. O espírito conservador recebeu abrigo nos moldes do positivismo, com primazia absoluta do estatuto como fonte de direito. (CAENEGEM, 1999) O direito natural e o Iluminismo impulsionaram a codificação no sentido de ordem, hierarquia e de concentração legislativa no poder central do Estado, no que contraria o costume e a tradição. Essa fase corresponde ao Estado liberal, onde a esfera privada representava um núcleo inviolável e inquestionável, um espaço neutro, de isonomia para o poder heteropatriarcal. (FEDERICI, 2018)

A Revolução Industrial marca o início da modificação na atuação do Estado, uma vez que a produção em larga escala faz surgir o proletariado, camada social de trabalhadores assalariados não proprietários dos bens de produção. A partir de então aparecem os direitos sociais de segunda dimensão que exigem do Estado uma postura positiva de prestação e atendimento, o que principia por normas de caráter social. Nessa fase, o cidadão ignora a maioria das leis, pois devido a sua quantidade o poder normativo é enfraquecido sobretudo pela ideia ingênua de que face a um problema o adequado seria editar uma lei. Com isso o problema persiste e a legislação

é desacreditada e o sistema parece desmontar-se numa profusão de microsistemas levando à saturação do ordenamento. (LORENZETTI, 1998, p. 48)

As transformações da sociedade e conseqüentemente do Estado levaram a descodificação do ordenamento e a ampliação do número de leis especiais. Isso revela a transformação do sujeito abstrato presente na codificação no sujeito individualizado e também fragmentado presente nos microsistemas emergentes. Observe-se:

[...] Embora a ideia dos microsistemas seja datada desde o século passado, sua permanência deve-se às duas grandes concepções que há muito estão enraizadas no ordenamento: a primeira seja, a cultura fortemente positivista que permanece mesmo após a derrubada do Código Civil de 1916 e, depois, com a edição da Constituição de 1988, a segunda concepção, que dela decorre – que é a ideia de uma Constituição Programática. (FONTANA, 2012, p. 103)

Nesse universo de desprestígio das normas gerais e de adequação aos ditames constitucionais importa referir que a Constituição de 1988 não foi promulgada com a intenção de substituir o antigo Código Civil de 1916 e abolir o perfil extremamente privatista e individualista. Ao contrário, destinava-se a necessidade de reconhecimento da axiologia constitucional na inspiração e orientação das relações em sociedade. O Estado assume o caráter solidarista de preservação, proteção e execução dos direitos e garantias fundamentais.

O encanto das propostas elaboradas pelo Estado Social conduziu a uma sobrecarga do legislativo com a elaboração de um extenso rol de direitos garantidos formalmente e sem efetividade social prática. A desilusão provocada fez emergir as características do que se conceituou como Estado democrático de direito, o qual segue a orientação principiológica do modelo anterior, mas volta-se a construção de metodologias próprias para a execução dos direitos previstos, representadas no mais das vezes pelas políticas públicas. No entanto, o universalismo ainda recusa atenção às minorias políticas e a expectativa social cede diante da intensificação da desigualdade e da exclusão. (BIROLI, 2014)

As transformações no Estado constitucional, saindo da matriz liberal, passando pela social e chegando à democrática de direito produziu múltiplas alterações no contexto sociopolítico e jurídico, destacando-se a dignidade humana no centro de radiação de todo o sistema jurídico e, finalmente, o borramento das fronteiras entre o

direito público e o privado, gerando o dúplice fenômeno da publicização do direito privado e da privatização do direito público. (COLLINS, BILGE, 2022)

A intersecção do direito público e do direito privado, se dá pela necessidade de conciliação de paradigmas, valores e objetivos e, sobretudo, pela impossibilidade de separação radical entre ambos quando se fala em proteção. A partir de então se estabelece e se fortalece o chamado paradigma ampliado para apreciação da temática de modo diverso do exposto na fragmentação baseada na rigidez da hierarquia normativa. (BIROLI, 2014) Esse paradigma ampliado surgiu da progressiva privatização do público e vice versa e também da constatação de que a desconexão entre ambos apresenta problemas graves como, as deficiências do direito privado para proteger integralmente a pessoa e o individualismo excessivo como causador de desfavorecimentos aos bens públicos. Veja-se que os bens públicos apontam para uma perspectiva de limites aos direitos individuais, pois a ausência de limites é contraproducente. (DUGUIT, 2007)

A publicização do direito privado não significa somente o acolhimento pela Constituição de conteúdo antes pertencentes ao Código Civil, mas sim o movimento crescente descodificação e pulverização de leis especiais acompanhou o processo de democratização, de desenvolvimento socioeconômico e de ampliação da consciência política e do lugar de fala. Observa-se um processo de abertura de territórios, a criatividade e a inventividade humanas são reconhecidas por meio da concessão de poder, o qual na sociedade ocidental está diretamente relacionado à noção de desenvolvimento, inclusão e exclusão social. Essa perspectiva se ramificou através da colonização e da educação, assumindo a versão da dominação/submissão, quer seja econômica, cultural ou política. (COLLINS, BILGER, 2022)

Observe-se que a capacidade financeira é determinante para a liberdade, no entanto seu alcance é restrito devendo estar acoplada ao acesso ao conhecimento, como revelam Biroli e Miguel (2014) a democracia e o desenvolvimento requerem liberdade da ignorância e liberdade das necessidades. Como revela Boff (2009, p. 21):

Essas visões baseadas na economia passaram a ser questionadas, pois, além da renda per capita, têm importância o padrão e a qualidade de vida, fatores que devem ser analisados também considerando critérios sociais, culturais, políticos e morais. Passou-se a ter uma visão da totalidade das inter-relações existentes na sociedade e entre os países. O desenvolvimento é um processo de transformação global, devendo ser desejado por todos, o que implica mudanças quantitativas e qualitativas da sociedade.

O desenvolvimento, envolvido pelas mutações no contexto mundial, foi se tornando complexo a fim de atender as demandas sociais não admitindo mais apenas uma nuance. Tornou-se multifocal, como a própria pós-modernidade, pois a contemporaneidade associa elementos econômicos, sociais, políticos e jurídicos voltados ao desenvolvimento das capacidades humanas como quer Sen (2000).

Esse mesmo desenvolvimento pode ser um potencializador das liberdades voltando-se para a inclusão social, assim como também pode provocar um efeito devastador no bem estar social da comunidade. Como lembra Baumann (2008, p. 37)

A invasão, a conquista e a colonização da rede de relações pelas visões de mundo e *padrões* comportamentais inspirados e feitos sob medida pelos mercados de produtos, assim como as fontes de ressentimento, dissensão e ocasional resistência às forças de *ocupação*, da mesma forma que a questão dos limites intransponíveis (se existe algum) ao domínio dos ocupantes, transformaram as formas sociais e a cultura da vida contemporânea.

A sociedade baseada na cultura heteropatriarcal se mantém sob a promessa de felicidade na próxima compra. A promessa nunca cumprida, pois a tecnologia avança em passos largos e o mercado é ágil ao buscar o lucro na disponibilização de bens e produtos. Não existe tempo sequer para o regozijo da compra, uma vez que já é tempo de nova compra. Nessa sociedade de consumidores a aquisição de bens é requisito elementar para permeabilidade social e mais importante ainda é o descarte desses bens e com a mesma velocidade se descartam pessoas, sobretudo aquelas que se opõem à opressão, que demandam que buscam visibilidade e reconhecimento.

Nessa ideia de conjunto, história é naturalmente interação e as épocas do direito privado são reflexo das modificações no pensamento e na percepção da cientificidade presente na Europa, representando um complexo de formas sociais anteriores e recentes e o direito se desprende da autoridade anterior passando a ser explicado como produto da vida social. O eurocentrismo, portanto, durante muito tempo serviu de modelo ideal do privado, impondo sua cultura, suas regras, sua maneira de ser e exercer o poder. (DAVIS, 2020) Contudo, a permanência da desigualdade e exponencialização da opressão, fez questionar a meritocracia, a liberdade e a igualdade prometidas e não alcançadas. A abstração, a teoria, os princípios deixaram de ser suficientes e deram lugar a metamorfose do direito privado, fruto da vivência social e do desvelamento das silenciadas(os), apagadas(os) da história eurocentrada fundada em suas bases heteropatriarcais.

DA INTERSECCIONALIDADE DO PÚBLICO-PRIVADO PARA A RESSIGNIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES DE PODER E PROMOÇÃO DA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

A transformação do Estado, como se pode perceber, segue um movimento pendular. Inicialmente liberal, com funções mínimas, restritas à condutas negativas de respeito às liberdades individuais; na sequência torna-se social, com funções voltadas para a promoção dos direitos sociais e na superação das desigualdades; na virada do século XX para o XXI assume a postura neoliberal, abdicando de intervenções diretas na economia, restringindo-se as atividades de regulação e seguindo o movimento de desjuridicização das conquistas sociais; por fim o Estado contemporâneo tem seu perfil desenhado por blocos econômicos e políticos e pela perda de densidade do conceito de soberania face à globalização.

Seguindo a percepção de que a história se constrói em movimentos multifocais e concomitantes, torna-se evidente que as modificações na sociedade e no Estado refletem no universo jurídico, que tende a se adaptar. Assim, como sustenta Barroso (2010) o Estado ainda é a grande instituição, o protagonista. Essa evidência no Estado democrático de direito é baseada na centralidade dos direitos humanos e, portanto, desfaz o antagonismo Estado-sociedade e assim traça os fundamentos da superação direito público-privado. (BIROLI, 2014)

Essa condição é resultado de um processo de construção histórica e assimilação da pluralidade e da multidimensionalidade, características da pós-modernidade, pelo direito. Por essas razões não se sustenta mais paradigma tradicional exposto no princípio da supremacia do direito público sobre o privado. A relação não é de superioridade/verticalidade, mas de centralidade do interesse público que deverá ser revelada em cada caso concreto e não *a priori*. Caso contrário, ter-se-ia um desequilíbrio das relações sempre em favor do Estado e com isso minando a ótica atual da intersecção.

É preciso recontextualizar o princípio para harmonizá-lo com os direitos humanos e com os valores orientadores do Estado democrático de direito. Isso sem confundir a intersecção público privado com o tratamento da coisa pública como se privada fosse, desrespeitando suas características essenciais e princípios orientadores. O caminho a percorrer passa, inevitavelmente, pelo reconhecimento de

que os conceitos de público e privado são imersos na cultura e em recorte de tempo e espaço. Assim, as fronteiras de separação são móveis e instáveis. Apesar da crise enfrentada pela visão separatista e das contundentes e justificadas argumentações em favor da interligação, a divisão permanece arraigada no pensamento jurídico contemporâneo.

A interseccionalidade leva ao reposicionamento do direito privado no sentido de valorizar sua essência, qual seja, a pessoa humana, mas despida da universalidade generalizante e de apagamento das diferenças. A plenitude constitucional apenas se configurará quando da superação da dicotomia público-privado, face ao reconhecimento da superposição de objetos e de objetivos. Na Constituição “a igualdade não é só um limite, mas antes uma meta a ser perseguida, justificadora de enérgicas políticas públicas de cunho redistributivo, que podem gerar forte impacto sobre os direitos patrimoniais dos particulares.” (SARMENTO, 2010, p. 64)

Não se coaduna com a noção formal de igualdade jurídica, onde o direito não poderia ter qualquer pretensão redistributiva de indução e controle sobre as atitudes privadas. Essa harmonização e a consideração da insuficiência da igualdade formal levam a justificação da adoção de valores e princípios constitucionais, na orientação da transferência

A atmosfera de autoridade absoluta do heterocapitalismo maximizou o costume de colonizar e coisificar a experiência, tratando o outro, seja ele humano, vegetal ou animal como objeto a serviço da ciência, sem cogitar as consequências. Trata-se de comportamento de imperialização sobre os demais cidadãos e sobre a natureza em flagrante desrespeito ao ser e ao entorno em manobras que olvidaram que “existir é coexistir” (PERLINGIERI, 2008, p. 170)

O fenômeno constitucional de irradiação dos seus efeitos evitando a rigidez positivista de clausura do direito privado nas suas próprias regras, traz consigo a percepção de relativização dos direitos individuais em razão dos princípios e direitos fundamentais, dentre eles a função social. Abala-se um dos vértices do direito privado objetivando a sua harmonização com as questões coletivas.

Essa consciência propicia a reflexão crítica acerca dos benefícios, do grau de necessidade e ainda dos riscos de violação aos valores constitucionais já

consagrados, servindo de alerta para a emergência de se estabelecer um denominador comum para a articulação de medidas de proteção. Assim,

[...] mesmo a [sic] frente de tantas dúvidas, inclusive, quanto a uma possível desconfiguração do direito privado pela sua vinculação aos direitos sociais, o atual quadro de crise na esfera social não permite confinar a vinculação dos direitos fundamentais sociais, exclusivamente aos poderes públicos. Não se pode isentar esferas importantes da sociedade, como empresas, as associações, a família, entre muitas outras da busca por uma sociedade mais igual e mais humanizada. Assim, é necessário, mais do que nunca, promover a aplicação cada vez maior de princípios como o da solidariedade e da justiça social, de tamanha importância no âmbito da Constituição de 1988 [...] (PIRES; REIS, 2012, p. 100)

No contexto complexo da modernidade de articulação mista ou da pós-modernidade, novas formas de coordenação das relações sociais são demandadas, haja vista o manancial de heterogeneidades. No ambiente plural é imprescindível lidar adequadamente com os encaixes, desencaixes e reencaixes, os quais se não tratados participativamente levarão à fragmentação e à exclusão.

A solidariedade se mostra necessária frente à superação do Estado como “órgão do pensamento social” (DOMINGUES, 2002, p. 177) e a abertura do sistema para a flexibilidade e reflexividade. Mais do que abstração do imaginário social a solidariedade é a recriação da sociabilidade e exige corpo institucional para que adquira efetividade.

O Estado continuaria um parceiro importante, sem doravante ofuscar a sociedade: mais visibilidade social seria atingida, conflitos sociais e identidades seriam desbloqueados; espaços sociais congelados descongelariam e à democracia seria permitido florescer. A autogestão, que um dia ele pôs como uma alternativa socialista (que não está em pauta, contudo), possibilitaria de resto um novo compromisso socialdemocrata. (DOMINGUES, 2002, p. 222)

A interseccionalidade, proposta como núcleo de radiação dos valores constitucionais observa a pós-modernidade como um tempo-espço de complexidade e realidade sistêmica. Parte da concepção complexa do sujeito e prega pela reforma do pensamento destinada a assimilar a complexidade das pessoas e de todas as coisas, inclusive do ordenamento jurídico. Desconstrói o método da fragmentação, enumeração e redução, o qual pretendia a separação do direito público do direito privado e não atendia a demanda multidimensional das coisas da vida.

CONCLUSÃO

A proposta iluminista de adotar a força da razão para superar superstição, o dogmatismo, a desigualdade social e econômica além de não cumprida se tornou a ferramenta intelectual do desenvolvimento, gerando novos mecanismos de dominação. A proposta de racionalidade pura serviu para legitimar condutas e discursos baseados na opressão e exclusão social, bem como de hipervalorização da ciência sem limites, do progresso pelo progresso. Todavia, essa postura que previa o crescimento econômico como propulsor do desenvolvimento social e da felicidade se mostrou equivocada e instaurada a crise decorrente das barbáries da modernidade emerge o que se denomina de pós-modernidade.

A pós-modernidade, carece de diagnóstico preciso, mas traz um aspecto positivo no sentido de não se orientar para inventar e reinventar elementos estruturantes, em eterno retorno intelectual. Ao contrário, aproveita os elementos desenvolvidos na modernidade em perspectiva de processo de evolução e não ruptura e novo recomeço. Não é possível falar no fim dos modernos, pois permanece a busca pela compreensão do mundo, mas a proposta reside na união entre teoria e prática com a elaboração de metodologias próprias para a execução dos direitos fundamentais. Melhor dizendo, considera os resultados de estudos críticos e revisão teórica, mas evidencia a realidade contextual e contingente, sobretudo nos aspectos de borramento de fronteiras como é o caso do direito público e privado.

A superação da dicotomia entre direito público e privado é decorrente da perspectiva contingencial e contextualizada de mundo, onde a estrutura jurídica é correspondente às modificações na sociedade. As teses da modernidade foram se alterando dando lugar à pós-modernidade. Esse processo de mutação foi acompanhado pelo direito privado, que saindo de um universo individualista chega ao espaço da coexistência, com toda carga teórica dos direitos humanos a respeitar.

A Constituição diante de sua força normativa assume a centralidade do sistema e dela irradiam valores que atingem todo o movimento de construção e interpretação de leis no país. A força vinculante da Constituição se faz presente em todos os aspectos das relações da vida.

Nesse espaço de interseccionalidade público-privado a importância da dimensão jurídico-positivista com tribunais para buscar e denunciar e Estados democráticos de direito para proteger os direitos fundamentais não é depreciada, entretanto superdimensionar essas instâncias de proteção no âmbito pós-violação somente, significa acomodar o pensamento. Se impõe a necessidade de reforma do

pensamento e dos imaginários sociais a fim de não ignorar a dimensão pré-violatória, ou seja, aquela de construção sócio-histórica. Não se trata de filiação às utopias ou distopias, mas reconhecer as mutações sociais e a necessidade de proteção e garantias jurídicas, de uma nova ética baseada no respeito à diferença como elementos central da igualdade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel. (org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de Supremacia do Interesse Público*. 3 Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BAUMAN, Zigmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BOFF, Salete Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: Imed, 2009.

CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. *Interseccionalidade*. Tradução: Rane Souza. São Paulo: Boitempo, 2022.

COLUSSI, Eliane Lucia; DIEHL, Astor Antônio. *Cultura e pedagogia da violência: o caso dos Vargas*. Passo Fundo: Ediupf, 2008.

DAVIS, Angela. *Mulheres, cultura e política*. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2018.

DIEHL, Astor Antônio. *Vinho velho em pipa nova: o pós-moderno e o fim da história*. Passo Fundo: Ediupf, 1997.

DOMINGUES, José Maurício. *Interpretando a modernidade: imaginário e instituições*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Tradução de Adolfo Posada, Ramón Jaén e Carlos G. Posada. Granada: Comares. 2007.

FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa: Mulheres, corpo e acumulação primitiva*. Tradução Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2020.

FONTANA, Eliane. A constitucionalização do direito privado e os microssistemas jurídicos pós-constituição de 1988: considerações à luz da ordem constitucional contemporânea. In: REIS, Jorge Renato dos; CERQUEIRA, Kátia Leão. (orgs.)

Intersecções jurídicas entre o público e privado: uma abordagem principiológica constitucional. Salvador: Edufba, 2012.

GRAMSCI, Antonio. *A cidade futura.* Tradução de José Alberto Molinari. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LAPIERRE, Jean-William. *Qué es ser ciudadano?* Traducción de Sofia Vidaurrazaga Zimmermann. Madrid: Biblioteca Nueva, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito privado na história: lições introdutórias.* São Paulo: Max Limonad. 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado.* Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT. 1998.

MARTÍN, Núria Belloso. *Os novos desafios da cidadania.* Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e política.* São Paulo: Boitempo, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.* Traduzido por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. Direitos fundamentais sociais: uma análise sobre a possível incidência nas relações entre particulares. In: REIS, Jorge Renato dos; CERQUEIRA, Kátia Leão. (orgs.) *Intersecções jurídicas entre o público e privado: uma abordagem principiológica constitucional.* Salvador: Edufba, 2012.

RUBIO, David Sánchez. *Fazendo e desfazendo direitos humanos.* Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: Edunisc. 2010.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional.* 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade.* Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TAYLOR, Charles. *Imaginários sociais modernos.* Tradução de Arthur Morão. Lisboa: texto e Grafia, 2010.

WARAT, Luiz Alberto. Prefácio. In: MARTÍN, Núria Belloso. *Os novos desafios da cidadania.* Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno.* Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2010.