



**ANAIS** TRABALHOS COMPLETOS  
**IX CONGRESSO DA ABRASD**  
(HOMENAGEM A JOSÉ EDUARDO FARIA)



**SOCIEDADES PÓS-CONSTITUCIONAIS:  
A SOCIOLOGIA DO DIREITO APÓS  
30 ANOS DE CONSTITUIÇÃO CIDADÃ**



ISSN 2358-4270



ISSN 2358-4270

**ANAIS** TRABALHOS COMPLETOS  
**IX CONGRESSO DA ABRASD**  
(HOMENAGEM A JOSÉ EDUARDO FARIA)

**SOCIEDADES PÓS-CONSTITUCIONAIS:  
A SOCIOLOGIA DO DIREITO APÓS  
30 ANOS DE CONSTITUIÇÃO CIDADÃ**

**SÃO PAULO · USP  
2018**



ISSN 2358-4270

## **Anais do IX Congresso da ABraSD: trabalhos completos**

Sociedades Pós-Constitucionais: a sociologia do direito após 30 anos de constituição cidadã  
(homenagem a José Eduardo Faria)

### **Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito**

#### **DIRETORIA (BIÊNIO 2018-2019)**

##### **Diretores**

Presidente: Fernando Rister de Sousa Lima (MACKENZIE-SP) • 1º Vice-Presidente: Guilherme de Azevedo (UNISINOS-RS) • 2º Vice-Presidente: José Rodrigo Rodriguez (UNISINOS-RS)

##### **Conselho Deliberativo**

Fernanda Busanello Ferreira (UFG) • Igor Suzano Machado (UFES) • Marília Montenegro (UFPE/UNICAP) • Olga Krel (UFAL) • Virgínia Leal (UFPE)

##### **Conselho Fiscal**

David Oliveira (UFC) • Marcelo Pereira de Mello (UFF-RJ) • José Antônio Callegari (UFF)

#### **COMISSÃO ORGANIZADORA**

Celso Fernandes Campilongo (USP) • José Reinaldo de Lima Lopes (USP) • Fernando Rister de Sousa Lima (Mackenzie-SP) • Orlando Villas Bôas Filho (USP/Mackenzie-SP)

##### **Comissão Executiva**

Lucas Fucci Amato (USP/ IDP) • Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros (USP/ UNIP)

##### **Comissão Científica**

Ana Cláudia Torrezan Andreucci (Mackenzie-SP) • Antonio Callegari (UFF) • Alessandra de Lucca (Universidade de Firenze) • Artur Stamford da Silva (UFPE) • David Oliveira (UFC) • Fernanda Busanello (UFG) • Fernanda Rosenblatt (UNICAP) • Fernando Rister de Sousa Lima (Mackenzie-SP) • Germano Schwartz (UNILASSALE) • Guilherme de Azevedo (UNISINOS) • Igor Suzano Machado (UFV) • João Paulo Allain Teixeira (UFPE/UNICAP) • José Roberto Xavier (UFRJ) • José Rodrigo Rodriguez (UNISINOS) • Kathya Araujo (Universidad de Santiago de Chile) • Leonel Severo Rocha (UNISINOS) • Marcelo Mello (UFF) • Marília Montenegro (UFPE/UNICAP) • Olga Jubert Krell (UFAL) • Orlando Villas Bôas Filho (USP/Mackenzie-SP) • Rafael Lazzarotto Simioni (FDSM) • Rebecca Sandefur (Universidade de Illinois) • Sandra Regina Martini (UNIRITTER) • Susana Henriques da Costa (USP) • Virgínia Leal (UFPE)

##### **Apoio Acadêmico**

PPGD USP: Daniel Murata • Gustavo Angelelli • Fernando Bezzi • Gabriel Ferreira Fonseca

FD USP (PET Sociologia Jurídica): Hector Augusto Berti Corrêa • Leticia Carvalho • Flavia Parra Cano • Marcella Gomes Puppio • Iasmine Lima Favaro • Lígia Fiani Bariani • Guilherme Novo

#### **EDITORAÇÃO**

##### **Diagramação**

Carolina Leal Pires (UNIBRA)

##### **Normatização e revisão**

Os autores

#### **REALIZAÇÃO**



#### **PATROCÍNIO**



#### **APOIO**



# SUMÁRIO

- 07 CONFERÊNCIA MAGISTRAL**  
José Eduardo Faria (USP/ FGV)  
Homenageado do IX Congresso da ABraSD
- 18 GP1 – DIREITO, PLURALISMO E SOCIOLOGIA DO CONSTITUCIONALISMO**  
Coordenação:  
Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira (UNICAP/UFPE)  
Profa. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (FMP-RS/FURG-RS)
- 53 GP2 – NOVAS PERSPECTIVAS PARA A TEORIA DOS SISTEMAS: TEORIA CRÍTICA E ORGANIZAÇÕES**  
Coordenação:  
Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho (PUC-SP)  
Prof. Dr. Marco Aurélio Florêncio Filho (UPM)  
Prof. Dr. Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros (UNIP/USP)  
Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni (FDSM)  
Prof. Dr. Lucas Fucci Amato (IDP/USP)
- 187 GP3 – DIREITO, RACISMO E DESIGUALDADES SOCIAIS**  
Coordenação:  
Prof. Dr. André Augusto Brandão (UFF)  
Prof. Dr. Carlos Alberto Lima de Almeida (UES)  
Profa. Kelly Gianezini (UNESC)
- 261 GP4 – DIREITO E INCLUSÃO SOCIAL**  
Coordenação:  
Profa. Dra. Andréia Garcia Martin (UEMG)  
Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak (UENP)  
Profa. Dra. Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla (ANHANGUERA)
- 369 GP5 – GÊNERO, SEXUALIDADE, CRIME E VIOLÊNCIA**  
Coordenação:  
Profa. Dra. Marília Montenegro Pessoa de Mello (UNICAP/UFPE)  
Prof. Dr. Roberto Efrem Filho (UFPB)
- 450 GP6 – DIREITO E A ECONOMIA DA IMIGRAÇÃO**  
Coordenação:  
Prof. Dr. Marcelo Pereira de Mello (UFF)  
Prof. Dr. Cícero Luz (FDSM)  
Prof. Me. Igor Pinho dos Santos (UFF)
- 505 GP7 – LINGUAGEM E DIREITO**  
Coordenação:  
Profa. Dra. Virgínia Leal (UFPE)  
Prof. Dr. Antonio Callegari (UFF)
- 552 GP8 – BIOPODER, VIOLÊNCIA E DIREITOS HUMANOS**  
Coordenação:  
Profa. Dra. Camila Holanda Marinho (UECE)  
Prof. Dr. David Oliveira (UFC)

- 607 GP9 – SOCIOLOGIA DA INFÂNCIA**  
Coordenação:  
Profa. Dra. Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci (UPM/USJT)  
Profa. Dra. Michelle Asato Junqueira (UPM)
- 630 GP10 – TEORIA E PESQUISA SOCIOLÓGICA DO DIREITO**  
Coordenação:  
Prof. Dr. Igor Suzano Machado (UFES)  
Profa. Dra. Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro (UFMG)
- 719 GP11 – DIREITOS HUMANOS, SAÚDE E SOCIOLOGIA: QUAIS AS TEORIAS APLICADAS PARA A CONTEMPORANEIDADE?**  
Coordenação:  
Profa. Dra. Sandra Regina Martini (UniRitter)  
Profa. Dra. Vladia Soares (UFMG)  
Prof. Dr. Matteo Finco (UniRitter)
- 736 GP12 – SOCIOLOGIA DO PROCESSO E DA ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS**  
Coordenação:  
Prof. Dr. Paulo Eduardo Alves da Silva (FDRP/USP)  
Prof. Dr. Pedro Heitor Barros Geraldo (UFF)
- 789 GP13 – DIREITO E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL A PARTIR DE UM TEORIA CONSTITUCIONAL FEMINISTA**  
Coordenação:  
Profa. Dra. Fabiana Cristina Severi (FDRP-USP)  
Profa. Dra. Élide Lauris (Universidade de Coimbra)
- 800 GP14 – METODOLOGIA DA PESQUISA E DO ENSINO DA SOCIOLOGIA JURÍDICA**  
Coordenação:  
Profa. Dra. Bárbara Silva Costa (Unisinos)  
Profa. Dra. Aleteia Hummes Thaines (Unosociesc)  
Prof. Dr. Gessé Marques Jr. (Unimep)  
Profa. Dra. Fernanda Busanello Ferreira (UFG)  
Prof. Dr. Fernando Rister de Sousa Lima (UPM)
- 828 GP15 – JUDICIALIZAÇÃO, CRISES E REFORMAS**  
Coordenação:  
Profa. Dra. Flávia Santiago Lima (UFPE/UNICAP/UPE)  
Prof. Dr. Jairo Lima (USP)  
Prof. Dr. João Andrade Neto (PUC Minas/Faculdade Padre Arnaldo Janssen)  
Profa. Dra. Vanice Regina Lírio Valle (UNESA)
- 882 GP16 – ANÁLISE SOCIOJURÍDICA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
Coordenação:  
Prof. Dr. Elflay Miranda (UEM-PR)  
Prof. Dr. Leonel Pires (UniLaSalle)
- 925 GP17 – SOCIOLOGIA JURÍDICA DA TRANSNACIONALIZAÇÃO**  
Coordenação:  
Prof. Dr. Pablo Holmes (IPOL/UnB)  
Prof. Dr. Maurício Palma (FD/UnB)  
Prof. Dr. Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho (UCSal)

- 998 GP18 – INCLUSÃO/EXCLUSÃO, ORGANIZAÇÕES E POLÍTICAS PÚBLICAS**  
Coordenação:  
Prof. Dr. Artur Stamford da Silva (UFPE/PE)  
Prof. Dr. Guilherme de Azevedo (UNISINOS/RS)  
Prof. Dr. Roberto Dutra Torres Junior (UENF/RJ)
- 1025 GP19 – PESQUISAS SÓCIO-HISTÓRICAS EM SABERES E PRÁTICAS DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL**  
Coordenação:  
Profa. Dra. Camila Cardoso de Mello Prando (UnB)  
Profa. Dra. Manuela Abath Valença (UFP/UCP)
- 1026 GP20 – CRÍTICA DO DIREITO: TEORIA, SOCIOLOGIA, DOGMÁTICA E PESQUISA**  
Coordenação:  
Prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez (UNISINOS/RS)  
Prof. Dr. Marcus Dantas (UFJF/MG)  
Prof. Dr. Andre Luiz Coelho (UFRJ/RJ)  
Prof. Dr. Davi Silva (FACI/PA)
- 1102 GP21 – A (DES)CONSTITUIÇÃO DE GÊNERO NO PÓS-88**  
Coordenação:  
Prof. Dr. Lúcio José Dutra Lord (UNEMAT)  
Profa. Dra. Luísa Helena Marques de Fazio (UNIP)  
Prof. Dr. Plínio Antônio Britto Gentil (PUC-SP/UNIP)  
Profa. Dra. Priscila Silveira Duarte Pasqual (UNIP)
- 1198 GP22 – PROPRIEDADES EM TRANSFORMAÇÃO**  
Coordenação:  
Prof. Dr. Iagê Z. Miola (UNIFESP)  
Prof. Dr. Diogo R. Coutinho (USP)



# CONFERÊNCIA

## MAGISTRAL

José Eduardo Faria  
(USP/ FGV)

Homenageado do IX Congresso da ABraSD

*José Eduardo Faria*  
(USP / FGV)

Homenageado do IX Congresso da ABraSD

**RESUMO:** Neste texto, base de sua conferência magistral no IX Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABraSD), o homenageado da edição, José Eduardo Faria, reflete sobre a formação do campo e propõe sua agenda futura.

**Palavras-chave:** Sociologia do direito. Pesquisa em direito. Ensino jurídico.

Agradeço, sensibilizado, a homenagem que me é prestada pela Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABraSD)<sup>1</sup>.

Nestes tempos de instabilidade, desorientação, indignação e ressurgimento de formas explícitas ou difusas de fascismo e autoritarismo, em que a democracia parece revelar-se como um sistema cujas instituições e valores não conseguem absorver a insegurança e garantir a estabilidade, o mundo jurídico está marcado pela erosão de seus modelos cognitivos, vários dos quais foram forjados no século 19. Com sua força heurística e classificatória, os modelos cognitivos tradicionais operavam como mapas, ou seja, como mecanismos de redução da complexidade. Ajudavam a delimitar espaços. A estabelecer hierarquias. A definir limites e a sinalizar metas.

Com o fim da era da sociedade delimitada territorialmente e integrada politicamente e com o surgimento de redes internacionais de atividades, conhecimento e poder, na esteira do processo disruptivo das novas tecnologias de comunicação e do desenvolvimento de plataformas digitais, aumentou a circulação de ideias, mercadorias e capitais, deflagrando grandes transformações sociais, econômicas e políticas. Entre outras consequências, essas transformações levaram os poderes hierarquizados e soberanias absolutas a ceder lugar a sociedades mais horizontais, pluralistas e multiculturais. E, com isso, política se deslocou da autoridade direta para a conexão comunicativa entre diferentes atores e organizações, da hierarquia para a heterarquia, da heteronomia para a autonomia.

Por essas razões, vivemos hoje um período marcado pela tensão entre inovações técnicas e científicas e analfabetismo de valores cívicos. Vivemos em contextos em que as referências tradicionais entraram em colapso; em que não conseguimos mais compreender o sujeito e o mundo como realidades dadas e como processo; em que as instituições estatais e sociais atravessam uma profunda crise de autoridade, de identidade política e de sobrecarga sistêmica;

---

<sup>1</sup> Ver vídeo completo da conferência e homenagem no link: <https://www.youtube.com/watch?v=6wSCKi1XK6A> Na ocasião, foi lançado o livro: FARIA, José Eduardo. **Baú de ossos de um sociólogo do direito**. Curitiba: Juruá, 2018.



em que o aumento do conhecimento científico e do saber técnico tem, como desdobramento paradoxal, o aumento da insegurança, do medo e das contingências sociais.

Nesse cenário, as teorias do direito tradicionais perderam a capacidade de responder algumas questões fundamentais. Entre essas questões, destaco seis: (a) como justificar a violência em casos de necessidade e como definir a agressão injusta? (b) como avaliar as consequências de acontecimentos sem modelos cognitivos que nos ajudem a entendê-los? (c) como interpretar acontecimentos que provocam rupturas, bifurcações e perturbações na ordem vigente? (d) num contexto de descontinuidades, incertezas e instabilidade, de que modo lidar com mudanças intensas e radicais se nossos esquemas cognitivos no direito foram concebidos para tempos “normais”, ou seja, de estabilidade e continuidade? (e) como lidar com as mudanças nas relações entre tempo e espaço em períodos de erosão da política, de emergência de diferentes temporalidades? (f) se os direitos de que alguns desfrutam não se generalizam para todos, não estamos então falando de privilégios – e não de direitos?

Como não há respostas consistentes e coerentes a essas indagações, mas somente respostas *anômalas*, no sentido que Thomas Kuhn dá ao termo, o direito e as teorias jurídicas do século 20 passam do status de ciência condutora – que catalisa o alargamento das fronteiras do conhecimento em suas diferentes áreas – para o de ciência conduzida, aquela que não consegue renovar-se nos planos teórico e metodológico.

A sociologia do direito surgiu marcada pela confrontação com a ciência do direito, mais precisamente, como reação ao formalismo, ao legalismo e ao dogmatismo dominantes no século 20. Em sua origem, a sociologia do direito é antiformalista, interdisciplinar e sensível à perspectiva socioeconômica e sociocultural do direito. Reivindicando sua autonomia epistemológica e seu estatuto científico e acadêmico, a sociologia do direito priorizou a questão das correspondências entre as sociedades e seus sistemas jurídicos. Marx, com sua abordagem dialética, descreveu o direito como instrumento de dominação da burguesia e poder monárquico. Durkheim, com seu método funcionalista, enfatizou as correlações entre formas de solidariedade (mecânica/orgânica) e as formas de direito (penal/cooperativo). E Weber, com sua sociologia compreensiva, apontou os processos de organização do conhecimento de tipo secular, de racionalização formal e de burocratização após o Renascimento, enfatizando, como consequência, a juridificação da sociedade moderna.

Esses três autores são decisivos na formação da sociologia do direito. Nas suas vertentes originárias, a da Jurisprudência de Interesses e a do movimento do Direito Livre, o que então se valoriza é uma maior flexibilidade nos mecanismos de funcionamento dos sistemas jurídicos. O

que se tem a partir daí são reflexões e análises sensíveis (a) a uma concepção pluralista de direito e de suas fontes de produção; (b) a uma concepção sociológica de ciência do direito e a uma recusa da lógica dedutiva e das metodologias descritivo-positivistas; (c) a uma aproximação com o realismo americano e escandinavo; e (d) à crítica das construções formais e à resposta à tese kelseniana de que a sociologia do direito, por ter caráter instrumental, seria uma ciência menor.

Quatro são os denominadores comuns dessas reflexões e análises: (a) a tensão entre a perspectiva interna e a perspectiva externa do direito, isto é, a tensão entre uma sociologia do direito dos juristas e uma sociologia do direito dos sociólogos; (b) a questionável autodefinição do sociólogo do direito como observador objetivo, que somente descreve os fatos; (c) o dogma da radical separação entre o âmbito do ser e o âmbito do dever ser, com a subsequente crítica dos juristas aos sociólogos, por limitarem seu olhar somente à facticidade; e (d) a negação à sociologia do direito da possibilidade de formalizar seu objeto de conhecimento, o que a tornaria uma ciência auxiliar da ciência do direito.

No período de sua afirmação e institucionalização, a sociologia do direito enfatiza as dimensões epistemológicas, históricas, teóricas e sistemáticas da reflexão jurídica. Ao descortinar novos horizontes para a reflexão teórica e a interpretação da realidade social, ela se concentra em novos objetos e temas, tais como eficácia do direito, democratização no acesso ao Judiciário, luta por novos direitos e identificação das tensões estruturais nas relações entre direito e economia, entre direito e planejamento e direito e finanças públicas, com forte influência de autores funcionalistas forjados na tradição de Weber e Parsons (D. Easton, G. Almond, R. Packenham) e autores neokeynesianos e keynesianos críticos (G. Myrdal, R. Prebisch e J. Robinson, por exemplo).

Os riscos sofridos pela sociologia do direito nesse período, e que ela teve dificuldades para afastar em certo momento, foram: (a) o excesso de abertura à interdisciplinaridade pode desfigurar a sociologia do direito como disciplina epistemologicamente autônoma; (b) em princípio, o trabalho interdisciplinar é efêmero, uma vez que depende da existência de pessoas formadas em disciplinas bem definidas que, em determinados momentos, buscam formas de conhecimento e cooperação com pessoas de outra área; (c) o foco excessivo na empiria desprezaria a evidência de que os fatos do direito não se apresentam de forma bruta, na realidade socioeconômica; são fatos “construídos” mediante um processo de interações entre o objeto do conhecimento e o sujeito cognoscente, em que o caráter jurídico da facticidade do direito não pode ser visto exclusivamente em termos de ação social e organização social.

Nos anos 60/70, quando surgem e se expandem movimentos como *Law and Development*, *Law and Society*, *Law and Economics* e os *Critical Legal Studies*, a sociologia do direito tem como

contraponto a guerra fria, o conflito no Vietnã, a rebelião estudantil de maio de 68 e a emergência das ditaduras latino-americanas, o que leva uma sociologia do direito avaliativa, acrítica e descritiva a ceder vez para uma sociologia do direito vista como sociologia da contestação. Já nos anos 70/80, a sociologia do direito tem como contraponto a transição do autoritarismo para a democracia na América Latina, da social democracia para o liberalismo nos EUA e Europa e da ideia de planejamento como mecanismo de construção do futuro para políticas pró-mercado, formuladas com base na premissa de que os indivíduos são atores racionais que maximizam seus interesses próprios a partir de cálculos estratégicos. Isso pode ser visto, com clareza, nas discussões relativas à ideia de legitimidade, bem sistematizadas pelos tradicionais *Archives de Philosophie du Droit*, e que se desdobram em quatro direções:

- a) definição das regras do jogo como *legitimidade a priori*, fundindo-se assim os conceitos de legalidade e legitimidade (herança kelseniana);
- b) a ideia de *legitimação pelo procedimento*: regras e decisões podem tornar-se aceitáveis para os interessados desde que sua elaboração se faça através de um processo formalizado; procedimentos são visos como mecanismo de simplificação e redução de incertezas (herança luhmanniana);
- c) a vinculação da ideia de *legitimidade a processos crítico-deliberativos*: não é só o formalismo dos procedimentos que conforma a legitimidade de uma regra, mas, isto sim, o fato desse procedimento ser permeável a discursos morais e depender da participação dos interessados e da igualdade de posição dos locutores no debate público (herança habermasiana);
- d) *legitimação pelos resultados*: ideia fortemente explorada pelos governos autoritários latino-americanos nas décadas de 1960 e 1970 (herança de Carl Schmitt).

Essa sociologia do direito crítica é fortemente expandida nos anos 80/90 com base em autores de origens e tendência distintas, como Michel Foucault, Pierre Bourdieu, Luís Alberto Warat, Duncan Kennedy, David Trubek, Mark Tushnet e outros, abrindo caminho para o interacionismo simbólico, para a fenomenologia, para epistemologias construtivistas e compreensivas e para a análise de sistemas, primeiramente, e para movimentos como *Legal Consciousness Studies*, *Critical Race Theory* e *Legal Feminism*, num segundo momento. Naquelas décadas, partia-se da ideia de que, mesmo nos chamados casos fáceis, a interpretação jurídica estava marcada por tensões entre valores opostos que não podiam ser equacionados de modo coerente pelo sistema jurídico. Enfatizavam-se reflexões que identificassem as contradições

internas do pensamento jurídico e a transformação progressista da sociedade a partir de concepções políticas à esquerda.

A desconstrução da cultura jurídica oficial era uma das palavras de ordem à época, sob a justificativa de que ela bloqueava as possibilidades de formular visões alternativas do direito, ao mesmo tempo em que superestimava uma solidez que as instituições jurídicas não tinham no mundo real. Entre nós, na América Latina, os debates foram travados com base em três pensadores seminais – Michel Foucault, Pierre Bourdieu e Luís Alberto Warat. Do primeiro, valorizava-se a ideia de que

o grande jogo da história será de quem se apoderar das regras, de quem tomar o lugar daqueles que as utilizam, de quem se disfarçar para pervertê-lo, utilizá-las ao inverso e voltá-las contra aqueles que as tinham imposto; de quem, introduzindo-se no aparelho complexo, o fizer funcionar de tal modo que os dominadores se encontrarão dominados por suas próprias regras. (Da *Microfísica do poder*)

De Bourdieu, valorizava-se a noção de violência simbólica. O direito, dizia ele, resulta de relações de força entre os próprios juristas (ou seja, entre os teóricos e os profissionais da prática jurídica), assim como entre os juristas e seus mandatários (ou seja, entre aqueles que oferecem proteção jurídica e aqueles que precisam dela). Os juristas teóricos tendem a ver o direito como um sistema coerente e a fechá-lo em um racionalismo lógico-formal rígido, enquanto os praticantes do direito se orientam pela casuística de situações particulares concretas, renovando o sistema e o adaptando à realidade. Os juristas são responsáveis pela codificação, que cria efeitos de racionalização e universalização, o que faz com que o direito ganhe sua força específica – a violência simbólica. A universalização é um dos fatores mais poderosos da dominação simbólica, ou seja, da imposição da legitimidade de uma ordem social que informa a prática dos agentes. Os juristas são, assim, os guardiões da hipocrisia coletiva. Detêm uma força extremamente grande, mas estão presos no seu próprio jogo.

Por fim, Warat encantava minha geração com suas ambiciosas propostas de (a) rever o conceito tradicional da ciência do direito, demonstrando como a partir de um discurso organizado em nome da verdade e da objetividade desvirtuam-se os conflitos sociopolíticos, que se apresentam como relações individuais harmonizáveis pelo direito; (b) questionar as concepções jurisdicistas sobre a lei e a coerção, através das quais são apresentadas as formas jurídicas e estatais como instrumentos de caráter técnico; (c) negar a visão reducionista que apreende o direito como discurso punitivo, moralmente comandado, negligenciando assim a explicação de como as formas jurídicas influenciam na organização de um determinado tipo de relações de produção econômicas, políticas e ideológicas; (d) inverter a razão jurídica dominante, que

estabelece uma análise jurdica e não política do Estado, a fim de que possamos nos situar, substitutivamente, frente a um discurso que pretende falar politicamente o direito; (e) criar uma consciência participativa que permita aos diferentes juristas engajarem-se nos múltiplos processos decisórios, como fatores de intermediação das demandas da sociedade e não como agentes do Estado. O que Warat estimulava, em suma, é uma reflexão sobre as condições para uma nova relação entre técnica jurídica e prática política.

Esses três autores, contudo, aos poucos perderam espaço no proscênio das discussões jus-sociológicas nas décadas seguintes. Nos anos 90/2000, o que se tem é o progressivo declínio da temática por eles privilegiada, como decorrência da internacionalização econômica, da crescente porosidade entre Estados nacionais e espaços internacionais, da aceleração do processo schumpeteriano de destruição criadora, da reestruturação produtiva da economia capitalista do pós-guerra e das transformações da ideia de estatalidade nas democracias representativas, o que levou a novas fontes de informação, a novas especializações, a uma maior diferenciação funcional e a novas estruturas de poder econômico e político em diferentes escalas – do local ao global.

O que se tem a partir daí é o esgotamento da hierarquia como princípio ordenador da política, com a transterritorialização dos mercados e o advento das novas tecnologias de comunicação. O que também se tem é a sobreposição da ideia de governabilidade à ideia de legitimidade; o que se tem, ainda, é a substituição de uma agenda que conjugava crescimento com pleno emprego e inclusão social por uma agenda exclusivamente economicista, que prioriza o princípio da responsabilidade fiscal e a austeridade monetária com base em processos de desconstitucionalização e deslegalização de direitos e privatização de empresas estatais, como estratégia de corte de gastos, neutralização da sobrecarga das demandas sobre o Estado e equilíbrio das finanças públicas.

Após a virada do século, o panorama da sociologia do direito tende a mudar com o advento da sociedade da austeridade e das reformas de primeira e segunda gerações propostas pelo Banco Mundial e demais organismos multilaterais. Nesse contexto, a tendência da sociologia do direito é de se voltar basicamente a coleta de dados e a estatísticas. Ao mesmo tempo, vão surgindo na teoria jurídica modelos que, de algum modo, atendem às necessidades econômicas de mercados globalizados. Refiro-me, basicamente, ao modelo de *Direito Responsivo*, de Philip Selznick e Philippe Nonet; ao modelo de *Direito autopoietico*, de Niklas Luhmann; e ao modelo de *Direito Reflexivo*, de Gunther Teubner, Helmut Willke e Karl-Heinz Ladeur.

Selznick e Nonet identificaram as mudanças sociais, econômicas e políticas que pressionaram a abertura do direito a novos temas e na direção de novas soluções nas décadas

finais do século 20. Mostraram como a resistência a essa abertura por parte dos juristas de formação dogmática, em nome da integridade da ordem legal, levaria à perda de legitimidade e de efetividade das instituições jurídicas. E jogaram luz na transição do direito autônomo, ou seja, a ordem legal-racional, para o chamado direito responsivo, afeito às novas questões e problemas de sociedades complexas. Luhmann, Teubner, Willke e Ladeur partiram da ideia de que cada esfera dessa sociedade tende a se autorregular e de que o Estado e o direito por ele positivado existem apenas para solucionar intervir quando a normatividade produzida em outros sistemas – como o econômico, o financeiro, o científico, o tecnológico e o cultural – se revela ineficaz. Assim, o Estado tende a atuar como mediador ou árbitro intersistêmico, o que acaba levando à erosão do centralismo jurídico.

Independentemente das críticas que possam ser feitas a uma sociologia do direito com preocupação quantitativa e, principalmente, a esses modelos por vezes excessivamente abstratos de caráter funcionalista e sistêmico, o importante é reconhecer que eles tiveram o mérito de apontar: (a) o risco de perversão da democracia, com a redução dos espaços comunicativos e distribuição pouco equitativa das competências argumentativas, por um lado, e de substituição da cidadania cívica por uma cidadania organizacional, por outro; (b) o risco de emergência de um processo de hiperresponsabilização dos indivíduos com relação ao seu próprio destino, decorrente da ênfase autorregulação, com a subsequente adoção de políticas de sociais focalizadas e de “tolerância zero”; e (c) o risco de que essa hiperresponsabilização individual acelere a precarização trabalhista e a perda de direitos sociais, aprofundando a exclusão social.

No momento atual, de questionamento dos valores e formas de vida tradicionais e de crescente indeterminação dos marcos políticos, creio que o desafio da sociologia do direito é recuperar uma análise crítica que, por diferentes razões, os frankfurtianos e os herdeiros dos *Critical Legal Studies* e do *Critical Legal Consciousness* não aprofundaram suficientemente, depois da virada do século 20 para o século 21.

No caso específico do Brasil, o que cada vez mais me seduz, como projeto acadêmico, é estimular as novas gerações a retomar alguns clássicos do pensamento social, não apenas numa vertente saquarema tardia, como é o caso de Oliveira Vianna, ou numa vertente weberiana, como Raymundo Faoro e Victor Nunes Leal, mas também numa vertente crítica, sensível às questões do subdesenvolvimento, da dependência e do modelo de industrialização tardia que prevaleceu em quase todo o século 20. Questões essas cujas respostas aproximem a sociedade, onde o que prevalece é a lógica dos fins, das atividades produtivas – que são regidas pela lógica dos meios, como dizia Celso Furtado. Há alguns anos, retomei as leituras desse autor, importante na minha

formação acadêmica, quando preparava um ensaio sobre três brilhantes juristas com formação interdisciplinar e crítica – Raymundo Faoro, Orlando Gomes e San Tiago Dantas<sup>2</sup>. Este jurista, colega de Furtado no último governo pré-ditadura militar, era – como o economista – um arguto analista da complexidade das funções reguladoras do Estado no capitalismo tardio, das pressões estruturais causadoras da concentração da renda e do desafio de converter crescimento econômico em desenvolvimento social.

E agora, sem entrar na questão relativa à formulação de uma sociologia do direito a partir do Sul Global, creio ser importante resgatar outros ídolos de minha geração, dos quais destaco Florestan Fernandes, considerado o fundador da sociologia crítica no Brasil. Enfatizo, especialmente, uma palestra que deu nos anos 70, sugestivamente intitulada “a sociologia como contestação”, cujo texto extraí de sua pasta no riquíssimo arquivo do jornal *O Estado de S. Paulo*.

Na sua origem, no período da revolução industrial, dizia Florestan, a sociologia é uma técnica de autoconsciência e de ação social construtiva. Desenvolvimento implica mudanças estruturais e não se confunde com progresso, como ficou claro na Revolução Industrial. Ele não foi apenas um subproduto da ciência e da inovação tecnológica, mas de sucessivas reconfigurações dos fatores de produção capitalista e da reprodução social burguesa. Em suas primeiras gerações, a sociologia ficou presa a questões metodológicas (como o antagonismo neutralidade vs. subjetividade), o que reduziu suas potencialidades críticas às inovações que mudaram o perfil das relações de produção capitalista e de seu sistema de poder. Apenas quando se libertou dessas discussões e superou a falta de “imaginação sociológica criadora” das correntes conservadoras e liberais, articulando dialeticamente a crise do capitalismo com a emergência do socialismo, é que a sociologia mudou sua agenda. Somente quando passou a focar antagonismos e inconformismos com a ordem vigente, assumindo papel estratégico na configuração de novos padrões civilizatórios, é que a sociologia voltou a se reafirmar nas ciências humanas. Em síntese, é preciso formular uma sociologia capaz de influir construtivamente sobre os acontecimentos, a partir da identificação de práticas microrrevolucionárias, de novos processos de luta, dizia Florestan. E de pequenas conquistas democráticas, corroendo a hierarquia lógico-formal dos sistemas jurídicos, digo eu.

Da leitura desse texto de Florestan e de textos de outros cientistas sociais e filósofos que também discutiram o papel da sociologia nesta perspectiva crítica, como Leandro Konder e Carlos Nelson Coutinho (meu colega na Comissão de Reforma da Universidade, entre 1985 e 1986), que com ele dialogaram, é possível identificar a atualidade de três importantes pontos do marxismo:

---

<sup>2</sup> FARIA, José Eduardo. Juristas fora da curva: três perfis. *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 12, n. 2, pp. 272-310, 2016.

(a) a concepção do homem como um ser que se faz a si mesmo pelo trabalho traz com ela a denúncia radical das condições de aviltamento do trabalho, repondo uma discussão teórico-política a respeito da degradação da criatividade humana, dentro de um sistema que reduz tudo a mercadoria; (b) a concepção da história como processo contraditório – no qual os homens dominam as forças da natureza, mas dilaceram a comunidade, lançando os indivíduos e grupos uns contra os outros, na competição pelo lucro – nos estimula a refletir sobre o caminho que tem sido trilhado pelo homem com o objetivo de forjar uma história nova, diferente e mais justa; (c) a concepção de ideologia como distorção do conhecimento, decorrente da dilaceração da comunidade humana e do conflito institucionalizado das classes sociais, nos desafia a desconfiar das racionalizações promovidas nos discursos, levando-nos a comparar o que os homens *dizem* e o que eles realmente *fazem*.

É nessa perspectiva que a sociologia do direito pode e deve pensar numa nova agenda, partindo de alguns pontos, dos quais destaco oito, sem a preocupação de pautar todos os desafios que temos pela frente e lembrando que eles já foram discutidos por colegas como Aurélio Wander Bastos, Joaquim Falcão, Luciano de Oliveira e Eliane Junqueira, com os quais partilhamos da amizade com “*leading professors*”, como David Trubek e Boaventura Santos:

- a) a concepção da sociedade contemporânea como uma formação complexa na qual se combinam diferentes normatividades, entreabrindo formas conservadoras e progressistas de pluralismo jurídico;
- b) a conversão da ideia de projeto nacional em obstáculo para concepções dominantes de desenvolvimento e governança globais;
- c) a identificação das distintas relações de poder por detrás da distribuição dos custos e benefícios dos fluxos globalizados;
- d) a crítica à aparência de unidade organizacional do direito, uma vez que o direito positivo conjuga diferentes modos de articulação e instrumentalização;
- e) a ideia de que, se o conhecimento é um instrumento de mobilidade e mudanças, uma vez que gera novas ideias e interpretações que se confrontam com as estruturas vigentes de poder, os centros de pesquisa e os postos na carreira universitária são *loci* de poder. São, igualmente, *loci* de controle, já que o princípio da autoridade acadêmica propicia a chancela científica;
- f) essa chancela, para ser “realista”, precisa basear-se numa avaliação concreta dos meios e recursos disponíveis; para ser “científica”, exige uma concepção epistemológica sobre a própria ciência; e para ser “socialmente relevante”, precisa estar sintonizada com os



diferentes objetivos da sociedade, enquanto formação complexa, heterogênea e conflitiva (J. Falcão);

g) por fim, a consciência de que a Universidade se encontra espremida entre a lógica racionalizadora do capital e o corporativismo dos diferentes setores que a compõem; e de que seu atrelamento a interesses políticos e corporativos e sua resignação ou subserviência a controles quantitativos de produção acadêmica e a imperativos do mercado a estão levando a deixar de ser uma instância crítica e a perder sua independência para produzir, aplicar e transmitir conhecimento.

Em suma, comecei dizendo que os modelos cognitivos tradicionais do direito, forjados entre os séculos 19 e 20, operavam como mapas, como mecanismos de redução da complexidade, ajudando a delimitar espaços, estabelecer hierarquias, definir limites e sinalizar metas. No contexto contemporâneo, muito mais complexo, a sociologia do direito pode ser decisiva para que o direito deixe de ser uma ciência *conduzida* e volte a ser uma ciência *condutora*. Mas, para tanto, são necessários aprofundamentos teóricos e novas abordagens que nos ajudem a compreender o que ocorre numa sociedade conflitiva, fraturada, perplexa e desorientada, sem incidir na confortável tentação de ocultar sua complexidade e heterogeneidade. Para esses aprofundamentos e para essas abordagens, obviamente, há a necessidade de fazer algumas advertências:

a) Não subestimar as faculdades de direito como espaço estratégico: numa sociedade cambiante, heterogênea, conflitiva e injusta, como a brasileira, se as faculdades de direito não produzem o que transmitem ao alunado ou se o que transmitem não reflete o conhecimento produzido, sistematizado ou empiricamente identificado, a pesquisa científica está comprometida;

b) Lembrar, como dizem colegas argentinos como Roberto Gargarella e Enrique Zuleta Puceiro (este aqui presente), que é preciso romper a tradição enraizada na América Latina de se inflamar antes de aprofundar o rigor teórico-metodológico;

c) Ernst Bloch (citado por B. Santos): “para toda esperança há sempre um caixão”.

Com isso, termino, agradecendo, mais uma vez, a comovente homenagem que me é prestada e que me possibilita o convívio nesta solenidade com sucessivas gerações de alunos e orientados, muitos dos quais são meus fraternais colegas de docência.

São Paulo, 28 de setembro de 2018.



**GP1**

**DIREITO, PLURALISMO E SOCIOLOGIA  
DO CONSTITUCIONALISMO**

Coordenação:

Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira (UNICAP/UFPE)

Profa. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (FMP-RS/FURG-RS)



# O CONSTITUCIONALISMO NA SOCIEDADE MUNDIAL: APORTES DA SOCIOLOGIA DAS CONSTITUIÇÕES PARA OBSERVAR O DIREITO CONSTITUCIONAL NA GLOBALIZAÇÃO

*Bernardo Leandro Carvalho Costa*  
(Unisinos)  
bernardoleandro@me.com

**RESUMO:** O presente trabalho pretende apresentar a concepção de sociedade mundial de Luhmann como pressuposto necessário para observar o Direito Constitucional na globalização. Tendo como objeto os recentes estudos em Sociologia das Constituições, inicialmente se pretende problematizar as leituras tradicionais do constitucionalismo, considerando-as insuficientes para a resolução dos atuais problemas da ordem global. Nessa constatação, na sequência da pesquisa, a hipótese levantada será a de que a alçada a nível global da observação das relações entre Direito e Política é imprescindível aos atuais desafios da Constituição. Para tal, a concepção de sociedade mundial, como será demonstrada na conclusão, é perfeitamente apta. Como metodologia será utilizada a Teoria dos Sistemas Sociais, formando, a partir dos estudos luhmannianos, também o marco teórico deste trabalho.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo. Sociedade Mundial. Teoria dos Sistemas Sociais.

## 1 INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, a doutrina em Direito Constitucional observa o constitucionalismo como a técnica de limitação do poder a partir de uma Constituição, um documento único que regula as relações de poder dentro de um Estado. No presente trabalho, buscar-se-á demonstrar a origem dessa concepção, a partir dos trabalhos de Carré de Malberg (1948) na França e Jellinek (2008) na Alemanha, evidenciando como essa construção teórica é estritamente conectada com a Teoria do Estado.

Na mesma linha, demonstrar-se-á a influência dessa linha de pensamento no Brasil, a partir de análise do posicionamento majoritário em Direito Constitucional no Supremo Tribunal Federal, bem como de relevantes autores a nível mundial que são mencionados com frequência no contexto brasileiro, a exemplo de Bobbio (1987) e Canotilho (2008).

Em sequência, far-se-á uma análise de relevantes debates constitucionais do século XX que não desvincularam a concepção de Constituição como documento único ligado ao território de determinado Estado.

Como ponto de crítica a essas construções, o terceiro item do trabalho evidenciará as limitações dessas construções teóricas no âmbito da globalização, na medida em que os tradicionais elementos da Teoria do Estado são relativizados no âmbito da nova ordem global.

Em resposta a referidas insuficiências, o quarto item apresentará as relevantes propostas da Sociologia das Constituições para analisar os novos desafios do Direito Constitucional. Em todas as abordagens apresentadas a concepção de sociedade mundial em Luhmann (2016) é

imprescindível. Para a conclusão, apresenta-se essa concepção como a ideal para observar a Constituição na globalização.

## 2 O CONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo pode ser definido como a técnica de limitação do poder por meio de um documento único, a Constituição (BOBBIO, 1987). No cerne de sua concepção há relação necessário com a Teoria do Estado e seus elementos constitutivos. Assim, o contexto francês, a partir da caracterização do relevante trabalho de Carré de Malberg (1948) apresenta o Direito Constitucional como a derivação do Direito Público, encarregado de regular o exercício do *imperium* do Estado dentro de determinado território sobre o povo que a ele está conectado.

Referenciando essa origem, as importantes contribuições de Jellinek (2000) na Alemanha destacam a origem francesa dessa concepção de constitucionalismo. Destaca-se a distinção relevante entre Direito Constitucional e Direito Administrativo ainda na concepção inicial dessas áreas na França.

Ao longo do século XX, relevantes debates ocorreram entre os juristas Hans Kelsen (2000) e Carl Schmitt (2007), principalmente acerca do controle de constitucionalidade. Todavia, há de se destacar que ambos os autores não se desvincularam da concepção de Direito Constitucional conectado estritamente ao território de determinado Estado.

Tal proposta de observação, que conecta o Direito Constitucional aos elementos da Teoria Geral do Estado, é dominante nas leituras da doutrina jurídica utilizada no Brasil. Observando os ministros do Supremo Tribunal Federal que escrevem na área (COMPOSIÇÃO, 2018), essa constatação é perceptível. Tal observação também pode ser verificada nos autores mais citados em sede de controle concentrado de constitucionalidade (LORENZETTO, 2013) desde a Constituição de 1988.

Na concepção do ministro Gilmar Mendes (2017), de grande tradição na área, a conceituação de Constituição é a seguinte:

O conceito de Constituição que nos será útil não se desgarra do papel que se entende que esse instrumento deve desempenhar; por isso, o conceito de Constituição não tem como deixar de se ver carregado da ideologia do constitucionalismo. Desse movimento, como visto, a Constituição emerge como um sistema assegurador das liberdades, daí a expectativa que proclame direitos fundamentais. As liberdades, igualmente, são preservadas mediante a solução institucional da separação de poderes. Tudo isso, afinal, há de estar contido em um documento escrito. Quando esses traços são levados em conta, está sendo estabelecido um sentido substancial de Constituição.

Em linha semelhante, o último ministro a ser nomeado no Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes (2017), define a Constituição da seguinte maneira:

Constituição, lato sensu, é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação. Juridicamente, porém, Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.

A ideia do outro ministro que escreve na área, Luís Roberto Barroso (2010), acerca de direito positivo, muito se aproxima do pensamento dos autores acima citados:

O direito constitucional positivo é composto do conjunto de normas jurídicas em vigor que têm o status de normas constitucionais, isto é, que são dotadas de máxima hierarquia dentro do sistema. A conquista de normatividade foi capítulo decisivo na ascensão científica e institucional do direito constitucional. Adiante serão estudadas as peculiaridades das normas constitucionais e os múltiplos critérios de classificação, que as dividem, por exemplo, em princípios e regras ou em normas de organização e de conduta, em meio a muitas outras categorias.

Em síntese, o pensamento dominante acerca da concepção de Constituição presente nos trabalhos dos ministros do Supremo Tribunal Federal que escrevem na área de Direito Constitucional aproxima-se das construções teóricas clássicas de constitucionalismo, com destaque para os trabalhos de Carré de Malberg (1948) e Jellinek (2000) acima mencionados.

Ademais, em pesquisa realizada nas decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade desde a Constituição de 1988 (LORENZETTO, 2013) foram verificados os autores mais citados em Direito Constitucional ao longo desse período. Em primeiro lugar aparece José Afonso da Silva (2000), cuja concepção de Constituição é a seguinte:

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

Em linha não divergente, o segundo autor mais citado na pesquisa, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2014), assim concebe a Constituição:

Por organização jurídica fundamental, por Constituição em sentido jurídico, entende-se, segundo a lição de Kelsen, o conjunto das normas positivas que regem a produção do direito. Isto significa, mais explicitamente, o conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação.

Portanto, observa-se que, além dos ministros, o posicionamento dos autores mais citados no Supremo Tribunal Federal desde a Constituição de 1988 também apresentam concepções de Constituição vinculadas estritamente aos elementos constitutivos do Estado, com forte influência nos autores clássicos acima mencionados.

A partir da influência do Direito Português no Brasil, faz-se relevante observar como os juristas mais renomados de Portugal concebem –ou ao menos concebiam- a ideia de Constituição e constitucionalismo. Nessa linha, de grande influência no Brasil é a concepção de Canotilho (2003). Para o autor:

Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado.

De modo não divergente, a concepção de Norberto Bobbio (1987), de grande influência no Brasil, também se aproxima dessa perspectiva:

Costuma-se chamar de "constitucionalismo" à teoria e à prática dos limites do poder: pois bem, o constitucionalismo encontra a sua plena expressão nas constituições que estabelecem limites não só formais, mas também materiais ao poder político, bem representados pela barreira que os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos e juridicamente protegidos, erguem contra a pretensão e a presunção do detentor do poder soberano de submeter à regulamentação todas as ações dos indivíduos ou dos grupos.

Em diversos trabalhos, de relevantes autores, alguns inclusive com atuação efetiva na condição de ministros do Supremo Tribunal Federal, outros com influência nas decisões do Tribunal, pode-se observar como é influente a concepção de Constituição ainda vinculada ao território de determinado Estado. Tal perspectiva não diverge no contexto de relevantes autores do Direito Constitucional de Portugal e Itália.

Ocorre que, ao final do século XX, com a intensificação do processo de globalização da economia, uma série de desafios é colocada ao Direito. Nesse contexto, a concepção tradicional de Direito Constitucional, com a Constituição vinculada ao território de determinado Estado, mostra-se insuficiente para a resolução dos novos problemas de ordem global, como será demonstrado a seguir.

### **3 GLOBALIZAÇÃO E CONSTITUIÇÃO: OS DESAFIOS ATUAIS DO CONSTITUCIONALISMO**

No final do século XX, pode-se afirmar que a queda do Muro de Berlim, como marco simbólico, acelera uma série de processos conectados com o fenômeno da globalização, com destaque para a economia. Tal circunstância acarreta uma série de alterações em diversas áreas do saber. No Direito, passe-se a observar uma circulação de normas a nível global.

Nesse sentido, os primeiros autores do ramo de estudos que ficou conhecido como pluralismo jurídico na época já destacam essas mudanças paradigmáticas no âmbito jurídico. O processo de globalização se disseminou em dois níveis para além do Estado, deslocando-se tanto

do âmbito das fronteiras territoriais quanto no aspecto da própria produção normativa, não mais garantida na condição de monopólio estatal. Nesse sentido, destaca Garavito (2011, p.73-74):

Os Estados compartilham hoje a função regulatória com uma ampla gama de instituições internacionais (desde a Organização Mundial do Comércio até a Corte Penal Internacional) e entidades privadas e ONGs (como as que participam no sistema monetário de códigos de conduta empresariais em matéria trabalhista ou ambiental). (Tradução livre).

De diversos aspectos, portanto, podem ser observadas as influências do processo de globalização nas transformações do Direito. Destacam-se nessas análises as observações empíricas de Shaffer (2012) e Berman (2013) acerca do pluralismo jurídico. Ademais, em termos tipológicos, há os relevantes trabalhos de Cover (1983) e Tamanaha (2008).

Nesse contexto, a partir da concepção de campo jurídico, Dezalay e Trubek (1996) demonstram a influência de atores sociais, com destaque para os advogados, na disseminação dessas influências da globalização ao redor do mundo:

Os campos jurídicos nacionais têm, de uma maneira ou de outra, sido sempre “penetrados” por influências extranacionais, e estruturas subnacionais de ordem privada ou pública que introduzem formas complexas de pluralismo jurídico que devem ser incorporadas em qualquer definição do campo [...]. (DEZALAY; TRUBEK, 1996, p. 38).

O fato é que as diferentes perspectivas de observação do processo de globalização evidenciam a insuficiência das tradicionais concepções de Direito Constitucional para acompanhar essas transformações. Como se viu no item anterior, a doutrina majoritária na área ainda concebe a Constituição como um documento único que rege as relações de poder nos limites do território de um Estado.

Relevantes autores da área perceberam essas transformações, de modo a adaptarem suas teorias tradicionais. Em Portugal, Canotilho (2008) apresentou o conceito de Interconstitucionalidade para demonstrar as relações na circulação de normas em diferentes países no âmbito da União Europeia. Nos Estados Unidos, Bruce Ackermann (2007) enfatizou a necessidade de um deslocamento do tradicional Direito Constitucional “provincialista” norte-americano para um constitucionalismo conectado às acepções da globalização. Em sentido semelhante nesse âmbito, Tushnet (2009) destaca a “Inevitável globalização do Direito Constitucional.”

Em que pese essas relevantes evoluções, todavia, ainda há forte carência teórica na perspectiva dominante de observação do constitucionalismo, no sentido de observar como a Constituição se desenvolve no contexto da globalização. Diversos aspectos denunciam os limites de um documento constitucional limitado ao território de determinado Estado, ao passo que as novas questões envolvendo relações de poder se desenvolvem para além dos limites territoriais.

Problemáticas envolvendo o Direito Ambiental e suas violações, por exemplo, pouca efetividade têm se tratadas no âmbito estrito de determinado país, uma vez que a poluição e as catástrofes advindas desse fenômeno atingem um sistema global. De modo semelhante, problemas como o terrorismo e a lavagem de dinheiro também envolvem articulações globais na sua persecução, com destaque para o desenvolvimento do Grupo de Ação Financeira e suas 40 recomendações.

Uma vez que evidenciada essa constatação de que os atuais problemas do constitucionalismo estão deslocados para o âmbito global, faz-se necessário o desenvolvimento de uma teoria apta ao enfrentamento dessas questões. Com essa proposta, têm-se desenvolvido os recentes estudos em Sociologia das Constituições, que partem do marco referencial da sociedade mundial em Luhmann (2016), como arcabouço teórico perfeitamente adaptado à ordem global, como será demonstrado a seguir.

#### **4 SOCIOLOGIA DAS CONSTITUIÇÕES: A SOCIEDADE MUNDIAL COMO PONTO DE OBSERVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO**

A Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann (2016) apresenta diversos aspectos relevantes e inovadores no âmbito da epistemologia jurídica. Em *O Direito da Sociedade* (2016), o autor desenvolve a proposta de conexão do Sistema do Direito com os demais sistemas sociais.

Uma vez que a comunicação passa a ser o elemento constitutivo da sociedade, a comunicação jurídica, por meio do código binário direito/não direito, forma um sistema encarregado de estabilizar expectativas em relação a possibilidades de risco contrafáticos. Paralelamente, diversos outros sistemas sociais, como Economia, Política e Religião, a partir de codificações próprias, desenvolvem-se no contexto social. Trata-se, em síntese, de uma proposta interdisciplinar.

Ponto relevante a ser destacado na teoria de Luhmann (2016) é a alçada de todos esses sistemas sociais a nível global. Para o autor, referido referencial teórico, que serve como um arcabouço apto a analisar as relações entre sistemas, possui pretensão global de observação.

Portanto, em que pese as diferenças regionais, entre Europa e América Latina, por exemplo, a Teoria dos Sistemas Sociais é apta para analisar as conexões interdisciplinares ao redor do mundo. Nessas distinções, relevantes autores já se debruçaram. No Brasil destaca-se o trabalho de Marcelo Neves (2011) em sua tese sobre a Constitucionalização Simbólica. Também é relevante a obra de Aldo Mascareño (2010) no Chile.



Referidos autores, que traçam essa linha distintiva entre sociedade mundial e região, destacam o modo por vezes hierárquico organizado entre os sistemas sociais (MASCAREÑO, 2010), ou até mesmo, uma ausência de diferença na comunicação entre os sistemas do Direito e da Política (NEVES, 2011). Todavia, seguem apontando a importância da Teoria dos Sistemas Sociais para observar as relações entre direito e poder na América Latina.

Para Luhmann (2016), a Constituição imbrica diretamente as comunicações dos sistemas do Direito e da Política. Há um ponto na história, uma aquisição evolutiva, que demonstra como as decisões do Poder Executivo (Sistema da Política) passaram a necessitar de um fundamento jurídico (Sistema do Direito). Nessa construção, na necessidade imprescindível de um marco legal para as decisões políticas, formam-se as Constituições (THORNHILL, 2011).

Com o fenômeno da globalização, uma série de questões antes tratadas pelos sistemas do Direito e da Política a nível estatal são alçados ao plano global. Nessa questão, relevantes teorias têm se desenvolvido no âmbito da Sociologia das Constituições para dar conta dessa problemática.

Nesse sentido, Neves (2009) inicialmente destaca a dificuldade de globalização de determinados sistemas, principalmente o do Direito e da Política, estritamente limitados aos territórios dos Estados nacionais com suas organizações, Estado e Tribunais. Em sentido semelhante, é como destaca Teubner (2016):

[...] enquanto a política apenas atingiu, na forma das “relações internacionais”, um estado de “proto-globalidade”- quer dizer, não muito mais do que relações intersistêmicas entre unidades nacionais com elementos transnacionais relativamente fracos-, outros subsistemas sociais já começaram a formar uma autêntica sociedade mundial, ou melhor, uma quantidade fragmentada de sistemas mundiais distintos.

Por outro lado, Neves (2009) demonstra a facilidade que sistemas como a Economia e a Religião possuem no processo de globalização. A partir dessa constatação, evidencia a imprescindibilidade da criação de diálogos constitucionais entre tribunais de diferentes níveis para a resolução de problemas comuns, o que denomina de transconstitucionalismo, que se desenvolve na seguinte proposta:

Na construção da norma jurídica e da norma de decisão, cada uma das ordens envolvidas pode considerar como dimensão do seu âmbito normativo elementos do âmbito material relevante originalmente para outra ordem, como também incorporar como dimensão do seu programa normativo partes do programa normativo de outras ordens. Ou seja, partindo simultaneamente dos textos normativos e dos casos comuns, podem ser construídas normas diversas tendo em vista os possíveis processos de concretização que se desenvolverão na ordem colidente ou parceira. (NEVES, 2009, p. 127-128).

Portanto, uma vez demonstrado como os problemas atuais em Direito Constitucional se desenvolvem no plano global, a proposta de criação de diálogos constitucionais entre tribunais de diferentes níveis é a solução encontrada por Neves (2009) para a resolução desses problemas.

Outra relevante contribuição no âmbito da Sociologia das Constituições é o que analisa as Constituições Transnacionais. Demonstrou-se no item acerca da globalização do constitucionalismo que uma das questões que evidencia esse processo é a circulação de normas a nível global. Nessa linha, Thornhill (2016) demonstra como as Constituições de diferentes países, com destaque para as elaboradas após o final da Segunda Guerra Mundial, inclusive as do novo constitucionalismo (CADEMARTORI; COSTA, 2013) carregam um amplo catálogo de direitos comuns, com ênfase para os direitos humanos.

Portanto, em que pese a elaboração nos limites dos territórios soberanos de cada país, as Constituições analisadas apresentam uma linguagem normativa comum na temática dos direitos humanos. Essa questão, por si só, já auxilia no diálogo constitucional proposto por Neves (2009).

Para além dessa questão, Thornhill (2016) analisa julgamentos de diferentes cortes constitucionais ao redor do mundo, evidenciando que em problemas de natureza global, a legislação internacional existente é utilizada com frequência nos julgamentos. Essas constatações, de uma linguagem comum em matéria de direitos humanos nas diferentes Constituições, bem como da utilização de legislação internacional no julgamento de problemas de nível global, formam o que Thornhill denomina de Constituições Transnacionais.

Em síntese, as análises de Neves (2009) e Thornhill (2016) partem de constatações elaboradas por meio da alçada da concepção de Constituição no plano global. Nesse sentido, os tradicionais sistemas do Direito e da Política na teoria de Luhmann (2016) são observados sob o prisma de sua concepção de sociedade mundial, imprescindível para observar a globalização do Direito Constitucional.

Destaca-se, mais uma vez, que essas abordagens partem de observações restritas de relações entre Direito e Política, formando o acoplamento estrutural que Luhmann a partir do qual Luhmann elabora sua concepção de Constituição. Para se analisar a atual concepção de Constituição na globalização, portanto, é imprescindível a concepção de sociedade mundial de Luhmann (2016), a partir da qual relevantes autores em Sociologia das Constituições têm elaborado seus estudos.

Para além das relações entre Direito e Política na sociedade mundial, relevantes estudos têm analisado a influência de outros sistemas sociais na criação de normatividade existente no plano global. Destaca-se, nessa questão, o Sistema da Economia. Como destacam Neves (2009) e

Teubner (2016) trata-se de um sistema cuja capacidade de se globalizar está muito além dos sistemas da Política e do Direito.

Na observação dos movimentos autônomos da Economia no plano global, a concepção de autopoiese em Luhmann (2016) é imprescindível. Como esferas de comunicação, os sistemas sociais são encarregados de selecionar, ante as infinitas possibilidades de comunicação, aquelas pertencentes ao seu interior a partir do código binário que lhes é próprio.

O Sistema do Direito, nesse âmbito, a partir da distinção entre direito e não direito, seleciona a comunicação jurídica do ambiente social, com o intuito de formar sua estrutura interna de modo autônomo. Essa autonomia é o que Luhmann (2016), assim como Teubner (1993) denomina de autopoiese. Os atos jurídicos, bem como as decisões dos tribunais, são exemplos de comunicação jurídica, essas últimas tematizadas como decisões (RODRIGUEZ MANSILLA, 2007).

Ocorre que, de modo também autônomo, sistemas sociais estranhos ao Direito têm produzido normatividade no âmbito da globalização, elaborando estruturas que vinculam os atores sociais a nível mundial. Nesse sentido, Thomas Vesting (2015, p. 171) aponta relevantes exemplos desse fenômeno:

No campo extraestatal, aponta-se para a padronização (técnica) transnacional e, aqui, por exemplo, para a autoadministração dos nomes e endereços da Internet pelo ICANN, para o Direito contratual internacional em crescimento (OMC), para os novos direitos consuetudinários internacionais (proibição da tortura) para os padrões de organismos internacionais (segurança do tráfego aéreo, *Codex Alimentarius*) ou para as regulamentações oriundas dos comitês da EU (comitologia).

Esse movimento de autopoiese normativa de outros sistemas sociais, inclusive por meio de comunicação jurídica, Teubner (2016) denomina de fragmentação constitucional (COSTA; ROCHA, 2018). Afastando-se do monopólio do Estado, esses movimentos, como um todo, formal o Constitucionalismo Social (ROCHA; COSTA, 2018). Em síntese, demonstra-se como, na sociedade mundial de Luhmann (2016), uma série de outros sistemas sociais têm assumido papéis antes destinados aos sistemas do Direito e da Política. Observa-se, mais uma vez, como a concepção de sociedade mundial em Luhmann é imprescindível para descrever os atuais problemas do Direito Constitucional na globalização.

## 5 CONCLUSÃO

Como se viu ao longo do trabalho, as tradicionais observações do constitucionalismo, centradas na Teoria do Estado, com destaque para as obras de Carré de Malberg (1948) na França e Jellinek (2000) na Alemanha, são insuficientes para a constatação dos problemas atuais em Direito Constitucional.

Em destaque, o terceiro item do trabalho evidenciou os efeitos da globalização sobre o Direito, com ênfase na constatação de que há, de fato, uma circulação de normas globais, não prevista pelas teorias tradicionais do constitucionalismo.

Sendo necessária uma resposta a essas insuficiências, apresentou-se no quarto item uma série de estudos em Sociologia das Constituições que demonstra propostas para evidenciar e estimular a circulação de normas na resolução de problemas de natureza constitucional. Nesse diapasão, o Transconstitucionalismo de Neves (2009) e as Constituições Transnacionais de Thornhill (2016) foram demonstradas com ênfase.

A primeira proposta apresentou a necessidade de estimular diálogos constitucionais entre tribunais de diferentes níveis entre diversos países na construção de soluções para problemas comuns de natureza global. A segunda constatou como há uma linguagem comum em direitos humanos nas Constituições de diferentes países, além da menção recorrente de legislação internacional em decisões de natureza global por cortes constitucionais, formando o que denomina de Constituições Transnacionais.

Por fim, mas não menos importante, demonstrou-se como há movimentos autônomos de normatividade no âmbito de sistemas alheios ao Direito e à Política, com destaque para a Economia. Tais fenômenos formam o que Teubner (2016) denomina de Fragmentos Constitucionais.

Em comum em todas as abordagens da Sociologia das Constituições está a concepção de sociedade mundial de Luhmann (2016), com a análise do desenvolvimento dos sistemas sociais- e suas relações- a nível global. Referido arcabouço teórico, como se viu, é imprescindível para os estudos que conectam o Direito Constitucional ao fenômeno da globalização. Nesse sentido, conclui-se que é uma teoria apta ao enfrentamento dessas novas questões do constitucionalismo na globalização.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. A ascensão do constitucionalismo mundial. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (orgs.). **A constituição do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 89-111.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1987.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. O novo constitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5498>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **'Brançosos' e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: 2003.

COMPOSIÇÃO Atual. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 27 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao>> Acesso em: 27 de agosto de 2018.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo. Fragmentos de Constituição e Transconstitucionalismo: cenários atuais da Teoria Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Poso Alegre, MG, Vol. 34, n. 01, 2018. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/c109774ef29a45f68e1d89769c68b574.pdf>>. Acesso em 23 nov. 2018.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). **40 Recommendations**. Disponível em: <[http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF\\_Recommendations.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf)>. Acesso em: 08 jun. 2018.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Granada: Comares, 2000.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

MALBERG, R. Carré De. **Teoría general del estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

MASCAREÑO, Aldo. **Diferenciación y contingencia en América Latina**. Ediciones Universidad Alberto Hurtado: Santiago de Chile, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Série IDP - **Curso de direito constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo social: Constituição na globalização**. Curitiba: Appris, 2018.

RODRIGUEZ MANSILLA, Darío. **Comunicaciones de la Organización**. Santiago: Puc de Chile, 2007.

SHAFFER, Gregory. Transnational legal process and state change: opportunities and constraints. **Law & Social Inquiry**, [S.l.], v.37, n. 1/2, 2012.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**: São Paulo: Malheiros, 2000.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. O direito como sistema autopoietico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

THORNHILL, Chris. **A Sociology of Constitutions**. Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective. New York: Cambridge University Press, 2011.

\_\_\_\_\_. **A sociology of Transnational Constitutions**: Social foundations of the postnational legal structure. London: Cambrigde, 2016.

TUSHNET, Mark. The inevitable globalization of constitutional law. **Virginia Journal of International Law**, [S.l.], v. 49, n. 4, p. 985-1006, 2009.

VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015.



# JOGO DE CARTAS MARCADAS OU ARENA DE DISPUTA POLÍTICA? TENDÊNCIAS NO PAPEL POLÍTICO E INSTITUCIONAL DAS NOMEAÇÕES PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*Heloisa Bianchini Araujo*

(Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

hbianchini@gmail.com

**RESUMO:** Este trabalho pretende analisar o papel das sabatinas no processo de nomeação dos ministros para o Supremo Tribunal Federal. O objetivo é responder às seguintes perguntas de pesquisa: **(a)** como normalmente ocorrem as sabatinas, quanto a procedimento adotado, duração e temas mais abordados? e **(b)** as sabatinas possuem apenas um papel homologatório, como sugere a literatura a respeito (Silveira e Groth, 2012; Almeida, 2015), ou são espaço de disputa política? Para tanto, este artigo primeiramente esboça um panorama de como se dá processo de nomeação para o STF. Em segundo lugar, indica-se a metodologia empregada, que consiste primariamente em análise de conteúdo, bem como as fontes dos dados utilizados. Em terceiro lugar, apresentam-se os resultados da pesquisa. Por fim, conclui-se que, em momentos de instabilidade política, senadores aproveitam o momento das sabatinas para pressionar os futuros juízes a adotarem uma visão mais restritiva e menos “ativista” das competências do STF.

**Palavras-chave:** STF. Nomeação de ministros. Interação entre os Poderes.

## 1 INTRODUÇÃO

As nomeações ao STF têm ganhado cada vez mais atenção no cenário político brasileiro. As duas últimas indicações podem ser consideradas um “pico” nesta tendência. Alexandre de Moraes, indicado pelo presidente Michel Temer, foi considerado pela esquerda como excessivamente associado ao partido de centro-direita PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira). Isto lhe rendeu um abaixo-assinado contra sua nomeação com mais de 270.000 assinaturas e uma sabatina que durou onze horas (Senado Notícias, 2017).

Antes de Moraes, Luiz Edson Fachin, o último indicado da ex-presidente Dilma Rousseff, foi submetido a uma sabatina de dez horas, algo até inédito na história recente dos processos de nomeação. Antes da sabatina, Fachin foi alvo de uma campanha para sua nomeação que envolveu até mesmo uma agência de publicidade, à semelhança das propagandas políticas (Jota, 2015). Um dos motivos para a polêmica em torno de seu nome eram ligações com organizações de esquerda, em especial o PT (Partido dos Trabalhadores) e o MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra). Até pouco tempo atrás o comum eram sessões curtas, que dificilmente passavam das cinco horas, com mais elogios do que perguntas voltadas a mensurar a capacidade técnica e jurídica do futuro ministro.

Os trabalhos mais recentes sobre as nomeações para o STF (Silveira e Groth, 2012; Almeida, 2015) afirmam que as nomeações são decididas previamente em negociações tanto com a base aliada quanto com os partidos de oposição. Isto explicaria porque, desde o começo do período republicano, só foram rejeitados cinco candidatos a ministro, todos no governo Floriano

Peixoto (1891-1894)<sup>1</sup>. As sabatinas, de acordo com esta ótica, teriam papel meramente homologatório, sendo apenas uma ratificação do que já havia sido combinado antes.

Este trabalho busca enriquecer a compreensão do que ocorre nas sabatinas ao STF e indicar algumas tendências de aumento de importância deste procedimento. É importante ressaltar a relevância deste momento: trata-se de um exemplo paradigmático da interação entre os Poderes. O processo de nomeação para o STF, cúpula do Poder Judiciário, começa formalmente com a indicação, por parte do Presidente da República, de um nome que deverá possuir “*notório saber jurídico e reputação ilibada*”<sup>2</sup>. Este nome é sabatinado posteriormente pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ)<sup>3</sup> e votado por ela. Se a votação for favorável, o candidato também é votado pelo pleno do Senado Federal. Se o resultado for novamente favorável (maioria absoluta da composição da casa<sup>4</sup>), temos um novo ministro.

## 2 METODOLOGIA

O principal método de análise adotado foi a análise de conteúdo com teorização fundamentada em dados (TFD). Para responder às perguntas de pesquisa, foi construída uma matriz de dados a partir das perguntas dos senadores, que foram classificadas em doze temas, passando pela “interação entre os Poderes” e “questões pessoais”. Dessa forma, foi possível apurar os temas mais abordados, tanto individualmente quanto no conjunto das sabatinas. Outros aspectos analisados são: **(a)** estrutura formal e duração das sabatinas; **(b)** resultados das votações na CCJ e no pleno; e **(c)** intervalo entre apontamento pelo presidente e posse do nomeado.

---

<sup>1</sup> Foram indicados e recusados: Barata Ribeiro, Innocêncio Galvão de Queiroz, Ewerton Quadros, Antônio Sève Navarro e Demosthenes da Silveira Lobo.

<sup>2</sup> Art. 101 da Constituição Federal: “O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.”

<sup>3</sup> Artigo 101 do Regimento Interno do Senado Federal: “À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete: (...) II - ressalvadas as atribuições das demais comissões, emitir parecer, quanto ao mérito, sobre as matérias de competência da União, especialmente as seguintes: (...) i) escolha de Ministro do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e de Governador de Território, escolha e destituição do Procurador-Geral da República (Const., art. 52, III, a, c e e) (...) § 1º Quando a Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade e injuridicidade de qualquer proposição, será esta considerada rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado, salvo, não sendo unânime o parecer, recurso interposto nos termos do art. 254.

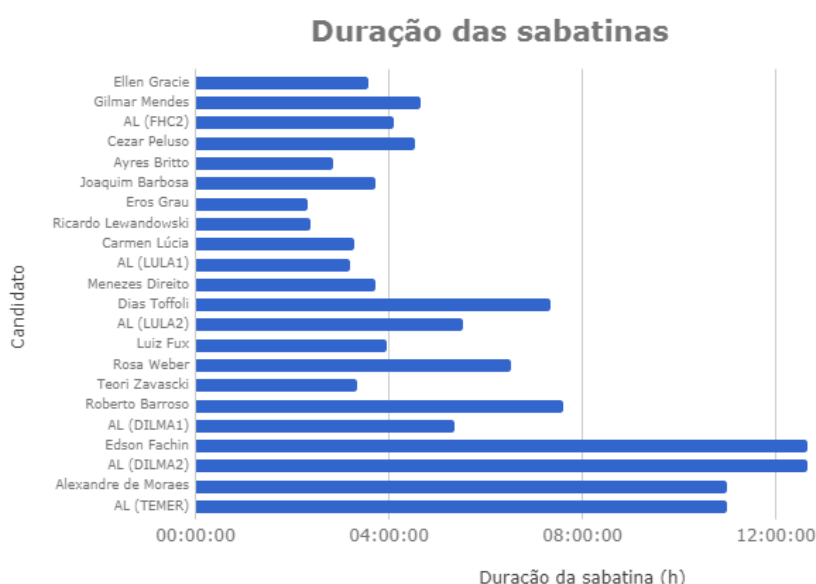
<sup>4</sup> Art. 288 do Regimento Interno do Senado Federal: “As deliberações do Senado serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria absoluta dos seus membros (Const., art. 47), salvo nos seguintes casos, em que serão: (...) III - por voto favorável da maioria absoluta da composição da Casa: (...) d) aprovação de nome indicado para Ministro do Supremo Tribunal Federal (Const., art. 101, parágrafo único) para Procurador-Geral da República (Const., art. 128, § 1º); para Ministro do Superior Tribunal de Justiça (Const., art. 104, parágrafo único) e para Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (Const., art. 111-A).”



A pesquisa apresentada ainda não foi finalizada. Até o momento, a análise de conteúdo com TFD foi aplicada à sabatina dos cinco ministros nomeados durante os mandatos de Dilma Rousseff (Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin). Já os outros aspectos analisados se referem a todas as nomeações realizadas nos governos dos presidentes Fernando Henrique Cardoso (apenas segundo mandato), Luiz Inácio Lula da Silva, Dilma Rousseff e Michel Temer.

### 3 RESULTADOS

A duração e a estrutura das sabinas é o primeiro aspecto que mostra uma tendência de crescente importância política deste momento. É possível observar o início de um processo de “moralização” e de complexificação das sessões após a sabatina de Dias Toffoli, candidato politicamente controverso. Este processo se mantém nas outras sabinas e atinge seu ápice na arguição de Luís Edson Fachin. Enquanto no segundo mandato de FHC as sabinas duram em média quatro horas, e no primeiro mandato de Lula, cerca de três horas e dez minutos, no segundo mandato de Lula, a média sobe para cinco horas e meia, por conta da arguição de Toffoli que durou quase sete horas e meia. Após a sabatina de Toffoli, a média do primeiro mandato de Dilma foi de cinco horas e vinte, e depois a média sobe para mais de dez horas, com Fachin e Temer. Ou seja, há uma clara tendência de aumento da duração das sabinas neste lapso temporal.



Em relação à estrutura das sabinas, foram analisados quatro aspectos: divisão das questões em blocos, presença de votação aberta ou secreta, possibilidade de votar antes do final da arguição e limite ao número/duração das questões realizadas por senador. A divisão das

questões em blocos pode indicar situações contraditórias. Quando se começa a sugerir esta divisão (da sabatina de Cezar Peluso em diante), isto ocorre porque os senadores estavam mais interessados em fazer perguntas, de forma que a organização em blocos seria necessária para que não se tomasse muito tempo. No entanto, as duas últimas sabinas (Fachin e Moraes) não tiveram blocos de questões, simplesmente porque os senadores estavam tão engajados no processo que não se importaram com a duração do procedimento.

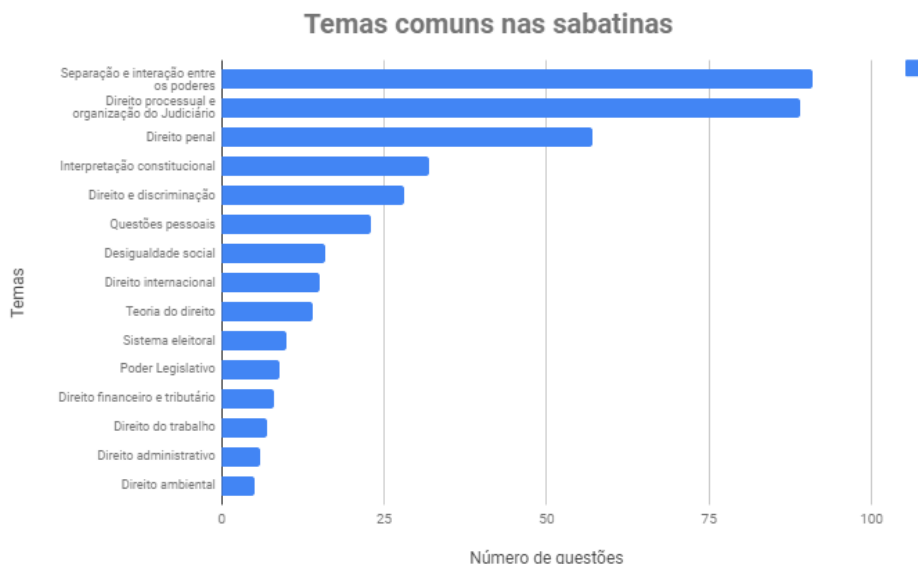
A presença de votação aberta indica descuido em relação ao processo de nomeação, pois a Constituição Federal a proíbe expressamente<sup>5</sup>. As sabinas contam com votação secreto apenas a partir da sabatina de Dias Toffoli, com a única exceção da sabatina de Ricardo Lewandowski. A possibilidade de votação antes do final da arguição também indica alguma negligência quanto ao processo, pois isto permite que o senador vote e abandone a sessão antes do final. Novamente, isto deixa de ser permitido a partir da sabatina de Toffoli, com a única exceção no caso de Luiz Fux. Quanto ao limite ao número/duração das questões, pode-se considerar que isto indica uma preocupação no sentido de permitir que todos os senadores possam participar deste momento perguntando. Estas limitações aparecem pela primeira vez na sabatina de Menezes Direito, e continuam da sabatina de Toffoli em diante, com a exceção de Fux.

Já dentre os temas das perguntas, é notável a grande ocorrência de questões ligadas ao tema “Interação entre os Poderes”, o que indica uma tentativa, por parte dos senadores, de antecipar se os futuros ministros serão mais ou menos deferentes ao Legislativo. Este dado também sugere que os parlamentares veem o Supremo Tribunal Federal como arena alternativa à democracia representativa. Isto não parece ser bem-quisto pelos senadores, os quais costumam reclamar, em suas perguntas, do “ativismo judicial” por parte do STF, da “criação do direito” nos tribunais, e questionar os limites da competência do tribunal. A atuação do STF é vista, portanto, como algo que rivaliza com o poder e o espaço de atuação típicos do Legislativo.

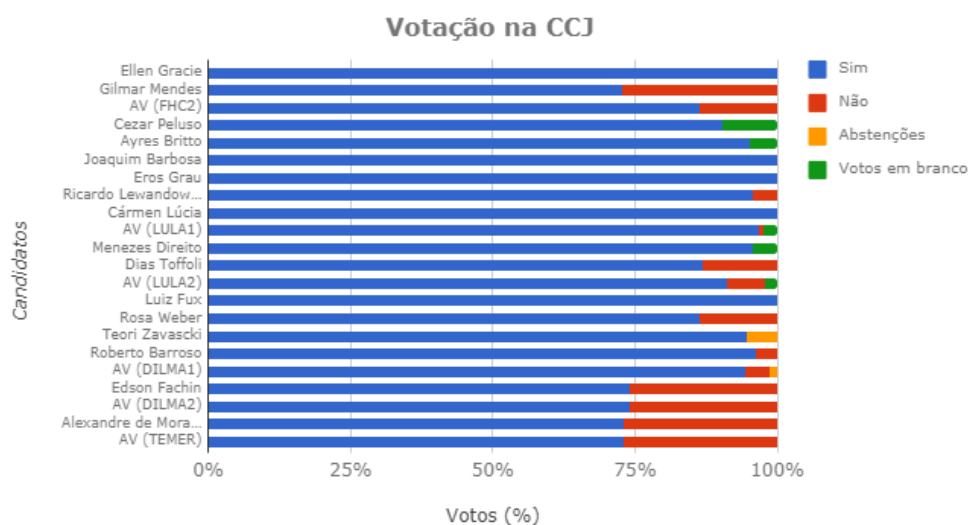
As perguntas ligadas ao tema “Direito processual e organização do Judiciário” – muitas delas ligadas ao papel do CNJ – também podem ser vistas dentro deste contexto de tentativas de prever como a atuação dos candidatos afetará os senadores. A classificação temática por ministros mostra que, por mais que certas nomeações sejam mais controversas, em todas as sabinas há a tentativa de antecipação da atividade dos candidatos. Isso indica que a agregação dos dados relativos à classificação temática em todas as sessões corresponde a um retrato bastante fiel do que ocorreu, individualmente, em cada sabatina.

---

<sup>5</sup> Art. 52 da Constituição Federal: “Compete privativamente ao Senado Federal: (...) III – aprovar previamente, por **voto secreto**, após arguição pública, a escolha de: a) magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição (...).”



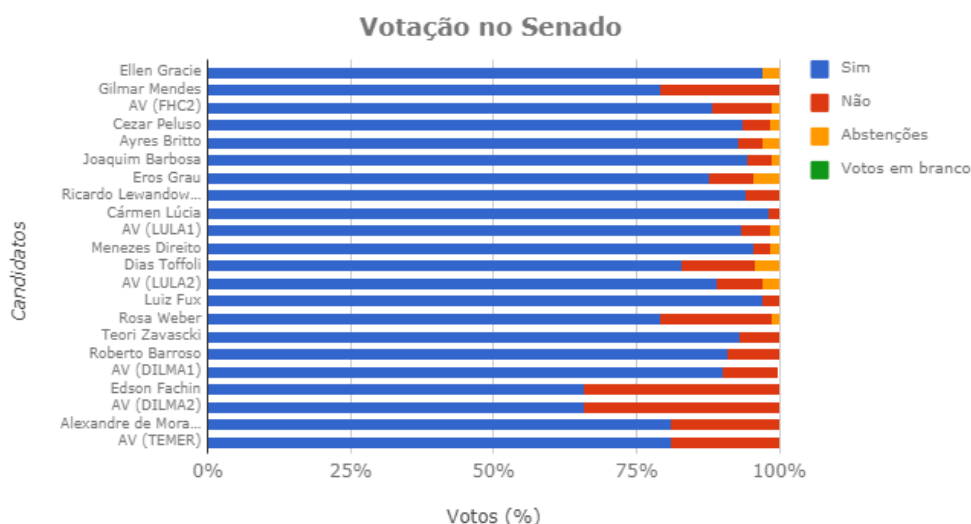
O resultado das votações demonstra que, apesar das tentativas de mapeamento da futura atuação dos candidatos e da disputa política presente nas sabatinas, a aprovação de um ministro pela CCJ é bastante garantida. Isto demonstra que, apesar de existir uma tendência à “moralização” do procedimento e à maior utilização deste espaço como espaço de disputa política, as sabatinas ainda possuem um papel em grande medida “homologatório”, como indicam Almeida (2015) e Almeida e Groth (2012). Três sabatinas possuem votação unânime (Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Eros Grau) – se desconsideradas as abstenções e votos em branco, são sete (além dos citados, temos Cezar Peluso, Ayres Britto, Menezes Direito e Teori Zavascki). Os votos desfavoráveis dificilmente passam dos 30%. Apesar da “moralização” das sabatinas em termos de procedimento e duração, não encontramos um padrão semelhante quanto à votação.



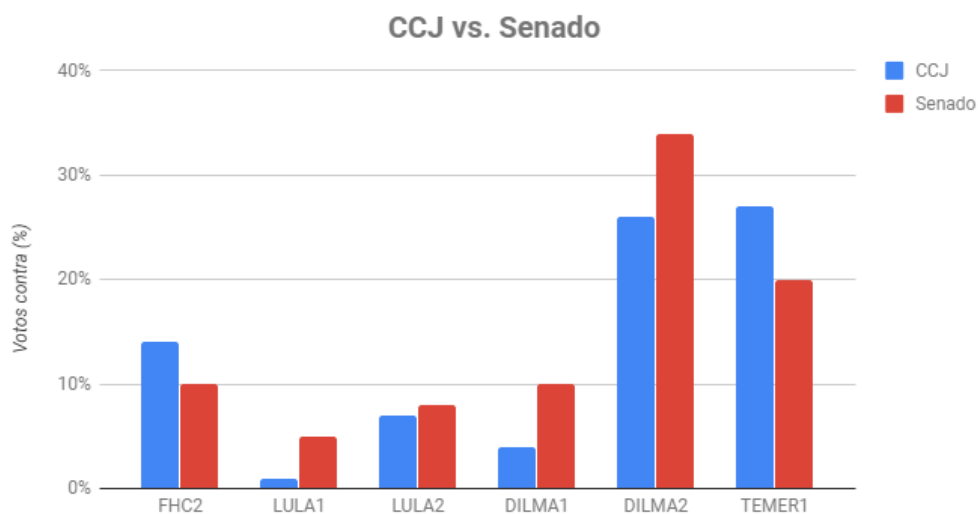
Quando os nomes chegam ao pleno, as taxas de votos desfavoráveis são maiores. Não existem votações unânimes sem abstenções, e se desconsideradas estas abstenções só há uma unanimidade: a indicação da ministra Ellen Gracie. As votações mais desfavoráveis, tanto no pleno quanto na CCJ, são as dos ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Rosa Weber, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Todos estes nomes são controvertidos por conta de associações a figuras e partidos políticos que despertaram nos senadores suspeitas de uma futura falta de imparcialidade por parte dos ministros, bem como da falta de capacidade técnica destes. Gilmar Mendes foi Advogado-Geral da União no governo FHC, e a oposição de esquerda *“manifestou seu voto contrário a indicação, por entender que Gilmar Mendes poderá ser parcial em matérias que envolvam interesses de integrantes do governo e da elite econômica”* (Senado Notícias, 2002). Dias Toffoli, ponto de *“virada”* das sabatinas, também ocupara o mesmo cargo durante o governo Lula, além de ter sido advogado do Partido dos Trabalhadores. Outro ponto controvertido foi a pouca idade do candidato (42 anos), e o fato deste ter sido reprovado em dois concursos para juiz substituto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como não ter mestrado nem doutorado.

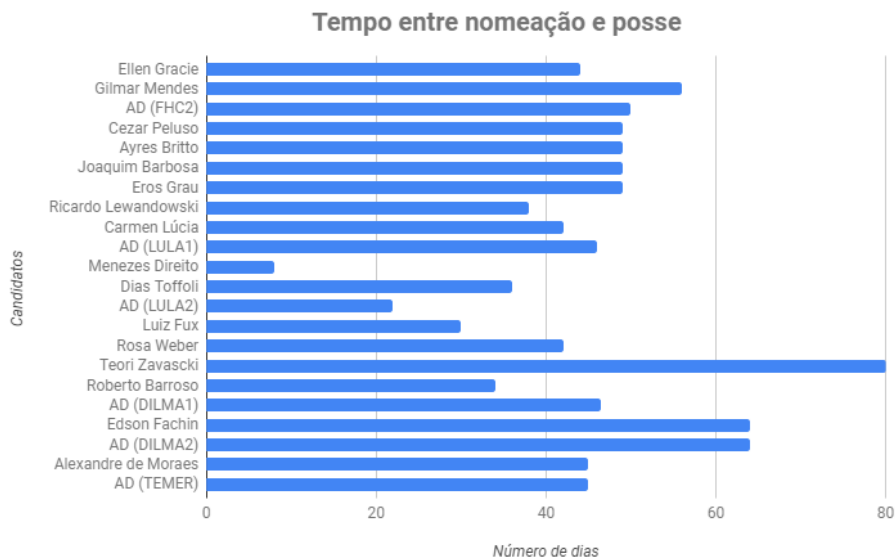
No caso de Rosa Weber, que foi indicada entre outros motivos por ser mulher e por ter um perfil mais técnico e *“discreto”*, o que pesou contra foi o apoio explícito de Carlos Araújo, ex-marido de Dilma Rousseff, e de Paula, filha do casal, à candidata. Além disso, por ter se recusado a responder nas sabatinas algumas das questões realizadas pelos senadores, seu saber jurídico foi questionado. Já no caso de Fachin e Alexandre de Moraes, como explicado anteriormente, as objeções mais relevantes foram relacionadas a ligações com partidos políticos (PT e PSDB, respectivamente).



Ao se comparar as votações contrárias aos ministros na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e no Senado, pode-se constatar um dado interessante: as indicações realizadas por presidentes considerados de centro-direita (FHC e Temer) recebem mais votos desfavoráveis na CCJ, enquanto as indicações de presidentes de centro-esquerda (Lula e Dilma) possuem maior rejeição no pleno. Isto sugere que as comissões presentes no Senado Federal podem possuir orientações ideológicas algo divergentes em relação ao pleno. Trata-se de questão que pode ser explorado com maior profundidade em outras pesquisas acerca do funcionamento do Poder Legislativo, principalmente na área da Ciência Política.



Por fim, analisa-se o tempo decorrido entre a nomeação, por parte do presidente, e a posse do nomeado. Vemos que este tempo parece diminuir no segundo mandato de Lula por conta da posse em tempo recorde de Menezes Direito, realizada oito dias após a indicação. Nos outros mandatos, este intervalo durou de 45 a 50 dias.



## 4 CONCLUSÃO

A partir dos resultados apresentados, pode-se concluir que houve uma crescente formalização e “moralização” do processo de nomeação de ministros ao STF após a indicação de José Antonio Dias Toffoli. Assim como ele, os outros ministros que tiveram as sabatinas de duração mais longa e com procedimento mais rigoroso (Rosa Weber, Luiz Roberto Barroso, Luiz Edson Fachin e Alexandre de Moraes) eram também aqueles considerados muito “comprometidos” com certas posições e nomes políticos e até mesmo vistos como “ativistas”. O conteúdo das sabatinas indica que estes traços biográficos são malvistas pela maioria dos senadores que sabatinam: a política neste caso é vista como inimiga da técnica e da imparcialidade que costumam ser esperadas dos ministros.

A análise temática das sabatinas indica a mesma preocupação com uma atuação mais “ativista” e menos deferente ao Legislativo por parte da Corte. A proeminência de temas ligados à “interação entre os Poderes” sugere que os senadores veem o STF como uma arena alternativa à democracia representativa, sendo assim uma ameaça ao poder institucional do Parlamento. As perguntas destinam-se a desvendar como será o estilo de julgamento do futuro ministro – mais deferente ou mais ativista – e a pressioná-lo a adotar a primeira posição.

Por fim, a existência de disputas políticas durante as sabatinas não implica a rejeição dos candidatos, o que reforça a hipótese de que as nomeações já estão “decididas” muito antes desse momento. O momento das sabatinas é utilizado pela oposição para “demarcar território” político e tentar influenciar a opinião pública contrariamente ao partido de situação – mas não para efetivamente informar as decisões tomadas pelo Senado neste âmbito. Portanto, apesar das tendências trazidas apontarem para um aumento de importância das sabatinas e para o fato de que elas servem para diversos fins políticos além da mera aprovação de um candidato, elas ainda não parecem ter papel decisivo no processo de nomeação.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, F. N. M. de. Análise dos tempos de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal (1945-2013). **Newsletter**: Observatório de elites políticas e sociais do Brasil, NUSP/UFPR, v. 2, n. 7, p. 1-13, 2015.

ALMEIDA, F. N. M. de. **A nobreza togada**: as elites políticas e a política da justiça no Brasil. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Türner. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, n. 255, p. 115-143, 2010.

BIANQUINI, H. **Qual o gênero do Supremo?** Diálogo institucional nas sabatinas para o STF, poder e profissionalismo. 2015. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/273\\_monografia%20heloisa%20bianquini.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/273_monografia%20heloisa%20bianquini.pdf). Acesso em 02.05.2017.

DA ROS, L.; SANTOS, A. M. Caminhos que levam à corte: carreiras e padrões de recrutamento dos ministros dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro (1829-2006). **Revista de Sociologia e Política**, v. 16, n. 30, p. 131-149, 2008.

ÉPOCA. Os onze. Reportagem. 2012. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Brasil/noticia/2012/08/os-onze.html>, acesso em 18.11.2018.

JOTA. Campanha Fachin Sim e as estratégias de disputa em uma nova arena. Artigo de opinião. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/campanha-fachinsim-e-as-estrategias-de-disputa-em-uma-nova-arena-15052015>, acesso em 18.11.2018.

PRADO, M.; TÜRNER, C. A democracia e seu impacto nas nomeações das agências reguladoras e ministros do STF. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, n. 250, p. 27-74, 2010.

SENADO NOTÍCIAS. CCJ recebe abaixo-assinado contra indicação de Alexandre de Moraes ao STF. Reportagem. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/02/20/ccj-recebe-abaixo-assinado-contra-indicacao-de-alexandre-de-moraes-ao-stf>, acesso em 18.11.2018.

SENADO NOTÍCIAS. Senado aprova indicação de Gilmar Mendes para o STF. Reportagem. 2002. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2002/05/22/senado-aprova-indicacao-de-gilmar-mendes-para-o-stf>, acesso em 18.11.2018.

SILVEIRA, D. B.; GROTH, T. R. **O processo de diferenciação funcional do Supremo Tribunal Federal:** padrão de recrutamento e carreiras políticas. In: 36º Encontro Anual da ANPOCS. Águas de Lindoia, 2012.

# JUDICIÁRIO E ACCOUNTABILITY: CONSTRUINDO LENTES PARA A ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DA INCIDÊNCIA DO JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS

Maria Luciano  
(Universidade de São Paulo)  
marialucsp@gmail.com

**RESUMO:** Este trabalho pretende apresentar contribuições à discussão do déficit de legitimidade de decisões judiciais a respeito de políticas públicas. Para tanto, realiza uma revisão de literatura para, então, propor a aproximação dos debates da “judicialização da política” e “pluralização da representação política” como caminho para se pensar um modelo teórico e analítico para estudo da incidência do Judiciário que não despreze o surgimento de novos atores sociais. Em seguida, apresenta um estudo de caso sobre a judicialização da educação infantil na cidade de São Paulo com o intuito de aprofundar essa reflexão e traçar oportunidades para eventual agenda de pesquisa.

**Palavras-chave:** Judicialização da política. Legitimidade. Representação política. Movimentos sociais. Controle societal. Accountability.

## 1 INTRODUÇÃO

O cenário que se estabeleceu após a Constituinte de 1987, notadamente com a juridificação de direitos socioeconômicos, tem demandado um novo tipo de atuação do Poder Judiciário. O constitucionalismo democrático representa uma preocupação com a efetividade de direitos fundamentais constitucionais nas diversas esferas da vida social, introduzindo, assim, princípios de justiça social na aplicação do direito (VIANNA et al., 1997). Ademais, o surgimento de novos atores sociais, que colocam em xeque a noção rígida tradicional de separação de poderes, e as novas formas de atuação de movimentos sociais assumem papel importante na disputa pela efetivação desses direitos. Nesse sentido, o estudo da relação entre direito, Poder Judiciário e atores sociais mostra-se um campo de estudos fértil.

O presente ensaio apresenta um estudo de caso com vistas a discutir o potencial teórico e analítico da *accountability* na construção da legitimidade<sup>1</sup> democrática<sup>2</sup> do Judiciário para incidir em políticas públicas.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Legitimidade, aqui, se relaciona ao título do exercício do poder e ao fundamento das decisões políticas, e assume-se que a legitimidade baseada unicamente na legalidade não é suficiente.

<sup>2</sup> Entendo regime democrático enquanto “poliarquia” na formulação de O’Donnell (1998), composto, portanto, por 10 atributos: 1) autoridades eleitas; 2) eleições livres e justas; 3) sufrágio inclusivo; 4) direito de concorrer a cargos eletivos; 5) liberdade de expressão; 6) meios alternativos de informação; 7) liberdade de associação; 8) autoridades eleitas (e alguns indivíduos indicados, como os juizes dos tribunais superiores) não devem ser destituídas arbitrariamente antes do fim de seus mandatos estabelecidos constitucionalmente; 9) os funcionários eleitos não devem estar sujeitos a restrições severas, vetos ou exclusão de certos domínios políticos por outros atores não-eleitos, especialmente as forças armadas; e 10) deve haver um território incontestado que defina claramente a população votante.

<sup>3</sup> Por demandar decisões que envolvem definição de prioridades, seleção de meios, alocação de recursos e formas de execução, assume-se que a atuação do Judiciário nesses casos seria política (TAYLOR, 2007).



A proposta é indicar, a partir da reflexão sobre um caso concreto, elementos para aprofundar essa análise. Para tanto, apresento um estudo de caso acerca das apelações articuladas pelo Grupo Interinstitucional de Educação Infantil (GTIEI) junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP).<sup>4</sup> A escolha desse caso justifica-se por (i) se tratar do primeiro caso na história do TJSP a ensejar a convocação de uma audiência pública, (ii) essas demandas terem ocasionado uma série de tentativas de conciliação intensamente discutidas; (iii) terem dado origem a um tipo de decisão que foge ao padrão decisório do Tribunal, por terem determinado o cumprimento, pela Prefeitura, de seu próprio Plano de Metas; e (iv) terem levado à criação de um Comitê de Monitoramento, experiência nunca antes vista na história do Poder Judiciário brasileiro.

A abordagem metodológica adotada para a apreensão e reconstrução da articulação política de atores sociais por trás das apelações do GTIEI é a da perspectiva orientada ao ator (POA), tal como proposta por LONG (2004). Essa abordagem foi formulada como alternativa às abordagens estruturalistas (teorias modernistas e neomarxistas), que, ao atribuírem a mudança social e o desenvolvimento a forças exógenas guiadas pela expansão do capitalismo, reduz a autonomia das pessoas e subestima formas locais de cooperação. Ela considera as pessoas como participantes ativas nos processos e capacidades de ação, permitindo a análise de como os atores sociais se enfrentam nas várias lutas por recursos, significados, controle e legitimidade institucional. A análise da argumentação jurídica das peças e da decisão emanada pelo TJSP, e do seu impacto na tripartição de poderes, extrapolam os limites deste trabalho.

A escolha do registro de análise da *accountability societal* não é trivial. As análises jurídicas sobre “judicialização de políticas públicas”<sup>5</sup> e arranjos institucionais dialógicos<sup>6</sup> são feitas, em sua

---

<sup>4</sup> O debate acerca das decisões judiciais dialógicas (aquelas que, além de proteger direitos sociais, também promovem deliberações democráticas) costuma dar-se no âmbito das Cortes Constitucionais. É interesse, entretanto, o diagnóstico apresentado por Faria (2010, p. 94): “por atuarem de modo mais próximo da sociedade, foram alguns juízes de primeira instância os que melhor perceberam a importância dessa reflexão. Foram eles os que mais cedo compreenderam como o formalismo normativista, permitindo o uso acrítico de jargões muitas vezes imprecisos e de um extenso repertório de citações latinas, torna certos segmentos da sociedade perplexos diante das atividades judiciais. No cotidiano dos escalões inferiores da Justiça, são os magistrados lotados no interior e nas periferias das regiões metropolitanas os que sofrem o choque mais direto das contradições entre o sistema jurídico-positivo e as condições reais da sociedade”.

<sup>5</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial; GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010; SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599. WANG, Daniel Wei Liang. Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

<sup>6</sup> Cf. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 38, p. 6-50, jan/jun 2011; FUNG,

maioria, pelo registro da separação de poderes. Longe de desmerecer a importância dessas análises, elas parecem ficar à margem da articulação societal e política que antecede e acompanha essas decisões.

## **2 O PODER JUDICIÁRIO EM DISPUTA: ESTADO DA ARTE DA LITERATURA**

Estudos sobre o processo decisório e formulação de políticas públicas no Brasil ainda parecem subestimar o Judiciário enquanto ator relevante na implementação de políticas, tanto do ponto de vista teórico como empírico. A literatura sobre o funcionamento do sistema político brasileiro quanto à tomada de decisão na implementação de políticas públicas divide-se, em linhas gerais, em duas correntes distintas (RIBEIRO, ARGUELHES e PEIXOTO, 2009): (i) os que defendem a “fragmentação” do sistema político brasileiro, cuja descontinuidade do nosso sistema partidário estaria associada à personalização dos processos de tomada de decisões (MAINWARING, 2001); e (ii) os que adotam a chave de análise do “presidencialismo de coalizão”, segundo o qual variáveis institucionais dos processos decisórios e capacidade de articulação política na dinâmica entre partidos dariam a configuração final às decisões tomadas pelo Executivo e Legislativo (FIGUEIREDO e LIMONGI, 1999). Ambas deixam de fora de seus modelos analíticos o Poder Judiciário como ator na tomada de decisões de políticas públicas.

Por outro lado, a literatura sobre judicialização da política e o papel político do Poder Judiciário dedica-se a compreender o Judiciário enquanto receptor de reivindicações e concentrador de interesses, negligenciando sua participação em decisões políticas. Nessas discussões, três têm sido as principais linhas de argumentação crítica à judicialização de políticas: (i) a falta de conhecimento técnico e informação dos juízes, (ii) a desigualdade gerada pela judicialização na alocação de recursos e (iii) o déficit de legitimidade democrática desse tipo de atuação dos magistrados (WANG, 2009; SILVA, 2007). Se por um lado i e ii têm sido contundentemente enfrentadas - pelos registros do direito processual, do acesso à justiça e das justiças comutativa e distributiva -, a discussão parece não avançar quanto à legitimidade desse tipo de atuação judicial (iii), ficando restrita a noções, em sua maioria formalistas, de separação de poderes.

Essa questão a respeito da legitimidade ganha ainda mais importância diante de evidências que parecem indicar o Judiciário como o “caminho” de acesso mais democrático para incidência em políticas públicas (WANG, 2009), em oposição a iniciativas em torno do Poder Legislativo e do

---

Archon; WRIGHT, Erik Olin. Deepening democracy: institutional innovations in empowered participatory governance. Londres: Verso, 2003.

Poder Executivo, compostas majoritariamente por atores com alguma trajetória política (COELHO, 2007; COELHO, 2004). Em linhas gerais, o argumento é o de que a atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como as Ações Cíveis Públicas, pode ampliar as possibilidades de incidência para um grupo maior de atores sociais - contrapondo-se a iniciativas como conselhos consultivos e deliberativos, nas quais o acesso ocorre, majoritariamente, por atores com tradição de mobilização política.

Permanece em aberto, assim, a questão acerca dos mecanismos pelos quais preferências políticas se agregam e são expressas ou transformadas no âmbito do Poder Judiciário até que atinjam sua forma definitiva em decisões judiciais.

Ademais, a emergência de novos atores sociais também trouxe desafios às agendas que inicialmente constituíram a sociologia jurídica no Brasil, quais sejam o direito alternativo e o pluralismo jurídico. Se em SANTOS (1977, p. 5-125) o direito produzido pelos moradores de “Pasárgada” estava à margem do direito estatal, e no movimento do direito alternativo objetivou-se produzir novas interpretações jurídicas por dentro do sistema jurídico e por seus próprios operadores (CARDOSO e FANTI, 2013, p. 238), OLIVEIRA (2003, p. 219-220) redefiniu esse campo ao apontar uma nova agenda na qual as lutas sociais se dariam mais por um movimento de reconhecimento e integração ao sistema jurídico do que por uma “alternatividade” ou “pluralismo”. Assim, a emergência de novos atores sociais, juntamente com as mudanças estruturais do capitalismo e das funções estatais ocorridas no contexto da construção do Estado Providência,<sup>7</sup> parecem “desencadear a perda de legitimidade das instituições tradicionais e a articulação de novos canais de consenso social” (CAMPILONGO, 1994, p. 117), e exigir novos contornos a noções como separação de poderes, estado de direito e independência judicial.

### **3 “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA” E “PLURALIZAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA”: UMA PROPOSTA DE APROXIMAÇÃO**

Avanços no endereçamento do problema do déficit de legitimidade de decisões judiciais que incidem em políticas públicas parecem perpassar as discussões sobre (i) a insuficiência do modelo representativo eleitoral, e (ii) o surgimento de novos atores sociais, conduzindo a relação entre Estado e sociedade a novos caminhos. Diante disso, proponho uma aproximação

---

<sup>7</sup> Trata-se de um processo de “juridificação”, i. e. de expansão e proliferação de normas destinadas a regulamentar a vida social e as burocracias no âmbito do Estado Providência. “Esse processo reflete um importante processo de transformação do direito, que passa progressivamente a ser funcionalizado e instrumentalizado para alcançar objetivos de política pública, com todos os problemas de legitimidade, eficácia e controle social que passam a afetar as ordens jurídicas, até então tratadas pelos juristas como sistemas coerentes e íntegros” (COUTINHO, 2013, p. 07).

entre os estudos dedicados à “judicialização da política”<sup>8</sup> e aqueles dedicados à “pluralização da representação política”. Essa escolha não é arbitrária.

Em primeiro lugar, ambas as discussões parecem partir de um cenário de crise da representação política, no qual existem dúvidas quanto à legitimidade de partidos políticos e representantes eleitos, enquanto agentes de representação de interesses, em corresponder às demandas societárias. O declínio no comparecimento eleitoral, a desconfiança dos cidadãos com relação às instituições políticas e o esvaziamento dos partidos políticos são apontados como evidências dessa crise (ALMEIDA, 2008).

Juntamente com o constitucionalismo democrático e a institucionalização da independência do Judiciário em relação aos demais poderes, o acionamento judicial com a finalidade de se obter resultados não alcançados pela ação do Executivo e do Legislativo é outra variável que TATE e VALINDER (1995) consideram para qualificar o movimento de judicialização da política. Além disso, a ineficácia das instâncias majoritárias de formação da vontade política é descrita como uma das condições políticas necessárias, ainda que não suficiente, para a judicialização por TATE (1995) em estudo comparado entre diversos países. Essa ineficácia se materializaria na ausência ou insuficiência de políticas públicas acertadas na arena política e na incompetência dos partidos políticos em conduzir negociações dentro do Parlamento. A crise de governabilidade daí decorrente paralisaria os processos decisórios, incentivando demandas ao Poder Judiciário.

Esse contexto incentivaria o surgimento de novos atores societais, para suprimir esse vazio deixado pelo sistema representativo eleitoral, e o uso do Judiciário como espaço de disputa e incidência em políticas por aqueles que não se vêem representados por seus representantes.

Em segundo lugar, o endereçamento dos déficits de legitimidade na atuação política parecem guiar as duas discussões. Por um lado, a proliferação de inovações democráticas nas últimas décadas - a exemplo dos conselhos consultivos e deliberativos, dos orçamentos participativos, das iniciativas de acesso à informação e das campanhas de jornalismo investigativo - desafiam a tradicional associação entre representação política e autorização eleitoral. Essas experiências, por si só, parecem apontar indícios de uma nova forma de legitimação do poder político pelo direito. Por outro, conforme já apontei acima, a principal crítica ao fenômeno da judicialização da política é o déficit de legitimidade de juízes não eleitos.

---

<sup>8</sup> Entendo por “judicialização da política” o alargamento da discricionariedade e das esferas de ação pública do Judiciário sobre as esferas do Legislativo e as do Executivo (FARIA, 2004, p. 131).

Nesse cenário, as categorias de controle societal e accountability têm sido mobilizadas pela teoria democrática. No plano teórico, como uma forma de autorização implícita - pois não pautada no voto - a uma representação presuntiva:

“Se o controle por parte dos eventuais beneficiários implica o conhecimento da representação presuntiva exercida em seu nome, a reiteração ou renovação do controle supõe reconhecimento, confere legitimidade e permite pensar em uma espécie de autorização implícita” (LAVALLE e ISUNZA, 2011, p. 129).

Já no plano analítico, elas têm sido utilizadas para captar a ampliação de instituições de governança, transparência, controles democráticos e accountability, “cujos sentidos são sempre mais restritivos em relação à carga normativa inerente à ideia de ‘participação’”, ainda que a escolha pelo termo “controle social” não implique no abandono daquela carga normativa (LAVALLE e ISUNZA, 2010, p. 21).

Nas discussões a respeito do Judiciário, por sua vez, os argumentos de que sua legitimidade enquanto órgão não-eleito repousaria em sua independência, no exercício de sua função especializada a partir de regras de funcionamento e em sua cientificidade parecem não dar conta, no cenário brasileiro, do regime jurídico inaugurado com a Constituição de 1988. Eles tendem “a sobrepujar mecanismos de prestação de contas e de responsabilização, assim como afastar o escrutínio político e social da tomada de decisão (legitimidade enquanto procedimento)” (DURAN, 2012, p. 68). Também não parecem compreender o surgimento de novos atores societais e suas demandas por participação política:

“Se o movimento operário obrigou o Parlamento a se abrir à democracia de massas, os chamados ‘novos movimentos sociais’ obrigaram o próprio Estado a se abrir à participação e à negociação de políticas públicas antes apresentadas como ‘técnicas’ e, portanto, ‘neutras’ ” (NOBRE & RODRIGUEZ, 2011, p. 07).

A seguir, procurarei dar maior concretude a essas ideias por meio da análise de um caso paradigmático em matéria de incidência judicial em políticas públicas.

#### **4 ESTUDO DE CASO: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE EDUCAÇÃO INFANTIL EM SÃO PAULO<sup>9</sup>**

Desde 2005, o Judiciário paulista consolidou um padrão decisório para causas de educação infantil, estimulado por uma mudança jurisprudencial no STF.<sup>10</sup> O Tribunal reconhece desde então

---

<sup>9</sup> Os trechos das entrevistas utilizadas nesta seção foram retiradas das transcrições anexadas a CORRÊA (2014).

<sup>10</sup> Paradigmático acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 410.715/SP, julgado em 22 de novembro de 2005, no qual o voto condutor do Ministro Celso de Mello determinou a obrigatoriedade de prestação de serviço de educação também para o ensino infantil. Naquele momento a Constituição ainda não determinava tal obrigatoriedade, que surgiu em nosso ordenamento a partir da Emenda Constitucional nº 53 de 2006. Segundo argumentou o Ministro no acórdão, o Poder Judiciário não poderia se eximir do encargo de tornar efetivos os direitos sociais. Seria legítimo, portanto, o Judiciário intervir naqueles casos em que os órgãos estatais competentes descumprissem seus encargos

o direito subjetivo público de crianças de 0 a 5 anos a frequentar creche ou pré-escola. Decisões em ações individuais ou individuais homogêneas determinavam a matrícula de crianças identificadas. Com a organização da demanda não atendida pelo direito em uma fila, as decisões tinham por consequência, na maior parte das vezes, a simples mudança da ordem na fila de espera. O Judiciário passou a não ser capaz de, efetivamente, ampliar a garantia desse direito para a população. No máximo, oferecia a antecipação do atendimento para aqueles que o procuravam. Quanto a ações que articulavam o direito à educação infantil de uma perspectiva coletiva ou difusa, a resposta era majoritariamente negativa (RIZZI & XIMENES, 2014).

Entre 2005 e 2008, foram assinados seguidos Termos de Ajustamento de Conduta entre a administração municipal e o Ministério Público (MP), que deixaria de promover novas ações judiciais ou de executar as sentenças já obtidas, desde que fossem criadas cerca de 15 mil novas vagas por ano. Em 2009, no entanto, devido à criação de vagas sem garantia de qualidade e à negativa do Município em assumir compromissos relacionados a critérios qualitativos de atendimento da demanda, o MP voltou a propor ações judiciais.

Em 2007, organizações da sociedade civil iniciaram ações judiciais com o objetivo de alterar esse padrão decisório e, por meio do litígio estratégico, impulsionar tanto a atuação do sistema de justiça como as políticas públicas educacionais. Dois recursos<sup>11</sup> no âmbito do TJSP tornaram-se paradigmáticos, funcionando como espaço de diálogo e negociação interinstitucional. Estes casos se destacam dos demais por terem sido precedidos de uma grande articulação e planejamento das entidades litigantes, dando origem a uma audiência pública, a diversas audiências de conciliação e a uma decisão que foge ao padrão de atuação do Judiciário em políticas públicas no Brasil. Tais ações civis públicas foram propostas pela ONG Ação Educativa em nome de organizações que compõem o “Movimento Creche para Todos”, com o objetivo de atender as crianças de 0 a 5 anos e 11 meses em instituições de educação infantil, bem como a apresentação de plano para a ampliação da oferta de vagas com base nos parâmetros no Plano Nacional de Educação. Em abril de 2013, a Câmara Especial do TJSP convocou uma audiência de conciliação. Diante disso, o GTIEI e os autores dessas ações civis públicas ofereceram a proposta de uma audiência pública, realizada em agosto de 2013 com mais de 40 entidades. Em dezembro de 2013, a Câmara julgou a ação parcialmente procedente e determinou a obrigação do Município de criar 150 mil vagas em

---

político-jurídicos, comprometendo a eficácia dos direitos sociais. O Executivo, segundo a decisão, teria sua discricionariedade limitada pelos termos da Constituição.

<sup>11</sup> A primeira ação, proposta no Foro Regional de Santo Amaro no ano de 2008, é a Apelação de nº 0150735-64.2008.8.26.0002 da Comarca de São Paulo, que tem como relator o Desembargador Samuel Jr. A segunda ação foi proposta no Foro Regional do Jabaquara no ano de 2010 e deu origem ao Agravo Regimental nº 0018645-21.2010.8.26.0003/50000, também de relatoria do Desembargador Samuel Jr.

educação infantil. A decisão também determinou a criação de um Comitê de Monitoramento na Coordenadoria da Infância e Juventude do TJSP, para acompanhar o plano de ampliação de oferta de vagas e as respectivas construções de unidades.

#### **4.1 Da articulação de diversas entidades até a decisão**

A ONG Ação Educativa foi fundada em 1994, mas foi apenas no ano de 2004 que criou o programa “Ação na Justiça”, que tem por objetivo promover a exigibilidade jurídica do direito à educação, com atuação direta no Poder Judiciário. Em 2007, a Ação Educativa foi procurada por membros do Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (CDHEP) para tratar da demanda por educação infantil. O CDHEP era bastante procurado pela população que queria obter vagas em creches e pré-escolas, e encaminhava tais pessoas para a Prefeitura.

Tendo em vista a demanda por vagas, CDHEP entrou em contato com representantes da Ação Educativa e também se articularam com outras entidades da zona sul. Juntas, essas entidades sem fins lucrativos passaram a compor o *Movimento Creche para Todos: Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação*; Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares; Casa dos Meninos; Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (CDHEP); e Associação Internacional de Interesses à Humanidade Jd. Emílio Carlos e Irene. O Movimento apresentou petições administrativas para a Prefeitura: primeiro para a Diretoria Regional de Educação, e depois para a Secretaria Municipal de Educação. Apesar de terem feito reuniões, nenhuma das respostas apresentadas pela Prefeitura foi considerada satisfatória.

A primeira iniciativa do Movimento perante o Judiciário foi um mandado de segurança (MS) pedindo a publicação dos dados da demanda não atendida por creches e pré-escolas e o número de matrículas. Segundo Ester Rizzi, advogada da Ação Educativa, “a gente impetrou o mandado de segurança, fizemos uma divulgação para a imprensa e teve uma notícia no UOL, e em seguida, eles [a Prefeitura] publicaram os dados. (...) Enfim, perdeu o objeto e foi extinto o MS. Eles [a Prefeitura] pararam de publicar novamente”. O Movimento impetrou outro MS, desta vez negado por falta de legitimidade ativa.

O Movimento passou para a estratégia de judicializar a questão por meio de uma ação civil pública, pedindo a publicação dos dados da demanda não atendida, a exigência de formulação pela Prefeitura de um Plano de Expansão para a cidade, e a construção de novas unidades de ensino infantil. Esta ação foi extinta sem julgamento do mérito, sob o argumento de que se tratava de pedido impossível e genérico, violando a separação de Poderes por ingerência do Poder Judiciário na discricionariedade do Poder Executivo. Todavia, argumentou que, se os pedidos



fossem individualizados, a ação poderia ser concedida mesmo que fosse coletiva. O Movimento, portanto, não tinha como estratégia inicial ações coletivas com pedidos individuais homogêneos. Ainda em 2008, o Movimento ajuizou uma segunda ação, dessa vez com pedidos individuais homogêneos, requerendo que 943 crianças fossem matriculadas e tivessem seu direito à educação infantil garantido, além de solicitar a publicação das demandas não atendidas. Essa ação foi julgada procedente e transitou em julgado no ano de 2012. Depois de todos os recursos, a sentença foi executada e deu origem a duas ações de indenização em nome de famílias que estavam listadas na ação, por terem ficado três anos esperando pelas vagas e nunca efetivamente as obterem. De acordo com Rizzi, “uma manifestação na porta da prefeitura ou na porta da diretoria regional de educação tem um impacto X, mas uma ação judicial tem um impacto na mídia, um impacto de comunicação muito maior. Então, de fato, as organizações eram muito mais procuradas no momento da entrada da ação judicial. E a gente estimulava isso. A gente fazia release de imprensa e enviava”. Em 2009 o Movimento se ampliou de instituições apenas da zona Sul para toda a cidade.

Enquanto isso, o advogado Rubens Naves já possuía uma história de militância no tema da educação desde 1990, e seu interesse o levou à aproximação do Movimento Creche para Todos. Sua sugestão inicial era que fizessem uma espécie de mutirão para entrar com milhares de ações contra a Prefeitura de São Paulo, com o objetivo de pressioná-la a apresentar uma política pública mais clara para o fornecimento do direito à educação infantil. Porém, conversando com a Ação Educativa, o advogado descobriu que já havia inúmeras ações individuais e que algumas ações coletivas já estavam em sede de recurso perante o TJSP.

Diante disso, o advogado convidou os atores litigantes para o diálogo, que acabou por dar origem a um grupo de trabalho comum. Ele chamou a Ação Educativa para formarem um grupo de pensamento conjunto sobre a questão, que por sua vez convidou a Defensoria Pública e o Ministério Público. Fez parte do grupo também o movimento Nossa São Paulo. Essas instituições passaram a compor um grupo de trabalho interinstitucional para discutir questões relacionadas à educação infantil no Município. O Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Educação Infantil (GTIEI) não teve criação formal, foi apenas uma reunião de esforço de membros dessas instituições, que começou no ano de 2012. Primeiro o grupo fez uma avaliação sobre o que estava sendo feito por cada uma dessas entidades e sobre o sucesso ou não de cada estratégia. Em um segundo momento, o Grupo instituiu um programa de trabalho para criar alternativas para solucionar essa questão, principalmente em termos processuais.



Segundo a advogada Mariana Kiefer Kruchin, do escritório Rubens Naves Santos Jr. Advogados, o desejo de alterar a estratégia de atuação na judicialização, bem como um parecer elaborado em conjunto entre o escritório e a Ação Educativa, foi o que deu início ao Grupo. Esse parecer consolidava toda a reflexão do Grupo acerca da obrigatoriedade do Município de cumprir as normas constitucionais, utilizando inclusive argumentos de direito comparado e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Além disso, o parecer propôs um novo modelo de justiciabilidade para que o problema fosse resolvido de uma só vez. Esse parecer foi um importante passo para a padronização do discurso do Grupo e para sua estratégia de articulação.

No ano de 2013, já com todas as informações em mãos, os membros do Grupo viram nas duas ações propostas pelo movimento Creche Para Todos, que estavam em curso e seriam julgadas pelo TJSP, uma boa oportunidade para atuarem diante do Poder Judiciário. Havia, naquele momento, um forte sentimento de que aquelas ações não seriam concedidas porque os pedidos haviam sido formulados de maneira genérica. O Grupo iniciou, então, uma conversa com o desembargador responsável pelo caso para explicar que havia feito esse estudo e que gostariam de ter a oportunidade de explicar ao Poder Judiciário a situação da educação infantil no Município de São Paulo, a questão da ineficácia do modelo de litigância tradicional e a possibilidade de um novo modelo. Dessa “conversa” convocou-se a Audiência Pública e proferiu-se a decisão<sup>12</sup> já mencionadas. Para o advogado Rubens Naves, “esse foi o momento principal que o Desembargador Samuel Jr., atendendo a um apelo nosso, transformou o julgamento em diligência e realizou uma Audiência Pública (...)”.

As narrativas dos atores apresentam elementos institucionais variados: os elementos de desenho institucional não são um dado estático, mas estão em constante transformação ou criação, em parte devido à própria mobilização social. A inovação da decisão do TJSP não se deu por conta dos arranjos institucionais do Tribunal (que continuaram os mesmos), nem por uma mudança na cultura jurídica dominante (ainda formalista), mas sim pela atuação estratégica de atores sociais engajados no tema. Parece ter se tratado, portanto, de um exemplo de controle societal.

---

<sup>12</sup> Sucintamente, a decisão dispõe que a reserva do possível não poderia ser oposta ao mínimo existencial à dignidade humana. Reconhece, ainda, a dificuldade acerca da necessidade de se conseguir terrenos vagos na cidade de São Paulo, mas contra este argumento diz que os recursos previstos para a educação não foram totalmente gastos nos anos de 2007 e 2008. Neste ponto, entrevista com a Secretaria de Educação informou que foi ideia da própria Prefeitura o acompanhamento semestral das entidades sobre o avanço da política pública por meio de relatórios. Isso porque a Prefeitura entende que, desta forma, as entidades da sociedade civil e os órgãos de litigância do Estado perceberiam a existência efetiva de vontade política, assim como as dificuldades e gargalos enfrentados. Finalmente, é digno de nota o fato de a decisão entender desnecessária a determinação de penalidades para o descumprimento das obrigações, deixando aberta a possibilidade de fixação futura de astreintes pelo juiz.

Segundo PITKIN (2006), a diferença entre um governo representativo e um governo que representa é justamente o controle que os representados podem ter sobre o primeiro. Se transpusermos essa ideia para o Judiciário, poderíamos dizer que, mesmo se considerarmos que os juízes e suas decisões representam nossos interesses, não é possível dizer que eles são representativos. Em uma sociedade democrática e representativa, uma condição de legitimidade é a deliberação e o diálogo institucional por meio de uma razão ou racionalidade pública. A demanda argumentativa, em uma cultura política preocupada em discutir justificativas por trás de decisões coletivas, se aplica a todas as instituições.

## 5 CONCLUSÃO

O estudo de caso apresentado pretendeu ilustrar alguns dos ganhos teóricos e analíticos do uso das categorias de controle societal e accountability para avançar nas discussões acerca da legitimidade de decisões judiciais em políticas públicas.

A ideia é contribuir para a integração de atores societais e movimentos sociais aos estudos do Poder Judiciário. Afinal, esses atores não apenas adotam o Poder Judiciário como arena de disputa ao utilizarem o direito e suas instituições para promover suas demandas, como também desafiam o direito, atuando à sua margem de maneira não institucionalizada. Assim, ao traduzir uma demanda social em uma demanda jurídica, as disputas deslocam-se do campo político também para o campo processual, demandando justificação e argumentação.

Deixar de compreender isso significa não compreender grande parte dos processos decisórios em políticas públicas no Brasil. Trata-se de questão importante para se compreender melhor as democracias contemporâneas, nas quais o Judiciário tem assumido um papel cada vez mais central.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Debora Cristina Rezende de. **Representação Política**: reflexões a partir da prática da sociedade civil nos conselhos de políticas. 2008. 32º Encontro Anual da ANPOCS, Caxambu.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In José Eduardo Faria (org.), **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**, São Paulo: Malheiros, 1994.

CARDOSO, Evorah Lusci; FANTI, Fabiola. **Movimentos Sociais e Direito: O Poder Judiciário em Disputa**. In: GONÇALVES SILVA, Felipe; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Manual de Sociologia Jurídica. São Paulo: Saraiva, p. 237-254, 2013.

COELHO, Vera Schattan P. A Democratização dos Conselhos de Saúde: o paradoxo de atrair não-aliados. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 78, p. 77-92, 2007.

COELHO, Vera Schattan P. Conselhos de saúde enquanto instituições políticas: o que está faltando? In Vera Schattan P. Coelho e Marcos Nobre (org.), **Participação e Deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo**, São Paulo: 34, 2004.

CORRÊA, Luiza Andrade. **A judicialização da política pública de educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, E.; FARIA, C.A. **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 181-200.

DURAN, Camila Villard. **A moldura jurídica da política monetária: um estudo de caso**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_; CAMPILONGO, Celso F. **A Sociologia Jurídica no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: Notas para uma Avaliação da Justiça Brasileira. In: Faria, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 94.

FIGUEIREDO, Argelina Maria Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro/São Paulo: FGV/FAPESP, 1999.

LAVALLE, Adrian Gurza, ISUNZA VERA, Ernesto. **A Trama Da Crítica Democrática: Da Participação À Representação E À Accountability**. São Paulo, Lua Nova, n. 84, 2011, p. 353–364.

LAVALLE, Adrian Gurza; ISUNZA VERA, Ernesto. Precisiones conceptuales para el debate contemporáneo sobre la innovación democrática. In: LAVALLE, Adrian Gurza. **La innovación democrática en América Latina: tramas y nudos de la representación, la participación y el control social**. México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social – Universidad Veracruzana, 2010, p. 17-82.

LONG, Norman. **Development Sociology – Actor perspectives**. London and New York: Routledge, 2004.

MAINWARING, Scott. **Sistemas partidários em novas democracias: o caso do Brasil**. Rio de Janeiro/ Porto Alegre: FGV/ Mercado Aberto, 2001.

NOBRE, Marcos; Rodriguez, José Rodrigo. "**Judicialização da política**": déficits explicativos e bloqueios normativistas. *Novos Estudos*, n. 91, 2011, p. 5-20.

OLIVEIRA, Luciano. **Pluralismo jurídico y derecho alternativo en Brasil: notas para un balance**. In García Villegas, Mauricio; Rodríguez, César (Eds.). *Derecho y Sociedad en América Latina: un*

debate sobre los estudios jurídicos críticos. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2003, p. 199-221.

O'DONNELL, Guillermo. **Poliarquias e a (In)efetividade da Lei na América Latina**. Revista Novos Estudos, n. 51, 1998, p. 37-61.

PITKIN, Hanna. **The concept of representation**. Berkley: University of California Press. 2006.

RIBEIRO, Leandro M., ARGUELHES, Diego W., PEIXOTO, Vítor de Moraes. **Processo decisório, Judiciário e Políticas Públicas: levando a decisão judicial a sério**. Workshop de Pesquisadores da FGV Direito Rio, 2009.

RIZZI, Ester, XIMENES, Salomão. **Litigância estratégica para a promoção de políticas públicas: as ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo**. In: FRIGO, Darci; PRIOSTE, Fernando; ESCRIVÃO FILHO, Antônio Sérgio (Org.). Justiça e Direitos Humanos – Experiências de assessoria jurídica popular. Curitiba: Terra de Direitos, p. 105-127, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada**. In: SOUTO, Cláudio e Falcão, Joaquim (orgs.). Sociologia e Direito. São Paulo: Pioneira, p. 87-95, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Taking from the poor to give to the rich: the individualistic enforcement of social rights**. Disponível em <<http://www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Prof.%20Virgilio%20Afonso>>. Acesso em 10 set. 2018.

TATE, C. Neil. **Why the Expansion of Judicial Power?** In: The Global Expansion of Judicial Power. New York : New York University, 1995.

TAYLOR, Matthew. **O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil**. Dados – Revista Brasileira de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, p. 229-257, 2007.

VALLINDER, T.; TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics**. New York: New York University, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, M. Alice R.; MELO, Manuel P. C.; BURGOS, Marcelo B. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WANG, Daniel. **O Poder Judiciário e participação democrática nas políticas de saúde**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo.



**GP2**

# **NOVAS PERSPECTIVAS PARA A TEORIA DOS SISTEMAS: TEORIA CRÍTICA E ORGANIZAÇÕES**

Coordenação:

Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho (PUC-SP)

Prof. Dr. Marco Aurélio Florêncio Filho (UPM)

Prof. Dr. Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros (UNIP/USP)

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni (FDSM)

Prof. Dr. Lucas Fucci Amato (IDP/USP)



# DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL: AS INJUSTIFICÁVEIS RAÍZES DE AUSÊNCIA DO DEBATE CRÍTICO

*Douglas de Castro*  
(Foundation for Law and International Affairs)  
dougcastro@gmail.com<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este trabalho pretende apresentar o debate que é feito do direito internacional a partir de uma perspectiva crítica adotada pelo movimento acadêmico conhecido como *Third World Approaches to International Law* (TWAIL). O TWAIL desafia as bases teóricas e práticas do direito internacional ao traçar as suas bases na expansão imperial europeia e colonização do Terceiro Mundo até as formas mais modernas de submissão imbricadas no universalismo e racionalismo que permeiam as instituições internacionais, desse modo, propagando a exclusão de visões de mundo que não se alinhem àquelas predominantes nos espaços tradicionais de produção do direito internacional. O argumento central deste trabalho é que os debates críticos do direito internacional são inexistentes, fazendo com que o seu ensino seja uma mera propagação de ideais Europeus e Cristãos e carente de reflexão a partir das experiências vividas pelo Brasil. A metodologia adotada é hipotético-dedutiva e a técnica de pesquisa a análise de redes com o auxílio dos softwares *Publish or Perish* e *VOSViewer*.

**Palavras-chave:** Direito internacional. Ensino. TWAIL.

## 1 INTRODUÇÃO

A despeito das profundas diferenças culturais existentes entre os povos latino-americanos, o seu encontro com as potências imperiais europeias deixaram marcas profundas e pode ser considerado um dos seus traços comuns. Os processos de resistência contra a dominação física e descolonização na América Latina não tiveram a força libertadora esperada (MIGNOLO, 2017; MORAÑA, DUSSEL, & JÁUREGUI, 2008).

A formação de instituições internacionais no século XX ocorre em um cenário ainda marcado pelo imperialismo (PAHUJA, 2011). Conforme estabelece Young (2016, p. 27), o imperialismo é o exercício de poder

[...] either through direct conquest or (latterly) through political and economic influence that effectively amounts to a similar form of domination: both involve the practice of power through facilitating institutions and ideologies.

Para manter a base racional e a legitimação da lógica de dominação imperial, a linguagem intencional do direito internacional é fundamental (KOSKENNIEMI, 2006). Como forma de resistência ao universalismo e racionalismo do direito internacional, surgem abordagens críticas com o objetivo de apresentar alternativas que possam incluir outras visões de mundo, especialmente aquelas compartilhadas por países do Sul Global (OKAFOR, 2008). Dentre estas

---

<sup>1</sup> Visiting Scholar na *Foundation for Law and International Affairs* (Washington D.C.). Pós-doutor pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Doutor em Ciência Política pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. LL.M. em Direito Internacional pela Brigham Young University. Professor de Direito Internacional e Relações Internacionais na Universidade Paulista. Pesquisador do Núcleo de Direito Global da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Advogado no Cerqueira Leite Advogados (CLA). E-mail: [dougcastro@gmail.com](mailto:dougcastro@gmail.com).

abordagens se destaca o TWAIL, cuja premissa básica é a de que o “[...] regime of international law is illegitimate” (MUTUA; ANGHIE, 2000, p.31).

No entanto, observa-se das evidências empíricas que a abordagem do TWAIL não ressoa no ensino do direito internacional no Brasil. Iniciativas pontuais no sentido de introduzir e fomentar o debate crítico sobre o direito internacional não chega aos cursos de direito, alcançando somente algumas agendas de pesquisa e debates críticos já existentes em outras áreas das Ciências Sociais. Como consequência direta desta ausência, o ensino do direito internacional fica restrito aos debates sobre atores e fontes reproduzidos nos manuais de direito internacionais, que por sua vez reproduzem aqueles que são produzidos nos espaços tradicionais do direito internacional.

Neste sentido a reflexão crítica sobre o direito internacional se perde nas exigências curriculares e mercadológicas. É neste sentido que o presente trabalho busca se situar: provocar a reflexão acerca do ensino do direito internacional no Brasil. Para tanto, apresenta-se a seguir um panorama do debate crítico sobre o direito internacional que é feito no âmbito da agenda de pesquisa do TWAIL e como a propagação de sua ideias e preceitos encontram ressonância no Sul Global (mais especificamente na América do Sul por estarmos tratando do Brasil como o caso central).

## **2 DIREITO INTERNACIONAL – ABORDAGENS, EXPERIÊNCIAS E ENSINO**

Nesta parte do trabalho apresentaremos as dimensões teóricas e empíricas. Na primeira parte, os preceitos básicos do movimento TWAIL serão descritos como forma de introduzir ao leitor às ideias desta agenda de pesquisa e a sua forma de contribuição para uma reflexão crítica do direito internacional. Na segunda parte, utilizando o modelo de propagação de ideias pela fenomenologia e retórica de Davis (1986), explicaremos a como estas ideias e debate chegaram na América do Sul e Brasil.

### **2.1 Third World Approaches to International Law – instância de resistência**

A base racional de nascimento do TWAIL é diferença epistemológica e ontológica de visão do direito internacional entre os países do Norte e Sul Global, especialmente após as experiências desastrosas nas décadas de 1980 e 1990 com as instituições financeiras mundiais dominadas pelas grandes potências (CASTRO, 2017).

As noções de imperialismo colonialismo são essenciais para uma melhor compreensão da dimensão de resistência que o TWAIL possui. Young (2016, p.16) apresenta o conceito de imperialismo, que inclusive nos auxilia a distingui-lo do colonialismo:

The term 'empire' has been widely used for many centuries without, however, necessarily signifying 'imperialism'. Here a basic difference emerges between an empire that was bureaucratically controlled by a government from the centre, and which was developed for ideological as well as financial reasons, a structure that can be called imperialism, and an empire that was developed for settlement by individual communities or for commercial purposes by a trading company, a structure that can be called colonial.

Assim, para Young (2016, p.27) o exercício de poder imperialista é feito “[...] either through direct conquest or (latterly) through political and economic influence that effectively amounts to a similar form of domination: both involve the practice of power through facilitating institutions and ideologies.” Com isso, o argumento apresentado por Castro (2017) se sustenta e conduz ao ponto central do debate que é feito no TWAIL.

No plano do sistema internacional, nasce uma retórica dos Estados que constitui uma luta ideológica promovida para justificar a expansão europeia no período das grandes navegações sob o argumento missão civilizadora, que ainda é utilizado em nossos dias pelas grandes potências mundiais. O racional utilizado para a continuidade desta expansão é a ideia dos valores e verdades universais que a lei natural impõe a todos. Segundo Immanuel Wallerstein, o apelo ao universalismo assume três formas básicas em nossos dias: a política seguida pelos líderes ocidentais defende os direitos humanos e a democracia; há um choque civilizacional; e a economia de mercado é a única alternativa para o desenvolvimento, restando somente aos governos aceitar (WALLERSTEIN, 2004; ESCOBAR, 2004).<sup>2</sup> A este respeito Young (2003, p. 3) confirma:

When national sovereignty had finally been achieved, each state moved from colonial to autonomous, postcolonial status. Independence! However, in many ways this represented only a beginning, a relatively minor move from direct to indirect rule, a shift from colonial rule and domination to a position not so much of independence as of being independence. It is striking that despite decolonization, the major world powers did not change substantially during the course of the 20th century. For the most part, the same (ex-)imperial countries continue to dominate those countries that they formerly ruled as colonies. The cases of Afghanistan, Cuba, Iran, and Iraq, make it clear that any country that has the nerve to resist its former imperial masters does so at its peril. All governments of these countries that have positioned themselves politically against western control have suffered military interventions by the west against them.

Neste sentido, observa-se que a imposição desta ideologia passa a ser fundamental para garantir a realização do interesse nacional dos Estados pela via expansionista, ao mesmo tempo que consolida a ideologia nas instituições internacionais para garantir que sua legitimidade possua bases científicas e racionais. Portanto, trata-se de um processo político intencional que encontra

---

<sup>2</sup> Neste artigo procuramos utilizar uma literatura que está associada a agendas pós-coloniais, decoloniais, dentre outras, no entanto, não apontamos as diferenças aqui em razão de restrição de espaço. Para uma maior compreensão: BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. *Novos estudos jurídicos*, Itajaí, v. 19, n. 1, p. 201-230, 2014; ESCOBAR, Arturo. *Mundos y conocimientos de outro modo: el programa de investigación de modernidade/colonialidad latinoamericano*. Tabula Rasa, Bogotá, n. 1, p. 51-86, jan./dez. 2003.



resistência fora dos círculos pan-europeus que precisar ser ultrapassada. Esta retórica se modificou pouco desde o século XIV: *The best defense of our security lies in the spread of our values. But we cannot advance these values except within a framework that recognizes their universality. If it is a global threat, it needs a global response, based on global rules.*<sup>3</sup>

A universalização proposta, diferentemente do que se pode imaginar, exclui cada vez mais os países em desenvolvimento de uma ordem internacional mais justa em termos de distribuição de riquezas, o que gera instabilidade permanente, o que vale dizer que a promoção do desenvolvimento baseada na estrutura de dominação Norte-Sul tem o condão de gerar maior insegurança econômica para o sistema, portanto, fazendo com que todos caiam numa espiral de insegurança e paranoia que aumentará a cada tentativa de sair dela.<sup>4</sup>

De forma mais contundente, Mutua e Anghie (2000, p.31) explicam a relação entre o imperialismo e o direito internacional e como ela se manteve ao longo da história, a despeito das mudanças das narrativas:

The regime of international law is illegitimate. It is a predatory system that legitimizes, reproduces and sustains the plunder and subordination of the Third World by the West. Neither universality nor its promise of global order and stability make international law a just, equitable, and legitimate code of global governance for the Third World. The construction and universalization of international law were essential to the imperial expansion that subordinated non-European peoples and societies to European conquest and domination. Historically, the Third World has generally viewed international law as a regime and discourse of domination and subordination, not resistance and liberation.

Observa-se então a formação do direito internacional e a sua utilização de forma instrumental pelas grandes potências e as instituições por elas formadas. Para Mattei (2013, p. 268) no livro *Plunder-When the Rule of Law is Illegal*, o processo de construção da lógica do direito internacional é a seguinte:

The rhetorical artifice used in the process of curbing deviant behavior and claiming, as universal and inevitable, the Western modalities of social organization and economic development centered on individualism and social fragmentation, is usually an explicitly juridical concept: "international human rights." In the interests of these rights, a doctrine of "limited sovereignty" has threatened the traditional nature of international law as a decentralized system based on territoriality and has advocated the need for decentralization in order to make it more like any other West national legal system.

---

<sup>3</sup> Trecho do discurso proferido por Tony Blair em 5 de março de 2004. Ver texto integral em: <http://www.britishpoliticalspeech.org/speech-archive.htm?speech=282>. Acesso em: 29/11/2018.

<sup>4</sup> Na teoria da Relações Internacionais esta espiral de fenômenos na busca da segurança individual de cada estado chama-se dilema de segurança. *The lack of an international sovereign not only permits wars to occur, but also makes it difficult for states that are satisfied with the status quo to arrive at goals that they recognize as being in their common interest. Because there are no institutions or authorities that can make and enforce international laws, the policies of cooperation that will bring mutual rewards if others cooperate may bring disaster if they do not. Because states are aware of this, anarchy encourages behavior that leaves all concerned worse off than they could be, even in the extreme case in which all states would like to freeze the status quo* (JERVIS, 1978, p.45).

Neste sentido, o TWAIL tem a sua origem traçada na criação do grupo na Faculdade de Direito de Harvard, com apoio de David Kennedy, diretor da faculdade e Jorge Esquirol, diretor do programa acadêmico de graduação (GATHII, 2011). Desde então, a agenda de pesquisa deste grupo tem se espalhado pelo mundo, especialmente, nos países do Sul Global que continuam enfrentando os problemas gerados pela desigualdade, alguns deles impostos pelo próprio Direito Internacional. Ao comentar os objetivos do TWAIL, Mantelli e Badin (2018, p. 19) apresentam estes objetivos como conceitualizados por Makau Mutua:

[...] primeiro, desconstruir os usos do direito internacional que subordinam os não-europeus (Sul Global) aos europeus (Norte Global); segundo, propor alternativas jurídicas de governança internacional; e terceiro, erradicar o ‘subdesenvolvimento’ do Terceiro Mundo.

A formação do TWAIL como agenda de pesquisa está na sua essência vinculada ao chamado Espírito de Bandung que emergiu com o *Final Communiqué* da conferência realizada em 1955<sup>5</sup>, que:

[...] was built on a premise of cooperation among multiple civilizations and religions – what we would today call a “trans-civilizational” perspective. From that, the text developed some ideas of postcolonial solidarity, based on decentering Europe as the organizing geopolitical and cultural fulcrum of the world. Yet, like all documents that are the result of negotiation and compromise, and indeed of diverse ontologies, it was, without doubt, aspirational, ambiguous, and limited. While it did not have any formal legal status, the Communiqué used and expanded the scope of legal concepts such as sovereignty, self-determination, and human rights. To an important degree, it repositioned postcolonial nations as the “newer” and “truer” subjects of the international legal order, challenging with this the foundations of the legal and political status quo. This new postcolonial model of international legal personhood was to be invoked by these nations in their negotiations and discussions with both Western states and the Soviet Union (ESLAVA; FAKHRI; NESIAH, 2017, p.6).

Dessa forma, há uma forte dinâmica associada às fontes do direito internacional que são dependentes da atuação do estado como sujeito de direito internacional para a geração do direito, ou seja, o controle está com aqueles que dos meios se utilizam (ORFORD; HOFFMANN, 2016).

Como se observa do debate feito nesta parte do trabalho, o TWAIL possui uma consistência epistemológica e empírica que o justifica como quadro teórico para explicar e entender o direito internacional moderno. Com isso, pergunta-se: como estas ideias são propagadas nos círculos

---

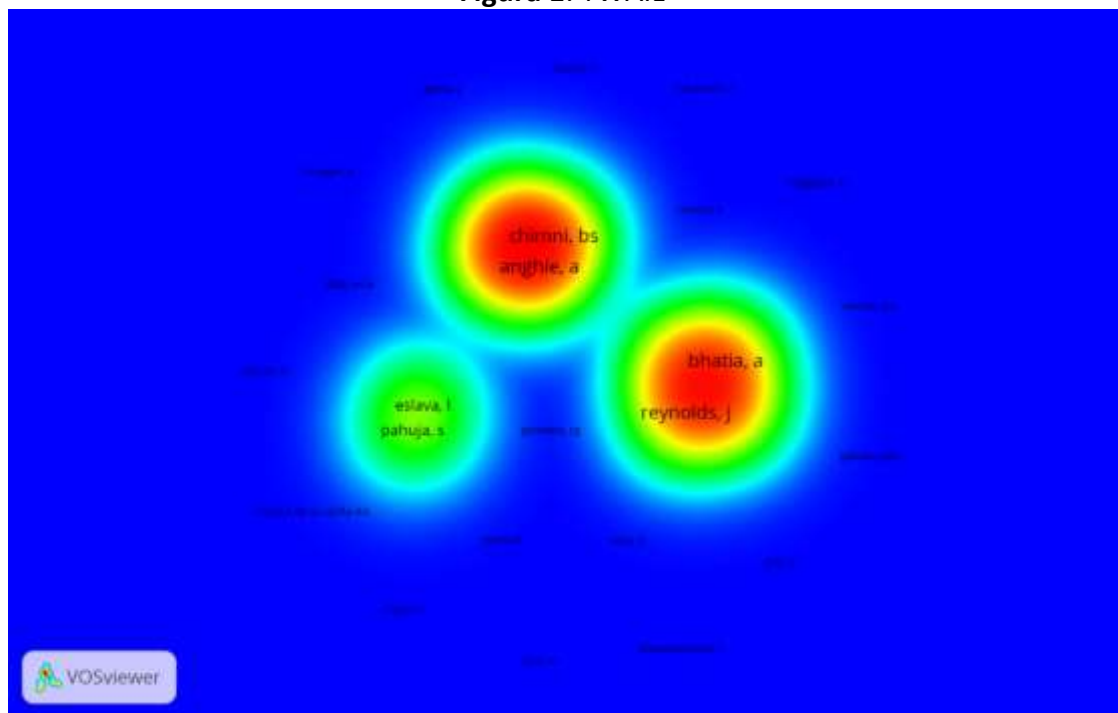
<sup>5</sup> Os países que participaram da conferência foram: Afghanistan, Burma (now Myanmar), Cambodia, Ceylon (now Sri Lanka), People’s Republic of China (PRC), India, Indonesia, Iran, Iraq, Japan, Jordan, Laos, Lebanon, Nepal, Pakistan, the Philippines, Saudi Arabia, Syria, Thailand, Turkey, North and South Vietnam (now unified), and Yemen. From Africa: Egypt, Ethiopia, the Gold Coast (now Ghana), Liberia, Libya, and Sudan. A conferência teve ainda a presença de outros estados e entidades em solidariedade ao projeto anti-imperialista que se formava, por exemplo, o professor Richard Wright e o ativista Joseph Murumbi. Para uma mais ampla compreensão da Conferência de Bandung ver: ESLAVA, L.; FAKHRI, M.; NESIAH, V. (EDS.). **Bandung, Global History, and International Law: Critical Pasts and Pending Futures**. New York: Cambridge University Press, 2017.

acadêmicos no Sul Global? Na próxima parte do artigo apresentaremos a análise empírica feita com o auxílio dos softwares *Publish or Perish* e *VOSviewer* com vistas a traçar a propagação do TWAIL no caso da América do Sul. Busca-se apresentar um diagnóstico desta situação e encontrar evidências suficientes para comprovar a hipótese de que no Brasil não há debates críticos do direito internacional de relevância e/ou consistência, por conseguinte, fazendo com que o seu ensino seja uma mera propagação de ideais Europeus e Cristãos e carente de reflexão a partir das experiências vividas pelo Brasil, ou seja, insuficientes para dar conta da realidade.

## 2.2 Observações da propagação do TWAIL e o tradicional direito internacional

Conforme se observa na Figura 1, a produção e citação de textos de autores que trabalham com TWAIL se concentra fortemente com os fundadores do grupo de Harvard, especialmente com os pesquisadores mais representativos que são Anghie e Chimni. Como se observa também, em relação à América Latina, Luiz Eslava, pesquisador colombiano atualmente radicado na Kent Law School, que mais se aproxima do centro do grupo TWAIL.<sup>6</sup>

Figura 1: TWAIL

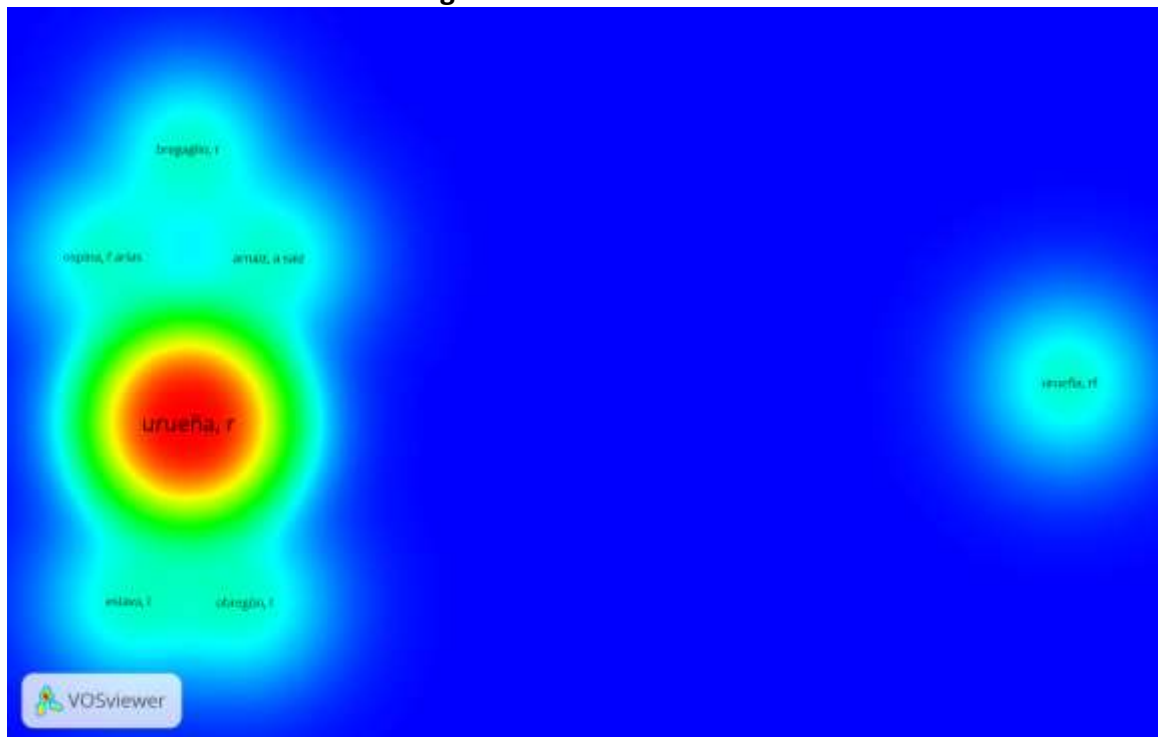


Na Figura 2 abaixo observamos que o pesquisador Luiz Eslava conecta o grupo TWAIL formado pelos seus fundadores, com o grupo TWAIL na Colômbia, um dos grupos de pesquisa que se destaca nos debates emancipatórios do direito na América Latina (ESCOBAR, 2004). A partir

<sup>6</sup> In [https://www.kent.ac.uk/law/people/academic/Eslava\\_Luis.html](https://www.kent.ac.uk/law/people/academic/Eslava_Luis.html). Acesso em: 28/11/2018.

desta evidência, constata-se que o grupo da Colômbia não se conecta com outros na América do Sul.

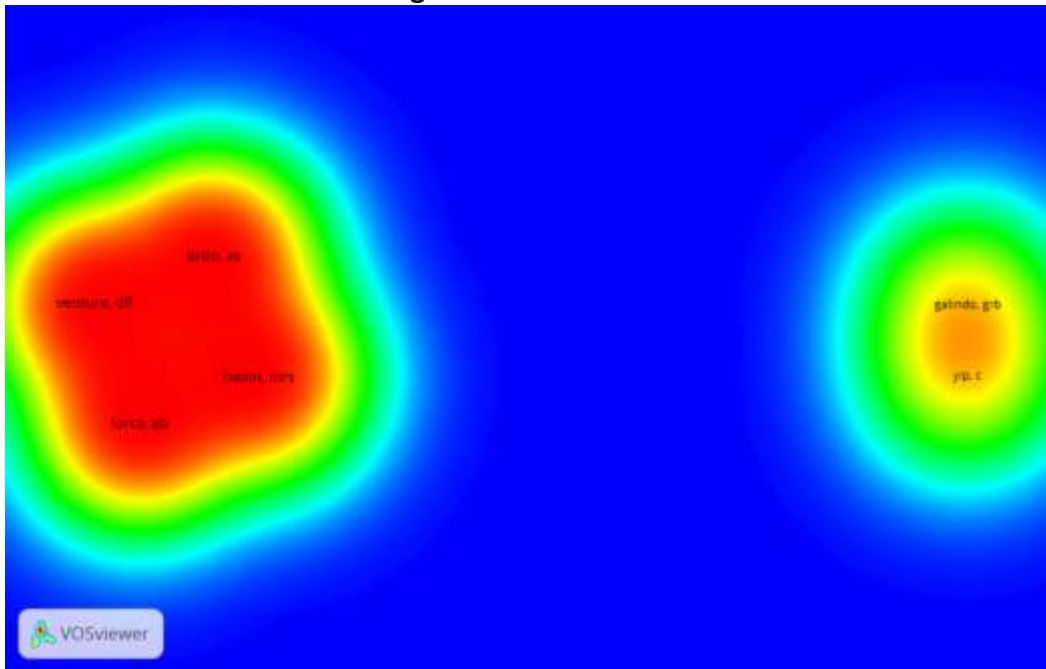
**Figura 2: TWAIL Colômbia**



No Brasil, o texto seminal de Galindo intitulado Para que Serve a História do Direito Internacional? é a referência do início do debate, no entanto, como se observa na Figura 3, não há diálogo entre ele e um pequeno grupo que se forma no Brasil em torno das pesquisas empíricas conduzidas por Michelle Ratton. Na Figura 1 observa-se ainda o isolamento de Galindo em relação ao grupo de Harvard. Além disso, a produção de Galindo com base nas premissas teóricas e empíricas do TWAIL se restringem ao seu trabalho Para que Serve a História do Direito Internacional?

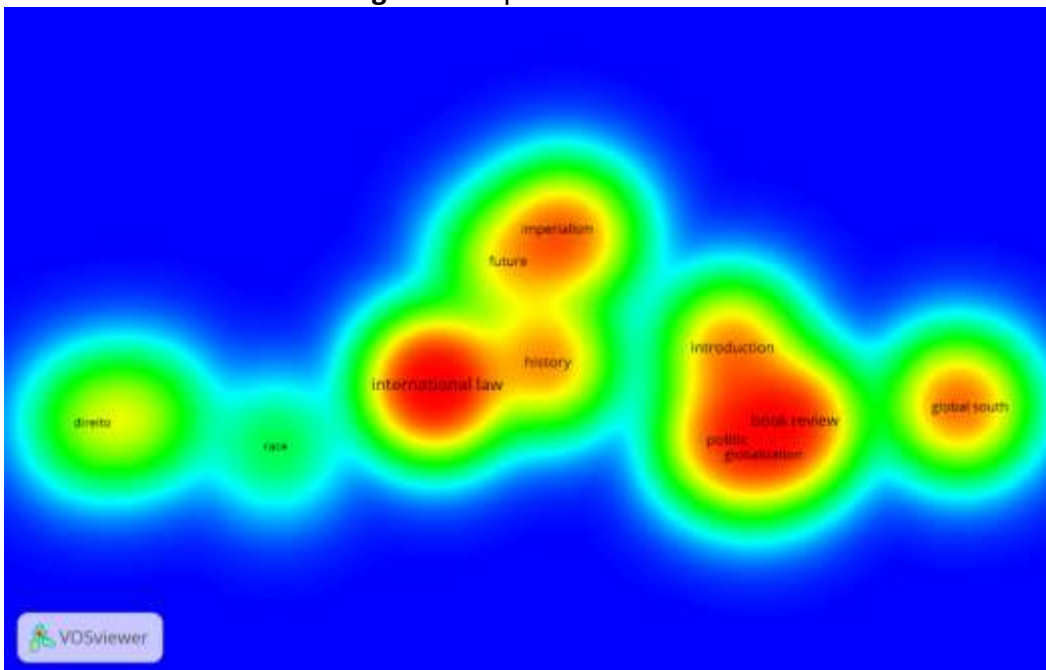
Ou seja, os acadêmicos brasileiros estão desconectados com os grandes centros de produção de conhecimento crítico sobre o direito internacional. Conforme ensina Fabia Fernandes Carvalho Veçoso “[...it is impressive that even considering the context of deep inequality experienced in our country, our jurists neither consider nor discuss TWAIL literature in their studies in international law” (ESLAVA; FAKHRI; NESIAH, 2017, p.412).

**Figura 3: TWAIL Brasil**



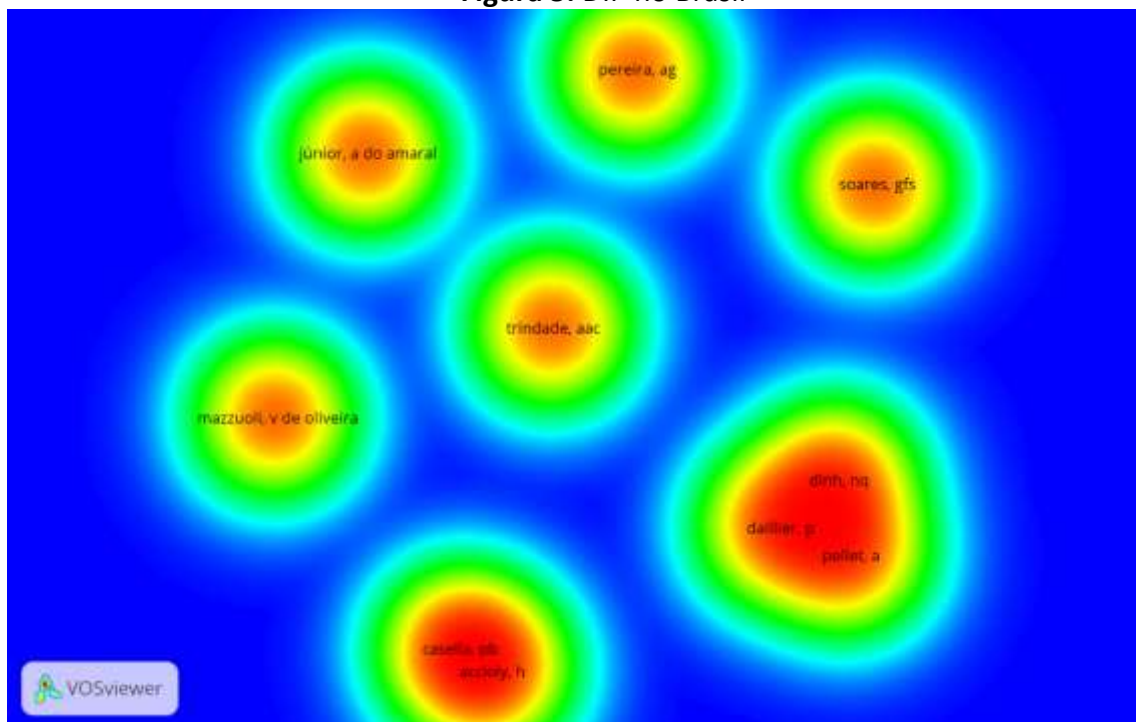
Qual é a razão desta falta de conexão, mesmo com o grupo da Colômbia, com quem compartilhamos as experiências resultantes dos encontros com as grandes potências europeias e com o direito internacional? Como se pode verificar na Figura 4, os temas de grande relevância pesquisados pelo TWAIL possuem importância para o Brasil, no entanto, há uma apatia em relação a esta abordagem crítica na pesquisa e ensino, preferindo-se privilegiar os “consagrados” manuais de direito internacional, todos tecendo elogios às instituições internacionais ao ponto de ser irreflexivos.

**Figura 4: Tópicos em TWAIL**



Quando lançamos um olhar para o ensino do direito internacional no Brasil, as abordagens críticas passam bem longe. Em razão da restrição de espaço e escopo, o trabalho se limita a traçar as conexões e desconexões destas abordagens com a forte tradição nos cursos de direito. No entanto, podemos levantar provisoriamente a hipótese (pendente de evidências empíricas, que ficam para outro estudo) de que há atualmente uma permanência dos mesmos ideais e aspirações da elite brasileira desde a fundação dos cursos jurídicos no Brasil, o que impede a propagação de ideias e teorias que contestem o *status quo* e fazem com que cada “doutrinador” adotado para o ensino e pesquisa se torne uma ilha, em que os seus acólitos gravitam no entorno (Figura 5).

**Figura 5: DIP no Brasil**



### 3 CONCLUSÃO

No debate, pesquisa e ensino do direito internacional existem novas abordagens disponíveis que aportam visões críticas e novas dimensões que enriquecem a disciplina. No entanto, observamos conexões e desconexões entre pesquisadores brasileiros e o grupo de TWAIL da Colômbia e Harvard, sem contar as desconexões entre os próprios e poucos pesquisadores brasileiros que se propõem a adotar o TWAIL.

A falta de abordagens críticas produz um ambiente estéril e comprometido pelas ideias e praxis produzidas a partir de experiências que não condizem com aquelas produzidas no Sul Global. O que fazer para corrigir isso?

Se este trabalho tiver como única contribuição ampliar o debate, a missão terá sido cumprida.

## REFERÊNCIAS

ANGHIE, A. **Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law**. 1 edition ed. Cambridge, UK ; New York: Cambridge University Press, 2007.

ANGHIE, A. **Imperialismo y Derecho internacional**. 1st edition ed. Siglo del Hombre, 2016.

CASTRO, D. DE. The Colonial Aspects of International Environmental Law: Treaties as Promoters of Continuous Structural Violence. **Groningen Journal of International Law**, v. 5, n. 2, p. 168-190–190. doi: [10.21827/5a6af9c46c2ff](https://doi.org/10.21827/5a6af9c46c2ff), 2017.

DAVIS, M. S. “That’s Classic!” The Phenomenology and Rhetoric of Successful Social Theories. **Philosophy of the Social Sciences**, v. 16, n. 3, p. 285–301. doi: [10.1177/004839318601600301](https://doi.org/10.1177/004839318601600301), 1986.

ESCOBAR, A. Beyond the Third World: Imperial Globality, Global Coloniality and Anti-Globalisation Social Movements. **Third World Quarterly**, v. 25, n. 1, p. 207–230. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/3993785>, 2004.

ESLAVA, L.; FAKHRI, M.; NESIAH, V. (ORGS.). **Bandung, Global History, and International Law: Critical Pasts and Pending Futures**. New York: Cambridge University Press, 2017.

GALINDO, G. R. B. Para que serve a história do direito internacional? **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 1. doi: [10.5102/rdi.v12i1.3368](https://doi.org/10.5102/rdi.v12i1.3368), 2015.

GATHII, J. T. **TWAIL: A Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography**. SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY: Social Science Research Network. Recuperado setembro 1, 2018, de <https://papers.ssrn.com/abstract=1933766>, 2011.

HARZING, A.-W. **The Publish or Perish Book: Your Guide to Effective and Responsible Citation Analysis**. Melbourne: Tarma Software Research, 2010.

JERVIS, R. Cooperation Under the Security Dilemma. . Recuperado dezembro 1, 2018, de <https://www.jstor.org/stable/2009958>, 1978.

KOSKENNIEMI, M. **The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

MANTELLI, G. A. S.; BADIN, M. R. S. Repensando O Direito Internacional A Partir Dos Estudos Pós-Coloniais E Decoloniais. **Prim@ Facie - Direito, História e Política**, v. 17, n. 34, p. 01–33. doi: [10.22478/ufpb.1678-2593.2018v17n34.35667](https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2018v17n34.35667), 2018.

MIGNOLO, W. D. COLONIALIDADE: O LADO MAIS ESCURO DA MODERNIDADE. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 32, n. 94. doi: [10.17666/329402/2017](https://doi.org/10.17666/329402/2017), 2017.

MORAÑA, M.; DUSSEL, E.; JÁUREGUI, C. A. (ORGS.). **Coloniality at Large: Latin America and the Postcolonial Debate**. Durham: Duke University Press Books, 2008.



MUTUA, M.; ANGHIE, A. What Is TWAIL? **Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)**, v. 94, p. 31–40. Recuperado setembro 1, 2018, de <https://www.istor.org/stable/25659346>, 2000.

OKAFOR, O. Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology, or Both? **International Community Law Review. Volume 10 (2008)**, p. 371-378. Recuperado de [https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/scholarly\\_works/892](https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/scholarly_works/892), 2008.

PAHUJA, D. S. **Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality**. Cambridge University Press, 2011.

WALLERSTEIN, I. **UNIVERSALISMO EUROPEU, O**. Literatura Brasileira edition ed. São Paulo: Boitempo, 2007.

YOUNG, R. J. C. **Postcolonialism: An Historical Introduction**. 1 edition ed. Chichester, West Sussex, UK ; Malden, MA: Wiley-Blackwell, 2016.





# APROXIMAÇÕES ENTRE LUHMANN E WEBER: DISCUSSÃO ACERCA DOS LIMITES E POTENCIALIDADES DE UMA LEITURA CONTEMPORÂNEA DA SOCIOLOGIA COMPREENSIVA DA AÇÃO

Fábio Henrique Falcone Garcia  
(EPM)

fabiofalcone@hotmail.com

**RESUMO:** O trabalho pretende explorar isomorfismos entre a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann e a Sociologia Compreensiva da Ação, de Max Weber, a fim de identificar potencialidades para uma leitura contemporânea do arcabouço conceitual weberiano. O estudo procura aproximar as teorias em três aspectos, a partir das noções de observação de primeiro e segundo nível e pontos de vista; das categorias de sentido; e da distinção entre as esferas de valor (Weber) e os sistemas diferenciados funcionalmente (Luhmann). Sugere-se a complementariedade entre essas abordagens, para recuperar a questão da intersubjetividade e da correção entre estruturas objetivas de sentido e estruturas cognitivas de consciência, reputada importante para transformações sociais que parecem representar um momento de desdiferenciação sistêmica, com expansão de uma racionalidade econômica para domínios culturais antes diferenciados em torno de uma *legalidade* ou de um *código* próprios.

**Palavras-chave:** Sociologia Compreensiva da Ação. Max Weber. Teoria dos Sistemas. Niklas Luhmann.

## 1 INTRODUÇÃO

Para se descrever algo, é preciso distingui-lo; a construção de uma identidade é, simultânea e paradoxalmente, a construção de diferenças (LUHMANN, 2004, p. 67). Sob essa advertência, propõe-se um estudo sobre dois sociólogos de linhas distintas, com a esperança de que, descrevendo diferenças e identificando similitudes, possa-se contribuir para a compreensão dos conceitos de um e de outro, viabilizando futuras abordagens que levem em consideração as profícuas observações de um e de outro. Pretende-se comparar determinados conceitos utilizados pela Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann, e pela Sociologia Compreensiva da Ação, de Max Weber.

Luhmann não pode ser considerado sucessor de Weber. Antes, poderia ser considerado, em alguns aspectos, seu antípoda. Weber recusa a ideia de sistema, por considerar imprescindível resguardar a possibilidade de uma ação contingente que fuja à racionalidade dominante e que possa, como ocorre nos processos de erupção de lideranças carismáticas, promover uma revolução de valores. Pressupõe, pois, uma liberdade de ação do *sujeito*, categoria irremediavelmente ligada à filosofia iluminista do século XVIII. Luhmann, por seu turno, refere-se à sociologia tradicional, da qual Weber é um dos expoentes, como produto de teóricos ultrapassados, representantes da 'velha Europa' (CAMPILONGO, 2011, p. 125), incapazes de pensar a dinâmica de um fluxo incomensurável de eventos próprios da sociedade complexa contemporânea. Ele recusa o preconceito iluminista de que o conhecimento deve partir do *sujeito*, propondo uma revolução científica, ao descrever sistemas que se autorregulam, que se autoconstroem por meio de operações internamente determinadas e que, dessa forma,

estabelecem os limites com o ambiente. As operações comunicativas de Luhmann prescindem do ser humano (pode-se considerar, por exemplo, operações informatizadas como comunicações sistêmicas), enquanto a ação orientada reflexamente por sentido de Weber só pode ser pensada por meio da categoria do *sujeito* portador desse sentido.

Nada obstante, há interessantes referências que podem ser classificadas como *afins*. Para o estudo proposto, interessam três afinidades: primeiro, entre a atribuição do sentido que orienta a ação e a descrição de uma operação comunicativa que, ao distinguir um evento qualquer do ambiente que o circunda, realiza uma seleção; depois, entre níveis de observação e pontos de vista; finalmente, entre os processos de autonomização das esferas de valor e a diferenciação de sistemas sociais funcionais autopoieticos. Essa comparação será complementada por uma observação sobre as transformações societais contemporâneas e questões que recolocam o problema da relação entre subjetividade-estruturas objetivas de sentido em um cenário de desdiferenciação dos domínios culturais.

## 2 SENTIDO

Embora a expressão *sentido* tenha significados distintos em um e em outro autor, o processo de sua atribuição aproxima-se, em ambos, pela sua finalidade teórica: trata-se de um processo que confere relevância singular aos eventos ou às ações: no caso de Luhmann, as operações são eventos, realizações de possibilidades significativas que, uma vez realizadas, desaparecem, mas deixam memória pela qual é possível identificar limites e referências do sistema; do ponto de vista weberiano, o sentido que orienta a ação traz consigo uma possibilidade, também, de se reconhecer o pertencimento, não a um sistema, mas a uma dada *esfera* de interação. A ação se orienta por sentidos que, no mundo, estão estruturados em torno de domínios culturais relativamente autônomos. Em ambos, critérios que permitem ao observador ou ao sistema (há uma diferença clara sobre como se constrói essa orientação) identificar, destacar, distinguir, selecionar eventos ou aspectos de ação, são também responsáveis por lhes conferir, cada qual à sua maneira, condição de *pertencimento, ao sistema ou a uma determinada esfera de ação que pode ser compreendida dentro de um tipo já elaborado*. Os limites parecem ser, em ambos, definidos a partir desses significados.

A pretensão da sociologia weberiana é compreender a *conexão de sentidos existentes nas ações sociais*. Para Weber, a ação humana é definida em função da expectativa de atingir um fim. Esse objetivo confere sentido à ação, cuja racionalidade é movida, portanto, por uma definição dos *meios necessários à obtenção de um fim* específico. *Meios e fins* são organizados pelo sujeito

por meio de uma racionalidade instrumental, prática. Quando a ação é *orientada por um sentido* que leva em consideração as ações dos demais indivíduos que estão à volta do agente, tem-se *ação social*. Weber compreende múltiplas acepções para *sentido*: pode ser tanto o sentido concretamente conferido por um sujeito em uma determinada ação ou, ainda, tomado como média em termos de um dado volume de situações em que sujeitos agem, como também uma expressão *típica, resultado de um construto conceitual, de sujeitos pensados como tipo*. Nessa última perspectiva, o sentido é uma construção conceitual, analisada a partir da elaboração de sujeitos também concebidos como tipos ideais, ferramenta que permite Weber conceber o sujeito como *portador* do sentido e, dessa forma, isolar o objeto de sua pesquisa, também em termos típicos-ideais (WEBER, 2015, p. 4-10; 1993, p. 109).

Essa definição inicial ganha complexidade à medida que se agregam elementos exteriores na formação do sentido, a partir da concepção do sujeito como imerso nas malhas significativas da sociedade. Esse sujeito não é absolutamente livre: sua visão de mundo é orientada por uma situação social consolidada, por um mundo em que esferas de valor consolidadas socialmente constroem o sujeito, colocando-o em uma *jaula de ferro*, para usar a expressão eloquente de Parsons<sup>1</sup>. Há, pois, uma correlação entre estruturas consolidadas de sentido, que atuam normativamente sobre o sujeito, e a liberdade de ação, resultando na chamada “ambivalência metodológica” weberiana (BRUUN, 2008, p. 101). Essa relação está presente em uma série de conceitos dentre os quais se destacam *habitus*, potências sociais, legitimação, *Gewalt*, enfim, formas de enraizamento cultural do simbólico<sup>2</sup>. A construção dessa correlação de forças pode ser explicada pelo deslocamento incessante da observação sociológica, que em Weber não é suficientemente explicado pela ideia de pontos de vista e de tipos ideais, mas que pode ganhar clareza com a adoção dos conceitos de *níveis de observação*, desenvolvidos pela Teoria dos Sistemas de Luhmann.

Quando Weber afirma que “os processos e objetos “econômicos” adquirem seu caráter como tais unicamente pelo sentido que neles põe a ação humana (...)” (2015, p. 37), capaz de assegurar a unidade e torná-los compreensíveis, ele quer assinalar que o sentido: a) é

---

<sup>1</sup> No original, “stahlhart Gehäuse”, ou habitação dura como aço. Pierucci traduziu-a como crosta de aço (WEBER, 2004, p. 164-165). A tradução parsoniana vem sendo questionada, conforme observa Shinn (2008, p. 46); no entanto, não se pode negar sua carga eloquente, que se tornou uma referência sobre os problemas da modernidade.

<sup>2</sup> Colliot-Thélène destaca as *condutas de vida*, incitações práticas para a ação pela incorporação de valores sociais, e as *potências sociais*, características iminentes de determinadas formações sociais a favorecer relações de afinidade com processos históricos e com mudança de padrões de comportamento (2016, p. 120-145). O estudo da *legitimação* e da vigência empírica ou, mais precisamente, da *Gewalt* (COHN, 2017, p. 110-111) relaciona essa interrelação sujeito-mundo com as estruturas de dominação.

objetivamente apreendido a partir da ação, independentemente da motivação intrínseca do sujeito; b) qualifica a ação do sujeito como se fosse oriundo de sua vontade íntima. Trata-se de uma análise que elabora o sentido em termos de uma construção conceitual, a partir de manifestações peculiares das ações individuais que lhes conferem unidade significativa e que representam, em última análise, a conjugação entre mundo e indivíduo, entre sociedade e consciência. O sujeito é, então, a entidade que suporta os sentidos típicos das diferentes esferas de ação. A análise sociológica apropria-se dos aspectos peculiares de cada ação e, por meio da identificação de um sentido comum, externo aos sujeitos e apreensível por meio da ação do investigador, consegue elaborar conceitos capazes de viabilizar a compreensão da regularidade das ações sociais, condensadas significativamente em termos de relações sociais a partir da probabilidade de sua ocorrência (WEBER, 2015, p. 16-17). As relações sociais, pois, pressupõem um compartilhamento recíproco do conteúdo de sentido (*consensus*). O sentido confere a identidade significativa que permite a elaboração teórica em cima de linhas ou esferas de ação.

Contrariamente, Luhmann vê como equívoca a pretensão de se indicar um portador ao sentido (1998, p. 109). Ele rejeita a noção de que a finalidade constitui elemento indissociável da ação (1983, p. 9-18); o sentido representa, em sua teoria, um dos elementos fundamentais da mudança paradigmática de uma teoria calcada na filosofia do sujeito para uma teoria de sistemas autopoieticos que têm base na materialidade da comunicação. Para ele, os sistemas sociais são constituídos por comunicação (2006, p. 48). Comunicação é a síntese de uma tríplice seleção, ou seja, o processamento de uma seleção sobre referenciais constituídos pelas comunicações anteriores. Para que ocorra comunicação, é preciso haver a seleção da informação, a seleção de seu conteúdo e, finalmente, a expectativa de uma seleção de aceitação do significado emitido ou, em outras palavras, de compreensão (LUHMANN, 1998, p. 144-145), num processo que pode resultar dissenso ou consenso. Esse processo pode ser compreendido de forma mais adequada a partir da análise da evolução da escrita e da imprensa, que impuseram uma assimetria temporal entre o ato da fala, ou seja, da *expressão performativa* ou do *ato de comunicar*, e o processo de compreensão. A partir dessa diferença, é possível deslocar também a análise do sentido, antes fundada no sujeito que compreende o mundo, para as “condicionantes sociais da formação do sentido e seus suportes materiais” (BACHUR, 2010, p. 44-45). A possibilidade de se conceber o sentido “um produto das operações que o usam e não uma qualidade do mundo, devida a uma criação, fundação e origem” (LUHMANN, 2006, p. 27-28) é vista como fruto de uma evolução do processo de comunicação, que desde a escrita e a imprensa observa a dissociação temporal entre o ato de comunicar e a ocorrência da compreensão. Com isso, altera-se o sentido da memória, que

“deixa de depender da biografia de indivíduos concretos e pode se tornar socialmente anônima, objeto de decisão” (BACHUR, 2010, p. 68).

Dessa forma, o sentido, em Luhmann, despe-se de sua conceituação ontológica para assumir uma acepção contingente, relativa e autorreferencial: o sentido é tratado como o sentido das operações que o utilizam (2006, p. 27). Isso significa que o sentido aparece sob a forma de um excedente de referências a outras possibilidades de vivência e ação (LUHMANN, 1998, p. 78). O processo de seleção da informação, expressão da comunicação e compreensão, assim, promove, utiliza e atualiza um sentido que advém de estruturas semânticas já utilizadas anteriormente em processos comunicativos. A própria informação é tratada como um *acontecimento que seleciona estados do sistema*, por meio de estruturas que *limitam e pré-selecionam as possibilidades de escolha* (LUHMANN, 1998, p. 83-84). Essa informação, dotada de sentido, é processada em novas operações com a possibilidade de ser atualizada ou de adquirir novos sentidos. Isso se processa por meio do emprego de diferenças para os processamentos ulteriores de informações. Se sentido *é a atualização contínua de possibilidades* e se ele se constitui “como diferença atual no horizonte das possibilidades, qualquer atualização tem sempre a virtualização das possibilidades nela contidas” (LUHMANN, 1998, p. 82). A variabilidade do sentido é uma possibilidade constante.

Com isso, o sistema pode adequar suas operações à complexidade do mundo, modificando suas estruturas significativas sem perder ou, ainda, redefinindo seus limites com o ambiente. O sentido é concebido, pois, como um processar-se conforme diferenças ou, ainda, um processar-se a si mesmo, mas definido a partir de estruturas sociais, ou seja, definido por comunicações. Descrito como *diferença* face a um horizonte de possibilidades significativas, permite a produção de outras *diferenças*; esse sentido, então, pode ser visto sob múltiplas dimensões, que servem de base para novas operações comunicativas que se utilizarão de um determinado aspecto desse sentido. A redundância das operações faz com que esse sentido se consolide, estabilizando distinções e promovendo, com isso, redução no espectro de possibilidades em relação às novas comunicações. As dimensões objetiva (ou real), temporal e social constroem assimetrias que orientam o processo comunicativo. Isso significa, em termos resumidos, que o sentido assume a possibilidade de ser interpretado a partir de um horizonte duplo de possibilidades de entendimento, ora como *ego*, ora como *alter*. Dessa forma, exclui-se a possibilidade de uma dimensão de sentido vinculada à consciência de um indivíduo.

Paralelamente, o processamento autorreferencial do sentido demanda estruturação que permita o gerenciamento do fluxo comunicacional ante o universo contínuo e crescente de possibilidades comunicativas. Luhmann introduz, então, o conceito de *generalizações simbólicas*

*de sentido*, desenvolvido em substituição à noção de símbolo, para designar um adensamento de significados em virtude de usos sociais que orienta a seleção de sentidos e promove expectativas (LUHMANN, 1998, p. 105-107). Assim, a consolidação dos conceitos de ação social referente a fins, reiteradamente empregados nas teorias sociais da ação, constroem significados, consolidam sentidos que são usados para novas construções teóricas e assim por diante. O *sistema* de comunicação das ciências sociais elabora, dessa forma, sua diferenciação em relação ao ambiente, consolidando sentidos mais ou menos unívocos a partir de usos que restringem a possibilidade de novos usos em sentidos discrepantes, sob pena de se inviabilizar o processo comunicacional. O sentido é o meio pelo qual é possível ao sistema elaborar uma distinção entre as diversas informações possíveis; é o meio pelo qual se estabelecem as distinções entre sistema-ambiente e é, ao mesmo tempo, o meio pelo qual se estabelecem as bases de sentido de uma nova operação, seja comunicativa, seja de consciência. Esse processo de adensamento significativo, em Luhmann, é explicado pela redundância de operações de observação de primeira e segunda ordem, próximo item de análise acerca da aproximação entre esses dois autores.

### **3 PONTOS DE VISTA E NÍVES DE OBSERVAÇÃO**

A teoria dos sistemas assume que *sistemas de comunicação social* produzem sentido. Esses sentidos são sobrepostos em operações comunicativas redundantes, processadas em diferentes níveis de observação, a tal ponto que produzem adensamento significativo, consolidando estruturas que orientam o fluxo comunicacional. Como registra Campilongo:

Observar precedentes jurisprudenciais é observar como observam os tribunais. [...] A observação de segunda ordem deve fixar o ponto exato a partir do qual se observa como o outro observa o mundo. A observação de segunda ordem deve tentar observar aquilo que o observador de primeira ordem não pode ver: os dois lados das distinções pressupostas nos movimentos de escolha do observador de primeira ordem. Essa sobreposição de níveis é infinita. Um observador de observadores pode sempre se sobrepor ao outro com assimetria informacional a seu favor (vê o que o outro não vê) a contra (outros veem o que ele próprio não vê). Essa policontextualidade de observações confirma a complexidade, a contingencialidade e seletividade das operações de observações." (2012, p. 48-49).

Logo, observações de primeira e segunda ordem, reproduzidas redundantemente, definem e atualizam o sentido do que é direito (e, correspondentemente, do que não é direito). Essa sobreposição de operações condensa o sentido e estrutura o fluxo comunicacional, estabelecendo as fronteiras entre o sistema jurídico e o seu ambiente. Ela produz as formas dos sistemas autopoieticamente construídos e radicalmente diferenciados do ambiente.

Esse adensamento de sentido foi descrito por Bachur como a institucionalização de padrões simbólicos para o comportamento (2010, p. 71). A partir da escrita e da imprensa, os usos

sociais do texto implicaram a institucionalização da autorreferência operacional, de tal sorte que a comunicação estruturada pela escrita somente poderia ser respondida por outra comunicação estruturada pela escrita. A compreensão aparece como uma construção social a orientar expectativas. Esses usos sociais ensejam o surgimento de “linguagens” próprias nos mais diversos âmbitos sociais – a rigor, lógicas comunicativas autonomizadas face à sociedade que estariam na base da fundação da diferenciação funcional dos sistemas. Por isso,

a diferenciação funcional da sociedade nada mais é que a institucionalização simbólica dos usos sociais permitidos pelo texto escrito. É por essa razão que os sistemas são na verdade sistemas discursivos: circuitos discursivos simbolicamente estruturados, socialmente institucionalizados e funcionalmente diferenciados para a orientação do comportamento humano e a reprodução da sociedade (BACHUR 2010, p. 74).

Resumidamente, a estrutura social confere aos sistemas diferenciados funcionalmente “um sentido e uma semântica particulares. É no seu funcionamento, isto é, nas operações internas a cada sistema, que as diferenças com o ambiente se afirmam” (CAMPILONGO, 2011, p. 123). Essas premissas permitem a Luhmann evitar aporias da Filosofia da Consciência, com a segmentação teórica do objeto da análise em torno do processo comunicacional. Isso não significa ignorar a importância dos sujeitos na formação do sentido. É evidente que a comunicação não existe sem a emissão de novas informações e sem a necessidade de compreensão pelos seres humanos; os sistemas psíquicos, todavia, operam em outro nível, o da consciência. A comunicação em si não se confunde com o processo de formação de consciência, embora ambos produzam sentido. A consciência não é “sujeito” nem “portador” da comunicação, formando, antes, uma “realidade emergente *sui generis*” (LUHMANN, 2006, p. 76), cujos sentidos são dados pelo processo de comunicação, independentemente da recepção pelas consciências dos sistemas psíquicos que, todavia, estão acoplados estruturalmente durante o processo de comunicação. O direito é descrito, então, como um *sistema cuja forma deriva da redundância de observações de primeira e segunda ordem*.

Em Weber, as representações são reflexo da consolidação de sentidos socialmente construídos, adensados por reações que partem de “pontos de vista” distintos. Esses pontos de vista afetam o investigador e o problema de pesquisa, pois ambos se referem a ou estão situados em contextos culturais diversos. A ideia de diferentes níveis de observação apresenta um grau de refinamento superior em relação à genérica assertiva sobre os distintos pontos de vista e pode ser usada para atualizar o arcabouço conceitual weberiano. Embora a teoria weberiana sobre o sentido não tenha a clareza do processo comunicativo em Luhmann, a noção de consenso demonstra o reconhecimento de que o sentido construído pode e deve ser apreendido a partir de



um uso social compartilhado<sup>3</sup>. Weber reconhece que a sociologia atribui aos conceitos jurídicos, “empregados pela precisão e pelo *arraigamento desse conceito*, um sentido completamente distinto” (2013, p. 379, grifo nosso). Ainda, sustenta que a interpretação da ação deve levar em consideração as “configurações coletivas vinculadas ao pensamento cotidiano”, já que contêm ideias que possuem um *significado causal relevante*, a ponto de orientar a ação das pessoas. As expressões *arraigamento e configurações coletivas vinculadas* poderiam ser descritas por um observador contemporâneo como usos sociais que consubstanciam a materialidade da comunicação e que viabilizam a autorreferência do sentido. As operações comunicativas consideradas materialmente constroem sentidos específicos para cada sistema, assim como, em Weber, campos da ciência constroem seus sentidos conforme seus respectivos objetos e devem levar em consideração *sentidos arraigados por seus usos*<sup>4</sup>. Apesar do sujeito ser o portador do sentido, é também a entidade que suporta os paradoxos do mundo, ou seja, cuja ação social se orienta pela imersão em domínios culturais cujos valores dominantes são sedimentados e estruturados a partir de um plexo de fatores culturais, econômicos e políticos que, analiticamente, são isolados em um processo investigativo que *observa* a ação social a partir de distintos *pontos de vista*.

Os planos de análise empírico e normativo coexistem e apontam para diferentes níveis de observação. Ver o direito como esfera de vida relativamente diferenciada significa observar, à distância, teoria e prática jurídicas como *constitutivas do domínio diferenciado do direito*, à medida que elas, juntas, participam do processo de consolidação dos sentidos sobre o que é o direito, estruturando-os no âmbito das interações sociais. Essa confluência de ações recíprocas é responsável pela evolução cultural do direito e do pensamento jurídico.

O sujeito, ao *observar a realidade* sob uma ótica própria de cada domínio cultural que está imerso, ressignifica os conceitos difundidos por outros investigadores para adaptá-los ao seu ponto de vista e ao seu *problema de pesquisa*<sup>5</sup>. Dessa forma, cada domínio da ciência (que representa um adensamento significativo consolidado e aceito, por meio da figura do consenso) constrói perspectivas de sentido próprias, atribui significados específicos e elabora, assim, conceitos conforme seus próprios programas de pesquisa, mantendo, contudo, uma ligação necessária entre os planos de análise. No caso do direito, por exemplo, a perspectiva normativa

---

<sup>3</sup> Sobre consenso e a crítica ao conceito, ver Garcia (2018, p. 283-292).

<sup>4</sup> Marcelo Neves parece reconhecer essa concepção em Weber (2014, p. 102).

<sup>5</sup> Interessante observar que Weber não trata de *objetos de pesquisa*, mas de *problemas de pesquisa*, ou seja, construtos conceituais que orientam a investigação (2006, p. 37).



serve de pressuposto heurístico em cada caso e afeta a observação sociológica. O conceito, então, torna-se em parte descritor de uma ou várias relações jurídicas e em parte atua como um conceito arquetípico e *genético* em múltiplos domínios científicos.

#### 4 ESFERAS DE VALOR E SISTEMAS

A ideia de *autopoiesis* e especialmente a orientação significativa dentro do sistema a partir de um código operacional próprio são noções isomórficas à ideia de que esses domínios se apresentam como uma esfera de valor, com uma lógica própria, diferenciada (*Eigengesetzlichkeiten*). Luhmann credita o surgimento dos sistemas funcionais diferenciados à evolução histórica da modernidade, da mesma forma que Weber o faz em relação às esferas de valor (BRUUN, 2008, p. 108-109): ambos são produto do desencantamento do mundo e do surgimento de um politeísmo de valores laicos que dominam searas da interação social. Luhmann avança sobre algumas aporias da ideia de esferas de valor ao proclamar uma teoria mais abstrata e capaz de atender à maior complexidade do mundo. Com isso, ao invés de adotar a perspectiva weberiana, de imaginar que apenas algumas preferências por valor estão em jogo, reduzindo o âmbito de análise, propõe-se neutralizar a normatividade de valores, deixando a solução dos conflitos entre valores aberta (BRUUN, 2008, p. 109). As críticas dirigidas às estruturas conceituais da organização das esferas de valor e dos sistemas também apresentam traços comuns<sup>6</sup>.

Weber não define as *esferas de valor* (*Wertsphären*) ou *ordens da vida* (*Lebensordnungen*), assim como não o faz com o termo *legalidade própria* (*Eingengesetzlichkeit*), que orienta a distinção da interação social dentro de cada esfera de valor. No entanto, assim como os sistemas sociais, essas esferas de valor compreendem espaços interacionais ou, noutros termos, domínios culturais que são regidos por uma lógica própria (a *legalidade própria*) capazes de orientar a formação de uma semântica peculiar, marcada pela hierarquização de valores dominantes dentro daquele âmbito de interação. Embora parte da *legalidade própria* seja derivada da preponderância de valores axiológicos, há componentes histórico-evolutivos culturais que ensejam uma determinada formação em detrimento da outra. A contingencialidade histórica está presente tanto no raciocínio weberiano quanto na Teoria dos Sistemas.

A diferença fundamental reside nos componentes que orientam a formação dessa legalidade própria. Para Weber, toda *ordem* pressupõe uma relação de dominação estabilizada e

---

<sup>6</sup> De acordo com Bruun, a tentativa de Luhmann não é completamente exitosa, pois ele não indica quais valores são constitutivos da *autopoiesis* do sistema; da mesma forma, o código binário também poderia ser, em última análise, considerado uma constatação empírica sem explicação sociológica, crítica presente na observação de Luhmann sobre o conceito de *legalidade própria* da esfera de valor (2008, p. 109-110).

essa estabilidade se forma em torno de uma hierarquização dos valores dentro daquela esfera. Weber questiona sobre as condições de subordinação a um estado de dominação, nos mais diversos domínios culturais. Seus achados apontam para vários fatores, dentre os quais se sobressaem a crença na legitimação e na vigência empírica (ou seja, na impossibilidade de se contrapor à ordem vigente) de determinada ordem, em torno de uma racionalidade própria, composta por eixos significativos consolidados.

Essa legalidade também se orienta por uma estrutura de ordenação de valores que possui, alimenta e depende de uma condição de legitimação dessa ordem, ou seja, de uma condição de internalização e de autonomização dos valores referenciais de funcionamento dessa esfera. Para usar uma linguagem própria da teoria dos sistemas, isso equivaleria a dizer que cada subsistema pressupõe condições de legitimação que são responsáveis pela manutenção de sua diferenciação e autonomia. De um ponto de vista weberiano, a legalidade própria remete a um domínio cultural relativamente diferenciado socialmente e estruturado em torno de uma lógica singular. (GARCIA, 2018, p. 292).

Há uma proximidade entre a autonomização das esferas de valor e o fechamento operacional dos sistemas sociais. Enquanto para Weber a modernidade acarretou uma crescente especialização das linhas de ação orientadas por sentidos, com definição cada vez mais precisa em relação à racionalidade preponderante (política, econômica, religiosa etc.), em Luhmann, esse processo é descrito a partir da diferenciação dos subsistemas sociais, organizados autopoieticamente (sistemas político, econômico, jurídico, religioso etc.). Nada obstante, o risco inerente a esses processos é distinto: em Weber, há o risco de uma possível irracionalidade resultante da crescente racionalização das linhas de ação (um exemplo típico é a burocracia, que envolve a racionalização máxima da rotina para viabilizar execução mais eficiente dos fins propostos pelo Estado e, nesse processo, passa a se orientar por um valor irracional e ineficiente, que é a manutenção da rotina *per se*); em Luhmann, há possibilidade de indiferenciação sistêmica, com dissolução dos subsistemas sociais.

## 5 TRANSFORMAÇÕES SOCIETAIS CONTEMPORÂNEAS

Transformações sociais contemporâneas designam um conjunto de fenômenos políticos, históricos, econômicos, culturais e tecnológicos: a) globalização econômica, com incremento do fluxo comunicacional em tempo real; b) esmaecimento das concepções tradicionais de soberania estatal; c) revisão das condições de exercício da cidadania, no que tange à relação indivíduo-Estado; d) revisão dos paradigmas de organização do Estado moderno; e e) revisão das formas de identidade e de subjetivação. Resumidamente, passou-se de uma sociedade de indivíduos, própria do Estado moderno do início do século XX, para uma sociedade *reticular*, que sucede, por seu turno, a sociedade das organizações, própria da segunda metade do século XX (LADEUR, 2010, p.

20-34). Esses tipos societais são comparáveis aos *Estado liberal*; *Estado de bem-estar social*; e *Estado de competição* ou *Workfare State* (JESSOP, 2003, p. 10; FARIA, 2017, p. 23-25). O atual paradigma de sociedade e de Estado é marcado pela desregulamentação estatal; pela emergência de um direito fragmentário e regulatório; pela coexistência de distintas fontes normativas; e por um discurso legitimatório destinado a superar problemas econômicos, de um lado, e políticos em um sentido estrito de *segurança individual*, como tutela aos riscos da sociedade contemporânea.

Contrariando as apostas weberiana e luhmanniana, essas transformações apontam para o esmaecimento do processo de autonomização dos domínios culturais, em razão de algumas circunstâncias históricas. Primeiro, essas transformações acompanharam um processo cultural de expansão da racionalidade econômica sobre diversos domínios culturais, como observaram Dardot e Laval (2016, p. 239-283). Para esses autores, o fim do Estado de bem-estar social (culturalmente influenciado pelo fim da Guerra Fria) é permeado por uma narrativa estruturada em torno de argumentos relacionados à ineficiência estatal e à necessidade de reconfiguração dos modelos de organização política em torno da adaptabilidade econômica frente a um mundo globalizado, com lastro na liberdade de iniciativa privada. Essa narrativa permite a emergência de uma *racionalidade econômica hegemônica, de natureza neoliberal, que se expande para diversos segmentos da vida*. A expansão da racionalidade econômica, por seu turno, é possível a partir da emergência de uma cultura-mundo cosmopolita, organizada em torno de um *ethos* tecnocapitalista, ou seja, um “modelo único de normas, valores e objetivos [...] e em que a cultura se impõe como um mundo econômico de pleno direito” (LIPOVETSKY; SERROY, 2011, p. 9).

Nessa nova relação sujeito-mundo, o indivíduo interage socialmente por meio de aplicativos, redes sociais, enfim, relações autonomizadas e orientadas por uma perspectiva econômica que se sobrepõe, em cálculos utilitaristas, a valores de outra natureza. Há uma reconfiguração dos sentimentos de identidade e de correlação entre subjetividade-mundo-desejo (BAUMANN, 2001, p. 68-91; CASTELLS, 1999, p. 27-69); O sujeito se vê membro da *civitas* enquanto essa lhe fornece uma prestação. Por isso, pode-se estar em qualquer local do mundo, relacionando-se com pessoas das mais diversas nacionalidades, sem qualquer compromisso com aquela comunidade. Essa condição permite que as relações sejam permeadas por uma ideia de troca e de cálculo, ou seja, favorece a expansão da racionalidade econômica e, mais que isso, favorece um processo de desdiferenciação de domínios culturais antes marcados pela hierarquização de valores e pela existência de estruturas significativas consolidadas em torno desses valores consolidados.

No direito e em outras searas, observa-se a “dessacralização do domínio da técnica e do conhecimento, tendo como resultado o esmaecimento da distinção simbólica de uma esfera cultural em relação a outras” (GARCIA, 2018, p. 320). Assim como a distinção entre alta cultura e cultura popular perde sentido, como se viu com a outorga do prêmio Nobel de literatura a Bob Dylan, em 2016, o direito se converte em assunto de entretenimento, sujeitando-se a uma crise de legitimação provocada, entre outros motivos, pelo descompasso inerente ao tempo próprio dos processos e à instantaneidade de um enredo quase televisivo (HESPANHA, 2009, p. 415).

Para o direito, o reflexo mais significativo dessas transformações é sua sensibilidade a argumentos pragmáticos de resultado, sejam de ordem econômica<sup>7</sup>, sejam de ordem política<sup>8</sup>, com abandono da remissão a argumentos de princípio, que orientam a estruturação dessa esfera em torno de uma racionalidade formal autorreferente, ou seja, em torno do código *direito; não-direito*. Fala-se em um processo de liquefação da verdade e dos valores (HESPANHA, 2009, p. 425) que aponta para a flexibilização dos limites socialmente estruturados da esfera jurídica, a indicar uma permeabilidade de sua *legalidade própria* a outras racionalidades. A condição de legitimação e de organização da esfera jurídica se torna, em alguma medida, *heterorreferente*, já que utiliza outros parâmetros distintivos na própria argumentação do que seria, ou não, direito. Em uma linguagem sistêmica, é possível verificar uma tendência do direito a operar com distinções do tipo *útil-inútil; eficaz-ineficaz*.

Paralelamente, alteram-se as estruturas de dominação política: a legitimidade não se baseia na crença em um governo de leis, impessoal, própria do Estado liberal. No *Shupeterian Workfare State*, a adaptação à racionalidade econômica e à globalização é tida como inevitável; o direito se torna *soft law*, ou seja, se torna menos rígido para admitir ponderações em favor dessa adaptabilidade. Ao mesmo tempo, o risco real do incremento da criminalidade organizada é utilizado como meio para o Estado administrar a dominação em torno de uma política sobre a insegurança (RANCIÈRE, 2003). Como resultado, os mecanismos de legitimação deixam de ter lastro na racionalidade do discurso jurídico de contenção do poder, para assegurar a tutela contra *o medo e a inevitabilidade dos processos econômicos* (GARCIA, 2018, p. 246).

---

<sup>7</sup> Como foi possível observar com o caso dos correntistas detentores de cadernetas de poupança que tiveram rendimentos pagos em desacordo com o contrato por ocasião da superveniência de planos econômicos. Embora consolidada jurisprudência em favor dos correntistas, a Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF) ingressou com ação de descumprimento de preceito fundamental no STF, argumentando com os custos potenciais dessas ações para o sistema financeiro. Em 2010, o STF suspendeu o andamento de milhões de ações e, em dezembro de 2017, sobreveio divulgação de acordo notoriamente prejudicial aos correntistas, revelando uma decisão orientada por fundamentos de economia, não de direito. Ver Garcia (2018, p. 323, nota 249).

<sup>8</sup> Como observa Pasquale, *just keep us safe and we wont ask about details* (2015, p. 13).

## 6 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Sem pretensão de indicar vencedores, sugere-se a possibilidade de uma complementação entre as abordagens teóricas dos dois autores. A Teoria dos Sistemas fornece subsídios para uma compreensão mais refinada sobre a alteração intrassistêmica dos sistemas sociais. No entanto, para um cenário de desregulamentação e fragmentação das estruturas sociais tradicionais, com emergência de concorrência de fontes normativas e interpenetração de racionalidades, ou seja, numa conjuntura de corrupção dos códigos, o deslocamento do olhar para a correlação intersubjetividade e estruturas objetivas de sentido pode indicar um caminho para análises elucidativas, a partir de uma perspectiva weberiana.

Assim, perspectiva interacional entre sistemas a partir do conceito de acoplamento estrutural e de um modelo próprio da *black box* (LUHMANN, 1998, p. 118), como se fossem bolas que se tocam em um jogo de bilhar (CAMPILONGO, 2000, p. 81), é interessante para observar o funcionamento e a evolução de cada subsistema isoladamente, mas parece deixar uma lacuna para observações intersistêmicas. A sociologia compreensiva da ação, por outro lado, ao dedicar análise sobre a interação entre os diversos níveis de organização social por meio do sujeito e de sua imersão em um amálgama cultural, ou seja, pela inter-relação subjetividade-estrutura, apresenta um ângulo interessante de análise sobre o domínio do direito *com relação a outros domínios sociais*, à medida que favorece compreensão das relações entre essas esferas a partir de uma condição cultural variável, em uma perspectiva de interdependência assimétrica.

## REFERÊNCIAS

BACHUR, João Paulo. **Às portas do labirinto**: para uma recepção crítica da teoria social de Niklas Luhmann. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2010.

BAUMANN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BRUUN, Hans Henrik. **Objectivity, value spheres, and “inherent laws”**: on some suggestive isomorphisms between Weber, Bourdieu, and Luhmann. *Philosophy of the Social Sciences*, v. 38, No. 1, p. 97-120, Mar. 2008. Disponível em: <<http://pos.sagepub.com/cgi/content/abstract/38/1/97>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e diferenciação social**. São Paulo: Saravia, 2011.

\_\_\_\_\_. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999. (A Era da Informação, v. 2).

COHN, Gabriel. **Weber, Frankfurt**: teoria e pensamento social 1. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2017.

COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. **A sociologia de Max Weber**. Tradução de Cláudio José do Valle Miranda. Petrópolis: Vozes, 2016.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaios sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

FARIA, José Eduardo. **O estado e o direito depois da crise**. 3. ed. ampl. e ainda não publicada. Lida em manuscrito. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Fábio Henrique Falcone. **Max Weber e a ideia da racionalidade do direito**: fundamentos para uma leitura contemporânea. 2018. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo, São Paulo.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed., reelaborada. Coimbra: Almedina, 2009.

JESSOP, Bob. **Narrating the future of the national economy and the national state?**: remarks on remapping regulation and reinventing governance. Lancaster, UK: Department of Sociology, Lancaster University, 2003. Disponível em: <<http://www.lancaster.ac.uk/fass/resources/sociology-online-papers/papers/jessop-narrating-the-future.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

LADEUR, Karl-Heinz. **The emergence of global administrative law and the evolution of general administrative law**. Hamburg: University of Hamburg, 2010. Disponível em: <[http://works.bepress.com/karlheinz\\_ladeur/1/](http://works.bepress.com/karlheinz_ladeur/1/)>. Acesso em: 22 nov. 2018.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura-mundo**: resposta a uma sociedade desorientada. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Fin y racionalidade en los sistemas**: sobre la función de los fines en los sistemas sociales. Traducción Jaime Nicolás Muñoz. Madrid: Editora Nacional, 1983.

\_\_\_\_\_. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Editorial Helder, 2006;

\_\_\_\_\_. **Law as a social system**. Translated by Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. Traducción de Silvia Pappe e Brunhilde Erker; coordinación de Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santa Fé de Bogotá: CEJA, 1998.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

PASQUALE, Frank. **The black box society**: the secrets algorithms tha controls money and information. Cambridge; London: Harvard University Press, 2015.

RANCIÈRE, Jacques. O princípio da insegurança. **Caderno Mais**, São Paulo: Folha de São Paulo, edição de 21 de setembro de 2003, disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs2109200303.htm>>, acesso em 17/9/2018.

SHINN, Terry. Desencantamento da modernidade e da pós-modernidade: diferenciação, fragmentação e a matriz de entrelaçamento. Traduzido do original em inglês por Pablo Rubén Mariconda e Guilherme Rodrigues Neto. **Scientiae Studia**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 43-81, mar. 2008. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/ss/article/view/11121/12889>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. Rev. Técnica de Antônio Flávio Pierucci. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

\_\_\_\_\_. **A “objetividade” do conhecimento nas ciências sociais**. Tradução de Gabriel Cohn. São Paulo: Ática, 2006.

\_\_\_\_\_. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. tec. Gabriel Cohn, 4ª edição, 4ª Reimpressão. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Ensaio**. Coletânea organizada por André Botelho. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

\_\_\_\_\_. **Metodologia das Ciências Sociais – parte 1**. 2ª edição. Tradução Augustin Wernet. São Paulo: Cortez, 1993.

# MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: CONTORNOS PARA UMA COMPREENSÃO PELA TEORIA DOS SISTEMAS

*Fernando Mangianelli Bezzi*

(Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)

fernando.bezzi@usp.br

**RESUMO:** Parte de um projeto em construção, este trabalho pretende identificar os elementos teóricos necessários para a tematização do fenômeno da explosão da utilização de meios alternativos de solução de conflitos no direito brasileiro pela teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. Serão identificados e explorados alguns itens tanto da teoria social geral, tais como conflito, consenso e complexidade, quanto da teoria do sistema jurídico, como a distinção centro-periferia, a função desse sistema e o conceito de justiça, que sirvam de balizas conceituais para uma compreensão inovadora do objeto de estudo. O trabalho termina por propor que o aumento da complexidade social e compreendida em seu sentido sistêmico e a tensão entre consistência técnica e adequação social são hipóteses promissora para a compreensão do aumento da utilização de meios alternativos de solução de conflitos.

## 1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas houve um extraordinário crescimento no estímulo do Estado ao que se convencionou chamar “formas alternativas de solução de conflitos” ou ARDs (*Alternative Dispute Resolution*), isto é, das práticas que buscam a solução de conflitos por forma diversa da solução adjudicada ao Estado, a exemplo da conciliação, da mediação e da arbitragem, no âmbito civil, e da justiça restaurativa, no âmbito penal<sup>1</sup>.

Meios não jurisdicionais de resolução de conflitos sempre existiram no corpo legislativo brasileiro, mas a partir de meados dos anos 80 o “Access to Justice”, movimento surgindo nos EUA uma década antes, foi ganhando espaço no ambiente acadêmico e técnico-jurídico brasileiro e iniciou uma tendência de estímulo a essas práticas que culminou em uma profunda transformação na forma como a justiça é administrada, o que se verifica pela explosão na quantidade de profissionais capacitados, cursos de capacitação, legislação que regula essas atividades<sup>2</sup>, investimentos públicos e privados na criação de centros de mediação e conciliação e criação de disciplinas universitárias voltadas ao estudo e ensino (MISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013).

---

<sup>1</sup> Neste trabalho utilizar-se-á o termo ADRs para designar **apenas as formas de solução de conflitos autocompositivas consensuais**, tais como a mediação e a conciliação. Estão fora do corte metodológico adotado neste pesquisa o estímulo à formas adjudicativas, como a arbitragem, a resolução de conflitos que tocam o direito penal, como a justiça restaurativa, e as formas de solução de conflitos que tocam o direito internacional público. Quanto à nomenclatura, optou-se pela utilização do ADR, em inglês, porque este é o termo mais frequente na literatura especializada. Contudo, é importante ressaltar que há outras formas se se referir ao tema na literatura especializada, como resolução alternativa de disputas (na silga em português ‘RAD’) e meios alternativos de solução de conflitos (na sigla em português ‘MASCs’).

<sup>2</sup> Em 2010 o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 125, que institui a “política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses”. A esse marco seguiu-se a promulgação, em 2015, do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) e da Lei 13.140/15, popularizada como “Lei da Mediação”.



O movimento que impulsionou estas transformações possui laços históricos com o desenvolvimento da sociologia do direito no Brasil (JUNQUEIRA, 1996, p. 389). Apesar disso, curiosamente são escassas produções da sociologia do direito que buscam explicações estruturais para a expansão da utilização dos ADRs. Salvo poucas exceções (CHASIN, 2007) os estudos de sociologia do direito se concentraram ou em validar a utilização dessas práticas como solução para os obstáculos de acesso à justiça na chave teórica do movimento “access to justice”, ou em investigar as consequências sociais deste fenômeno por meio de perspectivas crítica (MATTEI, 2007).

Todas estas abordagens oferecem contribuições importantes para a questão, entretanto, propõe-se ser possível uma releitura do fenômeno de estímulo aos ADRs capaz situá-los dentro do contexto social mais amplo, isto é, tanto sua relação com o funcionamento interno do sistema jurídico quanto com outras forças sociais que circundam o direito. Este projeto deve ser realizado dentro de uma teoria social madura dotada de um amplo arsenal conceitual voltado para a análise das relações entre direito e sociedade. Neste aspecto, a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann parece ser um boa candidata.

## 2 CONFLITOS

Ao contrário do proposto por boa parte da dogmática e mesmo da teoria do direito, para a teoria dos sistemas sociais autopoieticos a solução de conflitos não é a função do direito. O direito tem por função permitir que determinados tipos de comunicações sobre o futuro se mantenham íntegras (temporal, social e materialmente) diante de frustrações (CAMPILONGO, 2011, p. 19) de forma a garantir que *“o indivíduo [possa] se permitir maior grau de confiança, chegando a correr riscos, ou também de desconfiança, quando se pode confiar no direito; e isso significa que é possível viver em uma sociedade mais complexa...”*.

Ainda que possam ser (e inevitavelmente algumas serão) frustradas, as expectativas são comunicações fundamentais para o processamento de sentido pela sociedade e que precisam de um certo grau de certeza para existir. Isto é, não é possível construir expectativas meio a uma situação de incerteza, em que o contexto não permite dar sentido a comunicações (GONÇALVES e VILLAS BÔAS FILHO, 2013).

A incerteza, uma condição que se relaciona com a complexidade e a conseqüente contingência da sociedade, confere instabilidade aos sistemas parciais. Além disso, a incerteza é incontrolável, já que é auto-referente. Ou seja, a própria expectativa que busca eliminar a incerteza é, ela própria, instável. A incerteza da expectativa perturba as expectativa e gera medo.

Ela é acentuada pelo fato de que ela considera a si própria, isto é, as instabilidades provocam reações que agravam o quadro de instabilidade. Um sistema inseguro responde à sua própria incerteza. (LUHMANN, 1999, p. 96) Essa reflexividade da instabilidade poderia degenerar em um processo de autodestruição do sistema social. Como seria possível fixar algum sentido numa sociedade tão incerta e, portanto, instável? Uma das formas de se atribuir a estabilidade é pelo conflito.

Os conflitos podem ser compreendidos como subsistemas parasitários que têm por função estabelecer uma relação estável com a própria instabilidade nos sistemas. Se toda comunicação é contingente, e se o dissenso é tão provável quanto o consenso, a formação de conflitos é extremamente comum e natural no sistema social.

O conflito permite a reorientação da comunicação através de cálculos autorreferenciais: “tudo o que é ruim para o adversário é bom para mim, e vice-versa”, de modo que os comportamentos podem ser regulados por uma “dupla contingência negativa”, isto é, espera-se sempre o pior do adversário. O conflito também permite um redimensionamento temporal: *“Aquilo que foi até então relevado torna-se interpretável; favores e gentilezas agora aparecem como ilusões ambíguas, como ocultar traiçoeiro das reais intenções”*. (LUHMANN, 1999, p. 102)

Como a sociedade funcionalmente diferenciada é mais complexa, é também mais permeada por incerteza do que foram os modos de diferenciação anteriores. O aumento da conflituosidade parece estar relacionado com o aumento da complexidade. Como todo sistema, o conflito estabelece uma forma própria de redução e aumento de complexidade, o que aumenta a contingência do sistema em que está inserido.<sup>3</sup> Como nem todo conflito cumpre a função de restabelecimento da segurança de expectativas, as sociedades precisam de instituições para filtrar conflitos irrelevantes, de forma a evitar um aumento de contingência inútil e incontrolado.

Apesar de não ser essa sua função precípua, o direito se presta a ser um desses filtros. Daí surge a tendência de converter a relação entre direito e solução de conflitos em função do direito (LUHMANN, 1999, p. 105). Ocorre que direito apenas seleciona alguns conflitos e, ao operar sobre eles, pode ou não solucioná-los.

O direito não busca solucionar conflitos, mas novamente inserir incerteza no sistema parasitário de conflito. A decisão sobre o conflito passa a depender de um terceiro que não participa do conflito e sobre cujas expectativas não se pode mais construir apenas expectativas orientadas pela racionalidade reflexiva própria do conflito (“tudo o que é bom para mim é ruim

---

<sup>3</sup> GONÇALVES, G. L.; VILLAS BÔAS FILHO, O. Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013. p.51

para o adversário e vice-versa”). Entretanto, esta instabilidade não representa um retorno à situação de ausência de orientação anterior ao surgimento do conflito. Pelo contrário, essa situação, que combina a segurança do conflito com a insegurança em relação ao terceiro, é terreno fértil para a gênese da ordem. As expectativas que aparecem aqui, que o terceiro traz à luz ou sobre as quais ele se pronuncia, tendem à objetividade porque elas só surgem e só são bem sucedidas, se já levam em conta a realidade do conflito. O termo "resolução de conflitos" é uma designação talvez apertada demais. Mas se poderia falar do surgimento de expectativas suficientemente generalizadas, das quais a situação de conflito serve como um primeiro teste. (LUHMANN, 1999, p. 109)

É aqui onde a função do direito (generalização congruente de expectativas normativas) e sua prestação<sup>4</sup> à sociedade de solucionar conflitos convergem. Longe de restaurar uma situação de consenso entre as partes, o direito pode transformar o conflito através da generalização ou da confirmação de uma determinada expectativa que se afirma como resistente a desilusões. Se a função do conflito é estabilizar o sistema durante uma crise de certeza sobre o contexto de comunicações futuras, a operação jurídica tem por função fornecer uma estrutura estável, sobre a qual as partes e terceiros podem construir suas próprias expectativas e que pretensamente não degenerará no esgarçamento de outras estruturas sociais. Isto é, o direito não elimina conflitos, mas filtra (e pode até estimular a criação de) os conflitos relevantes, de forma a permitir que a sociedade conviva com um alto grau de insegurança através criação de soluções provisórias para crises de sentido.

Haveria na sociedade estruturas próprias voltadas para a solução de conflito? Estas estruturas são parte do sistema jurídico ou estão em seu ambiente? Propõe-se que as diversas formas de resolução de conflito são (no sentido luhmanniano), localizados no ambiente intrassocial não funcionalmente diferenciado, pelos quais um tipo específico de comunicação ocorre.

O ponto em comum entre todas as técnicas de solução de conflitos autocompositivas (diferentes técnicas de mediação e conciliação tais como técnica harvardiana, circular-narrativa, transformativa, etc.) é a auto-observação do sistema de conflito. A lógica do conflito (o que é bom para o outro é ruim para mim) continua ocorrendo, mas a intervenção permite que o conflito se auto-observe. Esta auto-observação pode abrir caminho para uma que o conflito se transforme, isto é, mude a forma como se reproduz.

---

<sup>4</sup> Este termo também costuma ser traduzido por atuação ou performance.

A auto-observação permite: (i) o controle da escalada do conflito, ao abrir um canal de comunicação que tem como horizonte a expectativa de que o conflito será resolvido de forma favorável (muda-se a lógica de “o adversário vai me trair” para “o adversário vai me ouvir”), (ii) a criação de uma memória do conflito, que embora conviva provisoriamente com contradições, favorece a fixação um sentido comum para o passado e (iii) a abertura cognitiva do conflito por meio da introdução de novas comunicações que convidam as pessoas envolvidas no conflito a reinterpretar o passado, a avaliar as consequências do conflito, e sobretudo a buscar alternativas às suas próprias expectativas. Este último ponto se releva como um paradoxo: a auto-observação permite que o conflito se abra cognitivamente, isto é, passe a processar comunicações vindas do ambiente.

Portanto, um procedimento de ADR não busca a dissolução do conflito, isto é, não busca provocar uma desdiferenciação entre o sistema conflitivo com o ambiente. Busca-se a transformação da comunicação conflituosa através da fixação de um novo sentido. Trata-se da conversão de dissenso em consenso, um estado menos provável de comunicação, operação que o aparato conceitual sistêmico é realizada pelos meios (LUHMANN, 2016, p. 184).<sup>5</sup>

Estes meios se caracterizam por procedimentos, isto é, pelas técnicas utilizadas pelos facilitadores. Tratam-se de expectativas tais como “cada um terá um momento determinado para falar” e “as propostas devem ser entregues por escrito”. Sua função é garantir que o conflito continue preso às balizas estabelecidas pelo ADR, isto é, que não escale ou degenere em violência, garantido a continuidade da autoobservação

Assim como no procedimento judicial, nos ADRs as pessoas envolvidas no conflito e na atividade de facilitação da solução assumem papéis mais ou menos demarcados. Na resolução adjudicada estes papéis são fixos e generalizados através da programação do direito: “autor, réu, terceiro interessado, juiz, promotor, advogado, etc.” Nos ADRs também existem as formas genéricas de “partes e facilitador (mediador, conciliador)”, que se fazem necessárias como uma forma de garantir a “trégua”. Entretanto, os ADRs também estimulam a introdução da semântica de papéis próprios de outros tipos de interação social: “empregado/empregador, consumidor/fornecedor, cônjuge/cônjuge, vizinho/vizinho, professor/anulo, etc.” Igualmente, o próprio terceiro facilitador pode receber a semânticas diversas da tecnicidade dos ADRs, tais

---

<sup>5</sup> “Denominaremos de *meios* (*Medien*) aquelas conquistas que se estabelecem naqueles pontos de ruptura da comunicação e, de modo funcionalmente adequado, servem para transformar o improvável em provável” LUHMANN, Niklas, *Sistemas Sociais. Esboço de uma teoria geral*. Petrópolis: Vozes. 2016.

como de uma figura religiosa, médica ou educadora. A complexidade das interações sociais subjacentes (interações familiares, econômicas, educacionais) pode ser introduzida.

O procedimento e a atribuição de papéis são bastante flexíveis (em comparação com o procedimento judicial) o que possibilita que o meio se adapte à comunicação. A flexibilidade dos ADRs é a chave para seu sucesso.

### **3 OS ADRs E O DIREITO**

Tentar reformular um problema pela teoria dos sistemas significa, antes de mais nada, observar observações. Por exemplo, a relação entre economia e direito deve ser compreendida como a relação entre dois sistemas que observam um ao outro e a si mesmos de forma que a compreensão do primeiro sobre irritações vindas do segundo são lidas pelo segundo como irritações vindas do primeiro, formando assim um círculo cibernético que, no entanto, não permite o mapeamento exato de quais fenômenos decorrem de quais outros. Disso decorre uma certa desconfiança de explicações causais, como a de mera assimilação do direito pela economia, ainda que formulada em termos sistêmicos (processo de desdiferenciação ou de corrupção do código). Tais proposições, embora pareçam promissoras à primeira vista, seriam incompatíveis com a proposta do modelo sistêmico, que pretende oferecer um modelo sociológico de maior grau de abstração e elimina a causalidade do acervo de interações possíveis.

O No caso dos ADRs judicialmente estimulados, a solução adjudicada continua existindo, ainda que apenas no horizonte das negociações. Todos esperam que, não encontrada uma solução consensual, haverá uma operação jurídica que fornecerá alguma solução. E a expectativa de aplicação do código do direito é suficiente para que as expectativas normativas sejam generalizadas de forma congruente. Em outras palavras, o direito não apenas continua preservando as expectativas mas também opera como uma referência, um marco entorno do qual as negociações orbitam (LUHMANN, 2004, p. 170).

Alguém poderia argumentar que se a função do direito está preservada, nem por isso estariam afastadas as hipóteses de desdiferenciação funcional ou corrupção sistêmica, já que a solução dos conflitos nos ADR é obtida mediante uma lógica negocial (quase sempre de valores monetários), própria do sistema econômico (operações de pagamento caracterizadas pela aplicação do código ter/não-ter ao programa preço) e sem a aplicação do código lícito/ilícito.

Ocorre que o direito não precisa sempre realizar operações completas de aplicação do código para realizar suas funções. Basta que ele mantenha latente a potencialidade desta aplicação (NOBLES e SCHIFF in LUHMANN, 2004, p. 15). Além disso, em termos sistêmicos a

resolução de conflitos não é a função do direito, ainda que grande parte da dogmática jurídica sustente o contrário. Na teoria dos sistemas as funções são únicas e exclusivas de cada subsistema, sendo um dos elementos diferenciadores entre eles (LUHMANN, 2004, p. 205). A função de cada subsistema é identificada pelo benefício estrutural que ele confere à sociedade de forma ímpar. No caso do direito, nenhum outro sistema é capaz de rivalizar com ele na generalização congruente de expectativas normativas. Já no que se refere à resolução de conflitos, ela não pode ser identificada como função do direito, seja porque há outras instâncias sociais também capazes de lidar com o conflito, seja porque o direito é, ele mesmo, causa de conflituosidade. Assim, a resolução de conflitos é compreendida como uma contribuição [*performance*] do direito para seu ambiente intrassocial, mas não sua função (LUHMANN, 2004, p. 167).

É necessário ter em vista que o sistema jurídico não reage a todas as irritações da mesma forma. As operações típicas do direito são executadas pelos Tribunais, organizações localizadas no centro do sistema caracterizadas por um alto grau de isolamento cognitivo decorrente da peculiar característica de lhe ser impossível recusar a adjudicação do código (proibição do *non liquet*). Na periferia do sistema há filtros, estruturas que cumprem duas funções intrassistêmicas: realizar a mediação entre o centro do sistema e o ambiente e impedir que toda e qualquer irritação chegue ao centro. As carreiras jurídicas, como a advocacia e o Ministério Público, as leis, os contratos, a polícia, o congresso e muitas outras instituições estão entre estes filtros (LUHMANN, 2004, p. 293).

Conforme a construção luhmanniana de direito, ele é um sistema operativamente fechado e cognitivamente aberto, capaz portanto de perceber comunicações de seu ambiente como irritações que serão reconstruídas por operações que envolvem seu código específico e seus programas. Portanto, nem toda comunicação ambiental é capaz de irritar o direito, apenas as que são passíveis de juridicização, isto é, objeto de uma operação de observação através da aplicação do código e do programa.

Em suma, o direito não é irritado por todo o complexo de comunicação proveniente dos ADRs. Via de regra, apenas o resultado positivo do ADR é capaz de irritar o direito, nos termos do item a seguir. O ADR funciona, então, como a preparação da comunicação juridicamente relevante.

Na operação do direito, isto é, a que é decidida no centro do sistema, ele se utiliza de um tipo próprio de comunicação preparatória: o argumento jurídico. Este tipo de comunicação se localiza na periferia do sistema e é o responsável por introduzir variabilidade na operação do

sistema, mediando o equilíbrio entre redundância e variação, entre abertura e fechamento nas operações do sistema.

Como já afirmado, as operações que transitam pelo meio dos ADRs não são jurídicas em sentido estrito (não são dotadas do código do direito), mas podem circular na periferia do sistema. Propõe-se que elas possam funcionar também como uma comunicação preparatória. Entretanto os debates nos ADRs não estão restritos à argumentação jurídica. É possível introduzir comunicações preparatórias de operações de outros sistemas. O exemplo mais relevante é justamente a negociação, um tipo de comunicação preparatória do sistema econômico.

Tradicionalmente a negociação é entendida como a troca de propostas entre "agentes racionais" que buscam na operação de troca (operação típica da econômica) satisfazer suas necessidades e maximizar seu bem estar. O ADRs permitem a introdução desta racionalidade econômica na resolução do conflito, mas não na tradução que o direito faz do acordo resultante. Não importa qual expectativa normativa foi frustrada ou se ela será garantida. Importa apenas qual nova expectativa será construída e como ela pode ser imunizada contra novas frustrações.

Igualmente, é possível introduzir outros tipos de racionalidade que sejam preponderantes para o conflito, como a racionalidade afetiva, no caso da mediação familiar.

### **3.1 A Juridicização dos ADRs**

O direito não é capaz de ser irritado pelo resultado negativo da comunicação própria do ADR. O "não-acordo" pode ser uma operação relevante para diversas outras comunicações sociais, mas não para o direito.

Por outro lado, uma vez obtido um acordo, isto é, criada uma nova expectativa normativa, o direito dispõe de canais pelos quais esta comunicação poderá irritá-lo e instá-lo a observá-la. Esta observação é a operação típica do direito, pela qual ele compara a nova expectativa normativa com seu programa e aplica seu código, disso podendo resultar apenas duas alternativas: legal ou ilegal.

Caso a operação seja positiva, isto é, caso a comunicação resultante do ADR possa ser incorporada ao direito (compatibilidade com o programa), ele a aceita e lhe confere o símbolo da validade. Neste caso, a expectativa normativa poderá ser generalizada de forma congruente, isto é, imunizada contra frustrações. Este processo de imunização de uma expectativa criada fora do centro do sistema não é incomum. Os contratos, importante estrutura periférica do direito e que o acopla à economia, operam de forma semelhante, ainda que também haja diferenças.

No caso dos ADRs a observação é realizada sobretudo pelo instituto da homologação, e subsidiariamente por equivalentes, como a formalização de uma escritura pública, a assinatura do acordo por dois advogados ou pelo Ministério Público, etc. Em todos os casos, mesmo quando o acordo é homologado por um Tribunal, a operação situa-se na periferia do sistema jurídico. A operação de homologação é uma observação incompleta pois não aplica o código ao programa do direito inserindo a comunicação observada em uma rede recursiva de operações anteriores, mas apenas a comparando com determinadas normas tidas como duras e irrevogáveis, como a proibição de transigir sobre direitos indisponíveis, a necessidade de capacidade para transigir e demais normas de ordem pública.

O centro (Tribunais) poderá no futuro ser provocado (irritado) a observar a operação e adjudicar código novamente. Para isso há institutos que questionam a validade, como ações anulatórias. Então o direito poderá ser irritado pelas vias tradicionais (processo judicial) para que observe a operação e adjudique o código ao programa em sua completude.

Em suma, o direito possui mecanismos pelos quais é capaz de conferir o símbolo da validade ao acordo. Estes mecanismos representam uma operação bem mais simples do que a operação completa do direito. Os acordos são processados e permanecem na periferia do sistema.

### **3.2 ADRs como Filtros**

O sistema jurídico e os ADRs prestam relevantes serviços um para o outro. A prestação do sistema jurídico aos ADRs é de altíssima importância. O direito sempre está no horizonte dos ADRs. A expectativa de que eventual acordo poderá ganhar o símbolo da validade é de vital importância para fazer os ADRs surgirem e operarem. Além disso, por vezes o direito pode operar como o canal de entrada de conflitos para os ADRs. Já para o direito, os ADRs funcionam como filtros. Por um lado, eles tornam o direito mais insensível a determinadas irritações. Nem todo conflito juridicamente relevante provocará o direito imediatamente. Muitos destes conflitos são transformados em outro um tipo de comunicação, mais facilmente processada pelo sistema jurídico: os acordos. Ao fazer esta transformação os ADRs prestam um grande serviço ao direito: a redução da pressão exercida pela complexidade ambiental.

A sociedade contemporânea é altamente complexa e o direito está sob uma grande pressão para processar esta complexidade. O aumento da complexidade se traduz no aumento da insegurança em toda a sociedade. A pressão que o direito recebe se traduz na expectativa de que o sistema conseguirá garantir mais expectativas. Isto é, espera-se que o direito aumente a margem de segurança social como resposta ao aumento da complexidade. Essa pressão externa



pode ser compreendida como uma pressão pela adequação social do direito, e é resistida pela pressão interna pela consistência técnica do direito.

Essa tensão sobrecarrega todo o sistema jurídico, sobretudo seu centro (os Tribunais), que são particularmente menos sensíveis e isolados cognitivamente do ambiente do sistema jurídico. A utilização dos ADRs são apenas mais uma das formas pelas quais o direito pode lidar com o aumento da pressão ambiental e diminuir a sobrecarga a que está submetido.

Ao contrário do que propõe boa parte da literatura científica sobre o tema, não se trata meramente de lidar com o volume de irritações, isto é com o volume de processos que tramitam nos tribunais. A dimensão numérica é relevante, inclusive economicamente, mas é apenas um aspecto do problema.

Pensemos no exemplo da mediação de conflitos de família. Boa parte da literatura, e agora a própria legislação, afirmam que a solução mediada é mais adequada para os conflitos de família. O fundamento desta ideia não é a incapacidade da máquina judiciária de lidar com o alto número de conflitos familiares (ao menos não apenas). O fundamento é a incapacidade de o sistema jurídico regular e garantir expectativas advindas do sistema familiar contemporâneo, altamente incerto, diverso e sujeito a mudanças.

Outro exemplo é a tendência de se procurar a autocomposição consensual de conflitos de grandes repercussões econômicas ou políticas. Foi o caso do recente acordo envolvendo os expurgos de planos econômicos (Bresser, Verão e Collor). Organizações entre as mais relevantes no sistema jurídico (STF e AGU) fizeram um grande esforço para evitar que o direito tivesse que responder à provocação dos poupadores para garantir suas expectativas. A conciliação não tratou necessariamente de evitar a avalanche de processos judiciais, pois este problema já havia sido tratado por outros institutos, como ações coletivas, por exemplo. A questão era o receio das imensas consequências que poderiam decorrer da operação jurídica.

Em suma, compreender os ADRs como filtros do direito implica dizer que suas operações devem ser compreendidas como operações do próprio sistema jurídico, mas que atuam na fronteira, no limiar entre o sistema e o ambiente. Isso se confirma pela circunstância de que o resultado dos ADRs, quando positivo, recebe o símbolo da validade, inserindo-se no programa normativo e podendo gerar operações futuras no plano da observação de segunda ordem. Ao menos, é esta a forma como o sistema jurídico observa este tipo de comunicação.

## **4 A POLÍTICA PÚBLICA DE TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS CIVIS**

### **4.1 ADRs e Justiça**

Os movimentos de incentivo aos ADRs sempre os associam à Justiça. O movimento que o criou é o chamado "movimento de acesso à justiça". Atualmente fala-se em direito à ordem jurídica justa, ideia que está por trás da edição da resolução 125 do CNJ, que criou a Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos Civis. Todos estes movimentos são capitaneados pela doutrina jurídica, que vê nos ADRs alguma forma de tornar o direito mais justo.

No aparato conceitual da teoria dos sistemas, justiça é conceituada como a fórmula de contingência do sistema jurídico (a do sistema científico são os limites, a do ecônomo é a escassez, etc.). Trata-se de uma situação de extrema complexidade em que um sistema se auto-observa como se fosse capaz de transcender, capaz de sair de si próprio para compreender os próprios limites. Esta é uma ficção funcionalmente necessária, sem a qual o sistema é incapaz de operar. Ainda assim, é uma ficção, já que o sistema nunca será capaz de transcender a si próprio.

De toda forma, esta auto ilusão é necessária porque ela dispara a possibilidade de dupla irritação. Passa a ser possível articular as pressões internas por consistência técnica com as externas, por adequação social. Sem perder sua consistência técnica, o direito deve ser capaz de se abrir ao ambiente. Neste ponto de vista, uma fórmula de contingência leva a uma ampliação dos horizontes externos.

A filtragem que os ADRs proporcionam ao direito permitem a abertura de forma equivalente. Passa a ser possível garantir expectativas de forma mais ampla e com menores riscos à consistência técnica. É por isso que a solução mediada ou conciliada costuma ser descrita como "melhor" e "mais justa".

O direito sempre incorporou soluções obtidas de forma consensual. Mas o surgimento de um meio específico para se obter estas soluções e de movimentos jurídicos que incentivam a adoção desses meios nas últimas décadas se explica pela necessidade de o direito garantir expectativas de forma socialmente mais adequada diante de um grau inédito de complexidade. Isto é, a pressão ambiental é compreendida pelo direito como demanda por decisões mais justas, e os ADRs são uma maneira de responder a esta pressão.

### **4.2 Organização, Inclusão e Exclusão pelos ADRs**

Essa pressão também pode ser entendida em termos evolutivos. Pelo processo de variação-seleção-estabilização o direito acaba selecionando e incorporando em seu interior formas de solução de conflitos "alternativas", isto é, externas. A incorporação de estruturas que passam a

funcionar no limiar entre o direito e seu ambiente veio acompanhada de um movimento de institucionalização. Agora os ADRs contam não apenas com suas técnicas e procedimentos próprios, mas também com uma interface institucional, que os ligam ao direito. Esta interface possibilita uma comunicação muito mais intensa entre estas novas estruturas e o direito.

Os ADRs não possuem organizações tão complexas como as tradicionalmente estudadas na teoria dos sistemas (Estado, congresso, tribunais, bancos, universidades, etc.), mas uma leitura pelo aparato sistêmico das diversas formas mais ou menos institucionalizadas de organização dos ADRs é possível. Há uma ampla variedade de organizações (instituições públicas e privadas, voltadas para conflitos entre pessoas ou empresas, inseridas em outra organização ou autônomas). Mas o caso brasileiro parece caminhar para o predomínio de um determinado tipo de organização: o órgão de autocomposição auxiliar do judiciário. Estes órgãos são públicos, funcionam dentro da estrutura judicial e tendem a incorporar a semântica jurídica. Isso permite que suas decisões sejam imediatamente encaminhadas para homologação. São formados por uma hierarquia própria de órgãos da administração pública e seus membros estão submetidos a um regime jurídico equivalente ao de magistrados, com as mesmas exigências de imparcialidade e hipóteses de impedimento. Ainda assim, demandam custo baixo do Poder Público e inexistente para o usuário.

Entretanto, há resistências a uma completa integração dessas organizações ao sistema jurídico. Causa espanto que nestas organizações a grande maioria dos mediadores e conciliadores ainda trabalhem de forma ocasional, voluntária e gratuita. Há alguma solidariedade que motiva pessoas, sobretudo operadores do direito, mas também outras figuras sociais a desempenhar estes trabalhos. Esta solidariedade está ligada à pressão por justiça acima exposta.

Há uma tensão entre uma força que busca a profissionalização e o refinamento técnico de mediadores e conciliadores e outra que busca a expansão dos ADRs a qualquer preço. Esta tensão pode ser compreendida pela chave inclusão/exclusão. Os ADRs têm sido uma forma de inclusão no sistema jurídico de conflitos para os quais o direito tradicionalmente é insensível. A demanda por "acesso à justiça" e sua ligação com os ADRs podem ser lidas como resultado de uma demanda por inclusão.

## **5 CONCLUSÃO**

A explosão na utilização dos ADRs pode ser compreendida como resultado de um processo evolucionário pelo qual o sistema jurídico está incorporando estruturas internas que sejam capazes de mediar a pressão por consistência externa (exclusão) e adequação social (inclusão),

função equivalente à da justiça. Estas estruturas atuam na periferia do sistema como filtros, de forma a aliviar a pressão ambiental sobre o centro (Tribunais).

## REFERÊNCIAS

CAMPILONGO, C. F. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2ª Ed. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHASIN, A. C. D. M. **UMA SIMPLES FORMALIDADE**: estudo sobre a experiência dos Juizados Especiais Cíveis em São Paulo. [S.l.]: [s.n.], 2007. Dissertação (mestrado em sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2007.

GONÇALVES, G. L.; VILLAS BÔAS FILHO, O. **Teoria dos sistemas sociais**: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUNQUEIRA, E. B. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista de Estudos Históricos**, 18, 1996. 389.

LUHMANN, N. **Ausdifferenzierung des Rechts**. Frankfurt: Suhrkamp, 1999.

LUHMANN, N. **Law As a Social System**. Tradução de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University, 2004.

LUHMANN, N. **Sistemas Sociais**. Petrópolis: Vozes, 2016.

MATTEI, U. Access to Justice. A Renewed Global Issue. **ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW**, 11.3, dezembro 2007.

MISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília: Azevedo, André Gomma de (org), 2013.



# OBSERVANDO AS ORGANIZAÇÕES DE PESQUISA EM DIREITO NO BRASIL: AS AGENDAS DE PESQUISA EMPÍRICA DE BASE SISTÊMICA NA PÓS-GRADUAÇÃO

*Gabriel Ferreira da Fonseca*

(Doutorando em Direito da Universidade de São Paulo)

[gabrielfonseca@gmail.com](mailto:gabrielfonseca@gmail.com)

*Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros*

(Professor dos programas de graduação em Direito e Filosofia da Universidade Paulista)

[marcoloschiavo@gmail.com](mailto:marcoloschiavo@gmail.com)

**RESUMO:** Este trabalho discute a possibilidade avanço em uma agenda de pesquisa empírica de base sistêmica por meio de uma sistematização das produções científicas desenvolvidas nos Programas de Pós-Graduação em Direito no país. Por meio de uma revisão de literatura e de um recorte do Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES, orientado para os Programas em Direito, o estudo aponta para a importância da construção de um diálogo entre a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e as diferentes estratégias metodológicas para produção de pesquisa empírica. A hipótese deste trabalho é a de que a abstração da teoria dos sistemas pode ser controlada em níveis compatíveis com o desenvolvimento de pesquisas empíricas, em especial quando se adota um modelo multinível de observação da sociedade. Esse modelo se baseia principalmente na análise dos três tipos de sistemas apresentados por Luhmann: sistemas de interação, sistemas organizacionais e sistemas da sociedade. No final, são apresentados as métricas de análise da pesquisa em andamento.

**Palavras-chave:** Pesquisa empírica de base sistêmica. Modelo multinível. Observação da sociedade.

## 1 INTRODUÇÃO

A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann é conhecida pela elevada abstração das suas construções teóricas e por certo afastamento em relação às pesquisas empíricas. No entanto, além de o próprio Luhmann ter desenvolvido algumas propostas pontuais de diálogo com as pesquisas empíricas, verifica-se, na atualidade, a tentativa de fortalecimento de uma agenda de pesquisa empírica de raiz sistêmica.

Dentre as propostas de desenvolvimento deste potencial empírico da teoria dos sistemas, destacamos aquelas desenvolvidas na América Latina e, em especial, no Brasil. Cada vez mais são produzidos trabalhos que aplicam o referencial sistêmico para observar as operações de diferentes sistemas funcionais e organizações sociais e, inclusive, problematizar tensões entre sistemas. Importantes estudos, por exemplo, discutem o encaminhamento da diferenciação funcional em uma realidade social tão desigual como a brasileira. Não à toa nos círculos entre sistêmicos é recorrente o debate sobre “como determinado sistema opera sob tais condições?”, “existe uma corrupção de códigos?” ou, ainda, “estamos em crise?”. Subjacente às diferentes perguntas e propósitos de pesquisa, prevalece em alguns casos o interesse comum em produzir e examinar dados concretos via uma pesquisa empírica de raiz sistêmica.

Por pesquisa empírica de raiz sistêmica este texto compreende a observação dos sistema científico de operações mais “basais” da sociedade (isto é, de comunicações), com o propósito de

produzir diagnósticos específicos. Essas operações comunicativas são dados empíricos sobre sistemas funcionais, organizacionais e interacionais. Daí surge a grande questão: como é possível examinar esses dados por meio da teoria dos sistemas? Aliás, essa questão retrata um dos principais desafios das pesquisas baseadas na teoria dos sistemas sociais, em especial a partir desdobrando os trabalhos de Luhmann: como controlar a sua autodeclarada abstração para fins de produção de novos conhecimentos e de renovação do próprio horizonte cognitivo da teoria?

A abstração está no centro de algumas das críticas comumente direcionada à teoria dos sistemas, que seria marcada por um suposto privilégio da teoria em face da realidade, ou seja, por um déficit empírico. Faltaria à teoria dos sistemas de Luhmann um “programa empírico de pesquisa” (LEYDESDORFF, 2010) e mesmo “clareza analítica” no nível empírico (BRAECKMAN, 2006, p. 83).

No entanto, a hipótese deste trabalho é a de que a abstração da teoria dos sistemas pode ser controlada em níveis compatíveis com o desenvolvimento de pesquisas empíricas, em especial quando se adota um modelo multinível de observação da sociedade. Esse modelo se baseia principalmente na análise dos três tipos de sistemas apresentados por Luhmann: sistemas de interação, sistemas organizacionais e sistemas da sociedade. Isso poderá resultar em ganhos teóricos para as pesquisas empíricas e em descrições mais consistentes do ponto de vista empírico para a teoria dos sistemas.

Diante desse contexto, este trabalho avança na observação das agendas de pesquisa empírica de bases sistêmicas existentes nos Programas de Pós Graduação em Direito do país, com o objetivo de observar a construção de um modelo multinível de observação da sociedade. O recorte no campo do Direito se justifica diante da profusão de recentes trabalhos dessa área que aplicam o referencial teórico, aliado às preocupações mais aplicadas das operações jurídicas.

O propósito desse texto é compreender quais preocupações e estratégias metodológicas são adotadas por pesquisadores sistêmicos quando enfrentam perguntas de investigação empírica. Por se tratar de um trabalho em andamento, são apresentados em um primeiro momento a revisão de literatura e as métricas de análises desenvolvidas para a pesquisa. No final, fica o convite para o avanço em agendas de pesquisa empírica em Direito que desenvolvam um modelo multinível de observação da sociedade.

## **2 O DESAFIO DO CONTROLE DA ABSTRAÇÃO NAS PESQUISAS EMPÍRICAS SISTÊMICAS**

O(a) pesquisador(a) acostumado(a) com a teoria dos sistemas reconhece de imediato que um dos principais desafios da mobilização do instrumental sistêmico é conseguir controlar a

abstração teórica a ponto de produzir observações e descrições empíricas sobre a sociedade. Tal desafio se destaca sobretudo em pesquisas em direito, quando o(a) pesquisador(a) está geralmente diante de problemas concretos de operação do sistema. Neste cenário, surgem perguntas como: É possível produzir uma pesquisa empírica sistêmica? Se sim, quais cuidados devem ser tomados?

Por um lado, constata-se que a abstração da teoria dos sistemas precisa ser controlada para que seja possível desenvolver pesquisas empíricas. Por outro lado, é importante pontuar que, ao menos sob o ponto de vista deste referencial teórico, a abstração decorre da própria posição da sociologia no sistema científico. A sociologia (enquanto subsistema da ciência) realiza uma observação de segunda ordem em relação às observações produzidas em outros sistemas sociais, que, a partir daquela perspectiva, seriam observações de primeira ordem. A observação sociológica não realiza uma simples cópia das demais observações, mas, sim, uma produção de teorias, que assumem “uma distância com relação às obviedades do cotidiano, para alcançar um nível de consistência assegurado de maneira mais abstrata” (LUHMANN, 2007, pp. 883-898).

A aproximação da ciência em relação aos demais sistemas da sociedade se dá neste âmbito da observações de observações. Em relação à prática destes sistemas, a teoria dos sistemas (tradicionalmente) propõe um afastamento, com o objetivo de marcar a diferença e manter a autonomia da observação sociológica. Deste modo, o afastamento da teoria dos sistemas em relação à aplicação prática decorre da observação dos limites do sistema científico, que guia as suas operações com o código binário verdadeiro/falso (e não com o código de outros sistemas funcionais). Essa limitação impossibilitaria, por exemplo, a aplicação direta de conhecimentos científicos para resolver questões jurídicas, políticas, econômicas etc. Uma aplicação prática apenas poderia acontecer a partir da (contingente) irritação dos demais sistemas da sociedade, que, a partir dos seus próprios códigos, podem filtrar as informações produzidas pela sociologia. O distanciamento e ceticismo da teoria dos sistemas em relação às abordagens sociológicas normativas e empiristas se explica, em grande medida, por esta preocupação com a diferenciação funcional dos sistemas da sociedade (BORA, 2016, pp. 619-646).

Luhmann tinha consciência da “natureza altamente abstrata” da teoria geral dos sistemas sociais. No entanto, isso não o aproximou dos “empreendedores especulativos” ou dos “pesquisadores interessados apenas em questões empíricas estreitas”. O referido diagnóstico tampouco o animou a aderir a uma “terceira postura” que emergia deste contexto de cisão da disciplina, isto é, à proposta daqueles que escapariam para o “‘compromisso’ normativo e engajamento sociopolítico.” Ao contrário, insatisfeito com o estado da sociologia, Luhmann

refletiu sobre como seria possível “traduzir conceitos altamente gerais em teorias úteis para pesquisa empírica sem sacrificar suas funções de unificação e integração” (LUHMANN, 1982, p. 70).

Para entendermos essa autocrítica (acompanhada de uma autojustificação) de Luhmann, faz-se necessário identificar, com a ajuda do livro *A Ciência da Sociedade*, como o autor descreve a relação entre o sistema científico e os seus programas, notadamente teorias e métodos. Estes programas são dois diferentes tipos de regras de decisões sobre a correção da comunicação científica, isto é, eles funcionam como diferentes critérios de seleção para as operações do sistema científico, que distribuem “os valores verdadeiro e falso” (LUHMANN, 1996, p. 409).

A partir das descrições da teoria dos sistemas, “[a]s teorias são programas complexos que consistem em um bom número de afirmações sob a condição [...] de que se possam designar com o conceito de redundância.” Busca-se, com elas, “alcançar uma descrição complexa.” A peculiaridade das afirmações teóricas está “em fazer possível as comparações.” Essas comparações se distinguem daquelas da linguagem cotidiana, pois são “mais fortes, mais improváveis, mais surpreendentes”: “O trabalho teórico no sentido de afirmações científicas se esforça por estabelecer um contínuo de interesses de comparação e em lograr comparações cada vez mais improváveis”. Daí a relação entre teoria e abstração: “Os logros específicos das teorias científicas consistem em que mediante a abstração conseguem uma intensificação dos pontos de comparação” (ibidem, p. 291-296).

Para tanto, a ciência aplica o código binário verdadeiro/falso com a ajuda de outro tipo de programas: métodos. Os métodos conduzem às decisões “entre o verdadeiro e o falso”. Luhmann destaca duas formas de métodos: dedutivos e cibernéticos. Os primeiros são descritos com a ajuda da metáfora do alpinista, que depende em cada passo de uma posição inicial (axiomas, dados empíricos, etc.). Os métodos cibernéticos, por sua vez, operam de modo oposto: “como não existem tais posições de segurança (porque não existe validade externa) e dado que a segurança só é alcançada no processo, isto leva a que se tenha que estar permanentemente revisando as posições de partida e de todos os passos (mesmo da primeira posição).” Estes últimos métodos operam de modo circular, praticando constantemente “antecipações e recursões” (ibidem, p. 297-303).

O controle de abstração da teoria dos sistemas passa pela compreensão de programas teóricos e metodológicos. Por um lado, pesquisas empíricas de raiz sistêmica não devem abrir mão do trabalho de teorização, que exige certa dose de abstração. Esse é inegavelmente o grande potencial da teoria dos sistemas. Por outro lado, essas pesquisas precisam desenvolver métodos



cibernéticos, que operacionalizem a teoria dos sistemas com observações de dados concretos sobre interações, organizações e sistemas funcionais. Para ilustrar como pesquisas podem avançar em estudos empíricos de raiz sistêmico, apresentamos na próxima seção a métrica de análise de uma pesquisa em andamento.

### **3 UM GUIA DE ANÁLISE PARA O EXAME DAS PESQUISAS EMPÍRICAS SISTÊMICAS**

O presente texto assume a possibilidade de desenvolvimento de pesquisas empíricas sistêmicas, em especial a partir de um modelo de observações multinível da sociedade. Este modelo se relaciona com a distinção dos níveis de sistemas sociais: sociedade (e seus sistemas funcionais), organizações e interações.

As investigações empíricas baseadas na teoria dos sistemas costumam adotar uma metodologia qualitativa que direciona suas técnicas à observação das comunicações nos três diferentes tipos de sistemas mencionados. No entanto, como “o acesso aos sistemas funcionalmente diferenciados da sociedade não é direto”, o caminho menos problemático é “o acesso das técnicas qualitativas a sistemas de menor complexidade, como organizações e interações” (FLORES GUERREIRO, 2009, p. 67).

Um dos desafios de abordagens multiníveis ou multissistêmicas está justamente em aliar as referências mais abstratas do sistema da sociedade e seus sistemas funcionais (análises macrosociológicas) com os dados empíricos sobre sistemas organizacionais e interacionais (análises microsociológicas).

Deve-se lembrar que, segundo Luhmann (2015, p. 235), embora seja necessário escolher um sistema de referência, isso não implica que

projetos de pesquisa concretos devam se comprometer com um único sistema de referência; é possível considerar vários ao mesmo tempo (embora isso, com certeza, signifique rapidamente aumentar complexidade tanto da orientação analítica quanto da apresentação verbal). [...] Caso contrário, ficaremos com teorias de complexidade inadequada.

A partir desta perspectiva, a teoria geral dos sistemas sociais poderia “formular conceitos muito abstratos e ‘condições limites’ para a análise da realidade social.” Ela “pode clarificar como (em princípio) sistemas sociais se constituem através de processos de autoseleção e formação de fronteiras.” Esse programa de pesquisa “não está, evidentemente, livre de todas as grandes dificuldades e complicações. No entanto, parece prover um acesso realista à realidade social” (LUHMANN, 1982, p. 76-77).

Um exemplo de abordagem multinível aplicada ao sistema jurídico que se baseia no programa de pesquisa sistêmico pode ser encontrado na tese de doutorado de Barros (2018)

sobre a argumentação consequencialista no direito brasileiro. O autor defende que o modelo de observações multinível, se devidamente manejado, possibilita o controle das abstrações inerentes ao referencial sistêmico.

O autor avança em uma pesquisa de jurisprudência preocupada com o tipo de discurso que é produzido pelos tribunais judiciais. Segundo Barros (2018), por meio da construção de métricas é possível observar como um tribunal (e não apenas o sistema jurídico) lida com a expectativa de impacto de suas decisões na sociedade. No referido trabalho, esta avaliação dos julgados ocorreu por meio do exame dos argumentos apresentados nos votos dos julgadores. Embora tribunais sejam organizações primariamente vinculadas ao sistema jurídico, em determinados casos, juízes avaliam argumentos não jurídicos e, também, em outras ocasiões, ainda que *contra legem*, demoram para decidir diante de um suposto prejuízo econômico que pode ser custeado pela sociedade. O trabalho conclui que comunicações políticas, econômicas e jurídicas convivem em uma espécie de tensão mesmo em sistemas organizacionais que integram principalmente o centro do sistema jurídico.

Seguindo esta linha de trabalho, com o propósito de distinguir um campo de pesquisa empírica em direito de base sistêmica, apresentamos aqui uma pesquisa exploratória, feita no dia 17/08/2018, pelo termo “Luhmann” no Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES. Selecionamos apenas as áreas de conhecimento ligadas ao direito (“direito”, “direito público”, “direito constitucional” e “direitos especiais”). Foram encontrados 262 trabalhos que, de algum modo, mobilizam a teoria dos sistemas de Luhmann.

Esses trabalhos serão codificados a partir das seguintes métricas: i) Instituição de Ensino Superior; ii) Programa; iii) Área de Concentração; iv) Gênero do(a) autor(a); v) Orientador(a); vi) Autor(a); vii) Tipo de Trabalho (Dissertação ou Tese); viii) Título; ix) Banca Examinadora; x) A teoria dos sistemas é o referencial teórico ou um dos referenciais teóricos principais?; xi) Quais outras teorias são mobilizadas como referencial teórico principal?; xii) Qual a área do direito do trabalho? (Ex: sociologia do direito, teoria do direito, direito constitucional); xiii) Principais sistemas pesquisados; xiv) Conceitos sistêmicos principais; xv) Metodologia aplicada ao campo empírico?; xvi) Justificativa para a resposta anterior; xvii) Qual o campo empírico do trabalho? (ex: educação, saúde, habitação etc.); xviii) Tipo de pesquisa empírica; xix) Apresentação dos dados/fontes?; xx) Bibliografia sistêmica internacional (especificar autores); xxi) Bibliografia sistêmica nacional (especificar autores); xxii) Há controle de abstração? e xxiii) Justificativa para a questão anterior.

Deste modo, este trabalho em andamento, com base em uma metodologia empírica de base sistêmica, busca investigar, dentro desse universo de 262 trabalhos (203 dissertações de

mestrado e 59 teses de doutorado), aqueles que também tenham adotado uma metodologia empírica de base sistêmica. A partir da análise destes trabalhos, tentaremos chegar à resposta ao seguinte problema de pesquisa: quais as agendas de pesquisa empírica de base sistêmica existentes nos Programas de Pós-Graduação em Direito (PPGD) do país?

Como questões norteadoras, esperamos responder também às seguintes dúvidas: i) Quais as estratégias metodológicas adotadas pelos pesquisadores para compatibilizar a elevada abstração da teoria dos sistemas com a proposta de desenvolver pesquisa empírica em direito? ii) É possível afirmar que há mais de uma agenda de pesquisa empírica de base sistêmica no país? Se sim, como elas se diferenciam e se distribuem em relação aos PPGDs do país, aos Professores Orientadores dos trabalhos e as diferentes áreas do direito (sociologia do direito, teoria do direito e dogmáticas jurídicas)?

Trata-se de uma investigação que se preocupa com a observação das comunicações de organizações do sistema científico. Com isso, espera-se encontrar subsídios para uma superação das críticas direcionadas ao *déficit empírico* da teoria dos sistemas, mas também das críticas que autores como Luhmann apresentam em relação ao *déficit teórico* das pesquisas empíricas. O trabalho, portanto, poderá indicar formas de controle da abstração inerente à teoria dos sistemas para o desenvolvimento de pesquisas empíricas, bem como formas de observações multiníveis consistentes com o referencial teórico.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Tribunais, complexidade e decisão**: o argumento consequencialista no direito brasileiro. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

BORA, Alfons. Sociology of Law in Germany: Reflection and Practice. **Journal of Law and Society**, v. 43, n. 4, pp. 619-646, dec. 2016.

BRAECKMAN, Antoon. Niklas Luhmann's systems theoretical redescription of the inclusion/exclusion debate. **Philosophy & Social Criticism**. v. 32, n. 1, pp. 65-88, 2006.

FLORES GUERREIRO, Rodrigo. **Observando observadores**: Una introducción a las técnicas cualitativas de investigación social. Ediciones Universidad Católica de Chile: Santiago, 2009.

LEYDESDORFF, Loet. Luhmann Reconsidered: Steps Towards an Empirical Research Programme in the Sociology of Communication? In: Colin Grant (ed.), **Beyond Universal Pragmatics**: Essays in the Philosophy of Communication. Oxford: Peter Lang, 2010.

LUHMANN, Niklas. Communication about law in interaction systems. In: KNORR-CETINA, Karin.; CICOUREL, Aaron. V. (Ed.). **Advances in social theory and Methodology**: Toward an integration of micro- and macro-sociologies. Routledge & Kegan Paul: Boston, London e Henley, 2015.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2007.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Tradução de Silvia Pappé, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Ciudad de México, Guadalajara, Barcelona: Universidade Iberoamericana, ITESO, Editorial Anthropos, 1996.

LUHMANN, Niklas. Interaction, Organization and Society. In: LUHMANN, Niklas. **The differentiation of society**. Tradução de Stephen Holmes e Charles Larmore. New York: Columbia University Press, 1982.

# A REPRESENTAÇÃO SOCIAL DO DIREITO NAS ORGANIZAÇÕES JURÍDICAS

*Heroana Letícia Pereira*  
(Faculdade de Direito do Sul de Minas)  
heroana.pereira@gmail.com<sup>1</sup>

*Rafael Lazzarotto Simioni*  
(Universidade Estadual de Campinas – Unicamp)  
simioni2010@gmail.com<sup>2</sup>

**RESUMO:** Esta pesquisa versa sobre as diferentes formas como os profissionais do direito o interpretam, com base nas organizações às quais pertencem, bem como sobre a existência de um possível senso comum e de assimetrias entre tais organizações. Para tanto, será realizado um estudo sobre a obra de Niklas Luhmann, quanto às organizações nos sistemas autopoieticos. Além disso, uma pesquisa empírica, com o uso do método da Análise do Discurso do Sujeito Coletivo (DSC), elaborado por Fernando Lefèvre e Ana Maria Cavalcanti Lefèvre, método este baseado na Teoria das Representações Sociais, elaborada por Serge Moscovici. Esta pesquisa tem como escopo, portanto, a análise conjunta entre a teoria e a prática do direito. Desta feita, buscar-se-á, analisar as representações sociais do direito nas organizações jurídicas, de centro e de periferia, presentes em Pouso Alegre/MG. Bem como buscar-se-á averiguar a possível existência de assimetrias entre tais organizações, com base no senso comum existente dentro de cada organização, sendo elas a Magistratura, o Ministério Público e a Advocacia.

**Palavras-chave:** Representação social do direito. Organizações jurídicas. Senso comum.

## 1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa versa sobre as diferentes formas como os profissionais do direito o interpretam, com base nas organizações às quais pertencem, bem como sobre a existência de um possível senso comum e de assimetrias entre tais organizações. Para tanto, será realizado um estudo sobre a obra de Niklas Luhmann, quanto às organizações nos sistemas autopoieticos. Além disso, uma pesquisa empírica, com o uso do método da Análise do Discurso do Sujeito Coletivo (DSC), elaborado por Fernando Lefèvre e Ana Maria Lefèvre, método este baseado na Teoria das Representações Sociais, elaborada por Serge Moscovici e continuada por Denise Jodelet. Esta pesquisa tem como escopo, portanto, a análise conjunta entre a teoria e a prática do direito, cuja junção é relativamente recente. Desta feita, buscar-se-á, analisar as representações sociais do direito nas organizações jurídicas, de centro e de periferia, presentes em Pouso Alegre/MG. Bem

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito, área de concentração em Constitucionalismo e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas; bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, CAPES, Brasil, graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, Graduada em Letras pela Universidade do Vale do Sapucaí, pesquisadora integrante dos grupos de pesquisa Margens do Direito e Paradoxos do Direito Global (PPGD/FDSM), vinculados ao CNPq.

<sup>2</sup> Pós-Doutor em Filosofia e Teoria do Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Doutor em Direito Público pela Unisinos, Mestre em Direito pela UCS, graduado em Direito pela UCS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas e do Programa de Programa de Pós-Graduação em Bioética Univás, professor convidado do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Estadual de Campinas-Unicamp. Editor-Chefe da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pesquisador líder do Grupo de Pesquisa Margens do Direito (PPGD/FDSM).

como buscar-se-á averiguar a possível existência de assimetrias entre tais organizações, com base no senso comum existente dentro de cada organização, sendo elas a Magistratura, o Ministério Público e a Advocacia.

Ao se analisar o senso comum nas organizações do sistema do direito, tem-se uma vasta gama de pontos a serem elucidados, as dimensões subjetiva, social e organizacional, presentes de forma conjunta na realização da interpretação e da decisão (SIMIONI, 2015, p. 143). Isto porque existe a influência das vivências individuais e convicções morais, religiosas e políticas na interpretação e na decisão. E há a dimensão organizacional, ainda pouco explorada, no sentido de que o pertencimento a uma organização gera posicionamentos interpretativos específicos decorrentes do papel social assumido. Contudo, para delimitar as variáveis que permeiam a realização da interpretação e da decisão, tomando-se por base o pertencimento às organizações, não basta realizar observações externas, é preciso observar de dentro (LUHMANN, 2005, p. 26). Para tanto, torna-se necessária a realização de uma pesquisa de natureza empírica, na qual seja possível elencar o discurso de cada grupo.

Ao final desta pesquisa, espera-se comprovar os fundamentos da teoria das organizações dos sistemas autopoieticos, de Niklas Luhmann. Também serão levantados dados para analisar os pressupostos da interpretação do direito e da tomada de decisões nestas organizações, com base nos seus discursos coletivos, a possível existência de um senso comum que as une, além de relações de poder que venham a afetar as suas relações, seu trabalho individual e sua forma de interpretar e decidir. Tais dados demonstrarão que o ato de interpretar e de decidir não pertence somente aos juizes, mas a todos os profissionais do direito, visto que alia dados teóricos a dados empíricos de modo a desvendar os paradigmas da interpretação e da decisão. Há ainda a importante contribuição no sentido de que pouco já foi dito no tocante à influência do pertencimento a uma organização na tomada de decisões, bem como o fato de que a possível existência de relações de poder entre as organizações pode ser um fator altamente relevante para o que se decide e como se decide.

O objetivo desta pesquisa é analisar as diferentes formas de representação social do direito nos sistemas de organização da Magistratura, Advocacia Privada e Ministério Público, em Pouso Alegre, no Sul de Minas Gerais. E, a partir deste objetivo, analisar o conceito de sistema de organização na teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann, observar as diferentes perspectivas de sentido do direito entre as organizações de centro e de periferia, explicitar as diferentes Representações Sociais do direito nas organizações jurídicas, em Pouso

Alegre, no Sul de Minas Gerais, identificar a existência de relações de poder entre as organizações jurídicas, em Pouso Alegre, no Sul de Minas Gerais.

## **2 METODOLOGIA DA ANÁLISE DO DISCURSO DO SUJEITO COLETIVO**

Esta pesquisa utilizará, para o tratamento de dados, a Análise do Discurso do Sujeito Coletivo, metodologia criada pelos professores Fernando Lefèvre e Ana Maria Lefèvre, método este baseado na Teoria das Representações Sociais. O estudo das Representações Sociais foi inaugurado pelo psicólogo social francês Serge Moscovici, na década de 1960, e este termo representa não somente um vasto campo de estudos, mas também designa um conjunto de fenômenos (SÁ, 1995, p. 19). Para tanto, Moscovici baseou-se no conceito sociológico de Representações Coletivas, formulado por Durkheim, para analisar fenômenos como a religião e os mitos compartilhados no tempo e no espaço pelos grupos sociais. A diferença entre o estudo das Representações Sociais, formulado por Moscovici, e o estudo das Representações Coletivas, formulado por Durkheim, reside em sua amplitude. Enquanto Durkheim analisou uma ampla gama de conhecimentos compartilhados pela sociedade, Moscovici buscou uma redução desta gama a fim de analisar os conhecimentos compartilhados por grupos menores de indivíduos em sua vida cotidiana, de modo que a teoria das Representações Sociais pode ser considerada uma teoria do senso comum.

Após os primeiros passos dados por Moscovici, a também psicóloga social Denise Jodelet deu continuidade a este ramo de pesquisa, partindo do pressuposto de que as Representações Sociais não são conhecimentos inerentes à própria sociedade ou pensamentos individuais, tratam-se, na verdade, de compreensões alcançadas por indivíduos em conjunto. Jodelet (1984, p. 361 e 1989, p. 36) conceitua as Representações Sociais como uma forma específica de conhecimento, o saber do senso comum, que se manifesta na interação entre indivíduos que pertencem ao mesmo grupo, são formas de conhecimento socialmente elaborado e partilhado. Isto significa que o surgimento das Representações ocorre nos mesmos lugares, circunstâncias e tempo (SÁ, 1995, p. 27). Nesta perspectiva de estudo, o indivíduo não é visto como um mero processador de informações ou portador de ideologias, mas como pensador ativo que, mediante os inúmeros episódios de interação social dos quais participa, produz e comunica representações, ao mesmo tempo em que as recebe em um universo consensual de troca de informações (SÁ, 1995, p. 28). A comunicação, através da interação entre indivíduos em seu cotidiano, é que produz as Representações Sociais.

Serge Moscovici introduziu o conceito de Representações Sociais ao sugerir que elas são uma forma de criação coletiva, em condições de modernidade, e seu estudo tem como objetivo analisar os comportamentos e as relações sociais, de modo a identificar, dentro de grupos, problemas de cognição, difusão de saberes, relações entre pensamento e comunicação, mentalidades atribuídas a tipos sociais diferentes e a gênese do senso comum. Presume-se que as Representações Sociais sejam partilhadas por todos os membros do grupo, preservem o vínculo entre eles e façam-os agir de modo uniforme, uma vez que os indivíduos sofrem pressão das representações dominantes na sociedade e é nesse meio que eles pensam ou exprimem seus sentimentos, pois a sociedade, bem como as suas instituições, molda os comportamentos, o que explica por que tais representações diferem entre diferentes sociedades (MOSCOVICI, 2001, pp. 45/47). Até porque o que caracteriza as Representações Sociais são as interações humanas (MOSCOVICI, 2007, p. 41) em um contexto de grupos, em razão da comunicação efetivada na interação entre membros, a nível formal e informal.

O que enseja o estudo das Representações Sociais é o fato de que a difusão de notícias, sejam elas triviais ou de alto impacto, e de saberes científicos, têm transformado os modos de pensamento e criado conteúdos de conhecimento cada vez mais novos. O conhecimento partilhado molda visões sobre o mundo, constitui realidades e constrói modos de comportamento e relacionamento (MOSCOVICI, 2001, p. 61). Neste sentido, a construção das Representações Sociais se dá nas interações entre os indivíduos e também na própria divisão do trabalho (MOSCOVICI, 2001, p. 62/63). Além disso, existe uma categoria de pessoas que cria e difunde Representações Sociais, são aqueles que se dedicam à aquisição e difusão de conhecimentos, como médicos, professores, cientistas, artistas, políticos (MOSCOVICI, 2001, p. 63), uma vez que, para que um conhecimento seja partilhado por um grupo, ele precisa ser legitimado. Contudo, o conhecimento legitimado nada mais é que um conhecimento reificado, um conhecimento científico. Nas sociedades pré-modernas, como a feudal, o poder legitimador de conhecimentos e crenças estava nas mãos dos nobres e do clero, mas nas sociedades modernas há mais detentores do poder legitimador de conhecimentos e crenças, são aqueles tidos como donos do saber e do poder de dizer qual conhecimento é válido e qual não é, como é o caso do sistema da ciência. Porém, os sistemas da sociedade moderna disputam a hegemonia do poder legitimador, um exemplo disso é a disputa entre o sistema do direito e o da política, ou ainda, como ocorre entre as organizações do sistema do direito.

As Representações Sociais tornam-se um tipo de conhecimento estabelecido em um universo consensual e transformam-se em senso comum ao adentrar no cotidiano das pessoas,



nas suas relações de trabalho, amizades, leituras e mídias acessadas. Seu sustentáculo é a comunicação social. Já suas funções estão ligadas a convencionalizar objetos, pessoas ou acontecimentos, ou seja, categorizar e dar forma a um modelo partilhado por um grupo e prescrever as Representações como forma de imposição e transmissão de valores ao longo do tempo (MOSCOVICI, 2007, pp. 35/37). Sua influência é tão grande que os ambientes físico e social são moldados a partir delas, de forma que se constroem modos de vida, sentidos conferidos às instituições, ideais e conhecimentos partilhados, justamente em razão da interação mútua. Deste modo, o pano de fundo das Representações Sociais é a primazia das representações ou crenças, a origem social das percepções e crenças e o papel muitas vezes de coação destas representações (MOSCOVICI, 2007, p. 175). Assim, as Representações Sociais estabilizam-se no tempo através da reprodução e transmissão de uma geração a outra, de modo que elas desligam-se dos indivíduos ao tornarem-se linguagem comum. A Moscovici (2007, p. 196) parece legítimo supor que todas as formas de crença, ideologias, conhecimento, incluindo a ciência, são, de um modo ou de outro, Representações Sociais.

Ao conjunto estruturado de descrições e explicações, mais ou menos interligadas umas às outras, no sentido de que todo conhecimento é partilhado pela sociedade por meio da linguagem, Moscovici denomina *senso comum pós-científico*. Já o conhecimento híbrido, aquele que agrega diferentes ideias e linguagens, por meio da interação social, Moscovici denomina *representações do senso comum*. Enquanto o conhecimento científico encontra-se em um universo reificado, o conhecimento comum parte de um consenso entre indivíduos e se ajusta à vida diária pois, além de possuir um caráter cultural, possui um caráter histórico que se modifica no decorrer do tempo e das necessidades de cada sociedade. Neste sentido, as Representações Sociais constroem-se diante dos olhos das pessoas, na mídia, no trabalho, nos lugares públicos, através dos processos de comunicação, e adquirem, ainda, um caráter impessoal, pois não representam apenas um indivíduo, mas um grupo como um todo (MOSCOVICI, 2007, pp. 203/204 e p. 208), o que enseja a necessidade de estudar como se dá a transformação do conhecimento científico em conhecimento comum.

A pesquisa com Representações Sociais pode demonstrar a existência de elementos estáveis, cuja resistência é mais forte às pressões da comunicação, e elementos periféricos, os quais ficam ao redor dos primeiros e mais expostos à variabilidade e diversidade (JODELET, 2006, p. 07). Este estudo pode possibilitar uma análise destes modelos de pensamento e comportamento, hábitos e costumes de um grupo específico. Mais que isso, é possível identificar os elementos que constroem as experiências vividas pelos membros do grupo, bem como seus

valores e normas de comportamento. Também é possível estabelecer uma linha de estudo no sentido de averiguar as expectativas frustradas pelo destino da pessoa, as transformações no sistema ao qual o indivíduo pertence que levaram a isso, se a experiência única da pessoa poderia ser subordinada a significados e conhecimentos comuns, além de como o significado negociado no aqui e agora da interação se estabilizou. É preciso buscar como vincular, a nível teórico, o subjetivo, o coletivo, o individual e o social. Além disso, como articular uma abordagem que busque identificar estruturas organizacionais estáveis de conhecimento, significados, valores, atitudes, crenças específicas para grupos cultural e socialmente definidos (JODELET, 2006, pp. 07/08). O conhecimento é assim mais aprofundado de várias formas, de acordo com a camada de relevância em que seu objeto está embutido.

No Brasil, a Teoria das Representações Sociais passou a ser estudada por meio do método da Análise do Discurso do Sujeito Coletivo, que se iniciou no ano 2000, sob a liderança dos professores Ana Maria e Fernando Lefèvre, com o Instituto de Pesquisa em Discurso do Sujeito Coletivo, e vem se inserindo nos mais diversos ramos do meio acadêmico. Há predominância de estudos na área da saúde, em virtude de sua origem na área de saúde pública, mas tal metodologia pode ser empregada nos mais diversos meios, pois seu escopo é a análise de falas de atores sociais, o que torna ampla a sua gama de pesquisas e torna o método adequado para um estudo a respeito dos sistemas de organização na teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann, uma vez que o objetivo desta pesquisa é justamente analisar o conhecimento consensual presente nas organizações jurídicas. Para realizar a presente pesquisa, foram selecionadas três organizações pertencentes ao sistema do Direito: Magistratura, Ministério Público e Advocacia, no município de Pouso Alegre/MG, por critérios de conveniência e acessibilidade.

Desta feita, considerando que atuam no município 16 juizes, 10 promotores e 1919 advogados, foram selecionados os membros da Magistratura e Ministério Público que aceitaram participar da pesquisa e 10 advogados, em razão da necessidade de um equilíbrio numérico entre os entrevistados. Antes da realização das entrevistas o projeto foi submetido ao Comitê de Ética em Pesquisa, por meio da Plataforma Brasil, tendo sido devidamente aprovado, uma vez que respeitados os trâmites burocráticos para a coleta de dados.

Os dados obtidos por meio das entrevistas serão analisados por meio da Análise do Discurso do Sujeito Coletivo (DSC), pois serão analisadas as Representações Sociais de cada organização em separado e de uma em relação à outra. Será realizado um resgate e posterior reconstrução das Representações Sociais (RS) preservando-se sua dimensão individual articulada à

coletiva (LEFÈVRE e LEFÈVRE, 2006, p. 519). A Representação Social é encontrada em opiniões, posicionamentos, manifestações, posturas de cada indivíduo em seu cotidiano. Ela sintetiza conhecimentos coletivos entendidos como individuais, regula as relações do indivíduo com os demais, orienta seu comportamento e intervém nos processos de difusão e assimilação de conhecimento, na construção de identidades pessoais e sociais, além de influenciar no comportamento tanto dentro como fora do grupo (CABECINHAS, 2004, p. 126).

No DSC, opiniões ou expressões individuais semelhantes são agrupadas em categorias semânticas. Após, é formado um depoimento síntese, redigido na primeira pessoa do singular, como se tratasse de uma coletividade falando na pessoa de um indivíduo (LEFÈVRE e LEFÈVRE, 2006, p. 521), pois eles carregam códigos narrativos socialmente compartilhados (LEFÈVRE e LEFÈVRE, 2014, p. 504). Por meio destes discursos, são traduzidas as RS como o discurso de uma sociedade, grupo ou cultura. São abstrações concretizadas, pois os argumentos individuais, de sentidos semelhantes, são “minerados” nos depoimentos e abstraídos na categoria que os unifica, permanecendo, contudo, como conteúdos e argumentos, mantendo as características espontâneas e reconhecíveis da fala cotidiana (LEFÈVRE e LEFÈVRE, 2006, p. 520). Para tanto, há 3 critérios para identificar Representações Sociais: o critério quantitativo, pois uma opinião é partilhada por um conjunto de indivíduos; critério genético, as Representações Sociais são resultado da atividade cognitiva e simbólica de um grupo social; e o critério funcional: as Representações Sociais são guias para a comunicação e a ação (CABECINHAS, 2004, p. 126). O resultado é uma descrição sistemática da realidade e uma reconstrução do pensamento coletivo como produto científico (LEFÈVRE e LEFÈVRE, 2014, p. 506). Já o tratamento dos dados envolve dois momentos: descrição e reconstituição.

A descrição é o momento em que a fala é uma reconstituição de um fato social. Já a interpretação indaga não mais o que uma comunidade pensa, mas por que pensa deste modo e não de outro. Ambas as atividades são atribuições de sentido, uma vez que é preciso descrever para reconstruir, porém, ao contrário da descrição, a reconstrução é de responsabilidade do pesquisador. A reconstituição envolve o recorte do tema, seleção de perguntas ou estímulos indutores. O produto final será o pensamento de uma coletividade (LEFÈVRE e LEFÈVRE, 2014, pp. 505/506). As Representações Sociais reconstituídas são o sentido que os atores sociais dão ao mundo em que vivem. A interpretação é o sentido que o pesquisador dá ao sentido dado pelos atores. O DSC pode despertar consciências coletivas e ensejar diálogos com posturas ou opiniões distintas. Tais Representações Sociais o são na medida em que podem ser partilhadas por todos os membros de um grupo estruturado sem ou prevalecem como práticas simbólicas deste grupo,

podem ser partilhadas entre grupos cuja proximidade permita o diálogo, ou ainda, podem representar as controvérsias entre grupos distintos (CABECINHAS, 2004, p. 127). Neste sentido, esta pesquisa oferece a possibilidade de levantar dados que elucidem as Representações Sociais presentes nos discursos dos membros das três organizações jurídicas selecionadas e traduzir as possíveis assimetrias entre elas.

### **3 MEMBROS E NÃO MEMBROS DOS SISTEMAS DE ORGANIZAÇÃO**

Por muito tempo, o estudo da interpretação jurídica teve como foco de análise as condições subjetivas do intérprete presentes no ato de decidir. Já a dimensão organizacional foi deixada em segundo plano. Ainda que as exigências do estudo da interpretação jurídica voltem-se para as consequências práticas, para as convicções morais e políticas intrínsecas ao ato de decidir e para os seus impactos na democracia e nos direitos fundamentais (SIMIONI, 2015, p. 145), é preciso atentar-se para o fato de que não é fácil responder o que é o conhecimento do direito, seus pressupostos teóricos e sentidos sociais tidos oficialmente como discurso dos juristas (WARAT, 1982, p. 48). Porém, um estudo da interpretação jurídica precisa ater-se ao fato de que interpretar não é apenas descobrir o direito, é construí-lo, porque decidir implica em escolhas entre alternativas, o que significa que interpretar tem duas vias, a escolha por uma alternativa e a não escolha por outra. Porém, o que determina a interpretação muda conforme o tempo, valores éticos, morais e políticos, pela dogmática jurídica e não há ordenamento jurídico que possa prever e controlar este universo de influências (SIMIONI, 2015, p. 138), até porque o foco da dogmática ainda é a análise da resposta e não da pergunta quando se trata de observar as estruturas que compõem a observação da interpretação jurídica (ROCHA, 2011, p. 194), o que determina a necessidade de uma profunda análise acerca das formas de comunicação que constroem a representação do direito, que muda em razão do pertencimento ou não ao sistema e, em razão destas formas de comunicação, constrói um saber comum que difere, ao que tudo indica, pelas atribuições com as quais os membros precisam lidar no exercício do direito.

As formas de comunicação nas organizações, no entanto, não ocorrem somente quando a decisão se realiza por meios formais, como decisões e sentenças, pois a interação dentro do sistema organizacional também caracteriza decisão. Isto significa dizer que as organizações e suas operações, as decisões, operam tanto na dimensão formal quanto na informal, uma vez que a relação interpessoal também enseja decisões e também equilibra o funcionamento das organizações. O modelo de distinção entre organização formal e organização informal demonstra um conflito existente na relação entre motivações individuais e motivações organizacionais. Isto se

dá em razão da possibilidade de os motivos individuais encontrarem maior aceitação nos grupos e não na estrutura formal da organização. A organização formal pressupõe a existência de uma hierarquia de competências de comando a que os membros estão sujeitos, na qual impera um cerimonial específico de comunicação, especialmente a comunicação escrita. A organização informal, ao que tudo indica, move-se de grupos para indivíduos que, de acordo com suas atividades e atitudes individuais, desenvolvem interesse por determinados contratos sociais consolidados, dentro dos quais podem encontrar apoio (LUHMANN, 2005, p. 16). A organização informal tem origem na formação de grupos e pode apoiar os objetivos da organização formal ou se opor a eles de modo que tanto pode lhe proporcionar sucesso como causar fracassos. A variável “grupo” adquire tamanha importância que pode adaptar as transformações da organização às condições locais e construir em seus membros formas de conhecimento não científico e modos de comportamento padrão.

No conceito de sociedade como autopoiese da comunicação, qualquer encontro pessoal ou impessoal que gere comunicação realiza a sociedade. Trata-se da relação de interação que se consome dentro do próprio sistema da sociedade. Tais interações são sistemas formados quando há presença de pessoas para resolver o problema da dupla contingência através da comunicação (LUHMANN, 2006, p. 645). Neste sentido, as interações operam com base na distinção entre presença e ausência, já que não é possível haver interação, nem comunicação, sem pessoas. As organizações também têm a possibilidade de se comunicar com sistemas em seu ambiente. Elas constituem o único tipo de sistema social que tem essa possibilidade. Essa comunicação externa pressupõe a autopoiese com base nas decisões. E de fato: dentro do sistema, a comunicação só pode ser feita na rede recursiva da atividade de tomada de decisão do sistema, caso contrário, não poderia ser reconhecida como autocomunicação. A comunicação externa não contradiz, então, o fechamento operacional do sistema; pelo contrário. As organizações se comunicam preferencialmente com as organizações e, por isso, tratam os indivíduos como se fossem organizações ou como se estivessem incapacitados - buscando ajuda e instruções especiais (LUHMANN, 2006, p. 658).

Neste sentido, é preciso investigar se e como a organização formal pode controlar a organização informal, com base em quais critérios ocorre a comunicação formal e a informal, bem como a preponderância do caráter organizacional sobre o individual. Um bom ponto de partida é a análise do sistema de redes, que não é definido, a princípio, pela organização formal, mas por uma relação pessoal de confiança baseada em interesses comuns. A escolha pela comunicação informal mostra-se como uma forma de mantê-las abertas e reproduzir a opção entre formal e informal

(LUHMANN, 2005, p. 16). Já uma comunicação formal pode acontecer com o intuito de evitar que a confiança seja posta à prova, para que se mantenha a segurança do sistema, o que a faz adquirir uma aparência de importância, a princípio, maior que a comunicação informal. Assim, a tendência é identificar a comunicação formal como a representação oficial da organização e se tenderá a vislumbrar a estruturação formal de hierarquias e a divisão de trabalho por habilidades como condição de existência para as comunicações informais. A segurança da comunicação formal e documentada reforça a necessidade de decidir conscientemente. Porém, esta rede de segurança das minutas não corresponde a toda a amplitude de liberdades que o sistema pode realizar no seu processo de seleção. Assim, entornos muito irritantes podem ensejar processos de comunicação informal (LUHMANN, 1997, pp. 64/65). Porém, a análise de redes mostra que a comunicação formal ocorre com frequência em situações limítrofes, enquanto a comunicação informal é predominante no dia a dia das organizações, o que enseja a necessidade de uma análise empírica de seu funcionamento, a fim de levantar dados que demonstrem a preponderância da interação social, especialmente nos grupos, sobre os padrões de comportamento construídos em razão do pertencimento a uma organização. Assim, institucionaliza-se uma dinâmica de autovalidação dos direitos sob uma relação de constante tensão entre ordens legais oficiais e ordens legais não oficiais, entre produção ordenada e produção espontânea do direito. Deste modo, a tensão que se estabelece nas dinâmicas globais de autoprodução e autovalidação dos direitos pode permitir uma abertura do direito, na forma de esferas públicas, para o exercício dos papéis políticos das organizações sociais (SIMIONI, 2014, p. 185).

Para uma análise concreta da teoria da organização sobre a base de decisões, há três situações distintas a serem analisadas: a decisão sobre o início e o término do pertencimento, a decisão sobre premissas de decisão oficialmente válidas para outras decisões e a adaptação ao caso em que se exige um comportamento de decisão. Neste sentido, não se fala em coisas ou sujeitos, mas em referências e comunicações. Isto porque, dependendo do sistema de organização ao qual pertence o ator do direito, suas referências comunicativas e sua racionalidade mudam, justamente porque ele assume diferentes referências sistêmicas (SIMIONI, 2011, p. 127). A organização à qual pertence o indivíduo o influencia em suas decisões tanto quanto sua dimensão subjetiva, porque as organizações possuem regras de comportamento a serem seguidas e isto, inevitavelmente, influencia na produção de sentido do direito (SIMIONI, 2017, p. 274). O pertencimento a uma organização; como o Judiciário, Ministério Público ou Advocacia; gera em seus membros entendimentos interpretativos e comportamentos específicos. Afinal, espera-se que um Juiz entenda o direito como prestação da tutela jurisdicional de forma correta e eficiente,

um membro do Ministério Público como defesa dos interesses da lei e do Estado e um membro da Advocacia como melhor defesa possível dos interesses dos seus clientes (SIMIONI, 2017, p. 275). Isto significa que, em razão das diferentes referências sistêmicas, mudam os papéis sociais assumidos por cada ator, sua racionalidade muda, até mesmo sua percepção da realidade muda (SIMIONI, 2017, p. 161). A influência da organização é tão decisiva que constrói regimes de verdade internos a cada grupo, o que pode se sobressair à própria função do direito enquanto sistema, já que seus membros podem construir regimes de verdade não científicos.

Somada a isto está a construção de uma relação de centro e periferia no sistema do direito, com os tribunais ocupando a posição de centro de sentido, enquanto as demais instituições preenchem as posições periféricas (SIMIONI, 2017, p. 158). E aqui parte-se do pressuposto de que é possível, ao se analisar cada organização, encontrar racionalidades diferentes no modo de produzir e de compreender o direito. Mais que isso, é possível encontrar, e comprovar por meio de dados concretos, a existência de uma relação de poder entre elas. E este poder é o de dizer o que é e o que não é direito. Se assim o é, infere-se que há forças diferentes atuando em um sistema aparentemente uno e que o exercício da interpretação do direito perpassa por diferentes forças e diferentes lógicas na sua realização, pois enquanto membros de uma organização, os profissionais se submetem a regras de inclusão/exclusão que são condições de possibilidade da identidade do grupo. Assim, um juiz torna-se bom para os demais membros de sua organização, como promotores e advogados para as suas respectivas. Caso contrário, ela mesma os exclui, já que o ingresso em uma organização pressupõe restrições de comportamento específicas, que não valem para qualquer grupo, somente para aquele. Um juiz não pode decidir contra os pressupostos de sua organização, não pode atentar contra a jurisdição. Já um advogado não pode afirmar que sua classe causa mais entraves que soluções. A profissão escolhida carrega consigo uma carga de normatividade a ser seguida como regra de pertencimento e basta desrespeitar tais regras para ser excluído do grupo, como ocorre com profissionais que recebem denominações que, por si só, excluem de forma tácita seu pertencimento, como a denominação “advogado de porta de cadeia” ou a expressão “juiz ruim” (SIMIONI, 2011, pp. 129-130). Deste modo, eles continuam sendo profissionais, mas a denominação pejorativa os exclui.

É preciso considerar, ainda, que, para além da intenção individual de mudar, o indivíduo, quando passa a pertencer a uma organização, vincula-se às expectativas sociais com as quais se confronta diariamente e as exigências à sua função serão sempre as mesmas, pois a memória pessoal e a memória social estão tão emaranhadas que chega a ser difícil distingui-las (LUHMANN, 2016, p. 326). Uma importante reflexão para este estudo é analisar como alguém pode comportar-

se com propriedade quando se espera que alguém determine seu comportamento na forma de decisões, ou que se comporte como sujeito de decisão. Outro questionamento é se é preciso pensar em uma ampliação de campos de ação ante a limitação de campos de decisão, o que corresponde a que maiores liberdades de ação sejam previamente limitadas em suas escolhas mediante o compromisso normativo, a fidelidade e a lealdade, de tal forma que o que se pode experimentar como poder não é utilizável. Uma expectativa sobre como alguém deve comportar-se como sujeito de decisão não apresenta a alternativa de comportar-se de modo desviante. Não se trata de se alguém se sente suficientemente motivado para responder a uma expectativa com um comportamento de decisão ou não (LUHMANN, 1997, p. 79), que não escolhe conforme seus critérios entre alternativas, e isto se refere à intensidade do pertencimento ou sua suposição. Somente pode ser membro aquele que deixa interpretar sobre sua decisão. O problema da teoria é descobrir se e como esta imposição de um comportamento, o que se deve deixar caracterizar como decidir, tem consequências típicas.

Assim, para um estudo da teoria das organizações, é preciso partir da ideia de que elas não crescem a bel prazer, tampouco as quantidades de decisão. Portanto, é preciso compreender como se constroem os elementos do sistema, o decidir e a complexidade. Ao mesmo tempo, a possibilidade de manipulação e a construção de modelos de decisão. Um segundo ponto de partida é a análise dos indivíduos como unidades e como a entrada de novos participantes leva a cabo a seletividade das relações sociais. Em geral, se diferenciam das necessidades consequentes o cumprimento categorizante da seleção de relação e a direção é transferida do problema de seleção a um ou mais papéis, ou se pode determinar um líder cuja função específica seja a redução da complexidade do grupo e a coordenação de suas seleções de comportamento (LUHMANN, 1997, p. 42). A distinção que mantém as organizações em funcionamento é a distinção entre sistema e ambiente, uma vez que ela precisa, a todo o tempo, mostrar o que é e o que não é (ROCHA e AZEVEDO, 2012, p. 204).

A tese central da teoria dos sistemas de organização, de Niklas Luhmann, é a de que as organizações reproduzem-se sobre uma base de comunicação de decisões, fechando-se operacionalmente. Elas não representam o mundo de forma ontológica e, como sistemas autopoieticos, operam em uma forma de observação de segunda ordem, pois observam a si próprias observando. E mais, as incertezas; provenientes do ambiente, que é mais complexo que o sistema; são a condição de possibilidade da autopoiese, pois ela se realiza na absorção de incertezas. No sistema organizacional ocorre a reprodução da diferença entre autorreferência e heterorreferência. O ambiente da organização é um constructo da própria organização a partir da



autorreferência. Isso é o que possibilita ao ambiente validar as decisões das organizações, oferecer os contextos que permitem comprovar como se decidiu (ROCHA e AZEVEDO, 2012, p. 203). Nesse sentido, há que se elucidar o uso da teoria como forma de dissolver o paradoxo da observação, e o uso da observação empírica como forma de adentrar nas organizações para elucidar suas operações.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A previsão inicial para esta pesquisa é estabelecer como se dá a interpretação do direito dentro de cada organização pertencente ao sistema. Levantar-se-ão dados suficientes para elencar os fundamentos e motivações de cada grupo de forma individual, no tocante às diferenças nos discursos e racionalidades dos sujeitos membros das organizações do Judiciário, Ministério Público e Advocacia. E, a partir das primeiras premissas, será possível estabelecer a relação entre cada organização e as interferências das possíveis relações de poder existentes entre elas na tomada de suas decisões. Assim sendo, poder-se-á estabelecer se há uma relação de centro e periferia entre as organizações no sistema do direito, no tocante aos modos de compreensão de sentido, com base nos discursos construídos a partir da interação entre membros no seu dia-a-dia.

A área do direito se beneficiará muito desta pesquisa, uma vez que há poucos estudos de teor empírico realizados no âmbito da interpretação e da argumentação jurídica. A comunidade científica, de uma forma em geral, também se beneficiará, tomando por base que o direito está presente diariamente na vida de todas as pessoas e influencia, de todas as formas, o cotidiano de cada indivíduo, pois conhecer melhor os meios de funcionamento da relação entre a organização à qual pertence cada profissional do direito e a sua forma de interpretação é conhecer melhor o homem e as vertentes que o influenciam na sua concepção de saber e tomadas de decisão. Neste sentido, é necessário debruçar-se sobre os desenhos institucionais que comandam a tomada de decisões que constroem o imaginário do sistema do direito para compreender a racionalidade dos modos de interpretação e argumentação.

A realização de pesquisas de natureza empírica na área do direito é algo novo e de grande potencial, visto que, esgotados os meios bibliográficos, a pesquisa salta rumo a novas possibilidades para o ramo, pois torna possível a aproximação entre teoria e prática, o que é de grande valia para o ensino do direito, para a academia e para realização prática do direito. Mais que isso, a pesquisa empírica cujo foco sejam os sistemas de organização e o conhecimento construído a partir da comunicação diária entre membros, possibilita a compreensão real de como

se dá a interpretação e a decisão, quais elementos influenciam estas operações, nos campos subjetivo e social.

## REFERÊNCIAS

CABECINHAS, Rosa. **Representações sociais, relações intergrupais e cognição social**. Paidéia, 2004, 14 (28), 125 -137.

JODELET, D. **Loucuras e representações sociais**. Petrópolis: Vozes, 2006. LEFEVRE, Fernando; LEFEVRE, Ana Maria Cavalcanti. *O sujeito coletivo que fala*. Revista Interface, Botucatu, volume 10, número 20, p. 517-524, Dezembro de 2006.

LEFEVRE, Fernando; LEFEVRE, Ana Maria Cavalcanti. **Discurso do sujeito coletivo: representações sociais e intervenções comunicativas**. Texto contexto - enfermagem, Florianópolis, volume 23, número 2, p. 502-507, Junho de 2014.

LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**; traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de Mexico: Herder, 2006.

\_\_\_\_\_. **O Direito da Sociedade**; tradução de Saulo Krieger; tradução das citações em latim de Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes- Selo Martins, 2016.

\_\_\_\_\_. **Organizzazione e Decisione**; traduzione di Giancarlo Corsi. Milano: Paravia Bruno Mondadori Editori, 2005.

\_\_\_\_\_. **Organización y Decisión. Autopoiesis, Accion y Entendimiento Comunicativo**; traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Editora Anthropos Editorial, 1997.

MOSCOVICI, Serge. Das representações coletivas às representações sociais: elementos para uma história. In: JODELET, D. (Org.). **As Representações sociais**. Rio de Janeiro: Eduerj, 2001. p. 45-66.

\_\_\_\_\_. **Representações sociais**: investigações em psicologia social. Petrópolis: Vozes, 2007.

ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, volume 4, número 2, 193-213.

SÁ, Celso Pereira de. Representações sociais: o conceito e o estado atual da teoria. In: SPINK, Mary Jane p. (Org.). **O conhecimento no cotidiano**: as representações sociais na perspectiva da psicologia social. São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 19-45.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Conhecimento e poder: reflexões sobre as relações entre academia e judiciário no Brasil**. Cadernos de Direito, Piracicaba, volume 17 (33): páginas 157185, julho/dezembro de 2017a. ISSN Eletrônico:2238-1228.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual e Sociologia do Processo- Aproximações entre Estrutura Social e Semântica do Processo na Perspectiva de Niklas Luhmann**. Curitiba: Juruá, 2011.

\_\_\_\_\_. **Decisão, organização e risco: a forma da decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade.** Revista Nomos, Fortaleza, volume 37, número 2, p. 259-279, jul./dez. 2017b. ISSN 1807-3840.

\_\_\_\_\_. **Direito, decisão jurídica e Pós-modernidade: os novos vínculos com o futuro.** **Campo Jurídico**, vol. 2, n. 2, p. 167-198, outubro de 2014.

\_\_\_\_\_. **Interpretação jurídica e percepção seletiva: a dimensão organizacional da produção de sentido no direito.** Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, volume 11, número 1, p. 135-147, ago. 2015. ISSN 2238-0604.

\_\_\_\_\_. **Os novos donos do saber jurídico: a disputa pela ocupação dos espaços de produção de sentido do direito no Brasil.** 2017. Inédito.

WARAT, Luís Alberto. **Saber crítico e senso comum teórico dos juristas.** Sequência. UFSC, Florianópolis, SC, Brasil, ISSN e 2177-7055.

# ENTRE CONSTITUCIONALISTAS E XAMÃS: OS DIREITOS NÃO HUMANOS A PARTIR DAS EPISTEMOLOGIAS DO SUL

João Vitor Cardoso  
(Mestrando na FFLCH-USP)  
jvcardoso@usp.br<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este ensaio argumenta que se a marcha dos direitos humanos se mantém fortemente ligada ao pensamento crítico sociológico, a compreensão dos direitos não humanos (ou “alter-direitos”) possuiria uma afinidade específica com a antropologia crítica. Para tanto, analisam-se textualmente as declarações de direitos de Equador (2008) e Bolívia (2009), fontes documentais como as ações judiciais movidas por um grande primata (Estados Unidos, 2018) ou pelas bacias hidrográficas do rio Atrato (Colômbia, 2015) e do rio Doce (Brasil, 2017) e finalmente um caso registrado numa jurisdição originária dos Andes equatorianos. Verifica-se que os direitos não humanos impõem novos desafios à teoria crítica. Pois, sua epistemologia não apenas requer a mudança de rota em direção a uma política que questione o sentido da distribuição das riquezas, senão também uma reflexão sobre a forma como os seres humanos se relacionam no/com o planeta.

**Palavras-chave:** Teoria crítica. Antropologia do direito. Epistemologias do Sul.

## 1 INTRODUÇÃO

Ao longo desta comunicação, busca-se apresentar alguns resultados, ainda que breves e parciais, sobre um “ensaio” em curso a respeito dos direitos não humanos, que busca, de fato, experimentar, ensaiar um pensamento que questione o modo como juristas e sociólogos foram treinados para pensar, buscando inspiração nas ideias de autores, que em seus respectivos campos e a seu modo filiar-se-iam a uma corrente “crítica”. Este texto espelha, portanto, algumas interlocuções entre Boaventura de Sousa Santos, sociólogo crítico do direito, Mark Tushnet, jurista filiado à “*Critical Legal Studies*” e Ghassan Hage, cientista social de origem libanesa, que reivindica uma “antropologia crítica”.

Antes, tenta-se orquestrar uma síntese a respeito do “aspecto crítico” nos trabalhos destes teóricos. Isso inclui, é claro, lançarmo-nos ao contra-disciplinar, algo diferente do inter ou multidisciplinar, sugere Stelio Marras (2018, p. 253), porque não se trata de simplesmente promover trânsitos entre disciplinas mantendo-as estáveis. Trata-se, isto sim, de questionar o policiamento das fronteiras disciplinares (Sousa Santos, 1995), para que os entremeios possam emergir e impactar os fundamentos das disciplinas uma vez postas em verdadeiro contato; para não falar na tarefa não menos urgente de estabelecer pontes cada vez mais simétricas entre os conhecimentos científicos e os não científicos (Marras, *ibid.*).

Boaventura de Sousa Santos é um jurista convertido em sociólogo, cuja obra dividimos em duas fases. Uma primeira, ligada à sociologia da ciência, (Sousa Santos, 1995, p. 21-23) que

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela PUC-SP, Mestrando na FFLCH-USP e Pesquisador Responsável pelo Observatório de Conflitualidade Civil e Acesso à Justiça no Brasil.

buscava contestar o carácter pré-paradigmático atribuído por Thomas Kuhn às ciências sociais. Destarte, se Kuhn atribuiu o “atraso” das ciências sociais à sua falta de consenso paradigmático, sobrepondo-se a elas o paradigma dominante das ciências naturais, ele deixou escapar que toda ação humana é subjetiva (inclusive a ação científica). Sousa Santos faz, então, uma “crítica interna à ciência”, que visa politizar a forma como os saberes são construídos, isto é, como a verdade é socialmente construída e, desta forma, reinsere a subjetividade nas ciências a partir de dentro. Assim, afirma um “paradigma emergente”, pautado em um conhecimento não dualista, que se funda na superação de distinções tradicionais, tais como natureza/cultura (Sousa Santos, 1995: 37), visto que todo o conhecimento científico-natural é científico social<sup>2</sup>. Por outro lado, a segunda fase de Sousa Santos buscará evocar uma “ecologia dos saberes”, que retoma processos de produção, valoração e de novas relações entre os diferentes tipos de conhecimento (científicos e não científicos). Assim, ele argumenta que esta divisão radical entre saberes atribuiu à ciência moderna o monopólio universal de distinção entre o verdadeiro e o falso. Em contrapartida, defende uma epistemologia do Sul, que compreende “modos muito distintos de ser, pensar e sentir, de conceber o tempo, a relação entre seres humanos e entre humanos e não humanos” (Sousa Santos, 2010, p. 42). Vale dizer, esta imensidade de alternativas acaba por ser desperdiçada pelas epistemologias positivistas eurocêntricas, porque as teorias e conceitos desenvolvidos no Norte global não identificam tais alternativas, criando outras formas de opressão, de “epistemicídios”. Neste sentido, urge “descolonizar o pensamento”, articulando “perspectivas críticas à epistemologia moderna, em estreita associação com abordagens contra-disciplinares” (Meneses, 2008, p. 10). Posto isso, as epistemologias do Sul, assentadas no saber-com, por oposição ao saber-sobre, demandam metodologias pós-abissais e pós-extractivistas, visto que haverá “epistemicídios” enquanto os três mecanismos fundamentais de dominação – Colonialismo, Capitalismo e Patriarcado – seguirem atuando articuladamente no interior das ciências. Nesta fase, portanto, Sousa Santos faz uma “crítica externa à ciência”, que vem reivindicar a validade de outros “conhecimentos rigorosos” lançando questionamentos à ciência como “único conhecimento rigoroso válido”.

A seu turno, Mark Tushnet é um jurista norte-americano que integrou o movimento intelectual dos “estudos legais críticos” nos Estados Unidos, cujo objetivo consistiu em denunciar a

---

<sup>2</sup> Para citá-lo: “(...) o avanço do conhecimento das ciências naturais e a reflexão epistemológica que ele tem suscitado têm vindo a mostrar que os obstáculos ao conhecimento científico da sociedade e da cultura são de fato condições do conhecimento em geral, tanto científico-social como científico-natural. Ou seja, o que antes era a causa do maior atraso das ciências sociais é hoje o resultado do maior avanço das ciências naturais. Daí também que a concepção de Thomas Kuhn sobre o carácter pré-paradigmático (isto é, menos desenvolvido) das ciências sociais (...) tenha de ser abandonada ou profundamente revista.” (Sousa Santos, 1995: 43)

falsa autonomia do raciocínio jurídico, o falso apoliticismo tecnocrático da concepção dominante sobre o que é “pensar como um jurista”. O trabalho substantivo dos estudos legais críticos é fortemente interdisciplinar e teoricamente eclético. Assim, adaptam-se elementos tomados das mais variadas tradições de pensamento; i.e., Tushnet se valerá da bricolagem lévi-straussiana. Em suma, os “estudos legais críticos” questionam o papel subordinado ou instrumental atribuído ao Direito em relação à realidade “dura” da ação social e econômica, insistindo num grau de “autonomia relativa” do Direito. Para seus impulsores: “[o direito, ou melhor, a cultura ou consciência jurídica] atua não nos convencendo de que a ordem existente é justa, senão demonstrando-nos que é basicamente ‘imutável’, e que as alternativas, mais que ‘perversas’, são ‘impossíveis’” (Pérez Lledó, 2000, p. 99). Com efeito, o objetivo dos estudos legais críticos consistiria em mostrar como essa visão pode ser transformada mediante a crítica interna e detalhada das incoerências do raciocínio jurídico, “abrindo caminho para a proposição de mundos alternativos” (Ibidem).

Por sua vez, Ghassan Hage é um sociólogo convertido em antropólogo que alega que a antropologia teria sofrido uma metamorfose a partir do momento apelidado “virada ontológica”, que lhe atribuiria uma vocação especial para o pensamento crítico e, assim, para a prática política radical, embasado na leitura intensa de Bruno Latour, Eduardo Viveiros de Castro, Isabelle Stengers, Deleuze e Guattari. Para Hage, vale dizer, “pensamento crítico” é todo aquele que rompe com a adesão automática a uma ordem social, movendo o agente que pensa para fora desta. Ser “crítico”, contudo, não é uma característica política do pensamento, mas uma “característica intelectual” sua<sup>3</sup>. Neste sentido, a característica peculiar do pensamento antropológico seria demonstrar que “podemos ser radicalmente diferentes do que somos” (Hage, 2015, p. 41), ampliando a esfera do que é considerado social ou culturalmente possível. Já quanto ao imaginário político radical, G. Hage coloca que este possui duas dimensões: de um lado, o pensamento da sociologia e da história críticas, que tradicionalmente são mobilizados numa dimensão oposicionista, visto que se relacionam às condições sócio-históricas para a prática política radical (anti-política); de outro, a dimensão “alter-política” se apoia no pensamento antropológico crítico, que recorda continuamente o indivíduo que o pensa das possibilidades reais de que poderia ser outrem (Hage, 2015, p. 45). Em suma, Hage defende que hoje novos imaginários radicais estão a se produzir e se impor. Isto é, “hoje são outros os desafios – e que

---

<sup>3</sup> Nas palavras do autor: “O pensamento crítico poderia ser mais amplamente associado àquele que nos faz sair de nós mesmos de tal sorte que passamos a enxergar nós mesmos, nossa cultura ou nossa sociedade, de maneiras que antes não seria possível” (Hage, 2015, p. 40).

justamente passam por outros outros, isto é, pelos outros e seus outros que dizemos não humanos” (Marras, 2018, p. 258). Pois, podemos reconhecer medidas que apontam para o descentramento do humano moderno no cosmos (medidas do aquecimento atmosférico, da perda de biodiversidade em fauna e flora, da acidificação dos oceanos, do esgotamento de água potável, do envenenamento do solo, do subsolo e da agricultura, desertificação, poluição de toda ordem etc.). Enquanto, os espaços que a teoria crítica costuma orbitar estão perdendo sua homogeneidade para outros, “alter-modernos”, que recaem para além das governamentalidades existentes (para utilizar um conceito de Michel Foucault) e que não podem ser facilmente capturados (e outro, de Deleuze & Gattari). O argumento de Ghassan Hage nos provoca a buscar inspiração para a política radical em agendas de pesquisa antropológica e nos instiga a pensar na antropologia – seguindo Eduardo Viveiros de Castro (Apud. Hage, 2005: 49-50) – como “teoria-prática de permanente descolonização do pensamento”, que nos lembra que “há vida para além do capitalismo e fora do Estado”.

## **2 A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA DE PACHAMAMA**

Em sua versão moderna, a representação política decorre do contrato rousseauiano, no qual os associados recebem o nome de cidadãos, enquanto partícipes da autoridade soberana. Porém, no quadro das transformações atuais, sentidas pelas soberanias nacionais, não se pode mais pensá-la nestes moldes, ao menos se levarmos em conta o acontecimento que foi na última década a proclamação desses direitos denominados de direitos da natureza. Nos casos equatoriano e boliviano, tais direitos aparecem de maneira mais explícita, orientados a proteger não só espécies ameaçadas e reservas naturais, mas também ciclos vitais e processos evolutivos do Planeta. Sublinhe-se aqui o caráter transcendental da incorporação ao texto constitucional equatoriano do termo *Pacha Mama* como sinônimo de Mãe Terra (Acosta, 2016, p. 122). Conceder direitos a esta entidade significa incentivar politicamente sua cidadania. Se, há pouco, aquela recaía no domínio da vida privada, protegida pela liberdade de crença, agora ela passa a ser questão tormentosa para a teoria da representação política. Contudo, nada se pode dizer a seu respeito enquanto não se descentralizar a teoria política de seu ancoradouro humano. Igualmente, nada se pode avançar sobre uma política inclusiva de não humanos sem que se ponha em jogo a questão da coexistência humana no/com o mundo. Pois, a representação dos humanos na política é diretamente proporcional à impossibilidade de pensar sua relação com a natureza (Descola, 2013, p. 192). Mas hoje, diante da barbárie ecológica que se avizinha no horizonte, o tempo é de resistir (Stengers, 2015); quem sabe agora se valendo de outra definição de cidadania,

outro contrato social, para não dizer, outro “contrato natural” (Serres, 1994, p. 65), e por aí quem sabe outro direito (ou melhor, alter-direito) em que “os direitos humanos passem a se confundir com os direitos dos não humanos em um novo entrelaçamento” (Marras, 2018, p. 264). Mas, poderiam estes novos direitos se adaptar à matriz organizacional moderna? Seria este modelo de cidadania parasitário<sup>4</sup>? Até quando *Gaia*, este “organismo vivo<sup>5</sup>” suportará o que se instaurou aí? Afinal, qual cidadania, qual direito e qual política que diriam respeito exclusivamente aos humanos? Seria possível adaptá-los de forma mutualista, e que a cada retirada se entregue algo de volta a ela? Enfim, persiste alguma razão indiscutível para a separação entre direitos humanos e não humanos?

Estas indagações tornam-se paulatinamente comum entre ativistas, legisladores e filósofos, que têm sugerido seriamente que se conceda a não humanos alguns direitos e mesmo uma representação política. Eles não desconhecem, claro, a importância histórica dos direitos do homem, comprometidos com a dignidade humana, mas hoje são outros os desafios – como veremos adiante.

## 2.1 A emergência de um novo imaginário político nos Andes

As constituições promulgadas no Equador e na Bolívia na última década consagram o respeito aos ciclos vitais do planeta, a incorporação do autogoverno indígena e o pluralismo jurídico, desencadeando conflitos multifacetados, que fazem destes documentos um desafio à constituição moderna e que manifestam a política como desacordo ontológico (de la Cadena, 2015, p. 284). Nesta conjunção de fatores, Sousa Santos (2010: 148-9) identifica a emergência de um constitucionalismo “transformador”, “experimental” e “pós-colonial”, que superaria a crise do Estado ao articular vários tipos de democracia: participativa, comunitária e intercultural (Sousa Santos, 2010: 149), em que o pensamento crítico começa a se abrir a outros saberes:

Os movimentos do continente latino-americano (...) constroem suas lutas com base em conhecimentos ancestrais, populares, espirituais que sempre foram alheios ao cientificismo próprio da teoria crítica eurocêntrica. Por outro lado, suas concepções ontológicas sobre o ser e a vida são muito distintas do presentismo e do individualismo ocidentais. Os seres são comunidades de seres antes que indivíduos; nessas comunidades estão presentes e vivos os antepassados assim como os animais e a Mãe terra. Estamos

---

<sup>4</sup> O sentido da cidadania explorado neste ensaio é simbiótico, cf. proposto por Serres (1994: 66): “O parasita agarra tudo e não dá nada; o hospedeiro dá tudo e não agarra nada. O direito de dominação e de propriedade reduz-se ao parasitismo. Pelo contrário, o direito de simbiose define-se pela reciprocidade: aquilo que a natureza dá ao homem é o que este lhe deve dar a ela, tornada sujeito de direito”.

<sup>5</sup> O termo “Gaia” é empregado conforme a teoria do cientista James Lovelock, segundo a qual o planeta é um superorganismo vivo, em que todos seus componentes (vivos e não-vivos) estão inter-relacionados. A seu ver, “a Terra tornou-se o que é através do processo de sua habitação” (Lovelock, 2001:78).



ante cosmovisões não ocidentais que obrigam a um trabalho de tradução intercultural para que possam ser entendidas e valoradas. (Sousa Santos, 2010, p. 29)

A contribuição da Constituição Equatoriana (2008) para esse fenômeno estaria em consagrar os Direitos de *Pacha mama*, “de onde se reproduz e se realiza a vida” (art. 71). Ademais, esta celebra em seu preâmbulo a natureza “de que somos parte e que é vital para nossa existência”, invocando a “sabedoria de todas as culturas que nos enriquecem como sociedade” para “construir uma nova forma de convivência cidadã, em diversidade e harmonia com a natureza, para alcançar o bem viver, o *sumak kawsay*”. Para efetivar o referido art. 71 da Carta Fundamental, o Equador promulgou um novo Código Orgânico Geral de Processos (2015), que prevê um capítulo inteiro destinado à Representação da Natureza, dispondo que esta poderá ser processualmente tutelada por qualquer pessoa natural ou jurídica. Por sua vez, a Constituição Política do Estado da Bolívia (2009) consagrou o direito das nações e povos indígenas, originários e campesinos de exercer seus sistemas políticos, jurídicos e econômicos de acordo com suas cosmovisões (art. 30.II.14), além de “princípios ético-morais da sociedade plural: *ama qhilla, llulla ama, ama suwa* (não sejas preguiçoso, não mintas, não sejas ladrão), *suma qamaña* (viver bem), *ñandereko* (vida harmoniosa), *teko kavi* (vida boa), *ivi maraei* (terra sem mal) e *qhapaj ñan* (caminho ou vida nobre)” (Art. 8.1). No preâmbulo da Carta Fundamental, que descreve com profundidade poética e histórica o passado ecológico da Bolívia, os constituintes colocam: “Povoamos esta sagrada Mãe Terra com rostos diferentes, e compreendemos desde então a pluralidade vigente de todas as coisas e nossa diversidade como seres e culturas”. Ainda, foi promulgada pela Assembleia Legislativa Plurinacional a Lei dos Direitos da Mãe Terra (2011), que reconhece seus direitos, assim como as obrigações e deveres do Estado Plurinacional e da sociedade para garantir o respeito destes (art. 1º).

Outro país em que se observa a emergência destes movimentos é a Colômbia. Em 2016, a Corte Constitucional da Colômbia considerou o rio Atrato – que nasce na Cordilheira dos Andes e desemboca no Caribe – um sujeito biocultural de direitos, declarando sua bacia hidrográfica como pessoa jurídica ecossistêmica e rompendo “com a falsa separação entre natureza e cultura” (Sobrinho, 2018: 230). Determinou-se, ainda, a sua proteção por uma Comissão de Guardiães, com representantes dos povos ribeirinhos e do Estado, assessorada por um painel de especialistas. Amparado em razões similares, o Parlamento da Nova Zelândia conferiu ao rio Te Awa Tupua e à montanha Taranki identidades jurídicas próprias, com todos os direitos, deveres e responsabilidades de qualquer pessoa jurídica, por força de sua sacralidade para o povo Maori que

os considera seus antepassados<sup>6</sup>. Ressonâncias destes movimentos apenas se insinuam ainda no Brasil, especialmente na defesa jurídica da bacia do rio Doce, em que Sobrinho (2018: 237) argumentou:

Sou interações de vida entre ar, terra, água, vegetais e animais; sou o ciclo da água que a evapora do mar, cai na terra, brota de nascentes e escoar de volta para o mar; sou o processo ecológico que sustenta a diversidade de vidas humanas e não humanas, sou poesias, sou crônicas, sou romances, sou canções, sou origem de povos, sou vida (bio) e sou modos de vida (cultura). Sendo tudo isto, como não ser um sujeito de direitos?

Dessa maneira, se os direitos do homem marcam uma mutação política, que, para citar Claude Lefort (1983, p. 53), remete ao “fenômeno de desincorporação do poder e de desincorporação do direito acompanhando a desaparecimento do ‘corpo do rei’, no qual se encarnava”, de modo que o novo ancoradouro do direito passa a ser o Homem; por sua vez, a constitucionalização de direitos não humanos tensiona esta fórmula ao extremo, fazendo com que a representação deste Homem, situado acima da natureza, comece também a perder nitidez e desaparecer. Neste sentido, bem observou Stengers (2010, p. 13) que o problema da inclusão de não humanos na política é correlato à necessidade de descentralizar a teoria política do conceito abstrato de “humano”.

## 2.2 Mais direitos para negros, mulheres e... grandes primatas

Nesta junção, alguns juristas têm argumentado em favor do reconhecimento à família dos hominídeos – que compreende, além do homem, os chimpanzés, os gorilas e os orangotangos – de um número limitado de direitos. Como resume Olivier Le Bot (2012, p. 40) busca-se:

“promover, em nome da associação de uma mesma comunidade moral, uma igualdade entre homens e animais (luta contra o especismo), por meio do modelo de combate que passa através da igualdade entre os sexos (luta contra o sexismo) e a igualdade entre as raças (luta contra o racismo)”.

Assim, são cada vez mais comuns ações judiciais em favor de grandes primatas. Um caso deste tipo desenhou-se na Bahia em favor de “Suíça”, chimpanzé mantida enjaulada no zoológico de Salvador. Foi reconhecida a admissibilidade do pedido, contudo, adveio a morte da primata às vésperas da divulgação da sentença, implicando na perda do objeto da ação (Le Bot, 2012, p. 45). Caso mais recente foi aquele da famigerada *selfie* tirada por Naruto (*Naruto vs. David John Slater*), macaca negra que pleiteou sua propriedade intelectual em juízo. Pois, ao ceder a foto para terceiros, o dono da câmera, que apenas a havia colocado num tripé, estaria violando direitos da

---

<sup>6</sup> Ao analisar estes casos, Sousa Santos (2018: 27) observou que: “este reconhecimento de um pluralismo jurídico e da necessidade de tradução intercultural entre várias concepções de direito e de ser vivo titular de direitos não é uma mera declaração vazia, como de algum modo acabou por acontecer com o art.º 71 da Constituição do Equador”.

verdadeira autora do clique. Ao cabo, em abril de 2018, o Nono Circuito do Poder Judiciário dos Estados Unidos decidiu que Naruto não tinha capacidade postulatória conforme a Lei de Direitos Autorais e que, portanto, a foto não lhe pertenceria. Em que pese o nobre objetivo de conferir aos primatas uma consideração jurídica distinta à de objetos, há alguns perigos em se pensar direitos não humanos nesta chave, sobretudo pela tradução da diferença em semelhança, perdendo-se de vista que coincidências entre humanos e outros homínídeos são momentos raros. Assim, os defensores de direitos animais, atados ao modo humano de pensar<sup>7</sup>, tendem a humanizar os comportamentos dos grandes primatas (Rapchan & Neves, 2014, p. 322). Ainda, o corolário do argumento em defesa de primatas, que explora sua proximidade com humanos por dispor de certas faculdades, pode ser refutado pela disjuntiva de que humanos que perdem tais faculdades, i.e., como resultado de lesões cerebrais não se classificariam, em rigor, como “pessoas” e, portanto, não possuiriam direitos (Descola, 2013, p. 193). Portanto, a extensão de direitos fundamentais aos não humanos implica direitos semelhantes e complexidades desiguais (Rapchan & Neves, 2014, p. 322). Destarte, os direitos não humanos possuiriam uma distância epistêmica ou mesmo ontológica em relação aos direitos humanos. Afinal, nascem em contexto de crise ecológica a partir das lutas de movimentos indígenas, camponeses e afrodescendentes do continente Latino-americano, de maneira que no conceito de direitos *da* natureza há um híbrido jurídico por ser possível identificar nele a presença de várias culturas. O conceito de direito é eurocêntrico, mas sua aplicação à natureza, concebida como *Pacha Mama*, é uma contribuição da cultura andina originária (Sousa Santos, 2010, p. 27; 2012, p. 39).

### 3 LEVANDO AS COSMOVISÕES ANDINAS A SÉRIO

Como visto, para além da onipotência acadêmica eurocêntrica, este novo contexto de tendências socioculturais abre caminho para um paradigma teórico que pressupõe um maior engajamento com saberes e práticas ancestrais, populares e originários. Neste sentido, se a marcha dos direitos do homem foi predominada pelo pensamento sociológico crítico, o momento de pensar os direitos não humanos possuiria afinidade específica com a antropologia, sobretudo de Lévi-Strauss, Eduardo Viveiros de Castro e Bruno Latour<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Nas palavras de Migliore (2010, p. 385): “é preciso anunciar que nossa missão divina ou humana, como espécie dotada de inteligência privilegiada e poder tecnológico para governar o planeta, não é destruir nem aniquilar chimpanzés, gorilas, orangotangos, bonobos ou quaisquer outros animais não humanos. Temos, ao revés, a santa ou inevitável incumbência de zelar pela proteção dessas espécies.”

<sup>8</sup> Como colocam Lara Souza e Sales Júnior: “Tornar a sociologia menos antropocêntrica é, talvez, a maior contribuição de Latour às ciências sociais. Trazer os não-humanos ao centro do debate sociológico, postular que os mesmos são

Particularmente na Bolívia, acadêmicos e analistas vem questionando a incoerência entre as declarações constitucionais de proteção e respeito a *Pachamama* e as opções políticas desenvolvimentistas, baseadas em projetos extrativistas, que o governo vem aderindo. Porém, o dilema vai muito além desta incoerência. Pois, inclui questões sobre o que *são* práticas e entidades (quer como aliados ou oponentes) que estas novas declarações se engajam e interagem (de la Cadena, 2015, p. 284). Em suma, novos imaginários radicais estariam se produzindo por conflitualidades que reclamam possibilidades políticas ainda desconhecidas. Por força disto, invocamos a ideia de alter-política, visto que estes novos direitos buscam positivar as alternativas epistêmicas emergentes (daí, “alter-direitos”). Porém, igualmente, compelem os seus intérpretes a colocar os rótulos disciplinares em contato, de molde que no esforço de traduzi-las, o constitucionalista poderia inspirar-se no antropólogo, razão pela qual deve buscar ferramentas teóricas capazes de provocar diálogos com a antropologia sem que isto cause curtos-circuitos insuperáveis.

Mark Tushnet (1999), voltando sua atenção para a teoria constitucional, propôs uma abordagem mais eclética para esta disciplina a partir do conceito de bricolagem, tomado de empréstimo da antropologia. Vale dizer, ao contrário do engenheiro, o bricoleur lévi-straussiano não subordina a execução de tarefas à obtenção de matérias-primas e utensílios concebidos na medida de seu projeto; de maneira que ele trabalha somente com o que tem “à mão” (Lévis-Strauss, 2008, p. 33). Com base nessas ideias, M. Tushnet opõe engenheiros a constituintes e, grosso modo, (seguindo Lévis-Strauss) coloca que se o direito é um objeto cultural, a cultura se constitui e se desdobra através da bricolagem.

Portanto, à medida que os juízes estão autorizados a embasar suas decisões, v. g., em grandes trabalhos de literatura quando interpretam a Constituição, devem também estar autorizados a fundamentar suas decisões na experiência constitucional comparada (Tushnet, 1999, p. 1237). Afinal, um juiz norte-americano que cita Kant, partindo de uma teoria moral para julgar de determinada forma, está pensando o direito por bricolagem. Neste sentido, para Tushnet, seria possível informar o direito com diversas formas de aprendizado comparativo (Tushnet, 1999, p. 1308): a literatura imaginativa, a ficção científica assim como a antropologia oferecem modelos de design constitucional, lembrando-se que o federalismo norte-americano se inspirou no federalismo indígena Iroquês. Por aí, a bricolagem poderia auxiliar, tanto na

---

dotados de agência e que, conseqüentemente, são atores de plenos direitos nos permite, sem dúvida, entender ainda mais o humano.” (apud Latour, 2012, p. 15.)

epistemologia de híbridos jurídicos (Boaventura, 2012), quanto na hermenêutica de cosmovisões andinas, levando a sério seus modelos de design institucional.

### 3.1 Entre constitucionalistas, xamãs e alternativas infernais

Este ensaio não poderia se encerrar sem mencionar um caso exemplificativo destes desacordos ontológicos que se converteram em um elemento constituinte da atmosfera política nos Andes. Para tanto, invocamos aquelas pessoas que, por suas características "anormais", cargos ou atributos podem se relacionar com o campo sobrenatural, e que, portanto, sem necessariamente serem tomadoras de decisão, desempenham um papel fundamental na aplicação da justiça indígena plurinacional. Tratam-se das "autoridades espirituais". Bom exemplo delas seria o "i-paie" (xamã Guarani<sup>9</sup>), que assume o papel de mediador com a natureza, intervindo nesta através de práticas ritualísticas, como a "fumada" em casos de seca ou de outros problemas relacionados ao meio ambiente, que geralmente envolvem determinadas ações ou comportamentos da própria comunidade. Isto é o que se verifica, por exemplo, no caso FT-03-02-07 (Apud. Osorio e Rodríguez, 2012, p. 88), registrado numa jurisdição originária dos Andes equatorianos:

Esta seca atravessa os problemas que existem na comunidade, como abortos e abandonos de filhos recém-nascidos no rio; diz-se ser um castigo de Deus. A Federação nos ajuda com projetos, mas na comunidade a gente resolve do nosso jeito que é fazer uma wajta; os amautas vão até a montanha Chacaltaya e trazem água em garrafas, vez que fazem chegar essa água à comunidade, os comunheiros se reúnem e pedem perdão uns aos outros, essa água é agitada na wajta. Depois de alguns dias começa a chover.

Mais que retratar os conflitos comunitários como desacordo ontológico, como dizem Osorio e Rodríguez (2012), a justiça indígena visa restaurar e reconciliar, através de, p. ex., oferendas à *Pachamama*. A conciliação entre as partes atinge uma dimensão que vai além da própria comunidade, em sentido estrito, e extrapola dimensões terrenas de realidade, incluindo uma dimensão sobrenatural. E concluem os autores (2012, p. 115) que: "tratam-se de desequilíbrios entre a comunidade e a *Pachamama*, entre as dimensões terrenas e sobrenaturais, entre o social e o natural, que geram um efeito negativo na comunidade".

Talvez esta dimensão do pluralismo jurídico possa ser melhor compreendida pela ideia de "cosmopolítica", tal como concebida por Isabelle Stengers (2005, p. 994), em que o termo

---

<sup>9</sup> A categoria *i-paie* se aplica não somente aos humanos, mas inclui animais, plantas e objetos. O *i-paie* humano é também o especialista em medicina por deter conhecimentos sobre o uso da fauna e flora no tratamento de doenças. A qualidade que normalmente o relaciona à administração da justiça é o poder para identificar atos de bruxaria. Esta qualidade permite ao *i-paie* orientar as autoridades locais na identificação dos responsáveis por tais atos. (Cf. Osorio e Rodríguez, 2012, p. 69).

“cosmos” pouco tem a ver com uma terra por fim unificada pelo homem<sup>10</sup>, visto que para esta filósofa, o sistema cartesiano em que há um mundo dado, no qual o homem intervém produzindo ciência, riqueza e desenvolvimento, equação que ela apelida “narrativa épica do progresso” (Stengers, 2015, p. 140), está destruindo o próprio mundo, com desastres, contaminações, hecatombes, etc.. A seu ver, estas “verdades inconvenientes” fazem ruir a grande narrativa de emancipação do Homem e impõem a necessidade da reaprendizagem do *phármakon*, isto é, da *arte* de ter cuidado. Trata-se de, a cada vez, não cair na artimanha “realista” das alternativas infernais que assujeitam a política<sup>11</sup>, como a constante ameaça às novas Cartas Políticas Andinas sob o argumento de que “frear o extrativismo significa fechar as portas ao progresso”, como alegou o Presidente Evo Morales (apud Acosta, 2016, p. 113) diante da proposta de não expandir a extração petrolífera na porção amazônica de seu país: “De que, então, viverá a Bolívia, se algumas ONGs pedem uma Amazônia sem petróleo?”. De todo modo, quando reivindicamos uma nova alteridade para o (alter-)direito, é pensando na possibilidade de imaginar, de criar novas lutas, tendo em vista sempre devires minoritários<sup>12</sup>. Neste sentido, as epistemologias do Sul tem demonstrado que o capitalismo, o colonialismo e o patriarcado formam uma “tríade infernal”, que nos enfraquece, matando os possíveis e mesmo a política, desobrigando-nos a pensar, entorpecendo, chantageando (Sztutman, 2018, 348). Com base na realidade brasileira mais recente, Renato Sztutman (Ibidem) exemplifica:

ou a reforma da previdência ou a falência do Estado; ou Belo Monte ou a crise da energia; ou o freio à imigração ou o colapso social; ou a indústria farmacêutica ou o fim do financiamento das pesquisas”. Para evitar esse ou/ou que nos enfraquece, não basta denunciar, mas sim lutar por possíveis, forças que passam pelo meio, que se convertem em linhas de fuga.

Assinalem-se, ainda, aquelas alternativas infernais ainda mais ardilosas, cuja legitimidade discursiva repousa na “modernização ecológica”. Conflitos exemplificativos disso seriam aqueles

---

<sup>10</sup> “No termo cosmopolítica, cosmos refere-se ao desconhecido constituído por mundos múltiplos, divergentes, e à articulação que eles poderiam eventualmente entreter, contra a tentação de uma paz que se pretenda final, ecumênica, no sentido de que uma transcendência teria o poder de requerer daquele que é divergente que se reconheça como uma expressão apenas particular do que constitui o ponto de convergência de todos” (Stengers, 2005, p. 995)

<sup>11</sup> Alternativas infernais são formas de captura da imaginação, que se dão através de questões de ordem, sem criar muito alarde ou criando falsos alardes, de maneira a anestesiar a parte interessada em uma situação, sob a fórmula “desculpe, mas nós temos que...”. Por exemplo: “se a reforma trabalhista não for aprovada, uma fábrica será realocada para a China, o que causará infinitos efeitos na economia e nós seremos todos perdedores”. Portanto, trata-se de um tipo de situação que parece não deixar outra escolha senão resignação ou uma denúncia vã que acaba por invocar um poder transcendente do tipo “é o ‘sistema todo’ que precisa ser destruído” (Pignarre et. al, 2011, p. 24).

<sup>12</sup> Como coloca Barbara Glowczewski (2015, p.22): “É possível imaginar outras formas de política ou cosmopolítica, não somente de e para os povos indígenas, mas também de e para todos aqueles que se sentem marginalizados, ou que se dizem ‘minorias’ sob o sistema atual”.

em torno da instalação de parques eólicos em Portugal e de fábricas de energia “limpa” no Brasil, como observam Allegretti et. al. (2013, p. 6):

[a] ênfase em formas de produção energéticas que, por si só, seriam “limpas” ou “verdes” é frequentemente utilizada para afastar do debate social o problema da insustentabilidade dos níveis atuais de consumo energético. Além disso, tal ênfase é, muitas vezes, instrumentalizada inclusive para silenciar a discussão sobre os impactos socioterritoriais e económicos dos mesmos estabelecimentos que garantem a produção de energias “limpas”.

Posto isso, a ideia de alter-direito está em fazer “alternativas de alternativas” (Sousa Santos, 2010, p. 44) aflorarem através de espaços institucionais que revigorem a política, ou mais precisamente, espaços alter-políticos nos quais se possam imaginar mundos que permitam o êxito daqueles que hesitam em situações que anestesiam o pensamento.

#### 4 NOTA FINAL

Os direitos nomeados não humanos no presente ensaio exigem não só uma reconceitualização profunda e transversal dos direitos humanos em termos ecológicos (Acosta, 2016, p. 140), mas um novo imaginário democrático estendido às coisas (Latour, 2016, p. 140), para fins de consolidar uma “demodiversidade” (Sousa Santos, 2008, p. 22). Nessas circunstâncias, pensar na epistemologia dos direitos não humanos conduz não só ao problema de uma teoria processual pós-colonial, como de um código de processo ontológico. Sua compreensão passaria, assim, por uma perspectiva “simbiótica” de “sujeito” de direito, em que um agente retira seu rótulo de “sujeito” do fato de que pode se sujeitar aos afetos, caprichos e revides do outro agente, que retira sua qualidade de “sujeito” do fato de estar igualmente submetido àquele (Latour, 2017, p. 62). Parece claro, ainda, que este argumento permite perfeitamente estender os direitos às relações, não menos simbióticas, entre humanos e não humanos. Se é assim, então mesmo a noção de troca, noção fundadora do direito privado, também merece sofrer o devido constrangimento e alargar-se para além dos humanos-entre-eles. Pois, é fundamental para se conceber alter-direitos que se deixe de pensar no par humano/não-humano, ou no par Natureza/Cultura, de imediato como algo dado, passando a vê-los como categorias *construídas*. Igualmente, urge romper com a excepcionalidade do humano, aquele que:

[e]m conformidade à matriz judaico-cristã do Ocidente, foi feito à imagem e semelhança de Deus, feito o filho dileto, aquele que por excelência recebeu o espírito ou desenvolveu o dom da cultura e assim se destacou (...) de toda e qualquer existência da natureza. (Marras, 2018, p. 255)

Enfim, na síntese de Barbara Glowczewski: “A história colonial criou a sua própria ontologia, que continua tendo dificuldade de aceitar todos os humanos como ‘humanos’.” Vale

lembrar, o indígena não era humano; o aborígine, o negro, a mulher, tampouco eram humanos no sentido moderno ligado à noção de “agência política”. Neste sentido, nomear direitos não humanos significa colocar por terra de uma vez por todas esta ontologia *default* de “ser humano homem macho heterossexual branco adulto”, que estrutura o pensamento ocidental. Talvez assim se possa extirpar a exclusão daqueles desvios indesejáveis em relação à norma biológica, como é o caso daqueles acometidos por enfermidades raras, ou então, daqueles que foram expostos aos efeitos da radiação nuclear em Chernobyl, o que leva Adriana Petryna (2004) a desenvolver o conceito de cidadanias biológicas, para possuidores de direitos a prestações estatais de saúde e assistência social em face de seus corpos biológicos danificados; uma cidadania incrementada com um encargo de sobrevivência, diferenciada por força de sua exposição ao desastre. Para não ficar em Chernobyl, poderíamos falar no encarceramento em massa de afrodescendentes no Brasil, ou então, da desregulação da indústria farmacêutica globalizada. A ideia de que as regras de processo penal vigorem apenas para brancos opera na mesma chave de que o “direito à saúde” existe para quem é geneticamente “normal”.

Novos sujeitos, novas trocas, novos pactos começam a romper com a Constituição moderna (Salvas a Latour!), por pequenas fendas e entremeios. Seus direitos demandam (mais que justiça social) uma ecologia justa, em que “cada um dos parceiros em simbiose deve, por direito, a sua vida ao outro, sob pena de morte” (Serres, 1994, p. 67). Desse modo, as cidadanias ganham valor e significado de acordo com a posição que cada uma ocupa na economia das trocas vitais, e isso bastaria para celebrar uma “nova aliança”. Se esta comunicação tiver inspirado, ao menos, uma hesitação no ouvinte, reconhece que seus limites se balizam por uma paisagem temática mais ampla: a problemática dos conflitos ontológicos que estão postos para a teoria da representação política, haja vista sua invasão por povos, entes, entidades e suas falanges, por delegações de rios, geleiras e montanhas ocupados por espíritos milenares, delegações amazônicas e altioplânicas, que vieram a *recobrar* seus direitos.

## REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. **O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos**. São Paulo: Autonomia Literária, Elefante, 2016.

ALLEGRETTI, Giovanni; BARCA, Stefania; e CENTEMERI, Laura. (2013) **Crise ecológica e novos desafios para a democracia**. In: Revista Crítica de Ciências Sociais, 100 | 2013. Consultada a 14/05/2018 em: <http://rccs.revues.org/5195>

BRASIL. 9ª **Vara Criminal da Bahia, 28 de setembro 2005, nº 833085-3/2005**, DJ Bahia, 4 de outubro de 2007.



COLOMBIA. **Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-622/16.** Acessado em: 29/05/2018. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>.

DE LA CADENA, Marisol. **Earth Beings: ecologies of practice across Andean worlds.** Estados Unidos da América: Duke University Press, 2015.

ESTADOS UNIDOS. Corte de Apelações do Nono Circuito do Poder Judiciário. **Naruto vs. David John Slater.**

GLOWCZEWSKI, Barbara. **Devires Totêmicos – Cosmopolítica do Sonho / Totemic Becomings – Cosmopolitics of the Dreaming.** Ed. Bilíngue: português – inglês. São Paulo: N-1 Edições, 2015.

HAGE, Ghassan. **Alter-Politics: critical anthropology and the radical imagination.** Victoria: Melbourne University Press, 2015.

LATOUR, Bruno. **Facing Gaia: eight lectures on the new climatic regime.** UK: Polity Press, 2017.

**Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia simétrica.** São Paulo: Editora 34, 2016.

**Reagregando o social.** Salvador: Edufba, 2012; Bauru, São Paulo: Edusc, 2012

LE BOT, Olivier. **Direitos fundamentais para os animais: um ideia absurda?** In: Revista Brasileira de Direito Animal. Ano 7, Volume 11, Jul - Dez 2012, pp. 37-58.

LEFORT, Claude. **A Invenção Democrática – Os limites da dominação totalitária.** Trad. Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Editora Brasiliense, 1983.

**Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade.** Trad. Eliana M. Souza – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LLEDÓ, Pérez Juan A. **Teorías Críticas del Derecho.** In: El derecho y la justicia. VALDÉS, Ernesto Garzón. LAPORTA, Francisco J. (orgs.) Madrid: Simancas Ediciones, 2000.

LOVELOCK, James. **Gaia – um modelo para a dinâmica planetária e celular.** In: *Gaia: uma teoria do conhecimento.* Org. William Irwin Thompson. Trad. Silvio Cerqueira Leite. 3ª ed. São Paulo: Gaia (pp. 77-90), 2001.

MARRAS, Stelio. **Por uma antropologia do entre: reflexões sobre um novo e urgente descentramento do humano.** Revista do Instituto de Estudos Brasileiros. São Paulo, n. 69, p. 250-266, 2018.

PIGNARRE, Phillipe; STENGERS, Isabelle. **Capitalist Sorcery: breaking the sepll.** Trad. Andrew Goffey. Londres: Palgrave Macmillan, 2011.

RAPCHAN, Eliane Sebeika. & NEVES, Walter Alves. **Primatologia, culturas não humanas e novas alteridades.** In: Scientiæ Studia. Revista Latino-Americana de Filosofia e História da Ciência. São Paulo, v. 12, n. 2, p. 309-29, 2014.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Da Ilha da Maré a outro mundo possível.** In: Jornal de Letras, Artes e Ideias. Edição de 11 a 24 de abril de 2018, p. 27.

**Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur.** 1ª reimpr. La Paz: Plural Editores, 2010. (Org.) *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012.

SERRES, Michel. **O Contrato Natural**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

STENGERS, Isabelle. **Including Nonhumans in Political Theory: Opening the Pandora's Box?** In: *Political Matter: Technoscience, Democracy, and Public Life*. – Braun, Bruce; Whatmore, Sarah J. (eds). Minneapolis, London: University of Minnesota Press, 2010.

**No tempo das catástrofes – resistir à barbárie que se aproxima.** São Paulo: Cosac Naify, 2015.  
**The Cosmopolitical Proposal.** In: *Making Things Public: Atmospheres of Democracy*, pp. 994-1003. Ed. Bruno Latour et. al. Cambridge: MIT Press, 2005.

SOBRINHO, Lafayette Garcia Novaes. **Ação judicial a favor da bacia hidrográfica do rio doce.** *Revista Brasileira de Direito Animal* – v. 13, n. 1, 2018.

SZTUTMAN, Renato. **Reativar a feitiçaria e outras receitas de resistência – pensando com Isabelle Stengers.** *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*. São Paulo, n. 69, p. 338-361, 2018.  
TUSHNET, Mark. **The Possibilities of Comparative Constitutional Law.** In: *The Yale Law Journal*: Vol. 108: 1225, 1998-1999.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. **A personalidade jurídica dos grandes primatas.** 2010. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo, São Paulo.

OSORIO, Martín Bazurco; y RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. **Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad.** In: *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Boaventura de Sousa Santos y José Luis Exeni Rodríguez (Orgs.). 1ª ed. La Paz: Ediciones Abya-Yala, 2012.



# QUAL É A ESFERA PÚBLICA DO DIREITO? SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE ORGANIZAÇÕES E AMBIENTE INTERNO NA TEORIA DOS SISTEMAS

*Lucas Fucci Amato*  
(USP / IDP-SP)  
lucasfamato@gmail.com

**RESUMO:** O objetivo do trabalho é defender um conceito de esfera pública ou ambiente interno específico ao sistema jurídico e revelar a importância da distinção entre esfera pública (ou ambiente interno) e esfera organizada para compreender a estrutura interna dos sistemas sociais – ou suas instituições. Com isso, desenvolve-se a distinção e o paralelo entre os ambientes internos dos sistemas jurídico, político e econômico: personalidade jurídica, opinião pública e mercado. Alia-se uma visão dos isomorfismos entre as estruturas institucionais desses sistemas sociais a uma análise de suas semânticas – de seus discursos de fundamentação e práticas decisórias. Enquanto a decisão política deve responsividade à opinião pública (à qual se vincula por meio do voto), a decisão jurídica (e especialmente judicial) vincula-se procedimentalmente a direitos, deveres, poderes e responsabilidades construídos como atributos subjetivos e garantidos pelo direito válido, que é a fonte autoritativa da motivação das sentenças.

**Palavras-chave:** Teoria dos sistemas. Esfera pública. Organizações.

## 1 INTRODUÇÃO

Niklas Luhmann definiu as “esferas públicas” ou “ambientes internos” dos sistemas científico, econômico e político: trata-se das publicações, do mercado e da opinião pública, respectivamente. Deixou em aberto, porém, qual seria a esfera pública do direito. O objeto deste trabalho é conceituá-la comparativamente e analisar as implicações desse conceito para o entendimento da especificidade do sistema jurídico e de suas interfaces.

Por um lado, Marcelo Neves desenvolveu uma original sociologia do direito e da constituição de base sistêmica (luhmanniana); nela acabou por conceituar uma “esfera pública constitucional” que, sob influxo habermasiano, parece indistinta entre os sistemas político e jurídico, e entre o plano estrutural e o semântico. Em Neves, a esfera pública é um conjunto de valores, interesses, expectativas e discursos indiferenciados funcionalmente, amalgamados no “mundo da vida”, embora com pretensão de influenciar os procedimentos e decisões do Estado constitucional.

Por outro lado, na literatura tradicional de ciência política, o conceito de esfera pública tenderia a ser identificado ao de “sociedade civil”. O mais próximo disso em termos sistêmicos, porém, são os partidos políticos, movimentos sociais e grupos de interesse – organizações da periferia do sistema político, por contraposição a seu centro organizado: o Estado. Tanto o centro quanto a periferia, e seus respectivos programas e decisões, estão, porém, na esfera organizada. E o que queremos elucidar é seu contraconceito: a esfera pública ou ambiente interno.

A tese deste trabalho é de que a esfera pública do direito não se confunde com qualquer outra; é a personalidade jurídica, enquanto referente anônimo a um conjunto de direitos, deveres,

poderes e responsabilidades que pode ser modelado e construir diferentes patrimônios jurídicos e sujeitos de direito – à semelhança da opinião pública, na política (e dos cidadãos), ou do mercado, na economia (e dos agentes econômicos).

O trabalho desenvolve este tema primeiro em uma perspectiva diacrônica, histórica, da evolução da distinção entre público e privado; a seguir, em uma retomada crítica da posição de Neves; em terceiro lugar, em uma leitura da posição de Luhmann e na defesa de uma visão da especificidade da esfera pública ou ambiente interno do direito como o campo da personalidade jurídica, da atribuição de direitos, deveres, poderes e responsabilidades – distinto, portanto, da esfera pública política (opinião pública) ou econômica (mercado).

## 2 PÚBLICO E PRIVADO

Para construir formas no meio do sentido, precisamos distinguir. Indicar é distinguir. Conceitos são formas de dois lados – um valor e seu contravalor (SPENCER-BROWN, 1972 [1969], p. 1-7). Cada diferença biparte o universo. Não indica tudo, é certo. Apresenta um ponto cego. Daí que a autodescrição valha na medida em que apresente distinções úteis ao entendimento. Daí também que o que consideramos como contraparte de uma “esfera pública” seja variável historicamente, e logo seja mutável o conceito de “público”.

A autodescrição que tomamos como representativa da antiguidade ocidental é a democracia ateniense sob a liderança de Péricles e a teorização aristotélica da “comunidade política” – uma universalidade cujas partes são as unidades familiares, que vão se conglobando em ordens maiores de parentesco até formarem a cidade como totalidade social (LUHMANN, 2018 [1980], p. 30-7).

Embora Atenas (assim como Roma) apresente rudimentos de uma diferenciação funcional, com o desenvolvimento do comércio e a cobrança de tributos, temos que nesse contexto a distinção *público/ privado* emerge em uma estrutura social estratificada, na qual se dividem e se unem o *locus* da economia e o espaço da política. Nesse regime institucional de economia doméstica e democracia patriarcal, o princípio ordenador do espaço privado é o poder do chefe familiar em dirigir o trabalho escravo no âmbito doméstico – não há propriamente uma visão profissional (e, nesse sentido, pública) da atividade produtiva, da empresa. O sustento propiciado pelo domínio da riqueza concede tempo livre para participar da vida ativa, da deliberação sobre os problemas coletivos e as coisas comuns. A inclusão econômica é condição habilitante da inclusão política – e essa integração, ou indiferenciação, leva a um círculo restrito de cidadãos. Ao espaço doméstico da produção, estritamente privado, limitado à casa (*oikos*), contrapõe-se o auditório

público, a rua, a praça (ágora), o local da assembleia (*ekklesia*) – mais precisamente, na Atenas do século V a.C., a encosta da colina de Pnyx. Ali a comunidade *re-unida* decidia sobre a guerra e a paz (STARR, 2005 [1990], p. 57). Essa democracia direta, exercitada periódica e presencialmente, combinava-se com uma democracia aleatória – o sorteio para os cargos “executivos”, responsáveis pela gestão cotidiana da cidade.

Como nota Luhmann (2012 [1997], p. 197-8), dada a distinção institucional entre *oikos* e *polis* – apresentada em uma diferenciação urbanística, espacial, bastante concreta –, teria parecido paradoxal a ouvidos gregos a ideia de uma “economia política”. É, portanto, em um sentido bastante distinto que o privado e o público continuam a ser identificados na modernidade liberal com o econômico e o político.

De um lado, a diferenciação funcional e a multiplicação de papéis sociais para além de uma ordem rígida de estratos – determinados pelo nascimento e abarcantes de todos os privilégios e obrigações pessoais – irão tornar a atividade política permanente um obstáculo ao exercício da atividade mercantil. E o contraste de Constant (1988 [1819]) entre a liberdade ativa, republicana, dos antigos, de participar da vida política, e a liberdade negativa, dos modernos, de ter o Estado como garante de seus negócios, mas não como expropriador de sua riqueza, representará os clamores por uma (autor)restrição do sistema político – que levará à teorização do governo representativo e à profissionalização da política.

Um sistema econômico autorreferente é bem descrito como “uma diferenciação de mercados que servem como ambiente para as formações de organizações (empresas), que, com um olho em seu mercado, veem as outras como competidoras” (LUHMANN, 2013 [1997], p. 98). A coordenação da atividade econômica passa da observação direta dos trabalhadores por um mestre, em uma unidade doméstica ou fabril, para a observação de segunda ordem proporcionada pelo mercado – e, então, a função central do administrador passa a ser interpretar dados do mercado (LUHMANN, 2013 [1997], p. 79), que marcam as oscilações, encontros e desencontros entre demanda e oferta.

A economia plenamente diferenciada (ver LUHMANN, 2017 [1988]; BOLDYREV, 2013), distinguida do código moral (bom/ mau) e dos outros sistemas sociais e seus problemas (lícito/ ilícito, poder/ não poder ou governo/ oposição, verdade/ falsidade), surge portanto no ocidente basicamente no século XVIII, quando desenvolve um ambiente institucional interno próprio (o mercado, que não mais se confunde com um lugar concreto, como uma feira medieval), por onde circula um meio simbólico generalizado e distinto (o dinheiro), que reflete avaliações de produtos e do próprio dinheiro a partir do problema fundamentalmente econômico da escassez. É a

escassez a “fórmula de contingência”, o critério de variabilidade inerentemente econômico, mobilizado pela dinâmica da precificação. Essa dinâmica autorreferencial é que distingue uma economia de mercado – ao contrário de uma simples rotina de trocas e reciprocidade, observável em virtualmente toda sociedade na história. É apenas então que “[p]reços oferecem a possibilidade de observar como outros observam o mercado e se eles compram ou não a certo preço” (LUHMANN, 2012 [1997], p. 225). É aí que a ciência marca o surgimento de uma autodescrição especializada desse sistema parcial da sociedade, na forma da “economia política” clássica. Essa economia já “social” ou “política” – no sentido de pública, distinta portanto de uma mera conglomeração de organizações privadas (as empresas domésticas ou as corporações de ofícios) – crava também na semântica sua dependência, mas também independência, em relação ao sistema político. Eis o sentido histórico da economia política liberal e das discussões sobre as formas e os limites do protecionismo, da concorrência, das combinações dos poderes privados contra o interesse público. A filosofia política da época desenvolvia, afinal, a passagem de uma visão do Estado *como* sociedade civil (como na narrativa contratualista, por oposição ao estado de natureza) para uma contraposição *entre* o Estado (a política) e a sociedade civil (a economia).

É certo que a distinção entre público e privado decai contemporaneamente do seu estatuto de poder servir como fórmula para uma diferenciação/ identificação geral da sociedade. Ela é subcomplexa para descrever o estado das coisas. Em seu lugar, a forma mais abstrata *sistema/ ambiente* identifica e distingue uma sociedade mais complexa: a economia tem em seu ambiente a política, mas também a ciência, a religião, a educação, a saúde, a arte; a política diferencia-se da economia, da religião, da família etc. E, se analisarmos cada um desses sistemas, há um *mix* de público e privado: grupos de pressão da “iniciativa privada” e movimentos sociais (a dita “sociedade civil”) na arena “pública” da política representativa; na economia, empresas estatais e privadas (inclusive familiares) combinadas como uma ordem impessoal, “pública”, “anônima”, do mercado. Nem a política se reduz ao Estado, nem a economia à empresa (privada). As formas e os critérios de combinação e transação entre esses lados é que passam a interessar, mas já não é verossímil cindir a sociedade por aquela contraposição simples do espaço público ao espaço privado.

### **3 ESFERA PÚBLICA**

Neves (2008 [2002]) apresentou um modelo de Estado democrático de direito fundado em uma reinterpretação das teorias do discurso e dos sistemas. Faz crítica à pretensão consensualista do modelo habermasiano, optando pela visão luhmanniana da democracia lastreada em

procedimentos. Adota então a tese de que tal Estado deve apresentar um dissenso contudístico mediado por consenso procedimental (NEVES, 2008 [2002], p. 136-56). As variáveis empíricas desse modelo levam Neves (2008 [2002], p. 244-58) a entender que relações de “subcidadania” e “sobrecidadania” fundam uma interpretação e concretização do direito enviesadas, seja pelo legalismo, seja pela impunidade, em um contexto de corrupção generalizada do direito pelo poder, pelo dinheiro e pelas boas relações.

Afora outras críticas, que não interessam diretamente neste trabalho<sup>1</sup>, vale centrar o foco na construção de seu conceito de “esfera pública” – no caso, “esfera pública constitucional”. Tendo apresentado coerentemente uma crítica à identificação do “público” com a distinção da antiguidade entre o público e o privado (NEVES, 2013 [2008], p. 106-8), o autor recai, porém, em uma concepção de esfera pública que não leva a sério a diferenciação funcional, pois indica tal esfera como flutuante entre os sistemas político e jurídico (ver AMATO, 2017a, p. 174).

De fato, para Neves (2013 [2008], p. 122-3), “a esfera pública é uma área de tensão entre direito e política como sistemas funcionais acoplados estruturalmente pela constituição, por um lado, e os demais sistemas funcionais e o mundo da vida, por outro”. Seria ela “formada pelo conjunto de *valores, interesses, expectativas e discursos*” (destaques no original) emergentes tanto dos “diversos sistemas funcionais” quanto do “mundo da vida”, “operacionalizado mediante as inúmeras interações cotidianas não estruturadas sistêmico-funcionalmente nem sistêmico-organizacionalmente, e reproduzido por meio da linguagem natural não especializada” (idem, *ibidem*). Passa então a especificar (idem, *ibidem*): 1) valores, sejam “valores-preferência” (“relativos ao que um grupo ou indivíduo considera bom para a sua vida”), sejam “valores-identidade” (“autoevidências inquestionáveis pelos grupos e pessoas que o carregam”); 2) interesses, “estrutura da ação dirigida à relação eficiente entre meios e fins”; 3) expectativas de comportamento, como “modelos estruturais de conduta que *ego* (polo da vivência) constrói em

---

<sup>1</sup> Essas críticas, ou alternativas explicativas, seriam: 1) Neves (2018 [1992], p. 132-9; 2007 [1992], p. 196-200; 2008 [2002], p. 248-54) cria os conceitos de “sub” e “sobrecidadania” para manter sua explicação nos limites de uma pureza ou primado da diferenciação funcional na sociedade moderna (inclusive “periférica”); na verdade, a contextura da sociedade não se resume à diferenciação funcional, mas inclui um entrecruzamento – variável regional e historicamente – entre critérios funcionais e outros de diferenciação social (segmentários, geográficos, hierárquicos) (AMATO, 2018a, p. 245-60); 2) Neves (2008 [2002], p. 196-213, 254-8) dá um passo importante ao deslocar a discussão da “eficácia” (técnica) das normas constitucionais para a “concretização”, mas a efetiva concretização do direito não é apenas uma operação de interpretação (principalmente pelo “centro” judicial) do direito, mas também de inovação institucional (sobretudo pela “periferia”) e mudança estrutural (AMATO, 2017b, p. 157-73); 3) a “corrupção” ou “desdiferenciação” sistêmicas exigiria analisar não apenas um sistema contra o outro – código contra código –, não se manifesta necessariamente na interpretação (ponto 2) e talvez não ocorra (sempre) no nível dos sistemas funcionais; o que ocorre neste nível é um grau maior ou menor de “integração” ou “desintegração” sistêmica, conforme as miscelâneas regionais de critérios de diferenciação (ponto 1); para observar corrupções estruturais seria necessário passar ao nível das estruturas internas de cada sistema (“instituições”), sobretudo de suas organizações.

relação a *alter* (polo da ação)”; 4) discursos, que “podem ser atribuídos a pessoas e grupos como seus portadores eventuais – desatrelam-se de programas ou critérios sistêmico-funcionais e dos modelos de interação cotidiana no mundo da vida”, apresentando-se como controvérsias sobre os “rumos dos procedimentos normativos e decisórios do Estado constitucional”. A evidente carga normativa deste conceito reafirma-se quando o autor propõe o que seria, no seu entendimento, uma “esfera pública” da economia: “por exemplo, um boicote ‘público’ a determinado produto ou empresa, não atribuível a um determinado sistema funcional ou organizacional, sem qualquer pretensão de influenciar procedimentos jurídicos ou decisões políticas do Estado constitucional” (NEVES, 2013 [2008], p. 125).

Entretanto, se para Luhmann a “esfera pública” aparece como uma instância interna de um sistema funcional (a política, mas também a economia, a ciência etc.), como um “espelho” pelo qual o sistema (re)constrói seu ambiente (por isso, um “ambiente interno”), para Habermas a esfera pública é um “cerco” de contenção da “colonização” do “mundo da vida” pela economia e pela burocracia política, e também uma “eclusa” que faz ressoar a “ação comunicativa” em redes associativas, círculos literários e “sociedade civil”, contrapostos ao “poder burocrático” (para tal comparação, ver RIBEIRO, 2012).

A idealização do protesto e da crítica, a partir de uma hipóstase da “opinião pública” do início da modernidade como *locus* prioritário da democracia (HABERMAS, 1991 [1962]) – ora encarnado por juízes constitucionais, ora pelo poder constituinte do povo, dificilmente pelos cidadãos existentes, poderes constituídos e organizações rotineiras da democracia representativa<sup>2</sup> – enaltece um “ideal de democracia deliberativa como mais aceitável quanto mais próximo em estilo a uma conversa educada entre cavalheiros em uma sala de estar do século dezoito” (UNGER, 1996, p. 73). Então

encontramos o centro fantasma “sociedade civil”, isto é, associações livres de indivíduos que podem falar sobre reclamações e melhorias. E isso é “práxis” como atividade autossatisfatória, enquanto a *poiesis* ou reprodução tem que ser feita pelos sistemas funcionais e suas organizações que causam todo o problema. (LUHMANN, 1995, p. 183)

O liberalismo econômico observa o mercado como a estrutura natural da coordenação humana – aquela selecionada historicamente e que se regenerará sempre que artificialmente destruída – e vê na proteção do livre comércio a condição institucional necessária e suficiente para assegurar eficiência e prevenir a necessidade. O liberalismo político observa a opinião pública e indaga das condições institucionais necessárias para assegurar o dissenso político e evitar a violência. Em ambos os casos – para assegurar a liberdade no mercado e na opinião pública – é

---

<sup>2</sup> Ver a crítica de Vargas (2005) ao neorrepublicanismo americano na teoria constitucional.



preciso contar com a esfera pública do direito. Em termos constitucionais, a filosofia política parece muitas vezes idealizar a “esfera pública” em contraste com o pano de fundo atual dos arranjos organizacionais da democracia de massas e partidos (BELLAMY, 2007, p. 11 e nota 28). O mesmo se diga para as apologias do “mercado” desprovidas de uma visão realista das organizações econômicas.

Por sua vez, se é certo que a “esfera pública” ou “ambiente interno” é estrutura interna dos sistemas funcionais que se contrapõe às organizações, enquanto sistemas decisórios (ou à “esfera organizada”), seria impróprio considerá-las “esferas espontâneas”, como quer Teubner (2012, p. 88-96). Essa nomenclatura faz ecoar um caráter naturalista que não convém associar a uma estrutura institucional também historicamente contingente, conformável de maneiras diversas e perpassada por clivagens sociais<sup>3</sup>.

Em todo caso, a saída mais responsável é contar com um mapeamento mais detalhado e problematizante das *estruturas internas dos sistemas sociais*, o que descrevo como instituições (LUHMANN, 2010 [1965], p. 86). Veremos então que as instituições dos sistemas funcionais repartem-se entre uma esfera pública e uma esfera organizada, além de acoplamentos estruturais e mecanismos de triangulação que vinculam aquelas esferas.

#### **4 ESFERA ORGANIZADA E ESFERA PÚBLICA (OU AMBIENTE INTERNO)**

O quadro a seguir corresponde ao que o próprio Luhmann<sup>4</sup> identifica como acoplamentos estruturais, esfera pública, centro e periferia dos sistemas funcionais; no caso, dos sistemas jurídico, político e econômico. Centro e periferia compõem a “esfera organizada”. Incluo no esquema o que considero ser a esfera pública ou ambiente interno do direito (a “personalidade jurídica”) e o que chamo de “mecanismos de triangulação” (entre esfera pública, periferia e centro organizados).

---

<sup>3</sup> Para uma crítica à noção de “ordem espontânea” em Hayek, a partir de Luhmann, ver Vilaça (2010).

<sup>4</sup> Sobre o centro e a periferia dos sistemas político, jurídico e econômico, ver Luhmann, 2004 [1993], cap. 7; 1993 [1991], pp. 180-4; 2009 [1998], pp. 272-9. Sobre os acoplamentos estruturais entre política, economia, direito, ciência e educação, ver Luhmann, 2013 [1997], pp. 108-15; 2009 [1998], cap. 10; 2004 [1993], cap. 10. Sobre as esferas públicas dos sistemas econômico, político e científico, ver Luhmann, 2017 [1988], cap. 3; 2009 [1998], cap. 8; 2013 [1997], p. 102; 2014 [2010], p. 350-61. O conceito de esfera pública como ambiente interno do sistema é devido a uma sugestão de Dirk Baecker, como reconhece Luhmann (2000 [1996], p. 104). A diferença entre esfera pública e esfera organizada dos sistemas funcionais é enfatizada por Teubner (2012, pp. 88-96).

**Quadro 1:** Direito, política e economia: centro e periferia, esfera pública e acoplamentos estruturais dos sistemas

		<b>Política</b>	<b>Direito</b>	<b>Economia</b>
<b>Esfera organizada</b>	<b>Centro</b>	Poderes políticos (Executivo e Legislativo)	Tribunais	Bancos
	<b>Periferia</b>	Partidos, grupos e movimentos	Poderes Políticos Advocacia Ministério Público	Produção Comércio Consumo
<b>Esfera pública ou ambiente interno</b>		Opinião pública	Personalidade jurídica	Mercado
<b>Acoplamentos estruturais</b>		Constituição (direito); eleições, política econômica, tributação (economia)	Constituição (com política); contrato e propriedade (com economia)	Eleições, política econômica, tributação (com política); contrato e propriedade (com direito)
<b>Mecanismos de triangulação</b>		Voto	Ação judicial	Crédito e dívida; poupança e investimento

Fonte: elaboração do autor

Na esfera organizada, centro e periferia são compostos por organizações (sistemas de decisão) e seus respectivos programas (decisórios): os poderes políticos e a legislação; tribunais e sentenças; bancos (ou o sistema financeiro em geral) e programas de investimento. Não há uma relação hierárquica entre centro e periferia internos a um sistema funcional, mas uma distinção quanto a filtragem e compulsão decisória. Toda organização pode ultrapassar as fronteiras de seu sistema funcional (mantendo-se nas fronteiras de seu sistema organizacional, pela distinção entre membros e não membros), mas as organizações e programas periféricos são mais abertos ao ambiente, aos demais sistemas. São interfaces. Já as organizações centrais tratam de operacionalizar as decisões cruciais do sistema funcional: no direito, o código é lícito ou ilícito e a decisão em última instância sobre a alocação desse código é dada aos tribunais. Não cabe questionar se é lícito ou ilícito ao judiciário decidir sobre o lícito e o ilícito. Sua autoridade – um consenso *a priori* e universal de terceiros – é presumida. Da mesma forma, é no Estado que se decide sobre a alocação do poder político, em termos de governo e oposição. O Estado tem poder para decidir sobre o poder e o não poder. E os bancos cuidam de ter (dinheiro) para decidir sobre o ter e o não ter – por isso ganham de seus credores e de seus tomadores.

Se o centro trata primacialmente do fechamento operacional, da consistência do sistema (em termos de consistência jurídica, disponibilidade monetária ou legitimação do poder), a periferia cuida sobretudo da abertura cognitiva: partidos, movimentos sociais e grupos de interesse tratam de captar “pautas” do ambiente político, traduzidas em termos da opinião pública; empresas e famílias tratam de demandar e ofertar bens (transformação de recursos do

ambiente natural) e serviços (do ambiente social – educação, saúde, direito), registrando suas forças no mercado em termos de preços; advocacia e outras funções parajudiciais tratam de traduzir em demandas jurídicas, nos termos da personalidade jurídica (de reivindicações de direitos ou deveres, de poder ou de responsabilidade), problemas emergentes da política, da economia, da saúde, da educação, da família, da arte, ou do próprio direito.

Não há que se idealizar, portanto, algo como a “sociedade civil”; é ela a periferia, especialmente do sistema político; o centro tem especificidades estruturais associadas à sua obrigação de decidir: de tomar decisões coletivamente vinculantes (na política), de decidir casos concretos reiterando e consolidando expectativas normativas generalizadas (no direito), de decidir sobre crédito e débito, garantindo a solvência futura (na economia).

Todo problema que deva ser processado e solucionado pela economia precisa ser refletido no jogo de espelhos do mercado – precificado, traduzido em termos monetários. Só assim o ambiente da economia (a natureza, a política, o direito, a arte, a educação, a religião) interessa ao sistema econômico e passa a ser uma questão de ter ou não ter. Todo problema só pode interessar à política quando refletido como tema da opinião pública. E igualmente qualquer questão política, familiar, religiosa, econômica ou sanitária só vai se tornar jurídica estiver posto em circulação o direito válido, quando a questão for construída em termos de reivindicações (segundo tal ordem jurídica) de direitos ou obrigações, de pretensões de reconhecimento do exercício de um poder ou de imposição de uma sanção decorrente de uma responsabilidade. Eis o que quero designar como “personalidade jurídica”, a esfera pública ou ambiente interno do sistema jurídico (AMATO, 2017b, p. 203-16).

Em termos antropomórficos, o mercado é “onde” os agentes econômicos se observam mutuamente, compradores encontram vendedores, a oferta e a demanda se cruzam. A opinião pública é o plano da observação dos observadores políticos: cidadãos, representantes e representados, eleitos e eleitores, candidatos e eleitores. E a personalidade jurídica é onde autores observam réus, “onde” cada “pessoa” (enquanto referência comunicativa individual ou coletiva) é observada não enquanto agente econômico ou cidadão, mas enquanto sujeito de direito, titular de direitos subjetivos ou deveres, sujeito a responsabilidade, detentor de uma competência, exercente de um poder.

Este entendimento tem implicações, por exemplo, para a análise da constituição enquanto acoplamento estrutural entre direito e política. Pensemos no seguinte ciclo: as irritações do ambiente do sistema político (ambiente econômico, natural, científico, sanitário, religioso etc.) refletem-se no espelho da opinião pública, assim como a autoirritação da política (avaliações

sobre a eficiência/ ineficiência das políticas públicas, sobre os políticos, sobre as ideologias etc.). A partir dessa tradução em comunicação política, são processadas pelas organizações periféricas do sistema político: programas de governo formulados por partidos, pautas de movimentos sociais, reivindicações de grupos de pressão. Essas comunicações só tomam a forma de decisões coletivamente vinculantes se chegam ao centro decisório do sistema: o Estado – particularmente, os poderes políticos. Esses poderes estão, ao mesmo tempo, na periferia do direito.

De um lado, enfrentam os direitos, deveres, poderes e responsabilidades já garantidos – e tudo o que interesse ao sistema jurídico precisa ser traduzido nesses termos. De outro lado, os programas políticos (como leis e atos administrativos), assim como contratos privados, precisam ser controlados em sua consistência com o ordenamento atual pelo centro decisório do sistema jurídico: o judiciário.

Assim como opinião pública, “sociedade civil” (a periferia política) e Estado ligam-se por procedimentos de *voto* (eleições, plebiscitos, referendos), personalidade jurídica, periferia do direito (poderes políticos e funções essenciais à Justiça) e tribunais vinculam-se por procedimentos judiciais, *ações*, controladas pela interpretação/aplicação do direito válido e pela argumentação jurídica. Desse modo, juízes estão vinculados a direitos e deveres, poderes e responsabilidades; não à opinião pública (ou ao mercado). Mesmo procedimentos de audiências públicas nos tribunais e *amici curiae* são formas de heterorreferência reduzida, nos limites de fato e de direito das ações (ainda que no controle abstrato de constitucionalidade), não se confundindo com o universalismo da representação política, com seus ritos e exigências.

Obviamente incluem-se na esfera pública do sistema jurídico direitos (e deveres, responsabilidades ou poderes) públicos ou privados, não apenas direitos constitucionais. Daí que não seja de todo preciso conceituar o ambiente interno do direito como “o espaço por onde circula o direito válido, afirmam-se direitos subjetivos, são reconhecidos direitos da cidadania, humanos ou fundamentais e assegurado o acesso à justiça” (CAMPILONGO, 2012 [2011], p. 115-6).

Direitos privados desenham sobretudo um vínculo entre mercado e personalidade jurídica, como atestam os acoplamentos estruturais entre direito e economia: propriedade e contrato. Já direitos fundamentais vinculam as esferas públicas do direito (personalidade jurídica) e da política (opinião pública). Há diversas formas institucionais dessa vinculação e diferenciação. Por exemplo, direitos políticos e liberdades públicas são uma prestação do sistema jurídico (construída na forma de direitos subjetivos, ou seja, do ambiente interno do direito) ao sistema político, habilitando a formação da opinião pública. No sistema político, a construção das opiniões, a institucionalização

do voto e a escolha dos representantes, por sua vez, é observada como meio eficaz à legitimação de um poder (estatal) capaz de operacionalizar políticas públicas que concretizem os direitos positivados, circulantes no ambiente interno do direito.

Embora em uma posição ambígua – entre política e direito – quando acumulam as funções de instância suprema do judiciário e arena de controle judicial de constitucionalidade (GUERRA FILHO, 2018), as supremas cortes ou cortes constitucionais puras também não de ser cobradas pela autorreferência à esfera pública do direito – à guarda e garantia dos direitos fundamentais e da interdependência dos poderes –, ao contrário dos representantes eleitos, naturalmente dependentes da opinião pública.

Às diferenças institucionais corresponde, portanto, uma diferença semântica<sup>5</sup>. As decisões sobre crédito/ dívida e poupança/ investimento são tomadas a partir de uma auto-observação do sistema econômico na forma da precificação influenciada sobretudo por grandes investidores, consideradas expectativas de rentabilidade. Na política, a dinâmica decisória é dada pelo voto. No centro judicial do direito, a decisão também pode ser tomada por “placar”, mas a motivação da sentença integra sua autoridade – podendo ser contestada em instâncias superiores e criticada por sua (in)consistência com precedentes ou (in)capacidade de estabilizar jurisprudência (AMATO, 2018b, p. 166). Da periferia do direito – em interface com a política (voto) e a economia (preço), entre outros sistemas – não se cobra essa estabilidade decisória e coerência argumentativa. Pelo contrário: aqui está a arena para inovar o direito, e mesmo mudanças claras de jurisprudência (*overruling*) só se sustentam se amparadas pela periferia jurídica e talvez mesmo pela periferia política – não sobrevivem como posição isolada do centro judicial (AMATO, 2018b, p. 145).

## 5 CONCLUSÃO

Vimos que discernir a especificidade dos ambientes internos e das demais instituições – estruturas internas aos sistemas – permite considerar as diferenças entre as práticas decisórias operacionalizadas pelas organizações primacialmente vinculadas a determinado sistema funcional.

---

<sup>5</sup> Pode-se falar de estruturas institucionais e semânticas. Nesse caso, “estrutura” se opõe a “evento” – denotando o que é permanente. Ou se pode contrapor “estrutura” ou a “semântica”. No que nos interessa, semântica, que é o repertório de usos, conceitos, distinções, diz respeito sobretudo às formas de programação decisória dos sistemas. E estrutura pode ser (1) a forma de diferenciação social (a “macroestrutura”), (2) as expectativas cognitivas ou normativas (“microestruturas”, definidas em contraponto à comunicação como um evento fugaz), ou (3) as estruturas internas dos sistemas (esse nível intermediário a que venho chamando de “instituições”). Holmes (2018) observa que a diferença entre estrutura e semântica em Luhmann não deve ser equacionada nem à historiografia conceitual de Koselleck nem à distinção marxista entre base e superestrutura. Estrutura (institucional, digo) e semântica são ambas construções comunicativas internas aos sistemas sociais, não repousando em uma realidade exterior (embora a possam pressupor).

A decisão econômica – de empresas, bancos e outras organizações (analogamente, também as famílias) – guarda sintonia com as expectativas de rentabilidade observadas segundo as informações geradas pelo mercado. É pela precificação que se registram as irritações do ambiente (natural, político, jurídico etc.) e se auto-observa a capacidade da economia de dar respostas consistentes e sustentáveis segundo a disponibilidade e as alocações de recursos escassos. O vínculo entre organizações e mercado é dado pelas operações de poupança/investimento ou crédito/dívida.

O procedimento eleitoral permite uma decisão de segunda ordem – decidir quem vai decidir, escolher representantes e observá-los no espelho da opinião pública, que reflete as demandas dos demais sistemas (economia, saúde, educação etc.), mas também a auto-avaliação do desempenho do sistema político, a mensuração da legitimidade.

Já o direito constrói uma esfera pública própria ao remeter o processo decisório das organizações jurídicas (em alguma medida centripetamente orientado ao centro do sistema – o judiciário) à atribuição, a sujeitos individuais (pessoas) ou coletivos (organizações), de direitos, deveres, poderes (de criar direito) ou responsabilidades (pelo descumprimento dos deveres). Aí circula o direito válido e da decisão jurídica se espera então algum grau de “formalismo”, sendo limitada a capacidade de heterorreferência (a consequências, valores ou contextos), pois a operação de argumentação jurídica desenrola-se tipicamente nos limites dos ritos, prazos e formalidades processuais. Mesmo a constituição, ou o contrato e a propriedade, ao vincularem o direito a outro sistema (como acoplamentos estruturais), não descaracterizam o fechamento operacional do sistema jurídico; pelo contrário, pressupõem-no para que possam contar com suas prestações, com a especificidade do serviço que só o direito pode fornecer.

## REFERÊNCIAS

AMATO, Lucas Fucci. Luhmann e Mangabeira Unger: da crítica social ao construtivismo jurídico. In: \_\_\_\_\_.; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de (Orgs.). **Teoria crítica dos sistemas?** Crítica, teoria social e direito. Porto Alegre: Fi, 2018a. p. 243-277.

\_\_\_\_\_. **Inovações constitucionais:** direitos e poderes. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018b.

\_\_\_\_\_. Três matrizes de sociologia da constituição: dos clássicos aos contemporâneos. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, vol. 11, n. 2, pp. 156-186, 2017a.

\_\_\_\_\_. **Construtivismo jurídico:** teoria no direito. Curitiba: Juruá, 2017b.

BELLAMY, Richard. **Political constitutionalism:** a republican defense of the constitutionality of democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BOLDYREV, Ivan A. Economy as a social system: Niklas Luhmann's contribution and its significance for economics. **American Journal of Economics and Sociology**, Hoboken, vol. 72, n. 2, pp. 265-292, CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais: hermenêutica do sistema jurídico e da sociedade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012 [2011].

CONSTANT, Benjamin. The liberty of the ancients compared with that of the moderns. In: \_\_\_\_\_. **Political writings**. Tradução e edição de Biancamaria Fontana. Cambridge: Cambridge University Press, 1988 [1819]. p. 307-328.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre a migração das cortes constitucionais do sistema jurídico para o sistema político. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PESQUISADORES EM SOCIOLOGIA DO DIREITO (ABraSD), 9., 2018, São Paulo. **Sociedades pós-constitucionais: a sociologia do direito após 30 anos de Constituição cidadã**. São Paulo: USP; ABraSD, 2018.

HABERMAS, Jürgen. **The structural transformation of the public sphere: an inquiry into a category of bourgeois society**. Tradução de Thomas Burger e Frederick Lawrence. Cambridge, MA: MIT Press, 1991 [1962].

HOLMES, Pablo. A teoria dos sistemas como semântica “crítica”: materialismo pós-estruturalista como método para uma teoria reflexiva da sociedade. In: AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco Loschiavo Leme de (Orgs.). **Teoria crítica dos sistemas? Crítica, teoria social e direito**. Porto Alegre: Fi, 2018. p. 101-137.

LUHMANN, Niklas. Como é possível a ordem social? Tradução de Patrícia da Silva Santos. In: \_\_\_\_\_. **Teoria dos sistemas na prática**. Petrópolis: Vozes, 2018 [1980]. pp. 17-89.

\_\_\_\_\_. **La economía de la sociedad**. Tradução de Aldo Mascareño. México: Herder, 2017 [1988].

\_\_\_\_\_. **Sociología política**. Edição de André Kieserling. Tradução de Iván Ortega Rodríguez. Madrid: Trotta, 2014 [2010].

\_\_\_\_\_. **Theory of society II**. Tradução de Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2013 [1997].

\_\_\_\_\_. **Theory of society I**. Tradução de Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2012 [1997].

\_\_\_\_\_. **Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2010 [1965].

\_\_\_\_\_. **La política como sistema**. Organização e tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2009 [1998].

\_\_\_\_\_. **Law as a social system**. Tradução de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004 [1993].

\_\_\_\_\_. **The reality of the mass media**. Tradução de Kathleen Cross. Stanford: Stanford University Press, 2000 [1996].

\_\_\_\_\_. Why does society describe itself as postmodern? **Cultural Critique**, Saint Paul, vol. 30, p. 171-186, 1995.

\_\_\_\_\_. **Risk: a sociological theory**. Berlin: Gruyter, 1993 [1991].

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. Tradução de Antônio Luz Costa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018 [1992].

\_\_\_\_\_. A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (Orgs.). **Dossiê Luhmann**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013 [2008]. pp. 105-147.

\_\_\_\_\_. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008 [2000].

\_\_\_\_\_. **A constitucionalização simbólica**. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 [1992].

RIBEIRO, Pedro Henrique Gonçalves de Oliveira. **Entre eclusas e espelhos: a esfera pública vista a partir de uma leitura crítica de Niklas Luhmann e de debates contemporâneos**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. New York: Julian, 1972 [1969].

STARR, Chester G. **O nascimento da democracia ateniense: a assembleia no século V a.C.** Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Odysseus, 2005 [1990].


TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Tradução de Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012.

UNGER, Roberto Mangabeira. **What should legal analysis become?** London: Verso, 1996.

VARGAS, Daniel Barcelos. **O renascimento republicano no constitucionalismo contemporâneo e os limites da comunidade: uma análise das teorias constitucionais de Bruce Ackerman, Frank Michelman e Cass Sunstein**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.

VILAÇA, Guilherme Vasconcelos. From Hayek's spontaneous orders to Luhmann's autopoietic systems. **Studies in Emergent Order**, Vancouver, vol. 3, p. 50-81, 2010.





# DESENHANDO O PODER NO DIREITO: POSSIBILIDADES DE UMA SEMÂNTICA JURÍDICA DO ESTADO NA TEORIA DOS SISTEMAS

*Marco Antônio Moraes Alberto*  
(Faculdade de Direito da USP)  
marco.alberto@usp.br

**RESUMO:** Este trabalho tem por objeto a possibilidade de uma “semântica jurídica do Estado” como parâmetro teórico articulado a partir da teoria dos sistemas como a propõe Niklas Luhmann. Para tanto, assumem-se três objetivos interconectados: (i) investigar o Estado como símbolo comunicativo que orienta a produção da comunicação jurídica que trata da política (“direito do Estado” ou “direito público”); (ii) situar o Estado como artefato semântico que se refere ao problema da distribuição e da constituição jurídica do poder; (iii) articular os sentidos de referencial simbólico do sistema jurídico, de abertura cognitiva entre sistema jurídico e sistema político, e de modalização jurídica do exercício do poder político, para compreender os potenciais do conceito de “Estado” em atuar como artefato semântico capaz de conectar a constituição jurídica do direito público ao exercício do poder político na sociedade.

## 1 INTRODUÇÃO

A) No Brasil, o STF entende que o Poder Judiciário é competente para determinar o fornecimento de medicamentos que se encontrem fora da lista padronizada pela ANVISA. O fundamento é a interpretação de que o art. 196 da Constituição incumbe o Estado de um dever “de propiciar aos cidadãos os meios necessários ao gozo do direito à saúde”, que não se sujeita à regulação administrativa (lista padronizada), à capacidade econômica do demandante (o sistema de saúde é único e universal) ou a qualquer limitação legal ou contratual (sobrepondo-se, inclusive, aos contratos de saúde complementar).

B) Nos Estados Unidos, a Suprema Corte decidiu que o fornecimento de um bolo de casamento a um casal homossexual não integra as prestações que o Estado deve garantir aos cidadãos. Não se aplicaria, portanto, a legislação antidiscriminação, que impede que autoridades das quais dependam tais prestações procedam a recusas discriminatórias. Não se configurando como “serviço oferecido ao público e garantido pelo Estado”, a atividade do confeitiro seria de direito privado, o que significa que ele estaria livre para estipular critérios de clientela conforme suas convicções pessoais.

Tanto em “A” como em “B”, autoridades se valem de um construto semântico (Estado) para fundamentar sua competência (ou incompetência) para determinar o cumprimento de uma obrigação. O conteúdo dessa obrigação é imputado a um sujeito por meio da remissão ao conceito de Estado (“dever do Estado”, “prestação do Estado”). Está em jogo a discussão de um contorno: o que está dentro do “desenho” Estado não é mera pauta programática da política, mas política juridicamente exigível e coletivamente vinculante. Esse “desenho” corresponde a uma semântica social, uma “semântica do Estado” (LUHMANN, 2004, p. 411; CLAM, 1999, p. 365). Ela permite, no

sistema jurídico, a organização da comunicação política a que ele se encontra vinculado (BETTINI, 2008; DE GIORGI, 2011; MAGALHÃES, 2016). Os modos como se constrói essa semântica e suas possibilidades metodológicas constituem o objeto deste trabalho.

## **2 A SEMÂNTICA DO ESTADO COMO PARTE DO SISTEMA JURÍDICO**

A pergunta central anunciada na introdução poderia ser esquematizada da seguinte maneira: qual a relação entre a compreensão que o sistema jurídico retém do Estado e as operações e construções especificamente produzidas no sistema jurídico, subsistema social funcionalmente diferenciado? Assumindo, como hipótese de trabalho, que essa relação exista, a pergunta central desemboca em outra: como se dá a relação entre o conceito de Estado e a semântica do sistema jurídico? Essa relação, por sua vez, focaliza três dimensões do sistema jurídico: a historicidade das operações jurídicas tomadas em sua positividade, a interdisciplinaridade entre direito e política na configuração de campo do direito público, e a constitucionalidade do direito na estruturação dos padrões de exercício de poder político na sociedade. Essas três dimensões são sucintamente exploradas nas subseções a seguir.

### **2.1 Semântica jurídica do Estado e historicidade do direito positivo**

A primeira dimensão diz respeito à *historicidade* da comunicação jurídica, especialmente daquelas operações que tocam o “Estado” enquanto construto social do sistema jurídico. Entender o “Estado” dessa maneira, como artefato semântico que só tem sentido no tempo, reivindica um esforço analítico, “arqueológico” – para usar o jargão historiográfico – de como se deu, em um horizonte social concreto razoavelmente definido, a construção jurídica – ou melhor, as diversas construções jurídicas – que, por sua atualização sincrônica no presente, de modo não necessariamente harmônico ou coeso, compõem aquele conjunto comunicativo identificado como “Estado”.

Nessa dimensão, entra em campo o problema da construção e reconstrução permanente do Estado enquanto artefato social. Daí a recorrência à ideia de semântica, para designar o patrimônio conceitual de determinada sociedade, isto é, um plexo de sentidos mediatamente disponíveis a serem mobilizados por operações comunicativas futuras. A semântica, tomada como patrimônio conceitual, significa o resultado de um processo de auto-observação e autodescrição dos sistemas sociais, que disponibiliza um conjunto de sentidos que poderão ser atualizados em comunicações futuras. A semântica pode ou não se cristalizar em estruturas sociais, cuja lógica é precisamente a de garantir maior estabilidade aos sentidos já disponíveis. Importa reter, em todo

caso, que a “semântica” é o elemento que franqueia o acesso dos sistemas sociais a si mesmos, dado que tais sistemas não podem, devido à sua diferenciação funcional e a seu fechamento operacional, observarem-se “de fora de si”. Assim, os sistemas observam suas próprias operações, criando assim uma autodescrição que disponibiliza sentidos para suas comunicações futuras (LUHMANN, 2006, p. 280-282, 687 e 697-699; LUHMANN, 2009, p. 76).

A semântica do Estado designa, assim, esse conjunto de sentidos, previamente estabilizados no sistema jurídico, que funcionam como bases a novas comunicações que no interior desse sistema poderão se desenvolver sob o rótulo “direito do Estado”.<sup>1</sup>

Esses sentidos prévios são contingentes, mas não vazios. São contingentes na medida em que passíveis de constante mudança e disputa no interior do sistema jurídico, não sendo expressão de qualquer “verdade natural” ou “princípio imutável”. Não são, contudo, vazios, pela circunstância de terem um conteúdo concreto, não se identificando, pois, a fórmulas sem conteúdo, que, no limite, teriam ou nenhum peso ou mero peso retórico no balizamento da comunicação social.

Isso significa que a semântica do Estado é composta por sentidos concretos que, por se consolidarem como “semântica”, norteiam a comunicação jurídica a partir de conteúdos concretos historicamente constituídos e socialmente atualizados, que funcionam, pois, como “pontos de partida” para novas operações do sistema jurídico, na medida em que tais operações se pretendam identificadas ao “direito do Estado”.

## 2.2 Semântica jurídica do Estado e interdisciplinaridade entre direito e política

A segunda dimensão envolve um aspecto que já vinha sendo tateado: o conceito jurídico de Estado mobiliza a *conexão (cognitiva) entre direito e política*. A relação entre “semântica do Estado” e “objeto do direito do Estado” (sobre a qual minha hipótese de investigação está assentada) não identifica apenas um nexos historicamente constituído no sistema jurídico, mas uma relação de tipo especial, já que o construto “Estado” só é produzido no sistema jurídico a partir de sua observação de outro sistema, o político.

O “Estado” é, dessa maneira, um *símbolo comunicativo* que o sistema jurídico constrói tematizando (observando) um construto do sistema político (LUHMANN, 2004, p. 368). Este sistema, por sua vez, encontra no “Estado” sua *organização global*, e é observando-o que o

---

<sup>1</sup> Para a relação entre a semântica do Estado e a configuração de campo do direito público (“droit politique” no registro francês, “political jurisprudence” no registro inglês), v. LOUGHLIN, Martin. *Political jurisprudence*. Oxford: Oxford University 2017, p. 12-17 e BEAUD, Olivier. *The State. Sorbonne-Assas Law Review v. 1 (2011)*, p. 10-24.

sistema jurídico constrói o seu conceito, jurídico, de “Estado” (LUHMANN, 1983, p. 354; LUHMANN, 2007, p. 16-21; LUHMANN, 2010, p. 93; LUHMANN, 2014, p. 131-132). Significa dizer: a compreensão de “Estado” do sistema jurídico depende de sua observação externa do construto “Estado” do sistema político, pois o sistema político é externo, é ambiente em relação ao sistema jurídico.

Sistema político e sistema jurídico são âmbitos diferentes, mas que se influenciam mutuamente. No linguajar sistêmico, são sistemas operativamente fechados e cognitivamente abertos. Esses sistemas produzem seus próprios elementos a partir de seus próprios elementos (autopoiese).<sup>2</sup> Sendo sistemas sociais, constroem comunicação a partir de comunicação por meio de comunicação.<sup>3</sup> O “Estado” é a organização global do sistema político, designando como unidade uma diversidade socialmente dispersa de relações políticas (LUHMANN, 1983, p. 354; LUHMANN, 2014, p. 131-132; LUHMANN, 2007, p. 19-20). É por observação externa dessa organização global que o sistema jurídico constrói o seu conceito de Estado, que passará a balizar as suas operações internas que tenham por objeto a disciplina do exercício do poder político (LUHMANN, 2004, p. 368, 370 e 379).

### 2.3 Semântica jurídica do Estado e constitucionalidade do direito e da política

A terceira dimensão trata da *constitucionalidade* do Estado como meio de distribuição do exercício do poder no interior do sistema jurídico. Na produção da comunicação jurídica,

---

<sup>2</sup> *Autopoiese* significa que a produção de algo se dá a partir de si próprio e com os meios de si próprio. Transposto para a linguagem dos sistemas, o conceito designa que os sistemas produzem a si próprios por meio de seus próprios elementos. Aquilo que o sistema produz é, portanto, resultado de sua própria autorreferencialidade, o que pressupõe seu fechamento operacional (LUHMANN, 1997, p. 54). Dessa maneira, o sistema se diferencia de tudo que ele não é, diferença que produz uma forma de dois lados: o sistema e o seu ambiente (tudo que ele não é). Um sistema não opera no ambiente, não produz nada com elementos do ambiente, nem libera elementos para o ambiente (LUHMANN, 1986, p. 3). Na medida em que apenas o sistema possa realizar suas funções, e que nenhum outro sistema possa fazê-lo (*fechamento operacional*), surge uma dependência mútua entre os sistemas como resultado de sua própria diferenciação com respeito a seu ambiente. Essa dependência coloca um aspecto central da proposta sociológica luhmanniana, que é o de *abertura cognitiva*, que deve ser visto como “par conceitual” da noção de fechamento operacional. A circunstância de serem os sistemas cognitivamente abertos compensa seu fechamento operacional, pois permite que os sistemas observem-se uns aos outros, e, com isso, possam construir em si mesmos aspectos do ambiente que sejam relevantes à suas próprias operações (observação externa). Assim, um sistema produz em si construtos semânticos próprios, porém cognitivamente referidos a seu ambiente, o que permite explicar como é possível conciliar a clausura operativa dos sistemas com a dependência mútua decorrente de sua especialização funcional (LUHMANN, 1997, p. 41-46).

<sup>3</sup> *Sistemas sociais* apresentam como elemento básico a comunicação: comunicação produz comunicação por meio de comunicação. Como, devido à complexidade que caracteriza as relações sociais contemporâneas, a comunicação é funcionalmente diferenciada, a sociedade é constituída por subsistemas sociais parciais (ou simplesmente “sistemas sociais”), que lidam com a comunicação social cada um à sua maneira, isto é, cada um conforme sua função (LUHMANN, 1997, p. 80).

concorrem diversos mecanismos acoplamento estrutural<sup>4</sup>, que sensibilizam tal processo construtivo à comunicação do sistema político. O que me interessa mais decisivamente, neste projeto, é que o “Estado”, como estruturado em uma constituição (jurídica) é um desses mecanismos.

Conforme adiantei na subseção anterior, o Estado é compreendido pelo sistema jurídico como um “símbolo comunicativo” que orienta a produção daquela parcela da comunicação jurídica que trata do sistema político. Se alguém diz, por exemplo, que “a saúde é dever do Estado” ou que “a igualdade é um princípio fundamental do Estado”<sup>5</sup>, várias etapas desse processo abstrato ficam mais claras: esse indivíduo hipotético enunciou uma comunicação jurídica, que faz referência a um construto jurídico, o “Estado de Direito”, produzido a partir da tematização do construto “Estado” do sistema político<sup>6</sup>. No primeiro exemplo, o sistema jurídico precisa alocar algum sentido para “Estado”, para, em seguida, ser capaz de reunir, sob esse “símbolo”, um conjunto de pessoas às quais é imputada a exigibilidade de prestações fundadas na garantia à saúde de determinada coletividade<sup>7</sup>. No segundo exemplo, o sistema jurídico igualmente precisa trabalhar com o construto “Estado” para conseguir agrupar, sob uma mesma chave, um conjunto heterogêneo e dispersivo de atividades que, exatamente por estarem inseridas nesse conceito de “Estado”, estão sujeitas à exigência de impessoalidade, predicado normativamente vinculado a “Estado”. Nos dois exemplos, o sistema jurídico precisa do “insumo” “Estado” para conseguir realizar a sua tarefa específica<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Os sistemas, sendo autopoieticos, produzem a diferença entre sistema e ambiente “unicamente pelo fato de operarem e encadearem uma operação à outra. Eles orientam suas próprias operações, à medida que as identificam como próprias, de acordo com esta diferença, e as diferenciam daquilo que consideram seu ambiente”. Dessa maneira, como todas as operações são exclusivamente internas (o sistema não pode operar no ambiente), e como a autorreferência só pode ocorrer num ambiente e com relação a ele, tem-se que “operações autorreferenciais e diferenças entre sistemas e ambiente pressupõem umas às outras reciprocamente”, de modo que todas as informações processadas pelo sistema sejam provenientes de séries de seleções produzidas internamente, não obstante (e aqui se coloca nitidamente a questão da abertura cognitiva) tais informações poderem ser construídas (insista-se, pelo e no próprio sistema) a partir da observação externa (noema) de seu ambiente, o que em geral conta com mecanismos específicos de acoplamento estrutural (*strukturelle Kopplung*) que visam a intensificar a sensibilização do sistema a seu ambiente (outros sistemas), influenciando o *structural drift* do sistema (LUHMANN, 1997, p. 42 e 54). Para a noção de constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, v. LUHMANN, 2004, p. 404, e LUHMANN, 1996. Entre nós, v. CAMPILONGO, 2011, p. 84-87.

<sup>5</sup> Respectivamente, artigos 196 e 5º, caput, da Constituição Federal de 1988.

<sup>6</sup> Para jogar com uma metáfora, se imaginarmos cada sistema como uma linha de produção, ocorre ao sistema jurídico espiar a “linha de produção vizinha”, enxergar o que ali se produziu, para então tentar processar, em sua própria linha de produção (ou seja, com os recursos que têm à disposição em sua linha), aquele produto, que será insumo para tudo aquilo que sua linha vier a produzir.

<sup>7</sup> Pessoas mencionadas no artigo 197, caput, da Constituição Federal de 1988.

<sup>8</sup> Sua “produção final”, para brincar com a metáfora.

A função específica do sistema jurídico não é, por óbvio, a produção de conceitos de Estado, mas sim a generalização congruente das expectativas normativas presentes na sociedade<sup>9</sup>. Isso ocorre, por exemplo, quando uma autoridade do Sistema Único de Saúde ou pessoa jurídica integrante do sistema de saúde complementar é constrangida a custear um tratamento médico, ou quando um processo licitatório é anulado por violação à impessoalidade, ensejadora de desigualdade entre os competidores. No entanto, como esses exemplos evidenciam, para realizar sua função, é necessário ao sistema jurídico, expressa ou tacitamente, mobilizar instrumentalmente um “insumo”, produzido por ele em tematização externa do sistema político, que é o “Estado” (*juridical concept of the state*) (LUHMANN, 2004, p. 368, 370 e 379).

Por outro lado, enquanto construto político, o Estado é um artefato semântico que se refere especificamente ao problema da *distribuição do poder*. Por isso, como já referi, ele é uma organização das organizações do sistema político, ou “organização global do sistema político”, na medida em que tal sistema seja precisamente diferenciado por sua função específica de produzir decisões socialmente vinculantes. Em outras palavras, é o sistema social ocupado com o problema do exercício social do poder.<sup>10</sup>

Com isso não se diz que o “Estado” tenha uma pretensão totalizante sobre o exercício do poder<sup>11</sup>, e sim que ele é construto modalizador do exercício do poder: nele, são representadas as formas de exercício do poder reputadas socialmente vinculantes em determinadas condições

---

<sup>9</sup> De acordo com LUHMANN, a função do sistema jurídico é a de estabilizar, de modo congruente, por meio do código lícito/ilícito, expectativas sociais presentes na sociedade, construídas por ele na forma de comunicação jurídica (normas jurídicas, atos jurídicos, processos jurídicos e doutrina jurídica), fazendo-as convergir (estabilizando-as) na decisão judicial (sendo os tribunais, pois, o centro do sistema jurídico). Vide, a esse respeito, LUHMANN, 2004, p. 214-220; e LUHMANN, 2010, p. 93.

<sup>10</sup> LUHMANN define o sistema político como sistema ocupado com a resolução de problemas sociais por meio de decisões vinculantes (pautas-programa). Esses problemas são definidos como aqueles que não possam ser resolvidos “por si próprios”, ou seja, são aqueles que impescindem da institucionalização de sua conflitualidade em espaços abertos de enfrentamento, que permitam a condensação da opinião pública em pautas coletivamente vinculantes. Vide LUHMANN, Niklas. 2004, p. 303; LUHMANN, 1983, p. 350-352; LUHMANN, 2014, p. 38; e LUHMANN, 2007, p. 16-21. É por essa razão que o Estado se identifica à organização global do sistema político, na medida em que a sua ascensão, na teoria política moderna, como corpo político organizado modalizador do exercício do poder político, tenha possibilitado a regulação racional da liberdade sob a forma de programas de decisão (LUHMANN, 2010, p. 161). Para fazer frente à sua função, o sistema político irá se diferenciar estruturalmente em dois subsistemas, ambos contidos no subsistema global “Estado”: a política partidária (trampolim que permite a introdução de todos os possíveis problemas sociais, absorvendo a contingência dos programas transmutáveis em decisões coletivamente vinculantes) e administração pública (que reduz o problema político-decisório à realização de uma ordem programática previamente disponível). Vide, para esse ponto, LUHMANN, 2007, p. 20, e LUHMANN, 2014, p. 117. Vide também, a esse respeito, a interpretação, oferecida por Rafaella DE GIORGI, do modelo luhmanniano de sistema político em seu “*A administração pública na sociedade complexa*” (2011).

<sup>11</sup> Como se a noção de soberania predicasse, em algum momento de sua evolução, que a ordenação estatal fosse a única forma de regulação social existente faticamente ou juridicamente válida. Para a infirmação dessa hipótese, com a demonstração de que o conceito de Estado esteve, desde sua origem, ligado ao problema da convergência de ordenamentos plurais, vide SKINNER, 2009, p. 325-370.

históricas. Como esse problema é descrito, na modernidade, na chave do conceito organizacional “Estado”, faz sentido que alguém fale, por exemplo, em “Estado de bem-estar social” ou em “exclusões sociais perpetradas pelo Estado”. No primeiro caso, quem fala tem em mente que os arranjos de poder em determinada sociedade privilegiam decisões vinculantes motivadas pelo propósito de se produzir um estado de coisas identificado ao “bem estar social”. No segundo, quem fala afirma que certas manifestações sociais são excluídas dos arranjos políticos que determinada sociedade reputa como sendo vinculantes. É dessa maneira que o sistema jurídico irá compreender parte da comunicação política como vinculante de suas próprias decisões (jurídicas), na exata medida em que tal comunicação puder ser identificada ao “Estado”, a “decisões estatais” (*state-issued decisions*), como as leis, a constituição e os processos legislativos e judiciais (LUHMANN, 2004, p. 411).

#### **2.4 Síntese: as três funções do “Estado” enquanto artefato semântico do sistema jurídico**

Os três aspectos do construto “Estado” – símbolo comunicativo do sistema jurídico, meio de conexão entre política e direito, e modalizador constitucional do exercício do poder político – fazem do “Estado” um recurso metodológico original e estratégico quando se busca compreender como o poder político é entendido pelo sistema jurídico em determinadas condições de tempo e lugar, e como esse entendimento influencia os construtos que dele dependem. Essa perspectiva permite situar o artefato semântico “Estado” como *medium* conceitual capaz de interligar a perspectiva interna do sistema jurídico ao exercício do poder político na sociedade, e com isso dotar o direito de um papel constitutivo dos padrões de ação e decisão da política<sup>12</sup>.

### **3 POTENCIAIS METODOLÓGICOS DA NOÇÃO DE “SEMÂNTICA JURÍDICA DO ESTADO”**

A teoria dos sistemas deve ser vista como uma abordagem teórica construtivista extremamente ampla, que parte de uma diferença específica que se supõe universalmente replicável, que é a diferença entre ambiente e sistema.<sup>13</sup> Ainda que a teoria dos sistemas, como

---

<sup>12</sup> Daí se justifica a importância do Estado como um meio, um “parêntese artificial”, um “esquema”, que permite observar como unidade duas perspectivas reversas: o constrangimento jurídico do poder político e configuração política da ordem jurídica. Trata-se de uma perspectiva socialmente adequada diante da complexidade social que marca a modernidade, pois está baseada na diferença funcional entre política e direito. Tanto é assim que, naquilo que LUHMANN chama de “relação parasitária” entre política e direito (pois um utiliza a comunicação do outro para produzir seus próprios construtos), ambos se diferenciam não pelo objeto que tematizam, mas pelo papel que assumem quando o fazem, ou seja, pela função específica que mobilizam ao construir objetos comuns (“*same ground*”), tais como “atuação administrativa” e seu suposto conceitual, “Estado” (LUHMANN, 2004, p. 368 e 371).

<sup>13</sup> Na medida em que a indicação dessa diferença recaia na reafirmação dos dois lados por ela demarcados, tem-se uma fundamentação circular e paradoxal, que supera o bloqueio representado pelas perspectivas axiológicas, ao



formulada por LUHMANN, preste-se, enquanto instrumento heurístico, a uma infinidade de propósitos de investigação – como o presente – ela não tem a pretensão de desenvolver, em minúcias, as infinitas agendas de pesquisa que uma teoria nesse grau de abstração deixa em aberto. Feita a advertência, é preciso sublinhar, aqui, os potenciais que inscritos na teoria dos sistemas que a justificam como ferramental metodológico privilegiado à compreensão do Estado no interior do sistema jurídico.

Em primeiro lugar, há o potencial implicado à própria noção de *semântica jurídica*. Essa noção é mobilizada por LUHMANN como a peça de seu projeto teórico responsável por explicar como se dá o engate entre comunicações em um mesmo sistema social.<sup>14</sup> A semântica jurídica identifica um conjunto comunicativo dinâmico em permanente “coevolução” com as estruturas sociais (elas mesmas meras cristalizações mutáveis da semântica). Trata-se de um aparato metodológico capaz de tratar da diacronia (“metamorfose conceitual”, cf. CLAM, 1999, p. 365), resolvendo o dilema de uma sociedade que descreve a si mesma, porém em um contexto marcado pela diferenciação funcional. Por isso, a incorporação da noção de “semântica” resolve, na teoria jurídica do Estado, a difícil equação entre historicidade (dinâmica semântica/estrutura social) e diferença funcional (dada a parcialidade da autodescrição da comunicação social, sempre relativa a um sistema específico).

---

assumir a dependência de inúmeras possibilidades de observação (relatividade radical dos marcos de observação). A origem dessa circularidade está no “paradoxo da dupla contingência”: ao se indicar alguma coisa, está implica a diferenciação desse “algo” com tudo aquilo que ele não é (o ambiente desse “algo”). Indicar assume, assim, a forma de apontar uma diferença (*sistema/ambiente*), que, entretanto, não irá se neutralizar, mas sim replicar-se. Isso significa que não apenas a indicação da forma só é possível por meio de sua diferenciação com “o outro lado da forma”, mas também que essa diferença só existirá enquanto existir aquela indicação. Trata-se do “paradoxo da dupla contingência”. Para esse ponto, que remete à lógica matemática de G. SPENCER-BROWN, v. LUHMANN, 1997, p. 50-52, e LUHMANN, 2009, aula III.

<sup>14</sup> LUHMANN afirma, com base em KOSELLECK, que a modernidade é marcada pela ruptura entre espaço de experiência e horizonte de expectativa, que, antes, fechavam o espaço no qual se dava a vida social. Isso coloca o problema da indeterminidade do presente, bem como o da disponibilidade sobre ele, dada a incerteza sobre o futuro. De acordo com LUHMANN, a emergência dessa diferença entre o passado e o futuro favoreceu, por exemplo, a positivação do Direito, vista como institucionalização de suas possibilidades de mudança (LUHMANN, 1985, p. 9), assim como o prestígio, na teoria política, das correntes do liberalismo e do socialismo, que, malgrado suas diferenças elementares com respeito a seus projetos de sociedade, pressupõe, ambos, a intervenção da sociedade sobre si própria a partir de plataformas de ação definidas (LUHMANN, 2014, p. 79). Contudo, a grande consequência da perda, pela História, de sua idoneidade como fundamento regulador da sociedade (“*historia magistra vitae*”), foi *jogar definitivamente o problema da temporalidade para a autodescrição das sociedades*. Como a autodescrição das sociedades é empreendimento impassível de ser realizado de fora (de um “ponto arquimediano”) ou de maneira unívoca (pois todo sistema existirá apenas em relação a um ambiente e vice-versa), o tempo será tematizado de modo diverso conforme as diferenças funcionais específicas da semântica de cada sistema. Afirma LUHMANN que: “*Precisamente porque la historia esta perdida y el futuro es incierto, la sociedad se ve exhortada a efectuar una autovaloracion con respecto a su pasado o a su futuro. (...) Si este es el esquema-forma con el cual se produce y reproduce lo que sabemos, entonces el tiempo esta incorporado, no solo tematicamente sino—mas en lo profundo— tambien operativamente, en la autodescripcion de la sociedad y de su mundo.*” (LUHMANN, 2006, p. 802 e 804-805).



Em segundo lugar, a noção de “semântica jurídica” abre a possibilidade se lidar com o problema do Estado e em uma perspectiva de *paridade*<sup>15</sup> entre o sistema político e o sistema jurídico. Na medida em que a teoria dos sistemas propõe a hetero-hierarquia entre sistemas sociais, nem o sistema político adquire proeminência absoluta sobre o sistema jurídico, o que culminaria em uma “formação assimétrica” do direito do Estado, apta a subordinar a construção das categorias do sistema jurídico à “posição especial” supostamente encontrada na *majestas* política do Estado<sup>16</sup>, nem o sistema jurídico adquire uma posição indiferente ao sistema político, como se a ele fosse possível desempenhar sua função de “sistema imunológico da sociedade” (LUHMANN, 2004, p. 171) sem recorrer ao Estado enquanto símbolo comunicativo quer de seu objeto (disciplina jurídica do Estado), quer da força de suas próprias decisões (Estado enquanto garantia da sanção jurídica). A ideia de uma “semântica jurídica do Estado” rejeita, assim, a noção de Estado como força unitária superior, estática e hierárquica, capaz de corporificar certa “ontologia valorativa”, propondo, em lugar disso, a perspectiva de que o Estado é tão-somente um construto derivado de construções cognitivas do sistema político e do sistema jurídico (CLAM, 1999, p. 369; FRANKENBERG, 2018, p. 69).

Em terceiro lugar, a “semântica jurídica do Estado” traz o potencial de encarar o Brasil, ou seja, o desenvolvimento do Estado que tem lugar na sociedade brasileira, sob uma perspectiva sincrônica com relação àquele que se passou, de modo geral, no ocidente moderno.<sup>17</sup> Sincronia não significa similitude. Entender a inter-relação entre as formulações teóricas ocorridas, por exemplo, na França e no Brasil, não significa assumir o pressuposto enganoso de que o desenvolvimento teórico francês é similar ao brasileiro, que ambas as trajetórias são similares. É afirmar, isto sim, que ambos os movimentos, especialmente na chave de longa duração mobilizada por esta proposta teórica (semântica jurídica do Estado), podem ser vistos como influenciados por mesmos fluxos de ideias que atuam no tempo, vale dizer, por variantes de mesmas tradições de pensamento no plano de uma história intelectual ocidental. Essa possibilidade é aberta na medida em que, para a teoria dos sistemas de matriz luhmanniana, a segmentação funcional, baseada na diferenciação de sistemas pelo critério da especialização funcional, supera, na modernidade,

---

<sup>15</sup> A *hetero-hierarquia* entre os sistemas decorre da circunstância de que tudo aquilo que “é” só poder ser assim afirmado a partir de uma redução de complexidade que pressupõe a *autopoiesis* sistêmica (LUHMANN, 1986, p. 9). Isso implica a ideia de que tudo que “é” o é *para* um sistema específico (LUHMANN, 1997, p. 56). Em função disso, são admitidos “pontos-cegos”, dos quais parte cada uma das observações sistêmicas, o que reivindica a abertura cognitiva entre os sistemas.

<sup>16</sup> Perspectiva que SCHMIDT-ARMANN denomina “*política jurídica sob a veste de formação assimétrica do sistema [dogmático jurídico-administrativo]*” (SCHMIDT-ARMANN, 2016, p. 192-193).

<sup>17</sup> Para uma abordagem detalhada da pertinência metodológica de uma abordagem sincrônica da história do direito brasileiro, v. LOPES, 2014, p. 17-22.

segmentações baseadas em outros critérios, como o espacial/territorial<sup>18</sup>. Assim, a comunicação social funcionalmente diferenciada supera os marcos territoriais de sua constrição, franqueando a possibilidade, no mundo ocidental, de investigação sobre uma sociedade mundial (funcional, e não territorialmente diferenciada), capaz de compreender o direito brasileiro.<sup>19</sup>

#### 4 CONCLUSÃO

A habilitação do referencial teórico aqui proposto – Estado como parte da semântica que orienta a comunicação produzida em torno da constituição jurídica do poder – permite enfatizar aspectos do estudo sobre o Estado que não têm recebido a devida atenção por parte da teoria jurídica brasileira. Uma dificuldade bastante significativa tem sido a adequação social entre o que se produz a título de “teoria geral do Estado” e a configuração jurídica contemporânea das relações políticas no Brasil. Outra defasagem diz respeito à sentida falta de diálogo entre teoria jurídica, ciências sociais e filosofia política no tratamento do Estado, o que produz ou a visão de que o direito do Estado pode ser ensimesmado como objeto exclusivo da dogmática jurídica, ou a ideia de que o direito do Estado é mero instrumento à disposição de uma ou de outra vontade política. Há ainda uma terceira aporia, consistente no isolamento da teoria brasileira do Estado em relação ao que se produz, em outros contextos jurídicos ocidentais, no campo do direito do Estado, o que se dá, de modo geral, pela supervalorização de elementos que seriam exclusivos e determinantes no desenvolvimento da sociedade brasileira.

Como procurei demonstrar, o referencial metodológico provido pela noção de “semântica jurídica do Estado” responde criticamente a essas três tendências de defasagem da teoria jurídica do Estado no Brasil. Na primeira vertente (inadequação social), a incorporação de uma “semântica do Estado” permite que se observe a coevolução entre a semântica social sobre o Estado e estrutura institucional do Estado, evitando a confusão ou a sobreposição de uma à outra. Na segunda vertente (falta de diálogo direito/política), a noção de “semântica do Estado” possibilita a investigação do Estado em uma perspectiva de paridade entre os sistemas político e jurídico, o que impede reducionismos inadequados como o de que o Estado é mero instrumento da política ou simples artefato da dogmática jurídica. Na terceira vertente (déficit de inserção na agenda de

---

<sup>18</sup> É por isso que LUHMANN faz um diagnóstico razoavelmente pioneiro, ainda no início da década de 1970, da potencialidade de a diferenciação funcional articular, comunicativamente, uma “sociedade mundial” (*Weltgesellschaft*) (LUHMANN, 1971).

<sup>19</sup> Assim, partindo do espectro da teoria dos sistemas, esta pesquisa se propõe a investigar um problema jurídico amplamente difundido na sociedade mundial, tendo, contudo, como horizonte de aplicabilidade imediata de suas conclusões a experiência brasileira, na esteira do que foi feito em trabalhos pioneiros como os de CAMPILONGO (2002), NEVES (2006), e VILLAS BÔAS FILHO (2009).

pesquisa internacional), a “semântica do Estado”, enquanto tematização da sociedade mundial, oferece uma possibilidade de estudo do Brasil sob uma perspectiva sincrônica (mas não “similar”) em relação ao que se passa na modernidade jurídica ocidental, evitando desvios deterministas.

A ideia de semântica jurídica do Estado, em uma palavra, proporciona, portanto, uma lente socialmente adequada à incorporação, na própria estrutura interna do sistema jurídico, de perspectivas sobre o poder. Ela tem o potencial de tornar claro, e metodologicamente acessível, o modo pelo qual o sistema jurídico tematiza, global e esquematicamente, o poder político, e como essa tematização é decisiva para a organização da própria comunicação jurídica. Ao permitir que se observe o desenho do poder no direito, a semântica jurídica do Estado possibilita tanto a investigação (e a crítica) dos *traços centrais* desse desenho, como a regressão à *cartografia jurídica*, aos modos como esse desenho tem funcionado como mapa da própria parcela da comunicação jurídica ocupada com a constituição do poder político. Trata-se de um recurso metodológico que pode reabilitar a teoria jurídica do Estado como expediente crítico de reflexão crítica sobre a distribuição do poder e sobre a transformação social do direito. Afinal, não há razão para seguir como mapa um desenho que não se pode conhecer, questionar e, acima de tudo, modificar.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, C. **A forma da república: da constituição mista ao Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

BEAUD, O. The State. **Sorbonne-Assas Law Review**, v. 1, 2011.

BETTINI, R. **Sociologia del Diritto Amministrativo**. Milão: Franco Angeli, 2008.

BRANS, M; ROSSBACH, S. *The autopoiesis of administrative systems: Niklas Luhmann on public administration and public policy*. **Public Administration**, v. 75. Oxford/Malden: Blackwell, 1997.

BRAUD, P. **Sociologie politique**. Paris: LGDJ, 2014.

CAMPILONGO, C. F. **O Direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAMPILONGO, C. F. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASSESE, S. Lo Stato come problema storico. **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, n. 4. Roma: IRPA, 2013.

CLAM, J. Pièges du sens, dynamique des structures: le projet d’une semantique historique chez Niklas Luhmann. **Archives de Philosophie du Droit**, t. 43 (Supplément Luhmann). Paris: Association Française de Philosophie du Droit, 1999.

DE GIORGI, R. A administração pública na sociedade complexa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 256. Rio de Janeiro, 2011.

FELDMAN, David. The distinctiveness of Public Law. In: FELDMAN, David; ELLIOT, Mark (eds.). **The Cambridge companion to Public Law**. Cambridge: Cambridge University, 2015.

GIANI, L. **Attività amministrativa e regolazione di sistema**. Turim: Giappichelli, 2002.

GRIMM, D. **Constitutionalism: past, present and future**. Oxford: OUP, 2016.

LOPES, J. R. L. **Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014.

KOSELLECK, R. Crisis. **Journal of the History of Ideas**, v. 67, nº 2. Filadélfia: Pennsylvania University, 2006.

KOSELLECK, R. **Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Rio de Janeiro: PUC/Contraponto, 2006.

LOUGHLIN, M. **Foundations of Public Law**. Oxford: OUP, 2010.

LOUGHLIN, M. **Political jurisprudence**. Oxford: Oxford University 2017.

LOUGHLIN, M. The nature of Public Law. WALKER, N.; MICHELON, C.; MACAMHLAIGH, C. **After Public Law**. Oxford: OUP, 2013.

LUHMANN, N. Closure and openness on reality in the world of law. **EUI paper**, n. 86/234. San Domenico: EUI, 1986.

LUHMANN, N. **Essays on self-reference**. New York: Columbia University Press, 1990.

LUHMANN, N. Il Welfare State come problema politico e teorico. FANO, E.; RODOTÀ, S.; MARRAMAO, G. (org.). **Trasformazioni e crisi del Welfare State**. Bari: De Donato/Regione Piemonte, 1983.

LUHMANN, N. **La sociedad de la sociedad**. México DF: Herder, Universidad Iberoamericana, 2006.

LUHMANN, N. La costituzione come acquisizione evolutiva. ZAGREBELSKY, G.; PORTINARO, P. P.; LUTHER, J. (orgs.). **Il futuro della costituzione**. Turim: Einaudi, 1996.

LUHMANN, N. **Law as a social system**. Oxford: OUP, 2004.

LUHMANN, N. **Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política**. México, DF: Universidad Iberoamericana, 2010.

LUHMANN, N. Metamorfosi dello Stato. CEVOLINI, A. (org.). **Potere e modernità**. Milão: Franco Angeli, 2007.

LUHMANN, N. Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas; O conceito de sociedade; Por que uma “teoria dos sistemas”?; Sobre os fundamentos teórico-sistêmicos da teoria da sociedade.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (orgs.). **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1997.

LUHMANN, N. **Sociologia política**. Madri: Trotta, 2014.

MAGALHÃES, J. N. **Formação do conceito de soberania: história de um paradoxo**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENEZES DE ALMEIDA, F. D. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RIVERO, J. Existe-t-il un critère du Droit Administratif? **Revue du Droit Public et de la Science Politique em France et à l'Étranger**, v. 59. Paris: LGDJ, 1953.

SCHMIDT-AßMANN, E. **Dogmática jurídico-administrativa: um balanço intermédio sobre a evolução, a reforma e as funções futuras**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SKINNER, Q. The sovereign state: a genealogy. SKINNER, Q.; KALMO, H. (eds.). **Sovereignty in fragments: the past, present and future of a contested concept**. Cambridge: CUP, 2010.

SOMEK, A. Administration without sovereignty. DOBNER, P.; LOUGHLIN, M. (eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: OUP, 2010.

SUNSTEIN, C. O Constitucionalismo após o New Deal. MATTOS, Paulo (org.). **Regulação econômica e democracia: o debate norteamericano**. São Paulo: 34, 2004.

TEUBNER, G. **Diritto come sistema autopoietico**. Milão: Giuffrè, 1996.

TEUBNER, G. **How the law thinks: towards a constructivist epistemology of law**. Florença: European University Institute, 1989.

VILLAS BÔAS FILHO, O. **Teoria dos sistemas e direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

# COMUNICOLOGIA DO DIREITO: A ESPETACULARIZAÇÃO MIDIÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO COMO FERRAMENTA DE MANIPULAÇÃO DA EFICÁCIA SOCIAL NORMATIVA

Monise de Galiza Estraher Marques  
(FADISP)  
emonise@hotmail.com

**RESUMO:** Este presente trabalho busca uma introdução crítica à comunicologia do direito em uma tentativa de desvendar, em um primeiro momento, o fluxo comunicacional que conduz o ordenamento jurídico brasileiro, levando em consideração um cenário jurídico atual composto pelo ativismo judicial, exposição midiática do Poder Judiciário e a hipótese de influência dos meios de comunicação de massa no processo decisional, a mudança comportamental dos magistrados diante dos holofotes midiáticos ou sob pressão de um clamor social motivado pela mídia e eficácia social normativa. Sob a égide do Estado Democrático de Direito, há uma complexidade comunicacional a ser pensada no processo de construção normativa, levando-se em conta a interpretação da lei, a linguagem que constitui os discursos jurídicos e que, supostamente, conduz o mundo do caos à ordem.

**Palavras-chave:** Meios de comunicação. Opinião pública. Decisão judicial. Ativismo judicial. Eficácia normativa.

## 1 INTRODUÇÃO

A pretensão de se pensar uma Comunicologia do Direito consiste em fazer um estudo da comunicação do sistema jurídico, desencadeando reflexões acerca do poder de influência dos meios de comunicação<sup>1</sup> de massa, que produzem subjetividade, construindo verdades sustentadas pela aparência espetacular de signos, imagens, ideologias e possibilitando a eficácia social normativa em um ambiente de alucinação coletiva que concorre para a sustentação desse sistema.

Em uma sociedade de classes em que há a disputa pelo domínio de uma camada social sobre as outras, não raras as vezes, tendo em vista a história do Brasil e o cenário político atual, há o desvirtuamento da Função do Estado Democrático de Direito em favor dos interesses do poder dominante, pela manutenção de seu *status*. Com a subversão de valores e princípios democráticos, constata-se a hipótese da democracia como uma outorga meramente ilustrativa, que legitima o exercício do poder.

Parte-se da hipótese da possibilidade de utilização dos meios de comunicação de massa pelo Poder Judiciário como um aparato de manipulação da opinião pública para legitimar ou buscar uma aceitação social de uma atuação excessiva. A Suprema Corte Brasileira, ainda que estatutariamente não traga tal permissão ou previsibilidade, vem possibilitando que seus

---

<sup>1</sup> Compreende-se os meios de comunicação, na definição de Luhmann, como “todas as instituições da sociedade que se servem de meios técnicos de reprodução para difusão da comunicação. Consideram-se aqui, principalmente, livros, revistas, jornais produzidos de forma impressa, e também processos de reprodução fotográfica ou eletrônica de qualquer tipo, na medida em que fabriquem produtos em grande quantidade a um público indeterminado. Também a difusão de comunicação pelo rádio faz parte desse conceito [...] constituem as operações comunicativas que permitem a diferenciação autoconfinada e o fechamento operacional do sistema”.

juízes sistematicamente se utilizem de um acórdão para expor opiniões pessoais e deliberarem sobre questões pertinentes ao Legislativo.

Sendo assim, busca-se maior compreensão sobre como se dá o fluxo de comunicação que sustenta o sistema jurídico e as possíveis consequências da mediação do Poder Judiciário, com o objetivo meramente descritivo.

## **2 A SOCIEDADE DO ESPETÁCULO E O ATIVISMO JUDICIAL: TRANSMUTAÇÃO DE VALORES LEGITIMADA PELA COMUNICAÇÃO DE MASSA**

“O que que a imprensa faz? A imprensa pega aquele texto e começa a trabalhar em torno dele para o grande público. E o juiz que é ator de televisão, faz a mesma coisa. Em vez de aplicar e considerar o texto no quadro da Constituição e das leis ele faz isso no quadro da televisão. Então ele não é mais juiz. Ele é ator de televisão” (Eros Grau em entrevista 31/07/2018)

É nesse cenário que se pretende observar a espetacularização do Poder Judiciário e as possíveis consequências para a construção normativa. Os meios de comunicação de massa são dispositivos que produzem subjetividade, construindo verdades que são percebidas e sustentadas por meio de signos, imagens e ideologias, possibilitando a eficácia social de normas diante da projeção midiática da atuação do Judiciário.

Na tentativa de uma observância fidedigna, recorreu-se nesse trabalho à pesquisa empírica, que vislumbra testemunhos dos magistrados (transcrições em seus termos originais sem quaisquer correções).

### **2.1 Os meios de comunicação e o exercício da democracia**

Neste trabalho de pesquisa opta-se pela utilização de diferentes técnicas de pesquisa para se obter um diagnóstico mais próximo quanto possível acerca do impacto dos fluxos comunicacionais midiáticos na transição normativa do ordenamento jurídico brasileiro em um contexto de multiverso de meios discursivos.

O entrevistado 1<sup>2</sup> respondeu sobre ter sido justo durante sua trajetória como julgador:

“Sim. Seguramente cometi algumas injustiças, eu acho que isso é da essência humana, né? Eu tenho certeza absoluta de que todos os casos em que eu atuei, fiz aquilo que eu achava justo. Eventualmente posso ter errado, seguramente errei em muitos casos, não é? Então, esta é a razão porque as pessoas criticam os diversos graus, diversas instâncias ou instâncias, né? Eu acho que elas são necessárias porque a gente às vezes ainda que imaginando que está sendo justo pode cometer equívocos e estão aí os tribunais para eventualmente corrigir esses equívocos que a gente possa cometer.

---

<sup>2</sup> Para melhor ilustrar, utilizar-se-á daqui para frente a abreviação “E.” para entrevistado. Por exemplo: Entrevistado 1= E.1

[...] Eu me considero justo, mas admito que possa ter errado em muitas ocasiões [...]Do juiz se espera neutralidade. Por isso que a lei impede que o juiz comente decisões que ele profira. Mas tá cheio de juizes aí na mídia fazendo isso. E quando o juiz toma decisões que interessa à mídia, ela endeusa o juiz. Isso nos temos visto recentemente. O juiz não pode ser um personagem de mídia. Ele não tem que aparecer a todo momento diante dos holofotes dizendo porque fez isso, porque fez aquilo. O juiz não deve, não pode fazer isso. Então o juiz midiático eu diria que não é um verdadeiro juiz, um verdadeiro magistrado... Do juiz se espera neutralidade e discricção. Então a mídia exerce influencia em muitos casos sim. Especialmente fora da justiça do trabalho”.

Já o entrevistado 2<sup>3</sup> respondeu:

“Não, não. Acho que eu não posso ter opinião a respeito disso. Eu posso dizer que eu me considero um aplicador e servidor da lei. Não é? Ser justo ou não ser justo é algo que tem a ver com jus, não com a lei, com a justiça. Só quem vai me dizer talvez é alguém lá em cima. O dia que eu partir lá pra cima.”

Neste ponto, intenciona-se uma reflexão acerca da importância da comunicação de massa como aparato de uma classe econômica dominante, para a transmutação dos valores democráticos legitimada pelo próprio ordenamento jurídico.

Esse poder de comunicação funcionaria como uma espécie de dispositivo discursivo, conforme explica Foucault (1996, pág. 244):

“Um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas. Em suma, o dito e o não dito são os elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que se pode estabelecer entre estes elementos... [e entre estes] existe um tipo de jogo, ou seja, mudanças de posição, modificações de funções, que também podem ser muito diferentes, [...] e tem como função principal responder a uma urgência. O dispositivo tem, portanto, uma função estratégica dominante”.

Na esfera do dispositivo midiático, o poder dominante se apropria de parte da existência do indivíduo produzindo seu conteúdo, marcos sociais e conseqüentemente subjetividade. Dessa forma, há uma aceitação da massa ou não das verdades construídas.

## 2.2 TV Justiça

A TV Justiça, administrada pela Secretaria de Comunicação Social do Supremo Tribunal Federal, iniciou as atividades em 2002 com a lei 10.461/2002 sancionada pelo Ministro Marco Aurélio.

Segundo a pesquisa (HARTMANN, 2017, pág. 38) realizada pela FGV-RJ, cujo objetivo foi investigar a influência do televisionamento das sessões sobre o comportamento dos magistrados em aspectos tais como: tamanho dos votos proferidos, tamanho dos debates e produtividade.

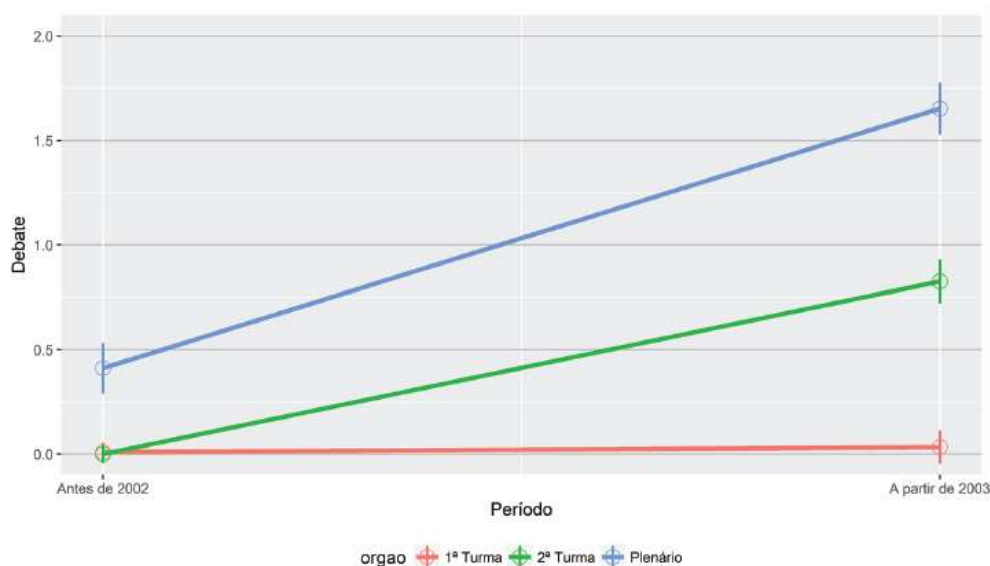
---

<sup>3</sup> Prof. Eros Grau



Em um primeiro momento, foi testada a diferença das médias da soma dos votos entre os processos proferidos pelo plenário do STF antes e depois da TV justiça.

**Gráfico 1:** Hartmann, 2017, Pág. 48



O gráfico aponta claramente a mudança comportamental do STF com a implantação da TV Justiça. É possível constatar que exista um efeito indireto do televisionamento sobre a extensão dos votos.

Para o E.3<sup>4</sup>, quando questionado sobre a TV justiça e a influência na prática judicante do STF, respondeu:

“[...] eu sempre fui contrário a essa exposição. Enquanto estive na ativa prestando um serviço ativo no STF não tinha isso. Eu saí em 2006, ano que foi implantada essa exposição. Isso é uma demagogia! [...] Na Suprema Corte Norte-americana não há fotografia [...] E essa exposição está levando... Outro dia eu estava no Rio de Janeiro, fazendo uma compra na padaria, ali na Barra da Tijuca, havia uma televisão exposta, começou ali, por acaso, estava justamente na TV Justiça. Então eu vi um sujeito “Ah, isso ai eu não gostei desse negócio, isso tá errado, não é assim” e o meu colega virou e me disse: “hoje as decisões do Supremo são discutidas assim”... não ganha nada a decisão, um voto de um juiz do Supremo estar sendo discutido num botequim. A legitimidade do Poder Judiciário está justamente nos fundamentos das decisões bem elaboradas. A questão da fundamentação precisa, bem elaborada, jurídica. Esta é a legitimidade da decisão, não é? O judiciário está se expondo sem necessidade. Então cai nisto que estamos vivendo hoje”.

O Entrevistado em seu testemunho destaca o fato do trabalho do Supremo Tribunal Federal estar sendo debatido, atualmente, “em mesa de botequim”, o que pode colocar em risco a credibilidade do Poder Judiciário. A exposição dos julgadores é um ponto negativo muito suscitado, pois há o risco de serem hostilizados em locais públicos pelas pessoas (leigas) que não concordam com seus votos e serem influenciados por um eventual clamor social, colocando em

<sup>4</sup> Entrevistado nº 03 é ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal.

risco a livre convicção judicial. O juiz muitas vezes exerce uma função contramajoritária e a exposição midiática pode mitigar seu exercício pleno da função. Além disso, há uma pressão para que os magistrados mudem o estilo da linguagem ficando acessível a qualquer cidadão, o que também seria mais um ponto que alteraria a essência da função judicante no que tange ao uso do vocabulário escorreito e técnico que legitima a fundamentação jurídica.

### **3 A DECISÃO JUDICIAL E OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO : DA FORMAÇÃO TÉCNICA DO *DECISUM* E OS FLUXOS COMUNICACIONAIS**

A comunicação faz fluir, é garantidora da autoreprodução do sistema jurídico, fio condutor das garantias fundamentais. Decisão judicial deve ser técnica, realizada dentro do quadro da lei, sob o prisma constitucional, respeitando os elementos essenciais da sentença (art. 489, inciso I, §1º, CPC) e o formalismo que é imprescindível para a instrumentalidade e efetivação da justiça.

Diante do exposto, há de se perceber a possibilidade de ocorrer julgamentos no sistema jurídico, utilizando-se, em uma concepção Lumanniana, do binômio político, na constatação de uma corrupção sistêmica.

O Desembargador Wilson Fernandes<sup>5</sup> quando questionado se é possível um clamor social influenciar no julgamento:

“Diante de um clamor social, isso pode interferir na formação da convicção para fazer a fundamentação inclusive, na sentença judicial. É nesse sentido que eu penso se de alguma forma isso não poderia ofender o princípio da ampla defesa, do contraditório ou até mesmo deixar de valorar provas por conta de uma pressão midiática.

É, se o juiz se sentir pressionado numa situação como essa, ele pode cometer esse equívoco, ou essa injustiça até. Eu acho que o verdadeiro juiz não se sente pressionado por isso. Ele toma às vezes um cuidado maior pra que as pessoas entendam melhor as razões porque a solução foi num sentido ou no outro, mas um verdadeiro juiz não pode se sentir pressionado.

Eu entendo que sim. Acho que sim, acho que sim. E um caso concreto, eu acho que é recente. Algumas decisões da operação lava-jato me parece que foram de certa maneira, pautadas por pressão da mídia, até colocação de processo em pauta. Às vezes você tem uma série de processos pra serem colocados em pauta, mas a mídia pressiona tanto, que eventualmente aquele tribunal antecipa aquele julgamento, quando na verdade, eu acho que não importa se o processo tem clamor popular ou não, ele não pode pautar a decisão do judiciário”.

Diante da notável judicialização da política, a influência midiática e os testemunhos de juízes que tiveram a experiência de julgar casos de repercussão midiática vislumbra-se um mapeamento do fluxo comunicacional para viabilização da hipótese da construção do ordenamento jurídico que estabelece as regras em detrimento de uma classe trabalhadora abstraída e condicionada aos mandos das informações projetadas, articuladas com técnicas de

---

<sup>5</sup> Entrevista realizada em 23/03/2018

diminuição da dissonância cognitiva para que sejam convencidos de suas opiniões e escolhas. É o retrato fiel do “homem de rebanho”. É a fotografia do mundo e suas entranhas comunicacionais.

#### **4 A ESPETACULARIZAÇÃO DA SENTENÇA E O IMPACTO MIDIÁTICO: ESTUDO DE CASO DO HABEAS CORPUS 124.306/RJ**

Fez-se polêmico o julgado do Habeas Corpus 124.306/RJ pela 1ª Turma do STF em 29.11.2016, cujo objeto era a legalidade do decreto de prisões preventivas dos agentes que mantinham clínica de aborto e foram presos em flagrante devido a suposta prática dos crimes previstos nos artigos 126 (aborto) e 388 (formação de quadrilha) do Código Penal houve, claramente, um transvio do tema no referido acórdão, já que o Ministro relator Luis Roberto Barroso adentrou em considerações sobre a validade dos artigos 124 e 125 do Código Penal, sem o poder para deliberar sobre isso, já que é o Poder Legislativo legitimado para tanto.

Constituíram também o grande espetáculo, diversas interpretações, linguagens e discursos a programação da televisão brasileira, que alcança um público diverso dos meios de mídia escrita. A decisão em pauta foi também propagada intensamente nos dispositivos televisivos o que gerou maior subjetividade e incitou a discussão massiva nas redes sociais. A retórica como recurso linguístico, projeta a modificação de posições e orientações, influenciando valores, causando uma comoção social. O assunto dominou a *agenda setting* da semana.

Ao se estudar o acórdão e comparar os noticiários em multimeios, quais sejam nessa pesquisa, televisão, jornal e mídias sociais, é possível diagnosticar que houve deturpação dos fatos por conta da interpretação jornalística do acórdão, inclusive em mídias especializadas em Direito, e o desencadeamento político ocorrido na disputa de poder entre o Ministro Roberto Barroso – que alega ter agido motivado pela “ausência legislativa”- e o então Presidente da câmara dos deputados, Rodrigo Maia. Em 08/11/2017 quase um ano depois, a comissão especial da câmara dos deputados votou a PEC 181/2015 com 18 votos contra 1 (comissão formada pela maioria da bancada evangélica), incluindo no texto a proibição da interrupção da vida desde sua concepção, o que regressaria ser crime o aborto até mesmo em casos considerados legais hoje pela legislação brasileira, como em situação de estupro ou de risco de morte para a mãe.

A decisão foi incidental e não tem efeito vinculativo, porém tal posicionamento institui um precedente que se fortalece com a visibilidade que o poder midiático conferiu ao caso.

## 5 CONCLUSÃO

O Poder Comunicativo, de multimeios, é o principal instrumento de formação de opinião, potencializada pelas redes sociais, produzindo discursos ideológicos e persuasivos, criando estereótipos e produzindo imagens de um mundo ideal. Os efeitos disso, juntamente com o Direito, incorrem na sustentação do poder.

A projeção midiática de um processo promove uma seletividade persecutória, parcialidade nas decisões judiciais dadas as pressões impostas pela mídia e “opinião pública”, ofensa aos princípios constitucionais que a sociedade demorou séculos para conquistar, instaurando, assim, um estado de exceção velado e convalidado pela massa.

Constatou-se nessa pesquisa que há influência dos holofotes midiáticos no comportamento dos magistrados e que ocorrem julgamentos pautados na pressão dos meios de comunicação e no clamor social. O bombardeio de notícias tendenciosas pode convalidar uma prova ilícita, dada a primazia da realidade e a vulnerabilização da justiça com as técnicas hermeunêuticas de proporcionalidade e razoabilidade, a Constituição cada vez mais flexível em suas interpretações e o aval da imprensa justiceira. Mas o que é Justiça? Depende da perspectiva. Em um mundo regido pela lógica econômica, a justiça está ao lado do poderio econômico. Um claro exemplo disso é a reforma trabalhista e o silêncio midiático fraudulento.

Ao desvendarmos o fluxo de comunicação que sustenta essa base de atuação do sistema, podemos entender que os meios de comunicação em massa e as consequências dessa midiatização do Poder Judiciário nos julgados de cunho político legitimam para a grande massa a atuação do ativismo judiciário e a figura do juiz justiceiro, fazendo das suas suspeitas verdades absolutas, condenando réus antes do trânsito em julgado e ferindo, portanto, os princípios mais básicos que regem o ordenamento jurídico brasileiro.

Com os dispositivos midiáticos em suas mais diversas plataformas, o poder se apropria de parte da existência do indivíduo produzindo sua própria subjetividade. Desta forma, há uma aceitação da massa ou não das verdades construídas desempenhando um papel fundamental na construção dos conceitos, imposição de valores e manutenção de estereótipos.

Levando em conta essa estrutura dos dispositivos comunicacionais dos sistemas políticos e judiciários, a corrupção sistêmica e as interferências dos fluxos de informações com a propagação de discursos, ideologias, símbolos e mitos pensados nesta pesquisa, sustenta um Estado de Exceção velado.

A protagonização do Poder Judiciário nos últimos tempos confronta os princípios da separação de poderes com seu ativismo judicial, com decisões claramente políticas e a midiática dos ritos processuais, a fim de legitimar essas condutas perante a opinião pública.

Pensando nos processos judiciais de grande repercussão na mídia, há de se questionar a eficácia das provas e a pressão psicológica sofrida pelo julgador, que recebe os autos e todos os procedimentos formais com uma implícita carga valorativa imposta pela pressão midiática e a Opinião Pública pré-fabricada, direcionada pelo código moral implícito nos discursos.

Um juiz herói, que se utiliza de provas ilícitas para justificar uma sentença política, instaura um estado de exceção vetado pela Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVII), mas convalidado pela massa, fabricado em um sistema espetaculoso autopoietico, que cada vez mais valida a subversão de normas, fazendo do ativismo judicial uma maquiagem discursiva para justificar o injustificável. A projeção midiática de um processo promove uma seletividade persecutória, parcialidade nas decisões judiciais dadas as pressões impostas pela mídia e “opinião pública”, ofensa aos princípios constitucionais que a nossa sociedade demorou séculos para conquistar.

Sendo assim, cada vez mais atos ilícitos jurisdicionais validam interesses políticos escusos. Um juiz midiático moraliza o direito e faz “justiça” em detrimento de um discurso jurídico formal. Para uma parte dos indivíduos acrílicos e sob a influência desse líder de opinião, o fato se sobrepõe, a norma perde sua validade e a figura heroica atribui uma aceitação do corrompimento das leis e ocorre o fenômeno midiático da eficácia social normativa. É o judiciário corrompido, o protagonista da mitigação do Estado Democrático de Direito. Talvez essa seja a pior consequência da espetacularização judicial, fazendo do sistema de freios e contrapesos “pesos e contrapesos”.

Corroborando com o estimado Prof. Eros Grau, “os mais fortes fazem as leis para permitir que seus interesses prevaleçam sobre os mais fracos. Justiça, só lá em cima”.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. **Introdução a teoria e filosofia do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER. **Dialética do Esclarecimento fragmentos filosóficos**. A Indústria Cultural: O esclarecimento como mistificação das massas, 1985.

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção; tradução de Iraci D. Poleti. – 2. Ed. – São Paulo. Boitempo Editorial, 2004 (estado de sítio)

\_\_\_\_\_. **O que é contemporâneo?** E outros ensaios. [Trad. Vinícius Nicastro Honesko]. Chapecó, SC, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal** – 1ª. Reimpressão – Belo Horizonte: Forum, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia** - tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

BOURDIEU, Pierre. **A distinção crítica social do julgamento**. Pág. 73

CARNIO, Henrique Garbellini. **Kelsen e Nietzsche: aproximação do pensamento sobre a gênese do processo de formação do direito**. Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP, 2008.

\_\_\_\_\_; GUERRA FILHO, Willis Santiago; PEREIRA, Joaquim Eduardo. Proposta de uma teoria política: a relação entre direito e poder em articulação com a política e a violência. **Revista de Direitos e garantias fundamentais**. V. 18, p. 132, 2017.

DEBORD, Guy. **La société du Spectacle**. Paris: Éditions Gallimard, 1992.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3ª. Ed Nau Editora, 2002.

\_\_\_\_\_. **Microfísica do poder**. 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: Grau, Eros Roberto / Guerra Filho, Willis Santiago (org.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 283

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. RJ: Ed. FGV, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. RJ: Tempo Brasileiro, 1989.

HARTMANN, Ivar Alberto et al. **A influência da TV Justiça no processo decisório do STF**.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8ª ed – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MARSHALL, William P. **Conservatives and seven sins of judicial activism**. University of Colorado. Law review. V. 73, 2002.

LE BON, Gustave. **Psicologia das multidões**. Tradução: Mariana Sérvulo da Cunha; Posfácio Maria Cristina Consolim – 2ª ed. São Paulo: Editora WMF, Martins Fontes, 2016.

LIPPMANN, Walter. **Opinião Pública**. 2008

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Trad. Ciro Marcondes Filho – São Paulo, 2011.

\_\_\_\_\_. **El Derecho de la sociedad**. Formatação eletrônica -, versão 5.0. Rio de Janeiro, 2003.

MCLUHAN, Marshall. **Os Meios de Comunicação como Extensões do Homem**. Editora Cultrix, 1996.

NEUMANN, Elisabeth Noelle. **La espiral del silencio** – Opinión pública: nuestra piel social. 1995, pág. 278.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhem. **Além do bem e do mal**. Curitiba, PR: Ed. Hemus, 2001.

\_\_\_\_\_. **Assim falava Zaratustra**. Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 2011.

\_\_\_\_\_. **Genealogia da moral**. São Paulo, SP: Cia das letras, 2009.

SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia**. Revista dos Tribunais, 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**; Tradução, apresentação e ensaio introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos; introdução de Bertrand Russell – 3ª ed. 3ª reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2017.



## O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO RESPOSTA À CRISE AUTOIMUNITARIA DO DIREITO

Paola Cantarini

(Universidade de Guarulhos, USP)

paolacantarini@gmail.com

**RESUMO:** Pretende-se trazer contribuições à “Teoria Imunológica do Direito”, no sentido de verificar se a melhor resposta à crise autoimunitária do Direito e das atuais condições de vida (des)humana, poderia estar na aplicação correta do princípio da proporcionalidade, quando diante dos chamados “hard cases”. O objetivo, portanto, é abordar o problema da validade (o princípio da proporcionalidade como norma fundamental) e a função judicial, onde será verificada a visão do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade como técnica de controle de constitucionalidade de normas e de hermenêutica constitucional. A metodologia utilizada foi a de tipo comparativo, orientada para verificar o desenvolvimento do estudo filosófico e sociológico acerca da “Teoria imunológica do Direito”, contemplando tais métodos também quanto à jurisprudência a ser analisada.

**Palavras-chave:** Sistema Jurídico. Autoimunidade. Autopoiese. Princípio da proporcionalidade.

A presente proposta aporta contribuição para a busca de respostas ao que se apresenta como uma crise autoimunitária do direito, verdadeira aporia e paradoxo, revelando que o ser humano é, assim, um ser abandonado, *homo sacer* (Agamben), e pelo próprio direito, que o devia proteger, donde haver uma tendência à autoimunidade social, a ser revertida em respeito e consideração ao outro, por meio de uma correta aplicação do princípio da proporcionalidade.

Visa-se examinar, outrossim, o paradoxo dos direitos humanos e dos direitos fundamentais em face de sua concomitante proliferação e atual ineficácia, a demandar uma análise à luz da “Teoria imunológica do direito”, questionando-se se as minorias societárias podem ser tomadas como exemplificação da figura do “homo sacer”, de “abandono”, de exceções por meio das quais o direito os inclui, isto é, inclusão por meio da exclusão.

O presente artigo pretende trazer contribuições à “Teoria Imunológica do Direito”, a partir de contribuições anteriormente apresentadas por Willis Santiago Guerra Filho (2014) à Teoria de Sistemas Sociais Autopoiéticos, o qual também pioneiramente apresentou um enfoque crítico desta teoria. Tais contribuições foram saudadas pelos editores do livro “Luhmann Observed” (2013) como trazendo uma possibilidade de mudança no paradigma sistêmico autopoiético, pela introdução do enfoque imunológico, que permite perceber o trânsito da autopoiese à autoimunidade, a apontar o risco de uma autoimunização do sistema social mundial ante as deficiências detectadas no sistema parcial do Direito, considerado por Luhmann como um sistema imunológico desde sua obra seminal “Sistemas Sociais” (“Soziale Systeme”, ed. bras. 2016).

Busca-se verificar se a melhor resposta a tal crise social poderia estar na aplicação correta do princípio da proporcionalidade, como que vacinando a sociedade contra conflitos sociais com a



sua transformação em conflitos jurídicos, quando solucionados por meio de tal princípio, para evitar que haja antes um agravamento do que o aplacamento de tais conflitos.

Examina-se o paradoxo dos direitos humanos e dos direitos fundamentais em face de sua concomitante proliferação e atual ineficácia, a demandar uma análise à luz da “Teoria Imunológica do Direito”, questionando-se se as minorias societárias podem ser tomadas como exemplificação da figura do *homo sacer*, de “abandono”, de exceções por meio das quais o Direito as inclui, isto é, da inclusão por meio da exclusão.

A crise autoimunitária do Direito se apresenta como verdadeira aporia e paradoxo, revelando que o ser humano é, assim, um ser abandonado - *homo sacer* (Agamben) -, e isso pelo próprio Direito que deveria protegê-lo, donde haver uma tendência à autoimunidade social.

Visa-se, assim, a verificar a resistência de certos axiomas do Direito, denominada de “resistência fundamental” por Jacques Derrida, analisando o Direito para além do formalismo, e reconhecendo-se a necessidade da interdisciplinaridade que possibilita uma fertilização mútua entre os saberes, a fim de se preservar a *autopoiese* do sistema jurídico e do ser humano.

O Direito também se revela e se manifesta através da linguagem, sem se reduzir a esta, pois, de certa forma a precede enquanto modo de prescrição; há, em tal relação, uma composição entre os aspectos jurídico, religioso e mitopoético, visto de forma indissociável das práticas mágicas, já que repleto de mitos, ritos e atos performáticos. Assim como a Religião, também o Direito revela-se fundamentado em dogmas, havendo, ainda, associada a ambos, toda uma estrutura dogmática de conhecimento, a fim de especular-se racionalmente sobre tais dogmas.

Com o presente artigo, visa-se a contribuir, por meio de uma análise crítico-filosófico-zetética, para uma melhor compreensão do princípio da proporcionalidade, bem como do próprio Direito, analisando-se sua natureza jurídica, o contexto de sua aplicação, bem como trazer algumas críticas à jurisprudência do STF, à fórmula matemática de R. Alexy para o sopesamento - por não ser adequada ao fim a que se destina que seria conferir racionalidade ao método da ponderação evitando-se o subjetivismo do intérprete -, bem como à análise por parte de Virgílio Afonso da Silva.

Por outro lado, busca-se verificar se o princípio da proporcionalidade poderia ser considerado um *pharmakon*, termo este entendido desde a origem da tradição filosófica em seu duplo sentido na medicina, remédio ou veneno, a depender de como se dê sua aplicação, e uma resposta tanto adequada quanto adequadora à chamada crise autoimunitária do Direito, ao estado de exceção generalizado nas sociedades de corte ocidental, Estado de não-direito, contrário ao Estado de Direito, ao Estado Constitucional de direitos fundamentais. Sua correta

aplicação daria garantia de um julgamento verdadeiro, de responsabilidade no julgar e congruência entre as diversas decisões semelhantes envolvendo conflitos entre direitos e princípios constitucionais, necessitando toda uma argumentação extra para se justificar a alteração do posicionamento dos Tribunais, a fim de não se tornarem apenas a boca da lei a que se referiu Montesquieu, mas sim a boca do Direito. Assim se poderia evitar, como afirma Agamben na obra “Pilatos e Jesus”, um processo sem juízo, sem um julgamento verdadeiro, ou um processo impossível, um simulacro de processo, sendo esta a mais severa objeção que se possa levantar contra a incidência na vida do Direito.

Há uma relação de fundamentalidade entre o princípio da proporcionalidade e a teoria sistêmica desenvolvida por N. Luhmann, já que cada vez mais nas sociedades hipercomplexas da pós-modernidade se verifica a necessidade da adoção de procedimentos para oferecer soluções jurídicas aos seus problemas cada vez mais complexos, tendo o princípio da proporcionalidade também uma carga procedimental, relacionando-se em diversos aspectos à teoria luhmaniana.

Partindo-se do conceito do Direito de N. Luhmann como sendo o sistema imunológico da sociedade com a função de proteção contra os conflitos sociais considerados como doenças, mas não com a exclusão de tais conflitos, e sim com os conflitos mesmos elaborados normativamente, verifica-se o risco de advir uma espécie de autoimunidade, quando aquele sistema imunológico, que deveria proteger o sistema social, não distingue adequadamente o que haveria de atacar para defendê-lo, e termina voltando-se contra ele mesmo. Segundo Luhmann e sua teoria sociológica de sistemas, o Direito é um dos “sistemas funcionais” do sistema social global que integraria o “sistema imunológico” das sociedades com a função de reduzir a complexidade do ambiente, da realidade social, absorvendo a contingência do comportamento social ao garantir certa congruência entre as expectativas de comportamento dos indivíduos e a generalização dessas expectativas, pela imunização do perigo de serem decepcionadas (N. Luhmann, 1983, p. 110, pp. 104/105, *passim*).

A questão da autoimunidade vem sendo trabalhada por autores como J. Derrida com relação à religião, R. Esposito com relação à política e Willis Santiago Guerra Filho com relação ao Direito, na esteira de Luhmann, bem como, com base naquele primeiro, também por Andrew Johnson, John Protevi e Michael Nass, e estaria presente quando ocorre a perversão do Direito, com o desrespeito a direitos fundamentais, a direitos humanos e principalmente à dignidade humana, valor axial de todo ordenamento jurídico que se considera um Estado Democrático de Direito; relaciona-se, também com a questão trabalhada por outros, como Gilberto Bercovici, ao mencionar o estado de exceção econômico permanente, com a suspensão da normatividade em

razão de interesses econômicos, ou Pedro Serrano, ao referir o estado de exceção judicial, mas, em especial, por Giorgio Agamben, ao tratar da antiga figura jurídico-penal romana do *homo sacer* e do estado de exceção em que vivemos, com forte influência de Walter Benjamin e também de Jean-Luc Nancy, por seu conceito de bando, relação de abandono; tal filósofo é considerado por Agamben (2007, p. 59-60) aquele que pensou com maior rigor a experiência da lei que está implícita na vigência sem significado, considerando toda a história do ocidente como “abandono”, assim como integraria a estrutura ontológica da lei.

No estado de exceção há uma coincidência entre o que está de acordo com a norma e o que a viola, havendo uma suspensão da ordem, uma *exceptio*, uma exclusão inclusiva, ou uma inclusão através de uma exclusão, a demonstrar que a estrutura soberana da lei tem a forma de um estado de exceção. A figura do *homo sacer* possuiria certa semelhança com o conceito de soberano, já que este também ao mesmo tempo está fora e dentro do ordenamento jurídico, ambos, da mesma forma como o ser “abandonado”, permanecem incluídos, apesar de sua exclusão (*exceptio*). A síntese da democracia atual seria então uma aporia, e o estado de exceção se revela como estrutura política fundamental em nosso tempo. A lei se instaura desde sua origem não como sanção, mas, sobretudo, no repetir-se do mesmo ato sem sanção, ou seja, como caso de exceção. Exceção no lugar da sanção.

Podemos afirmar que o estado de exceção apresenta-se como um espaço anômico, representativo da expressão força de lei sem lei, um elemento místico, ou melhor, uma ficção, pela qual o Direito tenta incluir em si a anomia. Por meio de tal elemento místico, a lei sobrevive a seu próprio apagamento, correspondendo à expressão “fantasma da lei” e age como uma pura força no estado de exceção.

Roberto Esposito, em sua obra “*Immunitas*”, ao abordar o conceito de “imunidade” desenvolvido por Luhmann, o compara com conceitos de René Girard, Simone Weil e Walter Benjamin, afirmando a correlação, no sentido de potencialização, desdobramento, entre os termos biomédicos da imunidade e a imunização jurídica. Afirma então que Luhmann interpretaria o dispositivo imunitário no sentido de que a imunização se tornou paradigma geral e universal da modernidade, e que a comunidade é a imunidade (R. Esposito, 2009, p. 68-70). Em suas palavras:

Mas a afirmação neutra de um negativo equivale a uma dupla negação: no universo luhmaniano a esta altura a comunidade não pode ser atacada pela doença que a ameaça porque já não existe - ou nunca existiu - enquanto tal. Não é mais que a interface de seu próprio sistema imunitário: a margem (...) ao largo de qual a imunidade se replica auto reflexivamente sobre si mesma. (...) com relação a sua forma clássica, resulta por sua vez imunizada pela violência implícita em sua modalidade homeopática. Para Luhmann o dispositivo imunitário do Direito não implica a repressão violenta da comunidade no sentido de Benjamin, nem o sacrifício de uma vítima, seguindo o modelo de Girard (...). Por isso, desde seu ponto de vista, o exterior é interior, o conflito é ordem, a comunidade

é imunidade. Não é casual que Luhmann ressalte como (...) uma série de tendências históricas sinalizam um compromisso crescente para se postular (...) uma imunologia social. A imunização se estendeu progressivamente do âmbito do direito aos âmbitos da política, da economia, da cultura, até assumir o rol de sistema de sistemas, de paradigma geral da modernidade (*Ibidem*, p. 75).

Segundo a teoria luhmaniana, o Direito é autônomo, pois ocorre a autoprodução de suas normas, bem como a autoconstituição de figuras jurídico-dogmáticas, considerando o que é conflito para o Direito, e estabelecendo soluções conforme o Direito, ou seja, opera com seu próprio código, o que lhe mantém autônomo; e se fazem necessários para tal autoprodução, ou seja, para sua autopoiese, elementos do meio ambiente, e como sistema autopoietico, é essencial a formação de determinadas unidades, às quais de um modo geral se pode denominar "procedimentais"; portanto, para ser possível o acoplamento estrutural do Direito com outros sistemas sociais são necessários os procedimentos de reprodução jurídica, procedimentos legislativos, administrativos, judiciais, contratuais. O Estado Democrático de Direito depende de procedimentos para sua realização, e a proporcionalidade é um desses procedimentos, ou parte essencial daqueles procedimentos judiciais. Portanto, o princípio da proporcionalidade relaciona-se com a proceduralização do Direito, a legitimidade do Direito pelo procedimento, a judicialização do ordenamento jurídico, a fim de se garantir a participação, o espaço público para discussão, e suas garantias do amplo debate, da publicidade e da isonomia, utilizado como instrumento não apenas da função jurisdicional, mas também das demais funções do Estado. Tal postulação encontra apoio em autores, além de Luhmann, como Habermas, R. Wiethölter e John Rawls.

Historicamente pode-se localizar o surgimento do princípio da proporcionalidade como princípio constitucional nas sociedades europeias pós 2ª Guerra Mundial, representando a falência, tanto do modelo liberal de Estado de Direito, como também das fórmulas políticas autoritárias que se apresentaram como alternativa, e, em um segundo momento, também do modelo social e mesmo socialista de Estado. O Estado Democrático de Direito, então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado, envolvendo o compromisso básico do Estado Democrático de Direito na harmonização de interesses da esfera pública, da esfera privada e da esfera coletiva.

Sua origem confunde-se com o nascimento do moderno Estado de Direito, respaldado em uma constituição, em um documento formalizador afirmando-se o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado, a limitação do poder estatal, o reconhecimento e afirmação de direitos fundamentais inalienáveis.

Denominando-o pioneiramente entre nós por Willis Santiago Guerra Filho de o “princípio dos princípios”, “garantia das garantias” (Willis Santiago Guerra Filho, 1989, pp. 69 ss.), trata-se de um princípio indispensável para solução correta dos denominados *hard cases* (casos difíceis), aplicável no caso de colisão entre princípios fundamentais da ordem jurídica, sendo capaz de dar um *hierarchical loop* - Hofstaedter (salto hierárquico) -, ao ser extraído do ponto mais alto da “pirâmide” normativa (previsto de forma implícita), para ir até a sua “base”, onde se verificam os conflitos concretos, validando as normas individuais ali produzidas, na forma de decisões administrativas, judiciais etc. Essa forma de validação é tópica, requerida nas sociedades hipercomplexas da pós-modernidade, permitindo atribuir um significado diferente a um mesmo conjunto de normas, a depender da situação a que são aplicadas. Esse tipo de validação substituiria a linearidade do esquema de validação kelseneano pela referência à estrutura hierarquicamente escalonada do ordenamento jurídico em circularidade, com o embricamento de diversas hierarquias normativas, as *angled hierarchies* da teoria sistêmica (cf., v.g., Marcelo Neves, 1994, p. 66 ss., texto e notas 71 e 78).

Trata-se do reconhecimento do recurso incontornável ao princípio da proporcionalidade, para ser possível, no âmbito do Estado Democrático contemporâneo, a harmonização de princípios e direitos dotados de fundamentalidade, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa; referido princípio representa “a principialidade dos princípios”, enquanto decorrente de sua relatividade mútua, o que os diferencia dos valores absolutos e das regras aplicadas na forma do “tudo ou nada”, portanto, desprovidas de qualquer “dimensão de peso”. Por conseguinte, o traço distintivo entre regras e princípios, e entre princípios e valores, seria a característica de relatividade dos princípios, pois não há princípio o qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta em toda e qualquer hipótese. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até axiológica, de se postular um “princípio de relatividade”, que é o princípio da proporcionalidade, tal como concebido no campo jurídico na tradição germânica, como um princípio também de “relatividade”, o qual determina a busca de uma “solução de compromisso”, respeitando-se mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, e procurando não desrespeitar nem minimamente o(s) outro(s), isto é, sem ferir o “núcleo essencial”, onde se encontra entronizado o valor da dignidade humana, princípio fundamental e “axial” do contemporâneo Estado Democrático. Este posicionamento acerca da dignidade humana como núcleo essencial de todo direito fundamental, conteúdo intangível que jamais poderá ceder, o qual deverá ser protegido pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, segue a orientação de Willis Santiago Guerra Filho, sendo, contudo, ainda um

posicionamento minoritário, já que prevalece na doutrina e jurisprudência pátrias a posição relativista de Luís Virgílio A. da Silva e de R. Alexy.

Por conseguinte, o princípio da proporcionalidade, embora não esteja explicitado de forma individualizada na CF88, é uma exigência inafastável da própria fórmula política adotada por nosso constituinte, a do “Estado Democrático de Direito”, pois sem a sua utilização não se concebe como bem realizar o mandamento básico dessa fórmula, de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos. Assim sendo, entende-se que o princípio da proporcionalidade deriva e está vinculado à Cláusula do Devido Processo Legal em sentido substancial, pois para se ter um Estado de Direito com respeito à dignidade humana, isto é, que seja também democrático, pressupõe-se uma compatibilização de legalidade (Estado de Direito) com legitimidade (Democracia) obtida, em última instância, pela aplicação, no âmbito de processos judiciais, administrativos e outros, precisamente, do princípio da proporcionalidade.

Na esteira de Willis Santiago Guerra Filho, entendemos que o princípio da proporcionalidade possui uma natureza tríplice - ou duplamente dúplice - por ser norma material de natureza dúplice, a de princípio e a de regra, mas também por não ser só norma material, pois é igualmente processual, ao consagrar um procedimento. E esta norma agasalha ou consagra uma garantia fundamental, derivada do devido processo legal. Além disso, dela deriva - ou a ela se relaciona - um cânone ou critério de interpretação constitucional, dito da concordância prática, da harmonização ou "cedência recíproca". Enquanto o conflito de regras resulta em uma antinomia a ser resolvida pela perda de validade de uma das regras em conflito, ainda que em um determinado caso concreto, as colisões entre princípios (no caso concreto) resultam apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique o desrespeito completo do outro. Não é suficiente, para caracterizá-la como mera regra – ou metarregra, o que em nada altera o argumento – caracterizar como sua hipótese normativa a situação inespecífica da colisão de princípios e direitos fundamentais, como também é de se repelir o esvaziamento de seu conteúdo normativo, de seu caráter deôntico, ao qualificá-la como um postulado, fundamento para um raciocínio que se pode ou não realizar, mas não para a exigibilidade de uma conduta.

O princípio da proporcionalidade contribuiria, destarte, para uma análise filosófico-crítica do Direito, por ser possível lhe atribuir, através de um juízo filosófico-crítico-experimental, a natureza de verdadeira norma fundamental, permitindo assim uma melhor compreensão e maior efetividade do Direito, confrontando a norma hipotética fundamental postulada por H. Kelsen como sendo fruto do pensamento, meramente pensada, e não um ato de vontade, portanto, que não seria verdadeiramente uma norma, nos termo do próprio A., de onde se conclui que seria

incapaz de preencher a função de norma fundamental, a fim de validar toda a sequência de normas dela dependente.

Por conseguinte, a correta aplicação e desenvolvimento do princípio da proporcionalidade, em especial pelo Poder Judiciário e também pela doutrina pátria e internacional, permitiria alcançar uma perspectiva de humanização do Direito, sendo muitas as disciplinas do Direito que se revelam carentes de sua correta aplicação, em terrenos onde se desenvolvem com cada vez mais velocidade a técnica e o pensamento cartesiano de *per si*, ocasionando uma carência de elementos de justiça, de proporcionalidade e de equidade.

O Direito demanda uma nova interpretação, e neste sentido, a importância da tese de doutorado em filosofia de Willis Santiago Guerra Filho, “O conhecimento imaginário do Direito”, (agora publicada com este título, 2017) considerando-o como um produto do desejo, com o mesmo estatuto dos sonhos, mas um sonho não individual e sim coletivo; é o Direito visto, percebido e concebido sempre *in fieri*, nunca já pronto e acabado, aproximando-se das artes, da criatividade, da poética e do erotismo (“Teoria Poética do Direito”, “Teoria Erótica do Direito”), daí o caráter autopoietico do Direito, o que se coaduna perfeitamente com a noção da Constituição Federal com sua natureza procedimental, e da necessidade de práticas que reforcem e permitam a concretização de seus valores, ideais e direitos, bem como se coaduna com o princípio da proporcionalidade, com a exigência de uma nova hermenêutica constitucional, e com as características de tal princípio, demandando todo um procedimento objetivo, racional e específico para sua correta aplicação, evitando-se o arbítrio, o subjetivismo, decisões teratológicas, o denominado “proporcionalismo” e o desequilíbrio entre os Poderes. O “proporcionalismo”, referido na doutrina alemã como “superexpansão” (*Oberdehnung*) é repelido também na seara teológica, como se observa na Carta Encíclica *Splendor Veritatis*, de 06.08.1993, do Papa João Paulo II. Trata-se do uso indiscriminado do princípio da proporcionalidade, sem qualquer critério e objetividade, como se observa em diversos julgados do STF, como por exemplo a PET 3388, caso Raposa Serra do Sol, envolvendo a questão da demarcação de terras dos Yanomami, consagrando a tese inconstitucional do marco temporal. O princípio da proporcionalidade é citado apenas como uma forma de comparação.

Outra importante crítica aos acórdãos do Supremo Tribunal Federal (mais extensamente em Paola Cantarini, 2015; Id., 2017), em especial da lavra da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, é a aplicação da fórmula matemática, típica do pensamento cartesiano, e pois, técnico, limitado e limitador, com fundamento na doutrina de Alexy, de todo inadequada, insuficiente e insubsistente, deixando de contribuir para o fortalecimento da jurisdição constitucional. Não

raramente, a proporcionalidade vem sendo aplicada sem qualquer critério ou congruência pelo Supremo Tribunal Federal, pois não há uma consistência nos diversos julgados, sendo aplicada ora como sinônimo de razoabilidade, adotando a fórmula de que é proporcional aquilo que não extrapola os limites da razoabilidade, ora como mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico e não sistemático, ora sendo apenas citada, mas não fundamentada de forma adequada por meio de seu procedimento e seus três subprincípios.

Questiona-se, portanto, a aplicabilidade da fórmula matemática de Alexy, a nosso ver ilegítima para o fim a que se destina, qual seja, promover a ponderação entre princípios e/ou direitos fundamentais envolvidos em conflito no caso concreto e dar uma fundamentação de racionalidade a tal ponderação, uma vez que resulta em uma escolha arbitrária e subjetiva de valores a serem consignados nos algoritmos de tal fórmula, não contribuindo, neste ponto, para a necessária busca de um procedimento objetivo, racional e não discricionário, subjetivo e arbitrário. Com a adoção da fórmula matemática pressupõe-se de forma absoluta que os julgadores não incidiriam em qualquer subjetividade ou juízo de valor. Cabe lembrar que a proporcionalidade não garante por si só a objetividade do julgamento, já que esta objetividade não é garantida nem mesmo na aplicação de regras pelo método da subsunção, pois sempre há necessidade de se interpretar. O problema, no entanto, está na atribuição dos valores contidos na fórmula, sendo questionável a possibilidade de atribuir valores hierárquicos abstratos a cada um dos valores ou princípios. De qualquer forma, parece estar excluída uma atribuição intersubjetiva inequívoca de números para as intensidades de realização. Não é possível inferir um resultado a partir de uma quantificação fixa. Assim, não gera certeza e segurança jurídica tal fórmula, já que para fixar o peso de cada fator envolvido basta que o jurista “manipule”, conforme seus interesses e ideologia, o peso de cada variável. Se o jurista for contra o aborto, por exemplo, basta que ele atribua um peso bem elevado para a vida do feto e um peso irrisório para a liberdade de escolha da mulher, ou o inverso, se for a favor.

Entre os diversos críticos à fórmula matemática de Alexy, tais como Daniel Sarmento, Nils Jansen, Kent Greenawalt, entre outros, é J. Habermas (1997) quem pode ser destacado como um dos mais fortes críticos.

Por sua vez, Luis Fernando Schuartz, de saudosa memória, em seu único livro publicado entre nós (2005, p. 179 e ss.; p. 218 e ss.) traz uma crítica fundamental à fórmula da ponderação ao afirmar que ela não seria apta para modelar adequadamente o balanceamento de princípios, podendo ocasionar um “delírio racionalista”, em suas palavras: “como assegurar o acesso aos



valores concretos das variáveis relevantes que servem de dados para efetuar os cálculos da maneira especificada na fórmula?”.

Questiona-se também a interpretação equivocada da natureza jurídica do princípio da proporcionalidade, ora sendo considerado como simples regra, ora como uma pauta e/ou um valor, ora como sinônimo do princípio da razoabilidade, ou do princípio do devido processo legal. Observe-se o entendimento do Ministro Eros Grau na Adin 1040, considerando a proporcionalidade como sinônimo de equidade, não sendo, no seu entender, a proporcionalidade um princípio, mas uma pauta – similar à posição, tão difundida quanto equivocada, de Humberto Ávila que atribui à proporcionalidade a natureza de um mero postulado, confundindo os planos do que é deôntico, da ordem do dever ser, como um princípio jurídico, com aquele gnosiológico, da ordem do conhecimento, ou ontognosiológico (Miguel Reale), isto é, da ordem do ser tal como se dá a conhecer -, um (mero) critério de interpretação, a ser empregado com base exclusivamente no subjetivo (e incerto) alvedrio do intérprete.

Defendemos que a correta interpretação do princípio da proporcionalidade deve se distanciar da posição relativista, adotada entre nós comumente na jurisprudência, bem como na doutrina, destacando-se a posição de Virgílio Afonso da Silva, na esteira de seu orientador de doutorado Robert Alexy, sem a necessária, exigível, além de correta observância também ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, estabelecendo-se uma correspondência entre o fim a ser alcançado e o meio empregado, que deve ser juridicamente a melhor possível, com respeito ao "conteúdo essencial" de todo direito fundamental, isto é, com o respeito à dignidade humana, ou seja, a aplicação do princípio da proporcionalidade como uma relação de subsidiariedade entre adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, no sentido de que “a finalidade pretendida com a restrição deve ser constitucionalmente legítima ou possível” (de último, dentre aqueles de maior repercussão, tem-se o exemplo do voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso, no Habeas Corpus 124.306 Rio de Janeiro), admitindo a interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre.

Trata-se de posição absolutamente relativista, quando a que defendemos, na esteira de Willis Santiago Guerra Filho, ao contrário, seria relativamente absolutista, ao fincar como limite absoluto à relativização, o respeito ao conteúdo mínimo de qualquer princípio ou direito fundamental envolvido na colisão, onde se encontra entronizada a dignidade da pessoa humana.

Buscou-se, portanto, verificar se o princípio da proporcionalidade poderia ser considerado um *pharmakon* em seu sentido de bálsamo ou remédio, já que se bem utilizado, mediante a necessária observância de um procedimento racional, objetivo, evitaria excessiva subjetividade ou

arbítrio e falta de racionalidade do julgador, contribuindo para uma maior racionalidade do Direito, para a preservação dos direitos fundamentais e da dignidade humana, sendo esta sua função, bem como para a objetividade dos julgados, e portanto, para a segurança jurídica e fortalecimento do Estado Democrático de Direito e para o fortalecimento da jurisdição constitucional, já que tal princípio é mesmo uma exigência da racionalidade no Direito, lembrando-se da equivalência das expressões razão e proporção na Matemática, por exemplo. Por outro lado, tal *pharmakon* poderá ser um veneno, caso seja aplicado de forma irresponsável, sem critério, sem observância de todo o procedimento racional e objetivo necessário e sem análise, caso a caso, dos três subprincípios da proporcionalidade, quando então poderá ocasionar uma maior subjetividade e arbitrariedade dos julgados.

Por conseguinte, o princípio da proporcionalidade exige que seja observada sua reflexividade, sob pena de ocorrer o que é denominado pela doutrina germânica de superexpansão devido ao seu uso de forma abusiva e excessiva, o que vem sendo também denominado de proporcionalismo, o qual é combatido até mesmo na seara teológica, como se observa na Encíclica *Splendor Veritatis*.

Por derradeiro, devemos lembrar que não obstante tais conceitos aparentemente contrapostos, de doença e de cura, uma nova abordagem talvez se faça presente,- ainda que resgatando uma antiga como na questão da cura para o célebre alquimista Paracelso,- enquanto critério hermenêutico e um princípio de intervenção ativa frente ao mal, no sentido de que o que sana não é mais considerado como o princípio alopático do contrário, mas o homeopático do similar, ou seja, o que cura é o veneno mesmo.

O sistema imunitário apresenta-se assim constituído sob uma aporia, já que seu funcionamento implica a presença de um motor negativo, o antígeno, o qual não deve simplesmente eliminar, mas sim o reconhecer e o incorporar para poder neutralizá-lo, havendo, contudo, uma falha de tal sistema imunitário, pois o mesmo se volta contra si mesmo pelo excesso de defesa do organismo (Cf., mais extensamente, Willis Santiago Guerra Filho, 2014; Id., 2018).

Há uma desproporção, um excesso de proteção por parte do sistema imunitário, o que poderia ser resolvido mais uma vez com o recurso ao princípio da proporcionalidade, desde que na devida (pro)porção.

A partir da constatação do discurso do Direito como uma neurose, voltado à crença de que trabalha para construir fetiches, servindo à mentalidade opressora, de um saber “que faz a lei transbordar efeitos doentios de amor”, com reflexos na sua (auto)fundamentação única e exclusivamente na violência, algo que se mantém desde a sua origem até hoje, buscou-se

verificar,- a partir do reconhecimento da doença -, qual a salvação, o remédio, o *pharmakon*, com vistas a contribuir para alternativas à atual crise autoimunitária do Direito. Neste sentido, além da utilização correta do princípio da proporcionalidade, verifica-se a necessidade do resgate de um vínculo transcendental das instâncias sociais - tal como no passado da modernidade - com a Religião e/ou com a magia que originam, a exemplo da mitopoética presente em manifestações as mais diversas.

Assim sendo, é vital o resgate de tal fundamentação superior do Direito, que poderia se dar em termos sacramentais ou sacrificiais, considerando-se o termo “religião” também no sentido de re-colher, re-ligar, re-ler, re-articular diversos campos do saber.

A legitimação do Direito, não mais em uma forma superior, mas em violência pura, é vislumbrada com a transformação da biopolítica em tanatopolítica, uma política não da vida, mas da morte, da exclusão, do isolamento, dos campos de extermínio, operando o viver de uns com a produção da morte de (nos) outros.

No passado a comunidade se mantinha íntegra pela referência a uma origem comum, sacramentada por mitologias, religiões ou mesmo, mais recentemente, por mundividências filosóficas, sendo, no entanto, explodidas no presente as bases sobre as quais tradicionalmente se ergueram as diversas ordens normativas com o predomínio do pensamento científico e o correlato processo de “desencantamento” do mundo, ao qual se refere Max Weber.

A fim de que possamos construir novas bases há a necessidade da recuperação da nossa capacidade criativa de ficções justificadoras da existência e da coexistência, sendo indispensável também a aproximação entre as mais diversas formas de criações humanas, artes, mitologias, ciências, religiões, filosofias, permitindo-se uma compreensão aprofundada e renovada do Direito e do ser humano.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer I** - O poder soberano e a vida nua, trad. Henrique Burigo, 2a. reimpressão Belo Horizonte: EDUFMG, 2007

CANTARINI, Paola. **Direito Comercial à luz do princípio da proporcionalidade** - uma análise filosófico-poética, Saarbrücken: OmniScriptum, 2015.

CANTARINI, Paola. **Princípio da proporcionalidade como resposta à crise autoimunitária do Direito**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ESPOSITO, Roberto. **Immunitas**. Protección y negación de la vida, trad. Luciano Padilla López, Buenos Aires: Amorrortu, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional**, Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1989 (2a. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018).

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Immunological theory of law**, Saarbrücken: Lambert 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O conhecimento imaginário do Direito**, Curitiba: Prismas, 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade Informacional**, 2a. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre Faticidade e Validade, 2 Volumes, trad. Flávio B. Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.


LA COUR, Anders; Philippopoulos-Mihalopoulos, Andreas (orgs.). **Luhmann Observed: Radical Theoretical Encounters**, Londres/Nova York: Palgrave, 2013.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**, vol. I, trad. G. Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**. Esboço de uma teoria geral, trad.: Antonio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Jr.; Marco Antonio dos Santos Casanova, Petrópolis: Vozes, 2016.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**, São Paulo: Acadêmica, 1994.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Norma, contingência e racionalidade**. Estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.



## SOBRE A MIGRAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS DO SISTEMA JURÍDICO PARA O SISTEMA POLÍTICO

Willis Santiago Guerra Filho  
(UNIRIO / PUC-SP)  
willisguerra@hotmail.com

**RESUMO:** As Cortes Constitucionais estão na fronteira do sistema jurídico, saíram de seu centro e migraram para lá, não sendo mais, propriamente, parte integrante do judiciário em um sistema jurídico autopoiético. Elas passam a integrar o sistema político, devendo se submeter aos mesmos critérios de legitimação, tal como as demais unidades desse sistema, passando a dispor do mesmo código e da mesma fórmula de contingência, que, apesar de vazia, ou justamente por isso mesmo, mostra-se capaz de conferir significação imediata e sentido último em casos de maiores dúvidas. Daí que entendemos ser a proporcionalidade, o princípio constitucional da proporcionalidade, que se apresenta como melhor candidata a fórmula de contingência do sistema direito empregada no exercício da jurisdição constitucional já como integrante do sistema da política.

**Palavras-chave:** Teoria dos sistemas. Cortes constitucionais. Princípio da proporcionalidade.

A teoria social sistêmica elaborada por Niklas Luhmann, com a publicação dos dois volumes de *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, atingiu seu ponto culminante. Trata-se de uma teoria holística, de aplicação generalizada no âmbito de ciências formais e empíricas, tanto naturais como sociais, e que toma como distinção fundamental, justamente, aquela entre “sistema” e seu “meio-ambiente”, para explicar tudo a partir dessa distinção, entre o que pertence a determinado sistema e o que está fora, no ambiente circundante, como elemento de outros sistemas – ou não.

A teoria em apreço pretende se desenvolver a partir de um conceito de sociedade que não é nem “humanista” nem “regionalista”. Isso significa que para ela a sociedade não é formada pelo conjunto de seus integrantes, os seres humanos, assim como não há para ela uma sociedade delimitada por critérios geopolíticos – a “sociedade brasileira”, “latino-americana”, “europeia” etc. Sociedade para a teoria de sistemas luhmanniana é a “sociedade mundial” (*Weltgesellschaft*), que se forma modernamente. O que a compõe não são os seres humanos que a ela pertencem, mas sim a comunicação entre eles, que nela circula de várias formas, nos diversos subsistemas funcionais (direito, economia, política, ética, mídia, religião, arte, ciência, educação etc.).

A teoria social sistêmica, tal como desenvolvida, principalmente, por Luhmann, assume, portanto, os seguintes pressupostos: (1º) substitui a contraposição entre sujeito e objeto, enquanto princípio heurístico fundamental, pela “diferenciação sistêmica”, no mundo (*Welt*), entre o que é “sistema” e seu meio ambiente (*Umwelt*). Com isso, não apenas oferece uma abordagem “dessubstancializada”, pois o sistema não é um *hypoukeimenon*, como foram as coisas (*rei*) na Antiguidade e o sujeito na modernidade, mas também (2º) “desumanizada”, não-antropocêntrica, já que os seres humanos, enquanto sistemas biológicos, dotados de uma

consciência, não fazem parte dos sistemas sociais integrantes do sistema global que é a sociedade, e sim do seu meio ambiente – e o “antropocentrismo”, a visão que fundamenta um apartamento dos seres humanos de seu ambiente natural, justificando a oposição a ele, conhecendo-o para nele intervir e a ele se impor, pode ser considerado um dos motivos centrais de uma crise que é “epistemo-ecológica”, a qual tanto e cada vez mais nos ameaça, como sabe qualquer um minimamente informado, hoje em dia.

A diferenciação sistêmica entre "sistema" e "meio ambiente", então, é o artifício básico empregado pela teoria para se desenvolver em simetria com aquilo que estuda, como seu “equivalente funcional”. Essa diferenciação é dita sistêmica por ser trazida "para dentro" do próprio sistema, de modo que o sistema total, a sociedade, aparece como meio ambiente dos próprios sistemas parciais, que dele (e entre si) se diferenciam por reunirem certos elementos, ligados por relações, nas operações do sistema, formando uma unidade.

Uma "unidade", além de diferenciada no sistema do meio ambiente, também pode aparecer como meio ambiente para outras unidades, permitindo, assim, que por ela se aplique, recorrentemente, um número mais ou menos grande de vezes, a diferença sistema/meio ambiente, sem com isso perder sua organização. A "organização" é o que qualifica um sistema como complexo ou como uma simples unidade, com características próprias, decorrentes das relações entre seus elementos, mas que não são características desses elementos. A unidade de elementos de um sistema é mantida enquanto se mantém sua organização, o que não significa que não variem os elementos componentes do sistema e as relações entre eles. Essas mudanças, porém, se dão na estrutura do sistema, que é formada por elementos componentes do sistema relacionados entre si. Os elementos da estrutura podem sempre ser outros; o sistema se mantém enquanto permanecer invariante a sua organização, com uma complexidade compatível com aquela do meio circundante e demais sistemas ali existentes. Note-se que para a organização o que importa é o tipo peculiar de relação, circular e recorrente, entre os elementos, enquanto para a estrutura o que conta é que há elementos em interação, ação e reação mútua, elementos esses que podem ser fornecidos pelo meio ambiente ao sistema, sem que por isso a ele não se possa atribuir o atendimento de duas condições gerais, para que se tenha "sistemas autopoieticos", como Luhmann propõe que se considere os sistemas sociais: a autonomia e a clausura do sistema.

Sistema autopoietico é aquele dotado de organização autopoietica, onde há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização, pela relação reiterativa, circular ("recursiva") entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente, mas sim por sua própria

organização, formada por seus elementos. Essa autonomia do sistema tem por condição sua clausura, quer dizer, a circunstância de o sistema ser "fechado", do ponto de vista de sua organização, não havendo "entradas" (*inputs*) e "saídas" (*outputs*) para o ambiente, pois os elementos interagem no e através dele – não se trata, portanto, de uma “autarquia” do sistema, pois ele depende dos elementos fornecidos pelo ambiente (cf. GUERRA FILHO, 1997, p. 69 e seg., p. 82 e seg.; 2018, p. 47 ss., p. 53 ss.).

Só a comunicação autoproduz-se, donde se qualificarem como autopoieticos os sistemas de comunicação da sociedade. O sentido da comunicação varia de acordo com o sistema no qual ela está sendo veiculada e as pessoas são meios (*media*) dessas comunicações, assim como computadores, *faxes*, telefones, etc. Esses componentes, contudo, não pertencem aos sistemas sociais, e sim ao seu meio ambiente. Os seres humanos, enquanto seres biológicos, são sistemas biológicos autopoieticos e, enquanto seres pensantes, são também sistemas psíquicos autopoieticos. Sem a consciência decorrente do aparato psíquico, é claro, não haveria comunicação e logo também não haveria sistemas sociais. Sem a rede neuronal não haveria pensamentos. O que não há é uma relação causal entre imagens e pensamentos como os que temos, enquanto seres humanos, como demonstra o fato de que os demais seres portadores de redes neuronais não dispõem de uma elaboração simbólica como nós. É a linguagem, então, a primeira condição para que se dê o acoplamento (estrutural) entre sistemas auto(conscientes) e sistemas sociais (autopoieticos) de comunicação (cf. LUHMANN, 1997, p. 101). Os sistemas sociais, como todo sistema, se mantêm sem dissipar-se no meio-ambiente em que existem enquanto se mantêm sua estrutura e enquanto for apto para diferenciar-se nesse meio ambiente, com o qual “faz fronteira”. Sistemas psíquicos (biológicos) e sistemas de comunicação (sociais), por mais que estejam cognitivamente abertos para o meio ambiente, para dele se diferenciarem fecham-se em um operar, o que significa reagir ao (e no) ambiente por autorreferência, sem contato direto com ele.

A estrutura dos sistemas sociais fica no seu centro, sendo nele onde se determina o tipo de comunicação produzida pelo sistema. Em volta do centro, protegendo-o, tem-se a chamada periferia do sistema, através do qual ela entra em contato com o meio ambiente e demais sistemas ali existentes. Desde as fronteiras de um dado sistema até o seu centro – em uma periferia, portanto – forma-se o que Münch (1992, p. 65) denominou “zona de interpenetração”, onde os sistemas, nos termos de Luhmann, “irritam-se” em decorrência de seu “acoplamento estrutural” com outros sistemas (cf. LUHMANN, 1987, p. 291 e seg.).

Esse acoplamento necessita ser viabilizado por certos meios (*media*). O meio principal de acoplamento entre o sistema do direito e o sistema da política, por exemplo, segundo Luhmann (1990a, p. 204 e segs.), são as constituições. Para entendermos isso, é necessário ter em mente que o judiciário é a organização que ocupa o centro do sistema jurídico, pois é quem determina em última instância o que é e o que não é direito. Da mesma forma os demais poderes do Estado, legislativo e executivo, ocupam o centro do sistema político, mas, assim como o judiciário, têm na constituição as pautas mais importantes de balizamento da ação de seus componentes.

Em sendo assim, onde se situam as Cortes Constitucionais, que pronunciam a última palavra sobre o que está escrito e prescrito nas constituições?

A doutrina reconhece que tais cortes exercem um poder de legislação negativa, e que podem apreciar o mérito de decisões administrativas, quando as mesmas apresentam defeitos do ponto de vista da manutenção da integridade dos princípios e direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, ao pronunciarem a última palavra sobre o que é e o que não é direito, situam-se no “centro do centro” do sistema jurídico. Este “centro do centro”, então, é onde se daria o acoplamento estrutural do sistema jurídico com outros, e não só com o sistema político. Também a educação, a ciência, a arte, a religião, a economia, a mídia e todos os demais sistemas sociais penetram no direito e são por ele penetrados (ou “irritados”), principalmente, por via de interpretações a partir do que se acha disposto na constituição, interpretações essas que são feitas por juristas, juízes e demais operadores jurídicos e, mesmo, por jornalista, padres, cientistas, enfim, todos os cidadãos, e essas interpretações todas influenciam (“irritam”) os membros das Cortes Constitucionais, mas a interpretação que prevalece, em um sistema jurídico autopoietico – e, logo, autônomo – é desses últimos.

Considerando as características da fronteira dos sistemas, referidas por M. Bunge (1990, p. 219), tem-se que: (1º) periférico em um sistema é o que ocorre em suas fronteiras; (2º) uma função específica das fronteiras dos sistemas é proceder trocas entre o sistema e o meio; (3º) na fronteira encontramos os elementos do sistema que estão diretamente acoplados com componentes do meio-ambiente. Isso nos leva a concluir, por exemplo, que uma Corte Constitucional situar-se-ia na fronteira entre os sistemas jurídicos e políticos, sendo um dos componentes mais importantes no acoplamento estrutural dos dois sistemas. Com isso, tem-se de admitir que as Cortes Constitucionais estão na fronteira do sistema jurídico, saíram de seu centro e migraram para lá, não sendo mais, propriamente, parte integrante do judiciário em um sistema jurídico autopoietico (cf. LUHMANN, 1990b; GUERRA FILHO, 1997, p. 75 e segs.). Elas passam a integrar o sistema político, devendo se submeter aos mesmos critérios de legitimação, tal como as



demais unidades desse sistema, passando a dispor do mesmo código e da mesma fórmula de contingência, que, apesar de vazia, ou justamente por isso mesmo, mostra-se capaz de conferir significação imediata e sentido último em casos de maiores dúvidas. Como esclarece Marcelo Neves, a função da justiça, enquanto fórmula de contingência do sistema jurídico, é a de ali motivar a ação e a comunicação e isso sob duas perspectivas: uma autorreferencial, garantindo a tomada de decisões juridicamente consistentes, e outra heterorreferencial, de molde a que ela seja adequada à complexidade do ambiente social (NEVES, 2013, p. 223). Em obra publicada postumamente, Luhmann (2002, p. 123 e seg.) sustenta que o sistema jurídico, em face de seu “*hohen Rechssicherheitsinteressen*” (altos interesses na segurança jurídica), não pode descartar sua fórmula fundamental, de decidir casos iguais igualmente e desiguais desigualmente, passando a fundamentar decisões com referências a valores e ao bem comum, fórmula de contingência da política, a exigir a abertura democrática, mas os tribunais constitucionais derrapam (*gleitet*) continuamente, afastando-se da observância da diferença entre as duas fórmulas de contingência, e, logo, também entre os sistemas do direito e da política, para lançar mão da fórmula desta última para se legitimar, e isso procedimentalmente, a fim de se posicionarem em face de um futuro desconhecido, abrindo caminho por entre valores que se contrapõem. Daí que entendemos ser a proporcionalidade, o princípio constitucional da proporcionalidade, que se apresenta como melhor candidata a fórmula de contingência do sistema direito empregada no exercício da jurisdição constitucional já como integrante do sistema da política.

Conclui-se, então, que a fronteira do sistema jurídico e, por simetria, também dos demais sistemas sociais, não passa apenas por sua periferia, mas também por seu centro. É por isso que, com H. v. Foerster, podemos dizer, tal como H. Willke (1996, p. 65), que o Estado está em uma sociedade funcionalmente policêntrica, formada por subsistemas sociais diferenciados (interdependentes) que se estruturam não de forma hierárquica, mas sim “heterárquica”, pois nenhum subsistema goza, *a priori*, de primazia em relação aos demais – nem o subsistema de economia, como é ainda hoje bastante divulgado e como foi dito pelo próprio Luhmann, em uma versão mais antiga de sua teoria (LUHMANN, 1981, p. 149). Na última versão dessa teoria, não se fala mais em primazia da função de nenhum subsistema, a não ser em relação a si mesmo (LUHMANN, 1997, p. 747 e seg.), já que “cada sistema funcional só pode cumprir com a própria função” (LUHMANN, 1997, p. 762).

Postular que a sociedade contemporânea, organizada em escala mundial, “globalizada”, é o produto da diferenciação funcional de diversos (sub)sistemas, como os da economia, ética, direito, mídia, política, ciência, religião, arte, ensino etc. – sistemas autopoieticos, que operam com

autonomia e fechados uns em relação aos outros, cada um com sua própria “lógica” –, postular isso não implica negar que haja influência (ou “perturbações”) desses sistemas uns nos outros. Entre eles dá-se o que a teoria de sistemas autopoieticos denomina “acoplamento estrutural” (cf. LUHMANN, 1997, p. 776 ss.). Assim, o sistema da política acopla-se estruturalmente ao do direito através das constituições dos Estados, enquanto o direito se acopla à economia através dos contratos e títulos de propriedade, e a economia, através do direito, com a política, por meio dos impostos e tributos, e todos esses com a ciência, através de publicações, diplomas e certificados, cabendo a uma corte constitucional, em última instância, deliberar sobre a “justeza” desses acoplamentos, em caso de dúvidas ou contestações, que os ameacem, ameaçando, assim, a autopoiese do sistema global e, logo, sua permanência, sua “vida”.

## REFERÊNCIAS

- BUNGE, Mario. System Boundary. **International Journal of General Systems**, London, vol. 20, 1990.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade informacional**: introdução a uma teoria social sistêmica. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- \_\_\_\_\_. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- LUHMANN, Niklas. **Die Politik der Gesellschaft**. Editado por André Kieserling. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997. vol. II.
- \_\_\_\_\_. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. **Rechtshistorisches Journal**, Frankfurt am Main, vol. 9, 1990a.
- \_\_\_\_\_. Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem. **RECHTSTHEORIE**, Berlin, vol. 21, 1990b.
- \_\_\_\_\_. **Soziale Systeme**. Grundriß einer allgemeinen Theorie. 3 ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987.
- \_\_\_\_\_. Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft. In: \_\_\_\_\_. **Ausdifferenzierung des Rechts**: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981.
- MÜNCH, Richard. The Dynamics of Societal Communication. In: COLOMY, P. (Ed.). **The Dynamics of Social Systems**. London: Sage, 1992.
- NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- WILLKE, Helmut. **Ironie des Staates**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.



**GP3**


# **DIREITO, RACISMO E DESIGUALDADES SOCIAIS**

Coordenação:

Prof. Dr. André Augusto Brandão (UFF)

Prof. Dr. Carlos Alberto Lima de Almeida (UES)

Profa. Kelly Gianezini (UNESC)



## PRÉ-VESTIBULAR SOCIAL DR. LUIZ GAMA: UM PROJETO DE EDUCAÇÃO DO COLETIVO DIREITO POPULAR DA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

*Carlos Alberto Lima de Almeida*  
(Universidade Estácio de Sá)

*Symone Mesquita de Oliveira*  
(Universidade Federal Fluminense)

**RESUMO:** Este artigo, elaborado como marco de reflexão sobre os quinze anos da Lei 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que alterou a Lei 9394/1996 para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira", trazendo atenção para a problemática das relações étnico-raciais no ambiente escolar e revelando a importância do tema no campo da política social brasileira, tem os seguintes objetivos: (1) noticiar a iniciativa dos alunos do curso de Direito da Universidade Federal Fluminense pela criação do Pré-vestibular social Dr. Luiz Gama como um projeto de educação jurídica popular; (2) refletir sobre a importância de se nominar um pré-vestibular social com o nome de Dr. Luiz Gama; (3) resgatar a importância da abordagem das questões étnico-raciais na formação dos alunos dos cursos de licenciatura, tecnólogo e bacharelado.

**Palavras-chave:** Lei 10.639/2003. Questões étnico-raciais. Educação jurídica popular. Luiz Gama. História e cultura afro-brasileira.

### 1 INTRODUÇÃO

A Lei 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que alterou a Lei 9394/1996 para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira", trazendo atenção para a problemática das relações étnico-raciais no ambiente escolar e revelando a importância do tema no campo da política social brasileira, completou quinze anos em 2018.

Tal iniciativa legislativa teve por objetivo promover de uma mudança nos discursos, raciocínios, lógicas, gestos, posturas, modo de tratar as pessoas negras, a partir da disseminação da história e cultura africanas, buscando-se especificamente desconstruir o mito da democracia racial na sociedade brasileira; mito este que desconsiderou as desigualdades seculares que a estrutura social hierárquica cria com prejuízos para os negros.

Por intermédio do Parecer CNE/CP nº 3/2004, decorrente do processo nº 23001.000215/2002-96, o Conselho Pleno se pronunciou sobre as diretrizes curriculares nacionais para a educação das relações étnico-raciais e para o ensino de história e cultura afro-brasileira e africana. O parecer foi homologado por despacho do Ministro, publicado no Diário Oficial da União de 19/5/2004, Resolução Nº 1, de 17 de junho de 2004.

O Parecer CNE/CP nº 3/2004 é estruturado em três partes, sendo a primeira destinada ao relatório, por intermédio do qual são fixados, entre outros pontos relevantes os destinatários do trabalho e os princípios que devem nortear o enfrentamento do tema no ambiente escolar. Para os fins deste trabalho, queremos destacar, entre as determinações do CNE, instituindo o que vem

a ser a abordagem dos conteúdos referentes ao ensino da História e Cultura Afro-brasileira e Africana, um recorte específico relacionado à abordagem cultural, com vistas à divulgação e estudo da participação dos africanos e de seus descendentes em episódios da história do Brasil, na construção econômica, social e cultural da nação, destacando-se a atuação de negros em diferentes áreas do conhecimento, de atuação profissional, de criação tecnológica e artística, de luta social.

Ao lado de Zumbi, Luiza Nahim, Aleijadinho, Padre Maurício, Cruz e Souza, João Cândido, André Rebouças, Teodoro Sampaio, José Correia Leite, Solano Trindade, Antonieta de Barros, Edison Carneiro, Lélia Gonzáles, Beatriz Nascimento, Milton Santos, Guerreiro Ramos, Clóvis Moura, Abdias do Nascimento, Henrique Antunes Cunha, Tereza Santos, Emmanuel Araújo, Cuti, Alzira Rufino, Inaicyrá Falcão dos Santos, estava mencionado o nome de Luiz Gama, reconhecido como advogado pela Ordem dos Advogados do Brasil no dia 3 de novembro de 2015, portanto, 133 anos após a sua morte.

Em janeiro de 2018, no dia do aniversário do primeiro autor deste trabalho, a Lei 13.628 inscreveu no Livro dos Heróis da Pátria o nome de Luís Gonzaga Pinto da Gama - Luiz Gama, e a Lei 13.629 declarou o advogado Luiz Gama Patrono da Abolição da Escravidão do Brasil. Este artigo, concluído no dia 11 de agosto de 2018, tem os seguintes objetivos: (1) noticiar a iniciativa dos alunos do curso de Direito da Universidade Federal Fluminense pela criação do Pré-vestibular social Dr. Luiz Gama; (2) refletir sobre a importância de se nominar um pré-vestibular social com o nome de Dr. Luiz Gama; (3) resgatar a importância da abordagem das questões étnico-raciais na formação dos alunos dos cursos de licenciatura, tecnólogo e bacharelado.

## **2 PRÉ-VESTIBULAR SOCIAL DR. LUIZ GAMA**

No dia 4 de julho de 2018, a edição digital do Jornal O Fluminense noticiava “Alunos da UFF criam Vestibular Solidário”.

Inscrição para alunos deve começar a partir da segunda quinzena de julho  
O Coletivo Direito Popular, fundado por estudantes da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), criou o pré-vestibular social, 100% gratuito. A iniciativa está na primeira fase, que é a captação de professores e colaboradores voluntários.  
O projeto tem como objetivo aproximar as temáticas do Direito às periferias, materializando os discursos críticos ensinados na faculdade. De acordo com Paulo Henrique, um dos fundadores, a ideia é promover o despertar e interesse dos alunos para a construção de um mundo melhor com acesso à Educação e Cultura. “Prática popular, essa é a nossa proposta”, acrescentou.  
O voluntário e advogado especializado em Educação, Carlos Alberto Lima de Almeida, comentou “essa ação me sensibilizou por guardar, na minha interpretação, relação direta com o princípio da solidariedade que se encontra em nossa Constituição Federal. Tive parte da minha formação acadêmica na universidade pública, no mestrado e doutorado.

Fazer parte do Vestibular Solidário significa a possibilidade de poder retribuir o que a sociedade investiu em mim”.

Neste sábado, 7, às 10h, acontecerá a primeira atividade de formação dos educadores. Já são mais de 50 voluntários cadastrados. O encontro será na Faculdade de Direito da UFF, na Av. Presidente Pedreira, s/n, no Ingá. Na ocasião, será apresentada a filosofia e propostas aos participantes.

A inscrição para os alunos interessados tem previsão de início a partir da segunda quinzena de julho de 2018. E, as aulas estão previstas para começar na primeira semana de agosto. Para mais informações sobre o pré-vestibular social acessar o link <https://www.facebook.com/ColetivoDireitoPopular/> (O FLUMINENSE, 2018).

A primeira reunião dos voluntários ocorreu no dia 7 de julho de 2018, ocasião em que os universitários dividiram seus sonhos com profissionais de diferentes áreas que compareceram em apoio à iniciativa. No dia 29 de julho de 2018, a edição digital de O Globo noticiava “Faculdade de Direito da UFF promove pré-vestibular gratuito”, levando ao público a informação da abertura das inscrições para o pré-vestibular gratuito Doutor Luiz Gama. O sonho do universitário Paulo Henrique Lima e de seus companheiros do Coletivo Direito Popular já movimentava as redes sociais e alcançava grande repercussão como reconhecia a matéria publicada.

Faculdade de Direito da UFF promove pré-vestibular gratuito

Inscrições podem ser feitas até 11 de agosto

NITERÓI - A Faculdade de Direito da UFF está com inscrições abertas para o pré-vestibular gratuito Doutor Luiz Gama. A iniciativa inédita é do Coletivo Direito Popular da UFF, grupo formado por docentes e discentes da universidade que tem como objetivo atender, prioritariamente, a jovens de baixa renda e de escolas públicas da região.

O curso será realizado entre 11 de agosto e 3 de novembro — um dia antes da primeira prova do Enem. As aulas serão ministradas aos sábados, das 9h às 18h, no prédio da Faculdade de Direito da UFF, no Ingá. As inscrições podem ser feitas até o dia 11, data em que ocorre a aula inaugural, e podem ser realizadas por meio de formulário disponível no Facebook do coletivo. O comparecimento à aula inaugural é obrigatório para confirmação da matrícula. Não há prova nem limite de vagas.

Coordenador da iniciativa, Paulo Henrique Lima detalha que, até o momento, o curso já tem mais de cem voluntários, entre eles professores da rede estadual e municipal, assistentes sociais, advogados e estudantes universitários, que darão aulas e promoverão debates no curso. Apesar de se tratar de uma iniciativa da Faculdade de Direito, as aulas oferecidas contemplarão todas as disciplinas e áreas exigidas no Enem, estando aberto, assim, a vestibulandos de quaisquer cursos.

Outras informações podem ser obtidas pelo Facebook do Coletivo Direito Popular da UFF. A Faculdade de Direito da fica na Rua Presidente Pedreira, 62, Ingá (MOURÃO, 2018).

Este artigo começou a ser escrito no dia 10 de agosto de 2018, véspera da aula inaugural do Pré-vestibular social Luiz Gama. Em postagem na rede social Facebook, LIMA (2018), no dia do seu aniversário, manifestou sua expectativa:

Amanhã a Faculdade de Direito da UFF será um Quilombo!

Nunca na nossa história tantas pessoas negras e periféricas ocuparam juntas àquele espaço no mesmo dia! O primeiro passo para ressignificar o Direito, que nunca será "justo" enquanto for o retrato da nossa desigualdade histórica.

Àqueles que falam em "Direito", mas não contratam e não oferecem oportunidades às pessoas negras... àqueles que criticam o racismo, mas naturalizam que nas universidades, nos espaços de comando, representação e até em seus próprios escritórios, negros só entrem para cumprir trabalhos precários precisam urgentemente entender que são tão

racistas quanto quem nos chama de macaco. A pior face do racismo é a invisível, é o Racismo Institucional.

No dia do Advogado, protegidos por Xangô e com os ensinamentos do meu maior mestre, o grande Edésio, fundaremos o Curso Dr. Luiz Gama! É um dia histórico, para se falar em sonhos, em Justiça e em luta pela Liberdade! 500 alunos nos esperam e com eles vamos criar um Direito Popular que será uma ferramenta diária de luta pela Periferia!

Se a esquerda não vai na favela, a favela vai ocupar a casa da esquerda. Educação Jurídica Popular é verbo e Materializar o Discurso é o lema do nosso bonde! Vem com a gente fazer história!

Para os autores deste trabalho, voluntários no Pré-vestibular social Luiz Gama, o dia 11 de agosto também marca a celebração da implantação dos cursos jurídicos no Brasil. Neste contexto, em 11 de agosto de 2018, fazendo jus a importância da implantação dos cursos jurídicos do Brasil, alunos da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, dentre eles estudantes e voluntários da UFF e de outros espaços, organizados sob a denominação Coletivo Direito Popular, buscam transformar em realidade o sonho do Pré-vestibular social Dr. Luiz Gama, patrono da Abolição da Escravidão do Brasil.

### **3 A IMPORTÂNCIA DE SE NOMINAR UM PRÉ-VESTIBULAR SOCIAL COM O NOME DR. LUIZ GAMA**

A homenagem a Luiz Gama, prestada pela Ordem dos Advogados do Brasil no ano de 2015, foi um importante marco de reparação histórica em relação aos seres humanos escravizados na história brasileira. Na perspectiva de um diálogo interdisciplinar envolvendo a Educação e o Direito destacamos a importância de coordenadores e professores de instituições de ensino da educação básica se debruçarem para melhor exame do Parecer CNE/CP 003/2004, para compreenderem a amplitude dos conteúdos e o modo de abordagem e de desenvolvimento indicados. Luiz Gama deve ser visto, neste contexto, como um exemplo, ao lado de figuras históricas, como as já mencionadas, de Zumbi, Luiza Nahim, Aleijadinho, Padre Maurício, Cruz e Souza, João Cândido, André Rebouças, Teodoro Sampaio, José Correia Leite, Solano Trindade, Antonieta de Barros, Edison Carneiro, Lélia Gonzáles, Beatriz Nascimento, Milton Santos, Guerreiro Ramos, Clóvis Moura, Abdias do Nascimento, Henrique Antunes Cunha, Tereza Santos, Emmanuel Araújo, Cuti, Alzira Rufino e Inaicyr Falcão dos Santos.

[...] Luiz Gama permaneceu em São Paulo até a morte, em 1882, atuando bravamente como advogado dos escravos, poeta, jornalista combativo e maçom pela causa da liberdade. E tudo isso diante da “adversidade” de ser negro e ex-escravo, que conquistou sua própria alforria, com cultura geral e específica jurídica, embora tenha sido vetado seu ingresso na Faculdade de Direito de São Paulo. Luiz Gama foi único, pois nunca se curvou ao preconceito. Também não cultivou qualquer espécie de ódio racial no sentido contrário, o que seria contradição insanável. Fez da tribuna do direito e do jornalismo a forma de combate à escravidão e qualquer forma de exploração do homem pelo próprio homem. Para escravos colocava anúncios em jornais oferecendo-lhes para defesa gratuita. (CÂMARA, 2010, p. 20).

A homenagem ao advogado dos escravos, já havia sido feita pelo primeiro autor por ocasião da conclusão do seu doutorado em Política Social na Universidade Federal Fluminense.

Explico que pedi licença ao leitor para prestar uma homenagem a Luiz Gama, neste trabalho de conclusão do meu doutorado, porque desde que iniciei essa caminhada, eu advogado neto de negro fiscal de bonde, me identifiquei com a história desse marcante personagem da história brasileira, que para muitos alunos de nossas escolas, assim como para mim outrora, é apenas um desconhecido (ALMEIDA, 2014, p. 165).

Resgatar a história de Luiz Gama importa em transmitir às novas gerações que ele foi admirado e seguido por personagens como Rui Barbosa e Castro Alves, que “estudaram na famosa Faculdade de Direito de São Paulo. Pouco antes, para Luiz Gama, a mocidade estudantil recusou seu ingresso pela condição de negro em plena escravidão. Anos após, tentaram corrigir o erro, mas já era tarde” (CÂMARA, 2010, p. 19).

Escrever sobre Luiz Gama é um desafio. Quem pode afirmar, com precisão, quem foi esse personagem da história brasileira inscrito no Livro dos Heróis da Pátria declarado Patrono da Abolição da Escravidão do Brasil? Para Molina (2018, 158) “é na retrospectiva – a partir da morte de Luiz Gama, o poeta, o pai, o advogado, o orador, o jornalista, o amigo, o ex-escravo – que a sua história é possível”.

Escrever ou falar sobre Luiz Gama é também falar sobre o Brasil invisível, de uma história não contada nas escolas, da invisibilidade reservada aos negros sob o discurso da democracia racial em nosso país. Quantas versões oficiais serão necessárias para resgatar a verdadeira história sobre a escravidão negra no Brasil?

Neste contexto, a escolha do nome de Luiz Gama para um pré-vestibular social proporciona a visibilidade de uma história esquecida, que poderá ser recontada e difundida noutra perspectiva, como dito por Lima (2018) ao falar sobre a iniciativa do Coletivo Direito Popular: “O primeiro passo para ressignificar o Direito, que nunca será "justo" enquanto for o retrato da nossa desigualdade histórica”.

Não se tem aqui, portanto, uma pretensão de discorrer sobre a biografia de Luiz Gama, mas sim, de trazer ao centro do debate, a importância de se dar o nome desse personagem da história brasileira a um projeto de pré-vestibular social, que pretende abrir as portas da universidade pública para aqueles que antes nunca pensavam que essa possibilidade pudesse se concretizar.

Trazer o nome de Luiz Gama para a iniciativa dos alunos da Universidade Federal Fluminense proporciona uma oportunidade de problematizar várias questões sobre a realidade racial em nosso país, como, por exemplo, a Lei n. 1, de 1837, em que Paulino José Soares de Sousa,



Presidente da Província do Rio de Janeiro, fez saber que a Assembléa Legislativa Provincial Decretou, e ele sancionou o diploma legal que em seu artigo 3º proibia de frequentar as escolas públicas “Os escravos, e os pretos Africanos, ainda que sejam livres ou libertos” (BRASIL, 1837).

Neste contexto, portanto, torna-se fundamental provocar uma reflexão sobre o denominado mito da democracia racial, sintetizado pela distância entre o discurso e a prática dos preconceitos, da discriminação entre brancos e negros no Brasil. Não é um tema simples, pois como recortado na reflexão de RIBEIRO (2017) para alguns é apenas “mimimi”. GUIMARÃES (2002, p. 165) anota que esse mito se esgota como discurso acadêmico, ainda que, como discurso político, sobreviva com alguma eficiência.

Finalizando nossas reflexões sobre o advogado dos escravos, importa dizer:

[...] Luiz Gama permaneceu em São Paulo até a morte, em 1882, atuando bravamente como advogado dos escravos, poeta, jornalista combativo e maçom pela causa da liberdade. E tudo isso diante da “adversidade” de ser negro e ex-escravo, que conquistou sua própria alforria, com cultura geral e específica jurídica, embora tenha sido vetado seu ingresso na Faculdade de Direito de São Paulo. Luiz Gama foi único, pois nunca se curvou ao preconceito. Também não cultivou qualquer espécie de ódio racial no sentido contrário, o que seria contradição insanável. Fez da tribuna do direito e do jornalismo a forma de combate à escravidão e qualquer forma de exploração do homem pelo próprio homem. Para escravos colocava anúncios em jornais oferecendo-lhes para defesa gratuita. (CÂMARA, 2010, p. 20).

Trazer ao centro do debate a importância da temática étnico-racial na formação dos alunos dos cursos de licenciatura, tecnólogo e bacharelado é o desafio de reflexão que nos propomos na próxima etapa deste trabalho.

#### **4 A IMPORTÂNCIA DA ABORDAGEM DAS QUESTÕES ÉTNICO-RACIAIS NA FORMAÇÃO DOS ALUNOS DOS CURSOS DE LICENCIATURA, TECNÓLOGIA E BACHARELADO**

Qual a importância da abordagem que se propõe?

Essa pergunta pode ser respondida partindo da hipótese de que no imaginário e no ideal coletivo o Brasil era um país em que desde a abolição da escravatura coexistiriam pacificamente as diferentes raças. A democracia racial, mais que um ideal, era um mito.

“Portanto, as circunstâncias histórico-sociais apontadas fizeram com que o mito da ‘democracia racial’ surgisse e fosse manipulado como conexão dinâmica dos mecanismos societários de defesa dissimulada de atitudes, comportamentos e ideais ‘aristocráticos’ da ‘raça dominante’. Para que sucedesse o inverso, seria preciso que ele caísse nas mãos dos negros e dos mulatos; e que estes desfrutassem de autonomia social equivalente para explorá-lo na direção contrária, em vista de seus próprios fins, como um fator de democratização da riqueza, da cultura e do poder” (Fernandes, 1965: 205 *apud* GUIMARÃES, 2002, p. 155)

Ao apresentar resultado de pesquisa (ALMEIDA, 2015) realizada no período de fevereiro de 2014 a janeiro de 2015, financiada pela Universidade Estácio de Sá a partir da seleção realizada por intermédio do Edital Pesquisa Produtividade 2014, envolvendo uma amostra de alunos do curso de direito da referida instituição de ensino superior nas unidades do município do Rio de Janeiro, o primeiro autor percebeu que naquele ano de 2015 já era possível afirmar que havia ocorrido uma significativa mudança na imaginação nacional, em que se deixou para trás a noção antes construída da existência de uma democracia racial para se perceber a existência de uma ordem social racista, de desigualdades raciais e da necessidade que se desenvolvessem políticas em prol do reconhecimento dos valores negros no processo civilizatório nacional, especialmente a partir da Constituição Brasileira de 1988.

Foi possível constatar, por exemplo, que as características fenotípicas são preponderantes para definição do padrão brasileiro de relações raciais: O exame dos dados quantitativos relacionados ao critério que cada aluno se utilizava para definir a auto indicação de sua cor ou raça revelou que para 54,4% dos pesquisados a cor da pele era o fator determinante. Neste contexto, tornou-se relevante destacar que o conjunto relacionado às características fenotípicas, nestas compreendidas as opções cor da pele (54,4%), fisionomia (2,4%) e cabelo (1,7%), expressava a preferência de mais da metade dos entrevistados (58,5%).

Porém, quando a questão envolvia a definição da cor do outro, nas respostas apresentadas pelos alunos a cor da pele foi o determinante para 59,3% dos pesquisados. O conjunto relacionado às características fenotípicas, nestas compreendidas as opções cor da pele (59,3%), fisionomia (5,8%) e cabelo (1,8%), expressou a preferência de mais da metade dos entrevistados, alcançando a representativa marca de 66,9% dos alunos. Tal conjunto de informações ajudou a entender a lógica do padrão brasileiro de relações raciais, apontado como de marca, afinal a marca que os negros carregam se relacionam diretamente com suas características fenotípicas.

Existe racismo no Brasil: os alunos entrevistados foram contundentes ao afirmar que existe racismo no Brasil, afinal 925 responderam sim, representando 93% da amostra. Os alunos não se consideram racistas: quando questionados se consideravam eles próprios racistas, 906 alunos responderam que não, representando 91,1% da amostra. É importante destacar que apesar da expressiva resposta, ainda assim foram encontrados 65 alunos que admitiram que eram “mais ou menos” racistas, representando 6,5% da amostra. Finalmente, 18 alunos responderam que eram racistas e 5 alunos assinalaram a opção “sem declaração”, representando cada subconjunto, respectivamente, 1,9% e 0,5 da amostra.

Considerando que eram alunos do Curso de Direito é que o racismo é crime, a existência de um grupo de 65 alunos neste subconjunto formado por “racistas/mais ou menos racistas/sem declaração” deveria merecer atenção por parte dos profissionais da educação que integram a equipe de colaboradores da Universidade Estácio de Sá. Tais pontos foram fundamentais para a criação do projeto de extensão social Núcleo de Estudos Afro-brasileiros e indígenas na Universidade Estácio de Sá e, posteriormente, o Núcleo de Extensão e Pesquisa de Acessibilidade e Inclusão.

Porém, ao investigar a percepção dos alunos sobre o conteúdo estudado ou a ser estudado no curso de Direito que guardem relação com a questão racial no Brasil e/ou com políticas educacionais e de estratégias pedagógicas de valorização da diversidade, a fim de superar posturas preconceituosas de cunho étnico-racial, as respostas apresentadas foram instigantes, exatamente por demonstrarem a dificuldade de associação do curso de Direito com as questões étnico-raciais brasileiras.

Temas como ações afirmativas, escravidão, direitos dos quilombolas, a diferença entre racismo e injúria racial, juristas negros brasileiros, leis que se relacionam com a questão racial brasileira, o papel do Estado em relação às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, o tratamento a ser dispensado aos documentos e aos sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, entre outros exemplos, demonstravam o desafio de trabalhar a temática étnico-racial no curso de Direito.

Porém, se de um lado podemos problematizar como os futuros advogados, defensores públicos, juízes, promotores de justiça, entre outros profissionais do Direito, se apropriam de conceitos relacionados a temas como “racismo”, “antirracismo”, “preconceito”, “discriminação racial”, entre outros tantos, também podemos pensar como tais questões se inserem na formação dos demais cursos de bacharelado, bem como nos tecnólogos e de licenciatura.

## **5 CONCLUSÃO**

Os dados apontados na pesquisa citada tornam evidente que a inserção de temáticas ligadas às questões raciais se fazem pertinentes não só na educação básica, conforme estabelecido pela lei 10.639/2003, e ampliado pela lei 11.645/2008, que incluiu a obrigatoriedade do ensino da história e da cultura indígena, mas também nos cursos de ensino superior, onde a falta de abordagem em questões ligadas ao racismo, ao antirracismo, e à história e cultura negra e indígena, causam reflexos profundos na manutenção do racismo estrutural e na permanência do mito da democracia racial em nossa cultura.

Neste sentido, é simbólica a fundação do pré-vestibular social Dr. Luiz Gama na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Em primeiro lugar, por ter como objetivo a inserção de pessoas de periferia, cuja a presença no interior de uma faculdade de Direito, curso tradicionalmente ocupado pelas elites, já traz contornos evidentes de crítica às estruturas raciais dominantes. Em segundo lugar, por homenagear no seu nome, Dr. Luiz Gama, trazendo como símbolo da inserção de pessoas negras e de periferia na Faculdade a figura do advogado dos escravos, que enfrentou um sistema de justiça racista ao lutar pela liberdade de diversos sujeitos escravizados ao longo da sua vida, e ao colocar-se como rábula, quando lhe era negada a possibilidade de portar-se como advogado pela sua cor.

Por fim, nós, autores, que também somos advogados e pesquisadores, e que também estivemos presentes nesse 11 de agosto de 2018 na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, pudemos ver o sonho do jovem negro Paulo Henrique Lima e de seus companheiros do Coletivo Direito Popular se tornando realidade.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, C. A. L. **No meio do caminho tinha uma pedra**: a política social de proteção à criança e ao adolescente no Brasil. Dissertação de Mestrado. 2005. Disponível em: <[http://www.bdtd.ndc.uff.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=1307](http://www.bdtd.ndc.uff.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1307)>. Acesso em: 20 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. **O Curso de Direito e a Questão Racial**: Racismo e Relações Étnico-raciais a partir de um Estudo Quantitativo com Alunos do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá. In: Cleyson de Moraes Mello; Guilherme Sandoval Goes. (Org.). Diálogos Jurídicos na Contemporaneidade: Estudos Interdisciplinares em Homenagem ao Professor José Maria Pinheiro Madeira. 1ª ed., Juiz de Fora: Editar Editora Associada, 2015, p. 113-125.

\_\_\_\_\_. ALMEIDA, M. G. S. L. **A Questão Racial Pós-Escravatura**: um estudo em perspectiva comparada da ordem jurídica do Brasil e dos Estados Unidos. In: Fernanda Duarte; Rafael Mario Iorio Filho; Roberto Kant de Lima. (Org.). O Judiciário nos Estados Unidos e o Brasil: análises críticas e pesquisas comparadas. 1ed. Rio de Janeiro: CRV, 2015, p. 17-42.

ANDRADE, C. D. **Negra** In: Menino antigo. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1973. Disponível em: <<http://www.algumapoesia.com.br/drummond/drummond12.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 9.394/1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 10.639/2003**. Altera a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira", e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.639.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.639.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 11.645/2008**. Altera a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, modificada pela Lei no 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena". Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2007-2010/2008/Lei/L11645.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2008/Lei/L11645.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 11.274/2006**. Altera a redação dos arts. 29, 30, 32 e 87 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, dispondo sobre a duração de 9 (nove) anos para o ensino fundamental, com matrícula obrigatória a partir dos 6 (seis) anos de idade. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2004-2006/2006/Lei/L11274.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2006/Lei/L11274.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 12.288/2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 13.628/2018**. Inscreve no Livro dos Heróis da Pátria o nome de Luís Gonzaga Pinto da Gama - Luiz Gama. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2015-2018/2018/Lei/L13628.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2018/Lei/L13628.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 13.629/2018**. Declara o advogado Luiz Gama Patrono da Abolição da Escravidão do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ ato2015-2018/2018/lei/L13629.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2015-2018/2018/lei/L13629.htm)>. Acesso em: 11 ago. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei de 11 de agosto de 1827**. Crêa dous Cursos de sciencias juridicas e sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/sn/1824-1899/lei-38401-11-agosto-1827-566698-publicacaooriginal-90225-pl.html>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº. 259/1999**. Dispõe sobre a obrigatoriedade da inclusão, no currículo oficial da Rede de Ensino, da temática — História e Cultura Afro-Brasileira|| e dá outras providências. Diário da Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 20 de março de 1999.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº. 259-A**, de 1999. Dispõe sobre a obrigatoriedade da inclusão, no currículo oficial da Rede de Ensino, da temática — História e Cultura Afro-Brasileira e dá outras providências. Diário da Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 05 de ago.1999.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº. 259-B**, de 1999. Dispõe sobre a obrigatoriedade da inclusão, no currículo oficial da rede de ensino, da temática —História e Cultura Afro-Brasileira|| e dá outras

providências; tendo pareceres: da Comissão de Educação, Cultura e Desporto, pela aprovação (Relator: Deputado Evandro Milhomem); e da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, (Relator: Deputado André Benassi). Diário da Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 09 nov. 2001.

\_\_\_\_\_. Comissão de Constituição e Justiça e Redação **Projeto de Lei nº. 259-C**, de 1999, Redação Final. Dispõe sobre a obrigatoriedade da inclusão, no currículo oficial da Rede de Ensino, da temática — História e Cultura Afro-Brasileira e dá outras providências. Brasília - DF, jun. 2000.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 3.198**, de 2000. Institui o Estatuto da Igualdade Racial, em defesa dos que sofrem preconceito ou discriminação em função de sua etnia, raça e/ou cor, e dá outras providências. Diário da Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 16 de jun.2000.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº. 213/2003**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial, em defesa dos que sofrem preconceito ou discriminação em função de sua etnia, raça e/ou cor, e dá outras providências. Diário do Senado Federal. Brasília, DF, 29 de mai.2003.

BRASIL. Ministério da Educação – SECAD. Parecer 03/2004, de 10 de março, do Conselho Pleno do CNE, aprova o projeto de resolução nº 1, de 17 de jun. 2004 das Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana. Brasília – DF, 2004

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. **Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana**. Brasília (DF), 10 de março de 2004.

\_\_\_\_\_. **Resolução 01/2004** – Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro Brasileira e Africana. Brasília – DF, 17 jun. 2004.

\_\_\_\_\_. **Regimento Interno do Conselho Nacional de Educação**. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=14302%3Acne-missao&catid=323%3Aorgaos-vinculados&Itemid=754](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=14302%3Acne-missao&catid=323%3Aorgaos-vinculados&Itemid=754)>. Acesso em: 2 nov. 2012.

BRESCIANI, S.; NAXARA, M. **Indagações sobre uma questão sensível**. In: BRESCIANI, Stella; NAXARA, Márcia (Org.). Memória e (res)sentimento: indagações sobre uma questão sensível. Campinas: Unicamp, 2004, p. 9-36.

CÂMARA, N. **O Advogado dos Escravos**: Luiz Gama. São Paulo: Lettera.doc, 2010.

FACHIN, L. E.; RUZYK, C. E. P. Verbete **Princípio da Dignidade humana (no Direito Civil)**. In: Dicionário de Princípios Jurídicos. TORRES, R. L.; KATAOKA, E. T. e GALDINO, F. (Organizadores). TORRES, S. F. (Supervisora). Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 306-320.

FERNANDES, F. O negro no mundo dos brancos. 2ª ed. revista. São Paulo: Global, 2007.

FREITAG, B. **Escola, Estado e Sociedade**. 4ª ed. São Paulo: Moraes, 1980.

GARCIA, A. dos S. **Desigualdades Raciais e Segregação Urbana em Antigas Capitais**: Salvador, cidade D'Oxum e Rio de Janeiro, Cidade de Ogum. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

GOMES, A. P. P. **O Negro**: Individual, Coletivo, Self, Raça e Identidade: Algumas Questões sobre o Tornar-se Negro e a Autorrejeição. *Cronos*, v. 8, n. 2. Natal, 2007, p. 529-546. Disponível em: <<http://www.cchla.ufrn.br/cronos/pdf/8.2/a3.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2011.

GUIMARÃES, A. S. A. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 1999.

\_\_\_\_\_. **Classes, raças e democracia**. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 2002.

\_\_\_\_\_. **Preconceito Racial**: Modos, Temas e Tempos. Cortez editora: São Paulo, 2008.

\_\_\_\_\_. **Discriminação e preconceito raciais**. In: Notícias e reflexões sobre discriminação *racial*. PAIVA, A. R. (Orgs.) Rio de Janeiro: Ed. PUC-RIO: PALLAS, 2008b, p.97-102.

GRIN, M. **Raça** – debate público no Brasil. Rio de Janeiro: Mauad X: FAPERJ, 2010.

IBGE. **Primeiros resultados definitivos do Censo 2010**: população do Brasil é de 190.755.799 pessoas. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=1866&id\\_pagina=1](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1866&id_pagina=1)>. Acesso em: 27 set. 2011.

JORGE, S.; YUCA, M.; CAPELETE, W. **A carne**. Intérprete: Elza Soares. In: SOARES, E. Beba me Elza Soares Ao Vivo. São Paulo: Sarapuí Produções Artísticas Ltda., 2007. DVD, Faixa 14.

KOUBI, G. **Entre sentimentos e ressentimentos**: as incertezas de um direito das minorias. In: BRESCIANI, S.; NAXARA, M. (Org.). Memórias e (res)sentimentos: indagações sobre uma questão sensível. Campinas: Unicamp, 2004, p. 529-554.

LIMA. P. H. **Postagem em rede social**. Facebook. Disponível em: <<https://www.facebook.com/phlima50123>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

LOPES, M. A. R. **Comentários à Lei de Diretrizes e Bases da Educação**: Lei 9.394, de 26.12.1996: Jurisprudência sobre educação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MEDEIROS, C. A. **Na Lei e na Raça**: Legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

MOLINA, D. A. **Luiz Gama**. A vida como prova inconcussa da história. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v32n92/0103-4014-ea-32-92-0147.pdf>> Acesso em: 11 ago. 2018.

MORAES, G. K. **História da cultura afro-brasileira e africana nas escolas da educação básica**: igualdade ou reparação. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade de Sorocaba. Sorocaba, 2009. Disponível em:



<[http://educacao.uniso.br/prod\\_cientifica/alunos/2009/Gisele Karin de Moraes.pdf](http://educacao.uniso.br/prod_cientifica/alunos/2009/Gisele_Karin_de_Moraes.pdf)>. Acesso em: 27 out. 2012.

MOURÃO, G. **Faculdade de Direito da UFF promove pré-vestibular gratuito**. O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/bairros/faculdade-de-direito-da-uff-promove-pre-vestibular-gratuito-22927125>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

NOGUEIRA, C. M. M.; NOGUEIRA, M. A. **A sociologia da educação de Pierre Bourdieu: limites e contribuições**. Educ. Soc., Campinas, v. 23, n. 78, abr. 2002. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-73302002000200003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302002000200003&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 19 nov. 2012.

O FLUMINENSE. Alunos da UFF criam Vestibular Solidário. Disponível em: <<http://www.ofluminense.com.br/pt-br/cidades/alunos-da-uff-criam-vestibular-solid%C3%A1rio>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

ORÍ, R. **Educação: Cidadania: Diversidade Cultural**. In: Revista Humanidades, n. 43. Brasília, 1997. p. 151-159.

PADINHA, M. do S. R.; FARES, J. A. **Narrativas orais, Educação e Memória**. In: Wilma de N. B. C. (Org.). **Educação e Relações Raciais: conceituação e historicidade**. 1ed. São Paulo: Editora Livraria da Física, 2010, p. 127-150.

PAIXÃO, M. **Manifesto Anti-racista: ideias em prol de uma utopia chamada Brasil**. Rio de Janeiro: DP&A; LPP/UERJ, 2006.

PAIXÃO, M.; ROSSETTO, I.; MONTOVANELE, F.; CARVANO, L. M. (Orgs.) **Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil; 2009-2010: Constituição Cidadã, seguridade social e seus efeitos sobre as assimetrias de cor ou raça**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

RIBEIRO, D. **O que é: lugar de fala?** Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2017.

SALES JR., R. **Democracia racial: o não-dito racista**. Tempo soc., São Paulo, v. 18, n. 2, Nov. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702006000200012&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702006000200012&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 05 nov. 2012.

SCOTT, J. W. **O enigma da igualdade**. Estudos Feministas, v. 13, n. 1. Florianópolis: UFSC, 2005. p. 11-30.

SILVA, A. P.; BRANDÃO, A.; MARINS, M. T. A. de. **Educação Superior e Relações Raciais**. Niterói: UFF, 2009.

SISS, A. **Afro-brasileiros e qualidade da educação: transformações e possibilidades**. In CAMPOS, Marília Lopes de. SANTOS, Ana Cristina Souza dos. (Orgs.). **Diversidade e Transversalidade nas práticas educativas**. Rio de Janeiro: Nau: EDUR, 2010.

VASCONCELLOS, C. dos S. **Coordenação do Trabalho Pedagógico: do projeto político-pedagógico ao cotidiano da sala de aula**. (Subsídios Pedagógicos Libertad). 4ª ed. São Paulo: Libertad, 2000.





# RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS E CONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA TRIDIMENSIONAL REALEANA

*Carolina Ribeiro de Santana Menezes Carvalhal França*  
(Faculdade AGES de Tucano/BA)  
carou\_lou@yahoo.com.br

*Antonio Cláudio da Silva Neto*  
(Faculdade AGES de Tucano/BA)  
antoniooc@faculdadeages.edu.br

**RESUMO:** Considerando a transformação histórica do juízo de valor externado pela sociedade frente ao racismo, este trabalho tem como objetivo analisar estas expressões no Brasil sob a perspectiva interdisciplinar da Teoria Tridimensional do Direito. Desse modo, partimos de uma pesquisa bibliográfica sobre as manifestações de Racismo no Brasil e sobre os aspectos jurídicos envolvidos, com foco na aplicação judicial das demandas raciais, bem como da utilização de análise documental, através da realização de *case brief* de julgamento específico. Em seguida, utilizamos a abordagem qualitativa de análise de conteúdo para relacionar as expressões do Racismo e a Teoria Tridimensional do Direito. Enquanto resultados, pode-se inferir que as normas jurídicas brasileiras tutelam o valor moral da igualdade racial, bem como estabelecem supostos jurídicos com efeitos coercitivos aos fatos emanados pelo racismo, enquanto acontecimento anormal que fere a dignidade humana.

**Palavras-chave:** Racismo. Constitucionalismo. Teoria tridimensional.

## 1 INTRODUÇÃO

Devido ao longo período histórico marcado pela escravidão no Brasil, observa-se que os valores de superioridade e dominação sobre os negros ainda persistem na sociedade atual como uma forte herança cultural, embora se manifestem, muitas vezes, de forma sutil e imperceptível. Hodiernamente, a normatividade jurídica brasileira expressa princípios contra a discriminação e o racismo, verificando-se na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) a formalização que torna o racismo crime inafiançável e imprescritível. Contudo, diante de um contexto social, dinâmico e estrutural, no qual se defende uma concepção culturalista do direito, em que os valores incidem sobre um prisma de fatos sociais e se refratam em um leque de normas possíveis, o problema racial deve ser considerado em sua complexa dimensão coletiva e não em moldes restritos.

Nessa perspectiva, este estudo pretende revelar a problemática do racismo em seu contexto interdisciplinar, isto é, através de uma abordagem que aproxime as ciências direito e sociologia, propiciando uma visão imparcial do problema. Para tanto, as discussões que compõem esta pesquisa partem de uma concepção integral do fenômeno jurídico: a Teoria Tridimensional do Direito, formulada por Miguel Reale, para quem o direito assume um caráter trivalente que requer a dialética participação dos elementos fato, valor e norma. Assim, a realidade fático-

axiológico-normativa constitui uma unidade em que os três fatores encontram-se vinculados, ocorrendo uma interdependência entre os mesmos. Em contraponto à teoria normativista e reducionista de Hans Kelsen, denominada de teoria pura do Direito, a teoria tridimensional de Miguel Reale busca satisfazer necessidades sociais de justiça.

O percurso metodológico deste trabalho teve como ponto inicial uma revisão de literatura, responsável por contemplar os conceitos fundamentais ao desenvolvimento desta pesquisa, compondo seu aporte teórico a partir de Kelsen (1998), Reale (1999), Santos (1984), Bobbio (2004), Piovesan (2013) e outros. Em seguida, lastreou-se em uma pesquisa documental, intuída em identificar os elementos constitutivos da teoria tridimensional do direito em casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, para aferir a realidade fático-axiológico-normativa, apontada por Miguel Reale e suas influências nestas relações jurídicas. Com efeito, através das epistemologias relativas ao racismo em suas perspectivas constitucionais, realizaremos uma análise crítica da teoria tridimensional do direito e a aplicaremos ao caso concreto, a partir da crítica casuística na jurisdição brasileira, em decorrência da dimensão interdisciplinar entre Sociologia e Direito.

## **2 RELAÇÕES ÉTNICO-RACIAIS, DIREITO E RACISMO**

As construções discursivas pertinentes às relações étnico-raciais demarcam-se pelo tratamento subordinado não apenas à discriminação racial, que ocorre no plano individual, mas também ao racismo estrutural, responsável por inspirar e materializar as políticas públicas que são direcionadas à proteção da dignidade da pessoa humana da população negra. Por este motivo, ateremos a discussão em dimensões pontuais relativas ao Racismo presente nestas relações étnico-raciais, levando em consideração os pressupostos históricos que perpassam essas relações no território nacional e internacional. Neste sentido, Santos (1984) destaca a permanência do racismo estrutural no Brasil, ao citar a prevalência dos negros nas favelas e prisões. Considerando a hipótese de discussão sobre as semelhanças entre raça e classe social, bem como, racismo e discriminação social, este autor deixa claro que a desigualdade social, nesse país, tem cor.

Na obra “O que é racismo”, Santos (1984) incita importantes reflexões sobre o racismo no mundo ocidental e no Brasil. A sua vantagem consiste no uso de uma linguagem didática e o objetiva, contendo diversos exemplos práticos para tratar do problema racial e suas consequências. Na abordagem inicial, o autor define o racismo como um sistema de opressão que ressalta a superioridade de um grupo racial sobre outros, apoiado por teses “científicas”. Nesse sentido, compreende o racismo não apenas como uma atitude, mas também uma teoria racial que deve ser rebatida e desmontada. Porquanto, no que se refere às consequências do racismo

européu em relação a outros povos, o autor destaca que vinte milhões de africanos foram comercializados para a América, durante trezentos anos de escravidão, e um milhão de índios foram eliminados, em cinquenta anos. Sob esse prisma, o autor afirma que o racismo encontra-se enraizado na cultura e na cabeça dos homens, com características irracionais, sendo um desafio eliminá-lo das sociedades.

Santos (1984) também explica que o racismo não é fruto da natureza humana, mas surge da competição por espaço, apresentando longa duração na história da humanidade. Trata-se, portanto, de um fato social contrário à natureza do homem, para o qual o direito tem a missão de impor modificações. Segundo Durkheim, os fatos sociais são “maneiras de agir, de pensar e de sentir que apresentam essa notável propriedade de existirem fora das consciências individuais” (2007, p. 2). Este teórico reforça que “esses tipos de conduta ou de pensamento não apenas são exteriores ao indivíduo, como também são dotados de uma força imperativa e coercitiva em virtude da qual se impõem a ele, quer ele queira, quer não” (DURKHEIM, 2007, p. 2). Em síntese, a coletividade possui uma consciência própria que não é idêntica a dos indivíduos, uma vez que é fruto de uma interação, fusão, associação das consciências individuais, criando-se algo inerente à sociedade.

No que se refere ao racismo no Brasil, Santos (1984) ressalta que o problema é disfarçado pelo “mito da democracia racial”, o qual dificulta uma visão objetiva e imparcial da realidade, tanto para brancos como para negros. Assim, o autor convida as pessoas que acreditam na democracia racial brasileira a observar e analisar as notícias sobre a discriminação racial e o mundo ao seu redor. Com efeito, a principal causa dessa crença popular corresponde à dominação exercida pela elite detentora do poder, como forma de manter seus privilégios e sua tranquilidade. No passado, havia a discriminação racial sem conflito, denominada de paternalista. Nos tempos atuais, o desenvolvimento do capitalismo desencadeou outra forma de racismo, dessa vez, com conflito, a qual fora nomeada como “racismo aberto”.

Assim, quando os negros passaram a competir com os brancos pelos mesmos espaços, no contexto de ascensão do sistema capitalista, surgiram as expressões “abertas” do racismo no Brasil, em que alguns termos passaram a ser utilizados, comumente: “preconceito racial”; “discriminação racial” e “segregação racial”. A face aberta do racismo está associada com o papel social assumido, historicamente, pelos negros no Brasil. Então, o brasileiro sempre vira o negro assumindo alguns papéis desprezados socialmente: mendigo, empregado e operário. Quando um negro ascendia socialmente, como artista ou jogador, atribuía-se a sua “malandragem”. De fato, essa concepção orgânica, em que cada indivíduo assume posição social pré-definida na sociedade,

deu lugar à concepção individualista, durante o capitalismo, em que os negros passaram a desejar e a ocupar outros espaços, até então assumidos majoritariamente por brancos. Eis que surgem os primeiros militantes negros e a disseminação de alguns termos: “consciência negra”; “direitos humanos dos negros” e “quilombismo” (SANTOS, 1984).

Um exemplo de racismo institucional citado por Santos (1984) refere-se aos anúncios de emprego utilizados pelas empresas, em que consta a exigência por “boa aparência”. Ressalta-se, neste aspecto, que a aparência é determinada pelos padrões de beleza impostos pela sociedade, excluindo pessoas negras. Este autor também chama a atenção do leitor para observar determinados cargos e ocupações, como aeromoça, balconista de boutique, entre outros, os quais não são ocupados por negros. Como consequência do racismo estrutural, tem-se o “embranquecimento”, no sentido de que filhos ou netos de negros, através da miscigenação, tenham menos cor. Trata-se de um processo nem sempre consciente, em que mães podem desejar ter filhos “embranquecidos”, intuídas em livrá-los das mazelas que o racismo produz. Tal fenômeno também pode ser observado, até mesmo, em jogadores de futebol negros e ricos, que se casam, em sua maioria com mulheres brancas (SANTOS, 1984).

Nesse aspecto, o teórico supracitado aponta para dois exemplos de escritores negros que sofreram a obsessão do “embranquecimento”, embora tenham tido diferentes posturas. Enquanto Machado de Assis, na percepção do autor, fugiu dos problemas raciais; Lima Barreto assumiu a identidade de negro e pobre, tornando suas obras um meio de resistência contra um sistema social discriminatório. Desse modo, destacam-se algumas faces do racismo no Brasil. Primeiro, a possibilidade de que as vítimas desse sistema opressor se tornem igualmente racistas. Segundo, o uso extremo da força opressora, incluindo-se a pena de morte, através da manifestação do poder, direcionada aos rapazes das regiões mais pobres. Trata-se de uma ideologia fascista que considera, como causa da violência social, os crimes dos pobres, negros em sua maioria, sem considerar crimes dos ricos. Por fim, estamos diante da crença no mito da nação branca, da qual negros e índios não fazem parte (SANTOS, 1984).

Diante das problemáticas constatadas na perspectiva teórica apresentada, mister se faz administrar as possibilidades jurídicas perante a função maior do direito, buscar a justiça. Como um fenômeno social, o direito não pode ser alheio aos fatos existentes, contudo, não deve ser condicionado absolutamente aos mesmos. Em outros termos, quando a sociedade impõe fatos contrários à natureza social do homem, cabe ao direito superá-los, instrumentalizando valores humanos e promovendo modificações na sociedade. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 e as normas infraconstitucionais expressam um padrão de comportamento social contrário à

discriminação e ao racismo, que o Estado impõe à sociedade e que a mesma deve observá-lo. Assim, o enfrentamento jurídico na esfera penal evidencia-se no texto do artigo 5º, XLII, da CF/88: “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Ressalta-se, no entanto, que o reconhecimento da questão racial pelo Estado não se deu de forma natural e espontânea, considerando a persistência das forças dominantes disfarçadas pelo “mito da democracia racial”. Nesse foco, o engajamento político do movimento negro na Constituinte foi fundamental para agregar medidas afirmativas, transformativas e repressivas para o combate à discriminação racial (PIRES, 2012). A articulação de movimentos sociais, durante o processo de redemocratização (1987/1988), buscou afirmar identidades e politizar espaços desprezados pelo poder público (DOMINGUES, 2007). Com isso, a promoção e produção de atos; conferências; jornais e documentos que refletiam a demanda da população negra brasileira, pelos militantes do movimento, contribuíram para demonstrar a injustiça social camuflada pela naturalização das privações aos direitos.

Dentre as reivindicações incorporadas no texto constitucional, a criminalização do racismo; a titulação das terras por remanescentes de quilombos; as ações afirmativas e os direitos sociais, econômicos e culturais são considerados por Pires (2012) como políticas públicas de reconhecimento mais representativas. Todavia, embora regulamentadas pela legislação infraconstitucional, a criminalização da prática do racismo e a titulação dos territórios remanescentes do quilombo encontram inúmeras dificuldades em direção à eficácia social. Os adeptos da criminologia crítica são enfáticos ao afirmar que o embate à discriminação pela esfera penal não é nem eficiente nem adequado, diante do caráter racista das instituições de justiça criminal (PIRES, 2012). Em contrapartida, a luta antirracista para outras áreas de enfrentamento, como educação e mercado de trabalho, foi impulsionada pela ineficácia das normas penais no processo de transformação das hierarquias sociais, após a Constituição Federal de 1988 (PIRES, 2012). Nesse sentido, destaca-se a importância dos movimentos sociais para a conquista e efetivação de direitos que tutelem a igualdade racial.

Com efeito, no direito internacional, pode-se constatar que, a partir do preâmbulo da “Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial”, “para a doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, inexistindo justificativa para a discriminação racial, em teoria ou prática, em lugar algum”. O que permeia este argumento resolve o conflito entre o universalismo e o relativismo cultural, tendo em vista a taxativa impossibilidade de compor uma

ideia de superioridade com fulcro em qualquer critério em todas as dimensões sociais. Para Piovesan (2013), trata-se de adicionar a urgência para a adoção de todas as medidas pautadas na eliminação da discriminação racial em quaisquer das suas formas e expressões, bem como prevenir e extinguir as doutrinas e práticas racistas. Nesse foco, com vistas a transformar essa realidade opressora, buscou-se, nesse estudo, analisar o potencial do direito em promover a igualdade racial, sob uma perspectiva interdisciplinar, a Teoria Tridimensional.

### 3 A TEORIA TRIDIMENSIONAL REALEANA

A teoria tridimensional do Direito é pressuposto fundamental à filosofia jurídica. Seu elaborador, Miguel Reale, conseqüentemente, corresponde a importante teórico para o dever do pensamento jurídico, manifestado nas escolas que transitaram entre correntes que versam desde o direito natural às ideias mais contemporâneas em termos de elaboração, a exemplo do pluralismo jurídico e do direito achado na rua. Com efeito, Reale alicerça seu pensar na tríade fático-axiológico-normativa, consubstanciando-se nas dimensões do fato, do valor e da norma. Todavia, tal teoria encontra-se fincada nas epistemologias do culturalismo jurídico, que nasce com o pensamento kantiano, onde dispõe que o homem racional se ampara na cultura para escolher os próprios fins e, como consequência disto, ser livre. Destarte, a teoria tridimensional ilustra-se na superação do normativismo que dominava as discussões sobre o pensamento jurídico à época.

De acordo com Reale, Kelsen vislumbra, inicialmente, as “normas como *esquemas de interpretação* da experiência social possível, experiência que só é propriamente jurídica enquanto referida a normas de Direito” (1999, p. 466). Neste sentido, a validade não resultaria de determinada correlação com os fatos, tampouco do conteúdo que poderiam ter, mas apenas de sua localização no interior do sistema, conectando-se uma norma à superior, por nexos puramente lógicos, e assim seguidamente, até que a *norma fundamental* recepcionada como elemento da ordem jurídica positiva fosse acatada, ou “fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a um mesmo ordenamento” (KELSEN, 1941, p. 99). A partir deste pressuposto teórico, se pode compreender que a validade da norma resultaria, assim, da ordem jurídica que sobre ela se baseia, pouco importando o reconhecimento dos sujeitos e suas manifestações de vontades.

Ao atentar para a insuficiência do normativismo kelseniano diante da complexidade dos fenômenos jurídicos, Reale (1999) inicia a reflexão sobre a intuição axiológica do direito, oportunidade em que demonstra os diversos significados que podemos atribuir aos signos. A título de exemplo, o autor cita *liberdade e igualdade* como capazes de comportar alguma multiplicidade

de acepções. Tais multiplicidades de sentidos também podem resultar em perspectivas conflitantes, por se tratar de “palavras cujas raízes se aprofundam no mundo contraditório dos interesses e das preferências humanas” (1999, p. 498). Ressalta ainda que a palavra *direito* não foge esta regra, tendo em vista que, até por processos de historicidade, esta tem assumido vieses que dimensionam diferentes compreensões. O primeiro sentido a ser atribuído na iminência de uma conceituação diz respeito a um conjunto de normas que determinam a prática de determinados atos e a proibição de outros.

No entanto, quando o lugar de fala do sujeito é determinado por formação sociológica, ao procurar compreender o direito, é instigada a analisá-lo como fato ou fenômeno social, que se subordina a um agrupamento de hipóteses que sempre determinarão consequências. Diante da investigação axiológica do direito perpetrada na história, Reale considera “lícito conjecturar que o homem viveu inicialmente o Direito como experiência e o realizou como *fato social*, de envolta com os liames míticos e religiosos dos primeiros tempos” (1999, p. 499), como determinado pelas epistemes sociológicas e antropológicas. Destarte, consta que pensar o direito enquanto consciente aconteceu apenas mais tarde, e a atribuição de cientificidade a este, mais tarde ainda. Com muita cautela, o autor ensina que, “por sua origem mítica, a *ordem humana*, na qual se englobava o Direito, é sentida ou percebida como algo que *deve ser*. O problema do *dever ser* impôs-se na primeira intuição do homem sobre a regularidade ou pressão das forças sociais” (REALE, 1999, p. 502).

Tal fenômeno se relaciona ainda com a axiologia da palavra *justiça*, uma vez que, sendo esta um objetivo a ser alcançado, embasa a noção de *direito* enquanto um itinerário, responsável na condução de comportamento idealizado em “poderosa divindade”. Neste sentido, Reale questiona se, posteriori a proposição do problema da justiça, houve uma preocupação, por parte dos sujeitos, com o fato da experiência humana concreta, atribuindo-lhe resposta negativa. Para ele, “o Direito, como fato, como acontecimento social e histórico, só foi objeto de ciência autônoma muito mais tarde, em tempos bem chegados a nós, no decorrer do século passado” (1999, p. 506). Tal ordem de pesquisa é, assim, modelo de formulação recente no patrimônio da cultura universal.

De maneira complementar, Reale (1999) atribui ao Direito Romano a importância científica do direito no âmbito da ordem normativa, posto a responsabilidade de ter tido contato com o direito enquanto regra. Este período denota o estudo da jurisprudência, diferenciando-se por estabelecer limites espaciotemporais da experiência humana para compreender os valores da justiça na norma. Esta relação compreende o pensamento da justiça

em uma experiência concreta, ou seja, a norma deve intuir este dever ser no que se refere a concretizar as filosofias da justiça, é este o idealizado às normas jurídicas. Ou seja, se esta comporta um sistema valorativo em expansão, não se deve apartá-la da experiência social, devendo-lhe mediar de acordo com um senso particular. Assim, Reale ensina que, a *regula jûris* é o elemento de maior interesse ao jurista romano, tendo em vista que determina a medida de ligação ou a medida de enlace permitida e exigida pela justiça quando considerada intrínseca ao direito, estabelecendo a experiência jurídica.

Segundo Reale, “sob certo prisma é o sentido de concreção que assinala a grandeza dos jurisconsultos clássicos, integrando em unidade o *fato* e o *valor* graças à terceira dimensão representada pela *norma*” (1999, p. 507). Traçado este percurso, conclui este teórico que o significado da palavra direito está delineado em três elementos fundamentais: fato, valor e norma, os quais poderão ser identificados na experiência jurídica. A *norma* “representa para o jurista uma integração de fatos segundo valores, ou, por outras palavras, é expressão de *valores* que vão se concretizando na condicionalidade dos *fatos histórico-sociais*” (1999, p. 510). Assim, o valor tende a estabelecer a determinação do justo, refere-se tanto ao que está sendo protegido quanto à valoração dessa proteção, é, portanto, o elemento filosófico. Já o fato, classifica o autor em social ou histórico, posto a sua condição histórica para estabelecer as condutas e determinar a realidade social.

Nesse sentido, segundo a teoria tridimensional do direito, a interpretação do fenômeno jurídico requer a participação dialética dos três elementos, envolvendo uma implicação dinâmica em que o sentido só é alcançado no conjunto (REALE, 1999). Desse modo, utiliza-se o fato, valor e norma para compreender, respectivamente, a eficácia, fundamento e vigência do direito. Ao reconhecer isto, a utilização dessa teoria torna-se um importante mecanismo para compreender problemas jurídicos complexos, como o racismo, identificando a forma como os elementos se relacionam entre si e interferem no resultado final. Ao contrário, a teoria reducionista de Kelsen não oferece uma visão integral do fenômeno jurídico, pois centraliza sua atenção na norma, sem demonstrar sua constante relação com o valor e o fato social. Acredita-se, portanto, que ao buscar uma visão integral dos problemas jurídicos que envolvem as relações étnico-raciais, mais eficazes serão suas soluções.

#### **4 RACISMO, TRIDIMENSIONALIDADE E DECISÃO JUDICIAL**

Apesar da existência de discursos abstratos que visam fortalecer o mito da democracia racial e naturalizar os mecanismos opressores, a sociedade brasileira é racista. O enfrentamento



da questão racial deve se dar pelo reconhecimento da complexidade do problema e execução de políticas públicas efetivas. Nesse sentido, a compreensão da concepção do direito e do seu papel na promoção da igualdade racial, como instrumento fundamental do Estado na garantia da justiça social, torna-se imprescindível. O direito positivo brasileiro, embora reconheça a emancipação do ser humano, ainda não satisfaz as necessidades sociais de justiça, uma vez que isola o fenômeno jurídico dos fenômenos sociais e legitima as relações de poder. Nesse sentido, busca-se na Teoria Tridimensional de Miguel Reale uma nova interpretação do fenômeno jurídico, que se preocupe com a vinculação do valor da igualdade racial e do fato social, correspondente ao racismo, às normas de enfrentamento.

No que se refere à jurisprudência no sistema penal brasileiro, Pires (2012), em sua pesquisa, identificou 51 acórdãos de processos criminais relativos à discriminação contra negros no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entre os anos de 1998 a 2011. Destes, 37 foram considerados como crime de injúria qualificada, previsto no artigo 140, § 3º do Código Penal, e, em apenas cinco processos, a conduta foi tipificada como crime de racismo previsto na Lei Caó, para os quais não houve condenação. Verifica-se, nesse estudo, uma tendência jurisprudencial pela desqualificação do crime de racismo, o que leva ao entendimento que as instituições da justiça criminal reproduzem as hierarquizações raciais existentes e naturalizam os comportamentos racistas. Trata-se da ineficácia social das normas criminais, na tutela da igualdade racial, frente às práticas de racismo.

Na obra “A luta pelo direito”, Ihering (2009) traz a defesa da concepção do direito como produto social, cuja essência possui um fim, a paz, e um meio, a luta. Nesse sentido, o autor justifica sua tese através da história, em que todos os direitos conquistados foram por meio da luta, ou seja, através desta houve a imposição do direito àqueles que não o aceitava. Portanto, a concepção jurídica é tratada como uma ideia, não como uma ideia lógica, mas relacionada à força, tanto do indivíduo, como de um povo. O autor, então, cita o Estado como exemplo real da luta pelo direito em que, para manter a ordem jurídica, precisa lutar constantemente contra o anarquismo. Assim, a luta também explica o porquê de determinadas instituições manterem interesses violados por longos períodos, devido à existência de forças estruturais que resistem às mudanças.

Ao analisar a Revolução Francesa, Bobbio (2004), refletindo sobre os juízos de valor atribuídos aos eventos, destaca a Declaração dos Direitos como marco original e fundamental para a história. Em sua abordagem, recorre a Kant para justificar o progresso dos valores humanos a partir dos ideais da Revolução Francesa. Nesse aspecto, reforça a tese kantiana de que a afirmação

do direito natural que tem o povo de se dar uma Constituição é a própria manifestação da disposição moral. Nesse aspecto, Kant defende que Constituição republicana é a única capaz de evitar a guerra, ao apresentar a harmonia com os direitos dos indivíduos singulares. O autor também aponta que o poder provém de ação conjunta, assim, a resistência volta-se contra uma determinada forma de sociedade e suas opressões. Trata-se, portanto, da tolerância como ferramenta da democracia, fundamentando, assim, os direitos do homem.

As perspectivas teóricas supramencionadas corroboram com a sistematização de Reale em sua teoria tridimensional. Em verdade, modulada ao constatar os aspectos históricos e sociais da determinação dos fatos, para concretizar a experiência humana na esfera da norma. Com efeito, não houvesse o cenário conflituoso estabelecido na Revolução Francesa, como apontado por Bobbio (2004), analisado sob o ponto de vista histórico, não haveria também a Declaração dos Direitos. A lógica a ser percebida determina tal cenário enquanto um fato, a dignidade humana enquanto valor a ser protegido, e o documento resultante deste itinerário como a norma. Em sentido consonante, esse trajeto fora determinado por período de lutas, movendo-se o direito em direção aos interesses materiais lastreados na experiência humana concreta, na busca pela efetividade do seu valor supremo: a justiça.

Com específica clareza, este movimento pode ser percebido ao analisar a trajetória das lutas políticas intuídas na proteção da dignidade humana nas relações étnico-raciais. Embora não consigamos enxergar indícios de uma transformação capaz de eliminar as manifestações do racismo em nossa sociedade, o panorama jurídico tem elencado possibilidades relativas a este dever ser do fenômeno do direito. O racismo é, como já demonstrado, diagnóstico injusto que permeia as relações sociais, sustentado por sujeitos que ocupam espaços privilegiados. Assim, não restam dúvidas de que o racismo é um fato social que resulta de construção histórica e possui valores a serem protegidos juridicamente, com a finalidade de se buscar a justiça enquanto valor supremo do direito, bem como se utiliza da experiência concreta de cotidianas violações resultantes da condição racial, intrínseca aos sujeitos que a vivenciam.

Em decisão histórica no panorama das lutas de movimentos sociais de cunho raciais, o Supremo Tribunal Federal declarou, em sede da Ação Declaratória de Constitucionalidade número 41, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, julgada em 8 de junho de 2017, a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, que reserva 20% das vagas ofertadas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta às pessoas negras. Segundo o Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, um dos fundamentos a tal sustentação, compreende a “necessidade de superar

o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente”.

No mesmo sentido, o Relator considera que incorporar o fator racial aos critérios de seleções públicas, “ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma *burocracia representativa*, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais”. Nos argumentos transcritos, pode-se observar a existência de proteção valorativa na busca pelo ideal de justiça. Ocorre, neste exemplo, o encontro das dimensões fato e norma, já que, pautar as questões raciais na jurisdição nacional atenta a existência de necessidades sociais, que por sua vez, resultam de uma construção histórica, de extrema importância para confluir ao buscador de justiça nas soluções de conflitos que resultam das relações sociais em termos étnico-raciais. Assim, o inteiro teor apontou que a Presidência considerou possível aplicar ao caso entendimento do STF na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, oportunidade em que a Corte decidiu pela possibilidade do uso temporário de ações afirmativas com corte étnico-racial, para permitir a efetivação da igualdade material e a superação de desigualdades historicamente constituídas.

O contexto culturalista denota a eficácia normativa no caso em comento. É a lógica de se pensar que a simples existência normativa tratando da matéria suficientemente resolveria a problemática. Por outro lado, é possível atestar a validade normativa, e ainda assim não tê-la protegendo os valores consubstanciados em sua hipótese jurídica. Neste sentido, importa mencionar que as políticas afirmativas encontram-se em concordância com o princípio da igualdade material e com os objetivos republicanos enumerados nos incisos I, III e IV do art. 3º da CRFB/88, quais sejam “a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza com a redução das desigualdades sociais, e a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor ou quaisquer outras formas de discriminação”, como assegurou o Min. Relator. Destarte, a complexidade do racismo enquanto fenômeno jurídico demarca um lugar de luta constante, em que, as dimensões fato, valor e norma, ressaltam os desafios na busca pela justiça.

## 5 CONCLUSÃO

Este artigo propõe a utilização da Teoria Tridimensional do Direito, formulada pelo jusfilósofo Miguel Reale, para a interpretação do fenômeno jurídico que envolve o racismo no Brasil. Sob esse prisma, evita-se a parcialidade da corrente normativista, defendida por Hans

Kelsen, bem como a natureza essencialmente factual da sociologia, visando à integralidade do processo. Nesse sentido, o fenômeno foi analisado, concretamente, a partir da realidade fáctico-axiológico-normativa, na qual exige uma interdependência entre os elementos: fato, valor e norma. Em outros termos, é impossível conceber a vigência de uma norma, sem implicar o seu fundamento moral e sua eficácia social. Nesta concepção, os valores de justiça e igualdade racial incidem sobre fatos emanados pelo racismo e se refratam em um leque de normas possíveis, cuja escolha e decisão cabem ao Estado.

A construção histórica das relações de poder atestam a existência dos desrespeitos à dignidade da população afrodescendente. O racismo, como uma realidade complexa, que está dimensionada tanto no plano individual, quanto metaindividual, requer a adoção de políticas públicas de reconhecimento pelo Estado, para enfrentamento e superação das forças estruturais resistentes à promoção da igualdade racial. De fato, medidas afirmativas, transformativas e repressivas de combate ao problema foram incorporadas à Constituição de 1988. Todavia, para a positivação desses direitos, destacou-se, no contexto de disputas político-normativas, a atuação do movimento negro na Constituinte. Com efeito, as normas antirracistas simbolizam o processo de luta entre diferentes valores, superioridade e igualdade, que competem pelo reconhecimento estatal.

Depreende-se, da análise casuística, verdadeiro alcance normativo as pretensas proteções no contexto jurídico das relações étnico-raciais em seus conflitos sociais. Dentre as políticas públicas de reconhecimento, a criminalização foi a de menor eficácia na promoção da igualdade das raças e etnias, embora simbolize a pretensão de ruptura com um sistema de privilégios. Por outro lado, medidas afirmativas, como estabelecimento de cotas raciais, apresentam maior potencial transformador de uma realidade estruturalmente racista. Nesse foco, à luz da teoria realista, a norma serve de instrumento jurídico para a promoção do empoderamento da população negra, em direção à justiça social, bem como fortalece os espaços de luta por uma democracia racial. Portanto, sugere-se a substituição de uma análise reducionista e parcial do fenômeno jurídico por uma visão integral do direito, capaz de revelar as estruturas dominantes da sociedade e combater desigualdades.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

DOMINGUES, Petrônio. Movimento Negro Brasileiro: Alguns apontamentos históricos. **Tempo:** Revista do Departamento de História da UFF, v. 12, n. 23, 2007, p. 100-122.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.


KELSEN, Hans. **Teoria Pura del Derecho**. 1. ed. Tradução de Tejerina. Buenos Aires: Losada, 1941.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do Racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Joel Rufino dos. **O que é racismo**. São Paulo: Abril Cultura: Brasiliense, 1984.



## RACISMO E DOMINAÇÃO: A FORMAÇÃO DAS RELAÇÕES RACIAIS NO BRASIL

*Fabiane Barbosa Ferraz*  
(Faculdade de Direito do Sul de Minas)  
fabibf.fds@gmail.com

**RESUMO:** A presente investigação tem por objeto a formação das relações raciais no Brasil, a partir da noção de dominação social. Para tanto a investigação se valerá da conjuntura ideológica, cultural e científica do racismo, a tradução das teorias raciais importadas no contexto brasileiro, a sua originalidade e a sua influência no discurso jurídico. Refletir o contexto de suposto “enfraquecimento” da escravidão, refletir o binômio cativo e liberdade, à luz da visão da mestiçagem como um problema, ora como solução para a formação da sociedade brasileira. Por fim, refletir à luz do contexto do mito da democracia racial, os estudos sobre o papel do mestiço e da mestiçagem na formação da identidade nacional brasileira.

### 1 INTRODUÇÃO

Apesar do Brasil ser considerado, pelo discurso de senso comum, um país racialmente democrático e oriundo das miscigenações, o racismo continua permeando a sociedade, reproduzindo e perpetuando desigualdades com base na cor da pele. A raça foi ultrapassada como conceito científico. Hoje sabemos que a classificação humana foi uma construção socialmente criada e que ao longo do tempo promoveu a estratificação social. Todos os seres humanos pertencem a única raça existente: a humana. O entendimento firmado em 1950, por estudiosos contratados pela UNESCO (GUIMARÃES, Antonio Sérgio, 2009), foi que os indivíduos brancos e negros são iguais em termos biológicos. Não havendo qualquer comprovação científica de que a cor do sujeito interfira no comportamento, desenvolvimento intelectual, estrutura física ou psíquica.

Foi em meados do século XX que estudos da antropologia e da biologia passaram a demonstrar que nada no estado da ciência permitiria a hierarquização racial. A conclusão era a autonomia cultural e a inexistência de determinações biológicas ou culturais que justificassem a anterior inferioridade moral, intelectual, cultural, quanto a religião e sistemas políticos. Após a segunda guerra mundial e os acontecimentos do nazismo alemão foi intensificado o fato de que o conceito de raça é essencialmente político, e deve ser relacionado com as circunstâncias históricas e econômicas (ALMEIDA, Silvio, 2018, p.24,). Ou seja, “é uma relação social, o que significa dizer que a raça se manifesta em atos concretos ocorridos no interior de uma estrutura social marcada por conflitos e antagonismos.” (ALMEIDA, Silvio, p.40)

A questão é que ainda que raça não seja mais acompanhada do prestígio de um conceito científico, continuou sendo pragmaticamente utilizada, atribuindo desvantagens sociais às pessoas

negras. Nas palavras de Lilia Schwartz, “demonstrar as limitações do conceito biológico, desconstruir a sua significação histórica, não leva a abrir mão de suas implicações e novas classificações sociais.” (SCHWARTZ, Lilia, 2011, p.434) Em outras palavras: o racismo permeia e é inerente à sociedade brasileira desde sua formação, ele se reinventa e utiliza de outras denominações que não a raça para perpetuar sua continuidade.

## 2 FORMAÇÃO DO RACISMO NO BRASIL

Leciona Munanga, que apesar do racismo não estar mais diretamente atrelado aos conceitos de raça, no sentido de diferenças inatas e biológicas, ainda não se aniquilaram as raças fictícias no imaginário coletivo. Essas novas faces do racismo ganham força com a noção de etnia, diferença ou identidade cultural, mas continuam fazendo as mesmas vítimas. Nas palavras do professor, “o que mudou na realidade são os termos ou conceitos, mas o esquema ideológico que subentende a dominação e exclusão ficou intacto.” (MUNANGA, Kabenguele, 2003)

O professor James M. Jones, elenca um dos principais motivos da realização de sua obra *Racismo e Preconceito*, o constante incômodo ao perceber que a questão racial perdura ao longo do tempo, que o racismo se reproduz ainda que os ideais basilares sejam tão igualitários. (JONES, James M. 1973 p.1-3)

O mito da democracia racial é um importante tema a ser investigado na tentativa de entender a formação das relações raciais no Brasil. Este mito foi difundido em meados de 1930 por diversas contribuições científicas da época, entre os quais Gilberto Freyre se destacou. Com a finalidade de apresentar o tema da presente investigação partimos de uma das citações relevantes da obra, considerada a primordial do paradigma “morenidade” (MOTTA, Roberto. 2000. p.113-133), a obra *Casa-Grande Senzala*.

A obra foi publicada num contexto em que a questão principal era: que país é esse, ou melhor, que povo é esse. Sua preocupação era entender essa formação social, principalmente a formação familiar do brasileiro. A partir da visão da casa grande e da senzala descobriu-se uma relação social extremamente complexa. Na obra, a visão positiva da mestiçagem aparece como personagem principal na representação oficial da nação. E deve ser analisada junto a ideia de harmonização, ou seja, entre os senhores brancos e os escravos havia uma relação de proximidade, em que se diminuem as diferenças raciais, por meio da mistura das raças e culturas. Dessa forma, até remonta a ideia de uma escravidão marcada mais pela sentimentalidade do que pela violência da época. Nas palavras de Freyre:

Vê-se quanto foi prudente e sensata a política social seguida no Brasil com relação ao escravo. A religião tornou-se o ponto de encontro e de confraternização entre as duas

culturas, a do senhor e a do negro; e nunca uma intransponível ou dura barreira. Os próprios padres proclamavam a vantagem de concederem-se aos negros seus folguedos africanos. (FREYRE, Gilberto. 2006)

A importância de Freyre decorre, além de muitos outros fatores, principalmente de sua visão diferente dos estudiosos de sua época, já que ele promove uma ruptura. Ele inaugura a positividade em relação a mestiçagem e a própria relação envolvida de sentimentos, na maioria das vezes com caráter sexual entre o senhor da casa grande e a negra da senzala. Essas ideias estão embutidas em toda obra, mas em uma especialmente retrata o afeto entre as escravas e os filhos dos brancos (“nhonhês”) por meio do aleitamento materno e das rezas, que demonstram a formação do cristianismo no contexto brasileiro. O autor menciona que Silvio Romero, recordando dos tempos de menino em um engenho do Norte relembra que não havia quem rezasse tanto como sua mãe-negra, a escrava Antônia, “a mucama de estimação”, e que ela fora a responsável pela sua religiosidade. Nesta mesma passagem, o autor menciona, que por meio do aleitamento materno, a criança branca recebeu junto aos “germes de todas as doenças e superstições africanas” o amor das negras, um afeto revestido de uma bondade e ternura maiores que a dos costumes brancos. Nas palavras de Freyre, “verificou-se entre nós uma profunda confraternização de valores e sentimentos.” (FREYRE, Gilberto. 2006. P.438)

O Brasil, no final do século XIX, era conhecido pelos principais estudiosos como um caso único de extrema miscigenação racial, o que era altamente criticado pelos naturalistas. O país era motivo de atrativa curiosidade e palco de estudos científicos de confirmação dos malefícios da miscigenação racial, cientistas que por aqui passavam procurando novas espécies de fauna e flora se deparavam com um “espetáculo dos homens e da mistura de raças.” (SCHWARCZ, Lilia M. 1993, p.15-18)

Segundo a historiadora Lilia Schwarcz o contexto em que as teorias raciais começaram a ser introduzidas pela elite intelectual brasileira era caracterizado pelo enfraquecimento e posterior abolição da escravidão.

Foi na tentativa de um novo modelo político para o país, num contexto de enfraquecimento e posterior abolição da escravidão, que as teorias raciais europeias e americanas foram traduzidas no Brasil. As ciências positivistas e deterministas eram adequadas aos interesses da elite da época. Dada as peculiaridades que diferenciam as teorias raciais, concordavam que a raça branca era a superior, e a indígena e negra hierarquicamente inferiores, sendo a mistura de raças a máxima degeneração. Tais teorias eram o único “modelo teórico viável na justificação do complicado jogo de interesses que se montava” (SCHWARCZ, Lilia M. 1993, p.38)



Segundo leciona Lilia Schwarcz, no século XIX por intermédio das teorias raciais as diferenças entre as raças humanas se transformam num projeto teórico científico globalizante. Os atributos físicos eram atrelados a atributos morais, ou seja, o indivíduo era naturalizado a partir de sua diferença, e não havia a consideração em sua individualidade, mas a partir das características de seu grupo, era a ciência determinista que se afastava da diversidade humana e cultural. Sobre a tradução das principais teorias raciais no contexto brasileiro, a professora menciona:

Aqui se fez uso inusitado da teoria original, na medida em que a interpretação darwinista social se combinou com a perspectiva evolucionista e monogenista. O modelo racial servia para explicar as diferenças e hierarquias, mas, feitos, certos arranjos teóricos, não impedia de pensar na viabilidade de uma nação mestiça. (SCHWARCZ, Lilia M. 1993, p.85)

A professora explica que as teorias raciais utilizadas no contexto brasileiro eram teoricamente impossíveis de serem juntamente articuladas, houve a mistura entre evolucionismo e darwinismo social. Juntas foram a explicação para a promoção da evolução a partir de uma mestiçagem positiva que tinha intenção de deixar o país cada vez mais branco (SCHWARCZ, Lilia M. 2000). Menciona que do darwinismo social concordavam com a hierarquização racial por suas diferenças e do evolucionismo concordavam com a premissa de que as raças humanas estavam em constante aperfeiçoamento e evolução, suprimindo a ideia de que a humanidade tinha origem comum. (SCHWARCZ, Lilia M. 1993, p.24-25)

A proximidade da abolição da escravidão, a declaração de equiparação jurídica dos cidadãos e da tradução das teorias raciais no contexto brasileiro não se deram por mera coincidência. Havia a necessidade de resguardar as posições e manter as hierarquias nesta sociedade em transformação, sem a construção de uma legislação específica. Dessa forma, a inferioridade biológica sobrepõe a carência de alma e reafirmando uma interpretação de mundo hierarquizadora. (COSTA, Hilton)

A utilização das premissas das teorias raciais reforçou o fato de que negros, índios e mestiços não eram aceitos na sociedade brasileira em formação, e todos os seus descendentes deveriam ocupar posição inferior, até seu total desaparecimento. Finda a escravidão não houve acolhimento ou política pública que tivesse como objetivo inserir e permanecer o ex-escravo nesta sociedade, pelo contrário. Por meio da abolição da escravatura, sem problematizar seu caráter libertador, os negros se inseriam nesta sociedade formalmente como libertos e iguais. Por intermédio de projetos que visavam obter o controle social dos negros, sustentados pelo poder do racismo científico e visando seu extermínio, os negros, mestiços e índios continuaram a ocupar o mesmo lugar: a margem.

A partir do século XX a desigualdade racial era negada, Gilberto Freyre foi um dos primeiros a argumentar sobre as relações raciais brasileiras, abordou a identidade e sociedade nacional. As ideias de Freyre estruturavam o pensamento costumeiro da elite sobre a escravidão brasileira ao longo do século XIX, especialmente no que tange ao movimento abolicionista. (SANTOS, João Paulo de Faria. 2005, p.24) A obra do sociólogo foi a proposta de um novo modelo para uma sociedade brasileira multirracial, num período em que a mistura de raças era sinônimo de decadência da nação. Com isso, houve a inversão do pessimismo para o novo modelo de análise que trazia esperança, por meio da introdução da ideia de harmonização e estudos culturalistas. Nas palavras de Lilia Schwarcz, “Freyre trazia para seu livro a experiência privada das elites nordestinas e fazia desse retrato, um exemplo de identidade nacional.” (SCHWARCZ, Lilia M. 2000)

O surgimento das ideias de democracia racial não significava uma “evolução de espírito”, mas uma forma de racismo que se adequasse as novas formas de produção e relações econômicas. Tais mudanças na sociedade necessitavam de uma forma de dominação mais sutil. Nas palavras de Silvio Almeida: “o incremento das técnicas de exploração econômicas é acompanhado de uma evolução das técnicas de violência e opressão, dentre as quais, o racismo.” (ALMEIDA, Silvio, 2018, p.55-56)

É desse modo que o racismo passa da destruição das culturas e dos corpos com ela identificados, para a domesticação de culturas e de corpos. [...] a superioridade econômica e racial foi estabelecida pela desumanização, o momento posterior da dinâmica do racismo é o do enquadramento do grupo discriminado em uma versão de humanidade que possa ser controlada. Ao invés de destruir a cultura é mais inteligente determinar qual o seu valor e seu significado. (ALMEIDA, Silvio, 2018, p.56)

Nas palavras de Jessé Souza, “Freyre é o pai fundador da concepção dominante como o brasileiro se percebe no senso comum” (SOUZA, Jessé). A identidade nacional passou a ser muito bem acolhida quando foi invertida a fórmula “racista científica” que mencionava que o Brasil estava fadado a um futuro incerto para a ideia de nação única, em que a miscigenação era uma virtude cultural. Foi dessa maneira que Freyre constituiu um elo afetivo do brasileiro com sua nação, uma forma positiva com a qual a sociedade e os indivíduos poderiam se identificar e se “auto legitimar” (SOUZA, Jessé, p.43)

A ideia da miscigenação racial como virtude exclusiva do Brasil fez a população se auto legitimar e contribuiu para a legitimação de uma nova forma de racismo contra indígenas e negros, essa disfarçada por uma ideia de igualdade, mas que continuou a promover o estabelecimento de papéis na sociedade.

Darcy Ribeiro, em sua obra *O povo brasileiro*, faz crítica ao mito da democracia racial ao interpretar o racismo brasileiro como sendo não segregacionista, o que não significa que seja um tipo de racismo mais brando. Pelo contrário, é um racismo disfarçado, por considerá-lo natural, o que traz consequências ainda mais graves para a sociedade brasileira:

A forma peculiar do racismo brasileiro decorre de uma situação em que a mestiçagem não é punida mas louvada.[...]Essa situação não chega a configurar uma democracia racial, como quis Gilberto Freyre e muita gente mais, tamanha é a carga de opressão, preconceito e discriminação antinegro que ela encerra. Não o é também, obviamente, porque a própria expectativa de que o negro desapareça pela mestiçagem é um racismo. O aspecto mais perverso do racismo assimilacionista é que ele dá de si uma imagem de maior sociabilidade, quando, de fato, desarma o negro para lutar contra a pobreza que lhe é imposta e dissimula as condições de terrível violência a que é submetido. (RIBEIRO, Darcy. 1995, p.225)

O sociólogo Clovis Moura, no livro *Sociologia do negro brasileiro*, menciona que o mito da democracia racial foi um mecanismo ideológico que tinha o intuito de preservar a divisão em classes, mascarando as desigualdades étnico-raciais por meio da imagem de uma sociedade “civilizada, branca, cristã e capitalista” para resguardar os privilégios brancos, assegurando o domínio sobre os dominados. Nas palavras do sociólogo:

Na sociedade de capitalismo dependente que se estabeleceu no Brasil, após a Abolição, necessitou-se de uma filosofia que desse cobertura ideológica a uma situação de antagonismo permanente, mascarando-a como sendo uma situação não competitiva. Com isto, o aparelho de dominação procuraria manter os estratos e classes oprimidas no seu devido espaço social e, para isto, havia necessidade de se neutralizar todos os grupos de resistência- ideológicos, sociais, culturais, políticos e religiosos- dos dominados. Como a maioria dos explorados no Brasil é constituída de afro-brasileiros, criou-se, de um lado, a mitologia da ‘democracia racial’ e, de outro, continuou-se o trabalho da desarticulação das suas religiões, transformando-as em simples manifestações de laboratório. (MOURA, Clóvis. 1988, p.55)

O racismo é ideologia quando subsiste em práticas sociais concretas, que moldam o consciente e o inconsciente das pessoas. Nas palavras de Silvio Almeida “é o racismo cria a raça e os sujeitos racializados”. O racismo ocorre ainda que de forma inconsciente ou não proposital pelas pessoas ou instituições, porque ele constitui num complexo imaginário social, que vai sendo produzido e reforçado pela religião, ciência, pelos meios de comunicação de massa, pela indústria cultural, sistema educacional e que vai sendo confirmado com a realidade. A vida social é realizada por meio das práticas racistas, que produzem o imaginário social. (ALMEIDA, Silvio. 2018, p. 50-52)

É neste sentido que ocorre uma perfeita interação que camufla as diferenças raciais e legítimas, legalmente ou não, uma sociedade com diferentes povos, culturas e aparências físicas. Mantendo privilégios econômicos e sociais da minoria, por meio da hierarquização humana. (BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima, 1988, p. 35)

A miscigenação foi durante muito tempo como um “reductor de diferenças”, além de trazer a incorporação da sociedade brasileira de ideias: cordialidade, hospitalidade e sensualidade, qualidades paradoxalmente pré-modernas que até hoje fazem parte da identidade brasileira. (SOUZA, Jessé. P.44) O mito da democracia racial tem seus resquícios e durante muito tempo impediu o próprio reconhecimento do racismo no Brasil, inviabilizando o debate sobre as políticas públicas em prol dos negros. (MUNANGA, Kabenguele)

A socióloga Maria Sylvia de Carvalho Franco em *Homens Livres na Ordem Escravocrata* retrata a dominação pessoal embutida no que denomina de “favor” das relações entre fazendeiros e homens livres na ordem escravocrata. A autora menciona que a relação de troca pressupõe igualdade entre as partes, pessoas livres e iguais, mas na verdade o que acontecia era a dependência de ambas as partes, mas superior do tropeiro em relação ao fazendeiro. Mesmo que se alterem os fazendeiros, a situação era da existência de um senhor, que enriquece enquanto o homem livre não. Para a autora, esse “favor” na relação entre o fazendeiro e tropeiro representa como uma ideologia, que parte da falsa premissa de igualdade entre as partes e que resulta num disfarce da realidade, a hierarquia do poder. Guiada nessa reflexão, a autora desprestigia o uso das ideias liberais no contexto brasileiro, considerando ser decorrente da mesma ideologia, uma vez que a premissa da igualdade e liberdade escondiam uma verdadeira relação de dominação e dependência. (CARVALHO FRANCO, Maria Sylvia. 1983, p.60-107)

A partir da formação do direito moderno, com a introdução dos ideais liberais e posteriormente com o desenvolvimento do capitalismo, as relações sociais passam a pressupor, do ponto de vista formal, a liberdade e igualdade. O direito, portanto, passa a se materializar em uma relação entre sujeitos de direito, ou seja, entre indivíduos formalmente livres e iguais, cuja finalidade básica é a troca. O direito passa a ser a relação entre sujeitos de direito. (ALMEIDA, Silvio. 2018, p.107)

(...)o conceito genérico de liberdade implícito nas relações de mercado, que é firmado no princípio da propriedade privada, só poderá alcançar teor explicativo quando nuançado em função do sistema de dominação a que conjuga. Levando em conta essas considerações, ficará claro como e por que as relações entre fazendeiro e negociante de tropas estiveram longe de se cumprir pelas vias racionais e ‘livres’ que a natureza mercantil do contacto estabelecido entre ele poderia virtualmente engendrar. (ALMEIDA, Silvio. 2018, p.62)

Liberalismo e racismo representam um paradoxo, mas juntos tiveram sucesso como modelo teórico explicativo da sociedade brasileira. Os ideais do liberalismo conviveram com a escravidão e com a tradução das teorias raciais. Liberalismo, que pressupõe liberdade, igualdade, cidadania e responsabilidade pessoal. Racismo, no contexto das teorias raciais, remetia as denominadas “teorias de grupo”, em que o sujeito não tem individualidade, vez que suas atitudes,

seu comportamento, capacidade são pré-determinados dos pela estrutura biológica, pela raça a qual pertence o sujeito. (SCHWARCZ, Lilia M. 1993, p.19-20)

Com a inserção ao mercado capital, a difusão do papel da igualdade e liberdade do indivíduo foi utilizada de instrumento para a construção da formação da identidade do brasileiro, a linguagem da individualidade toma corpo na construção do imaginário social, a partir de mitos e padrões de comportamento. Ocorre a publicidade do consumo nos meios de comunicação e a promulgação da imagem de uma sociedade “afluente e inclusiva, aberta a todos que trabalham duro para chegar à riqueza, ao poder e ao sucesso.” (SOARES, Luiz E. 1999, p 228-229)

Modelos contraditórios sustentavam o imaginário social e eram a explicação para a sociedade, quais sejam: individualismo (ideias de liberdade e igualdade) e permanência da hierarquia (pobreza e racismo). Quando se fala em permanência da hierarquia, de maneira alguma quer dizer que são resquícios e que com o tempo iriam cessar, pelo contrário. O professor Soares se refere à presença da hierarquia no cotidiano e dá exemplo hipotético, mas não ilusório, de uma criança pobre que sente a “linguagem direta da naturalização das diferenças”, que percebe essa realidade no dia a dia. Ao mesmo tempo em que é contrariada com ensinamentos tanto na escola como na publicidade e meios de comunicação, da premissa da igualdade e individualidade. Concluindo que “o individualismo não entra em colapso sob a pressão das hierarquias tradicionais, já que é constantemente renovado e incentivado pela dinâmica cultural, política e econômica.” (SOARES, Luiz E. 1999, p 230)

Podemos relacionar ao que professor Silvio Almeida menciona sobre o termo hegemonia, considerando que não é um termo acidental ou ingênuo. A dominação sofrerá resistências, conflitos e lutas e para isso necessita se manter no controle, não somente com o uso da violência, mas por meio da produção de consenso. Ou seja, são padrões de comportamento racionais que tornam o domínio normal, natural e legitimado pela sociedade. (ALMEIDA, Silvio. 2018, p.31-32)

A linguagem hierárquica está cerceada de uma relação de poder unilateral e um conjunto de práticas que a faz instrumento ideológico de dominação social. A manipulação nem sempre é consciente, mas ocorre de maneira que naturaliza as diferenças sociais, ao mesmo tempo em que a linguagem individualista tem papel de justificar e incentivar uma indiferença diante do destino da camada mais pobre da população. Dessa forma, a visão predominante e “normal” é que os miseráveis têm a responsabilidade de escolhas sobre suas vidas. (SOARES, Luiz E. 1999, p 231)

A presença dessa dupla mensagem da cultura brasileira, representada, pelo antropólogo Luiz Eduardo Soares, na figura de “híbrido” é um mecanismo que busca, ainda que de maneira

inconsciente ou não-intencional, a permanência e “naturalização da desigualdade, assim como para a legitimação do darwinismo social.” (SOARES, Luiz E. 1999, p 231)

O autor, quando menciona a palavra híbrido se refere aos ideais de hierarquia e individualismo, mas podemos utilizar de sua construção teórica numa incursão sobre o papel do mestiço na formação das relações raciais no contexto brasileiro. Vez que a mestiçagem marca o contexto da formação racial brasileira, tanto na mistura entre sua gente como de teorias aparentemente contraditórias, distantes que se aproximaram, como na figura da relação entre o branco e negro numa sociedade extremamente complexa. Além disso, a própria junção de teorias raciais que explicam sociedade brasileira no final do século XIX, e a ideia do mito da democracia racial, aliado aos preceitos do individualismo contribuíram para o fortalecimento e a permanência do racismo. Para uma investigação temática, propomos que não podem ser dissociadas das relações raciais a ideia de dominação que envolve a sua formação. A presente investigação não tem a intenção de esclarecer conceitos, pois isso seria impossível, mas pretende ser uma reflexão crítica do racismo e sua relação com o direito. Parte-se do reconhecimento da formação racial brasileira como extremamente complexa, sendo a história do próprio país e seu povo, que envolve diversas dimensões teóricas, para realizar uma reflexão que parte da figura do mestiço.

### **3 CONCLUSÃO**

Apesar de todo aparato legal, falar de racismo no cotidiano hoje ainda é lidar com muitas barreiras, é uma verdade desagradável porque é preciso primeiramente considerar que o Brasil foi alicerçado sob valores que legitimaram a violência e a exclusão. O fato de não haver leis atuais que discriminam os negros pode significar um avanço, mas na prática o negro continua sendo estigmatizado, por intermédio de instrumentos que não ferem diretamente o texto legal, mas estão no cotidiano social. O racismo brasileiro é velado, essa é uma de suas características peculiares, seu fortalecimento foi fixado a partir de sua negação.

O racismo existente no Brasil, conforme exposto, não é decorrente pura e simplesmente da escravidão, ou da recepção do racismo científico, mas de todo um contexto que envolveu tudo isso aliado a aceitação social e ao controle social dos negros. Tanto as leis de caráter abolicionista acima mencionadas, quanto as que claramente continham texto discriminatório estão envolvidas a partir do interesse na manutenção da dominação social, no controle da sociedade. Nesse aspecto, se torna mais perceptível de que quando tratamos de racismo, estamos abordando a própria formação da sociedade, e podemos afirmar que ele a estrutura. Portanto, não há o racismo separado de sua dimensão estrutural, as nomenclaturas: individual, institucional, cultural são

meios para facilitar uma abordagem, mas são faces de um mesmo conceito que representam a “normalidade” (expressão utilizada por ALMEIDA, Silvio. 2018) que se constituiu a sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte. Letramento. 2018

AZEVEDO, Elciene. **O direito dos escravos. Lutas jurídicas e abolicionismo na província de São Paulo.** Campinas. Unicamp. 2010

BERTÚLIO, Dora Lucia de Lima. **Direito e relações raciais. Uma introdução crítica ao racismo.** Dissertação de mestrado. UFSC.1989.

BESERRA, Bernadete de L.R. **Racismo e educação no Brasil** [recurso eletrônico]. Recife. Universidade de Pernambuco.2018.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política.** Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Paquino; trad. Carmem C. Varriale et al; vol.1. Universidade de Brasília. 1998.

GOULD, Stephen Jay. **A falsa medida do homem.** trad. Valter Lellis Siqueira. São Paulo: Martins Fontes. 1991.

GRINBERG, Keila. **O racismo de Louis Agassiz.** 2009. Revista Ciência Hoje. Junho de 2018. Ed. n. 344. Disponível em: <[http://www.cienciahoje.org.br/noticia/v/ler/id/2703/n/o\\_racismo\\_de\\_louis\\_agassiz](http://www.cienciahoje.org.br/noticia/v/ler/id/2703/n/o_racismo_de_louis_agassiz)>. Acesso em 09 de fev.2018.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Racismo e Antiracismo no Brasil.** 3. ed. Editora 34. São Paulo. 2009.

KURY, Lorelai B. **A sereia amazônica dos Agassiz: zoologia e racismo na Viagem do Brasil.** Rev. Bras. Hist. Vol. 21 nº. 41. São Paulo. 2001. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-01882001000200009](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01882001000200009)>.

MAIO, Marcos Chor. **O projeto Unesco e a agenda das ciências sociais no Brasil dos anos 40 e 50.** Revista Brasileira Ci. Soc. Vol. 14, n 41. São Paulo. 1999. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69091999000300009](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091999000300009)>.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Veloso. **Expectativa de vida e mortalidade dos escravos. Uma análise da freguesia do Divino Espírito Santo do Lamim-MG (1859-1888)** Disponível em: <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao51/materia01/>>

REIS, João José Reis. **Identidade e Diversidade étnicas nas Irmandades Negras no Tempo da Escravidão.** Tempo. Rio de Janeiro, vol.2, nº.3, 1996, p-7-33.


ROCHA, Simone. **A educação como projeto de melhoramento racial: uma análise do art. 138 da constituição de 1934.** Revista Eletrônica de Educação, UFSCAR. 2018. Disponível em: <<http://www.reveduc.ufscar.br/index.php/reveduc/article/viewFile/2116/668>>

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças. Cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930.** São Paulo. Companhia das Letras.

SILVEIRA, Renato. **Os selvagens e a massa. Papel do racismo científico na montagem da hegemonia ocidental.** Afro-Ásia, 23. 1999. p- 87-144.

SKIDMORE, Thomas E. **Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro.** Trad. Raul de Sá Barbosa. Rio de Janeiro. Paz e Terra. 1976.





# ENFRENTAMENTOS DAS IDENTIDADES FEMININAS NEGRAS NO MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

*Hector Luiz Martins Figueira*  
(Doutorando, UVA. Professor da Estácio de Sá)  
hectorlmf@hotmail.com

*Carla Sendon Ameijeiras Veloso*  
(Doutoranda, UVA. Professora da Universidade Veiga de Almeida e Estácio de Sá)  
carlaameijeiras@gmail.com.br

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo demonstrar a existência no seio da sociedade contemporânea brasileira modelos de discriminação e racismos da mulher negra no mercado de trabalho. A oferta de emprego para muitas delas no mercado se amolda a uma matriz de trabalho análogo à escravidão, conforme podemos perceber com nossa pesquisa, o que inegavelmente vem colaborando por se perpetuar um preconceito duplamente externado: o de raça e de gênero. Queremos destacar assim, como os conceitos de proteção e igualdade afirmados pelo direito do trabalho e constitucional, encontra-se apartados do contexto do mercado de trabalho, onde mulheres negras se inserem.

Nosso problema perpassa sobre diversos meandros da sociedade brasileira, como a formação escravagista da nossa colonização, como o perfil hierarquizante das corporações e dos postos de trabalho, e a ausência (não entrega) de educação formal para uma classe social/racial de cidadãos. Questiona-se, portanto, como a mulher negra pode ser inserida no mercado de trabalho a partir de uma premissa de igualdade? Esta inquietação que nos move nasce ao percebermos sobre a duplicidade de preconceito que a mulher de pele negra sofre. Primeiramente, pelo fato de ser mulher, segundo pelo fato de ser negra.

O objetivo geral do trabalho empreendido é reconhecer por meio de pesquisa empírica – observação participante - porque mulheres negras brasileiras estão inseridas em contextos de trabalho precário de comparadas com outras categorias (homens negros e mulheres brancas). Sendo assim, elas estão sempre renegadas a postos de trabalho que exigem menor escolaridade de conseqüentemente pior remuneração. Os objetivos específicos do nosso trabalho pretende contemplar a análise que as instituições fazem do uso das identidades (de gênero ou raça) para oprimir ou privilegiar. Desvelar os contextos empresariais ou domésticos em que estas distinções aparecem.

Este artigo estruturou-se da seguinte forma; inicialmente far-se-á uma breve análise sobre o mercado de trabalho brasileiro e com enfoque na mulher e os postos de trabalho, bem como as permanências e transitoriedades que perpassam a disponibilidade de emprego no setor nacional. Adiante, falar-se-á sobre a empregabilidade das mulheres negras no Brasil e o racismo velado por trás destas (não) contratações. Por fim, dar-se-á voz as mulheres que estão inseridas neste mercado ou são excluídas dele, uma perspectiva empírica lançada para melhor refletir sobre a temática tão latente em nosso país.

A metodologia empregada será empírica por meio das bases sociológicas e antropológicas, dada à necessidade de se repensar as premissas meramente jurídicas estabelecidas nas leis escritas. Para tanto, diversos autores nos ajudam a compreender este amplo e complexo método de se pesquisar por meio de experimentação empírica. “[...] a sociologia a jurídica pode ser uma fundamental alavanca [para desnaturalizar as certezas produzidas pelo direito], na medida em que ela impulse a adoção de uma postura “epistemologia” que lance a semente da dúvida que elimine os obstáculos de uma discussão mais aberta e questionadora. [...]” (VARELLA, 2008, p. 90 apud LUPETTI; KANT DE LIMA 2010, p. 10).

## **2 MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO – TRANSIÇÕES E PERMANÊNCIAS**

A população negra enfrenta nítida dificuldade na progressão de carreira no contexto brasileiro, desde a igualdade de salários até a questão do assédio moral no ambiente de trabalho, são temas que perpassam a realidade destas pessoas cotidianamente. Apesar de considerável proteção constitucional contra o racismo e a discriminação, os negros têm também dificuldade de ocupar cargos de maior exposição, como médicos, professores universitários, diretores de empresas entre outros.

Observa-se que na conjuntura legal atual temos vários dispositivos normativos, alguns específicos sobre a questão trabalhista, que versam sobre a proteção dos direitos sociais e que mencionam expressamente a vedação de toda e qualquer forma de discriminação, de diferenciação de salário. O próprio crime de racismo também é tipificado pela Constituição Federal no artigo 5º, e mesmo assim a sociedade revela que essa estrutura legal não consegue conter a discriminação e a exclusão racial das populações negras. O racismo parece então, ter surgido no cenário brasileiro, como doutrina científica definida, em meados da abolição da escravatura, momento que se propunha igualdade formal e política a todos os brasileiros, inclusive escravos. Entretanto, essa igualdade parece nunca ter chegado de fato as bases da sociedade brasileira, e nossas instituições e o Estado em geral passou a conviver com uma política combativa,

e por vezes genocida contra a população negra, neste sentido é a percepção aguçada de Thula Pires:

A realidade de negros e negras era, em regra, permeada por “blitz”, prisões arbitrárias, invasões a domicílio, expropriação de lugares de moradia (remoções), torturas físicas e psicológicas, além do convívio com a ameaça latente dos grupos de extermínio. Uma política criminal enraizada no colonialismo escravocrata, radicada principalmente nas favelas, subúrbio, Baixada Fluminense e outras regiões periféricas do Estado. (PIRES, 2018, p. 1063)

Existe portanto, uma invisibilidade destes trabalhadores negros – localizados em setores marginalizados - que perdura por séculos e que é substrato da forma como a divisão social do trabalho foi constituída no Brasil. Ao delegar para o negro-escravo sempre os piores postos de trabalho, normaliza-se e socializa-se a permanência do racismo com um traço estruturante fundamental da nossa sociedade, bem como encontra-se institucionalizado. A realidade nos idos de 2018 não parece ter modificado significativamente, pois conforme Lélia Gonzalez “*A sistemática repressão policial, dado o seu caráter racista (segundo a polícia, todo crioulo é marginal até que se prove o contrário)*”. (GONZALEZ, 1982, p. 16)

Assim, no Brasil escravagista, os cargos concedidos aos indivíduos eram determinados pela cor da pele. Trabalhos intelectuais realizados na esfera da administração pública, política e justiça, por exemplo, eram reservados à uma população branca, por outro lado, o trabalho manual desempenhado nas fazendas e minas eram realizados por negros. Não podemos olvidar que o negro concorreu fortemente para o desenvolvimento do Brasil, na agricultura, mineração, pecuária entre outros setores econômicos:

O Brasil não se limitou a recolher da África a lama de gente preta que lhe fecundou os canaviais e cafezais; que lhe amaciou a terra seca; que lhe completou a riqueza das manchas de massapê. Vieram-lhe da África “donas de casa” para seus colonos sem mulher branca; técnicos para as minas; artífices em ferro; negros entendidos na criação de gado e na indústria pastoril; comerciantes de panos e sabão; mestres, sacerdotes e tiradores de reza maometanos. (FREYRE, 2004, p. 391)

Este retrato do Brasil colônia delineado pela história em *Casa Grande e Senzala* reverbera até hoje no mercado de trabalho brasileiro, local em que negros são contratados para serem garçons, empregadas domésticas, e toda sorte de serviços onde há baixa exigência de estudo. Esta realidade produz a necessidade de sempre pensarmos em políticas públicas, como cotas raciais, moradias populares, entre outras ações afirmativas destinadas a estes grupos marginalizados, que jamais tiveram uma abolição plena para ocupação dos seus lugares. Desta maneira, o preconceito de cor e raça vai se consolidando no país por força de uma classe média exploradora de mão de mão de obra, e vai aos poucos revelando o que Fernando Henrique Cardoso já percebera em *Capitalismo e escravidão no Brasil Meridional*:

O preconceito de "raça" ou de "cor" era um componente organizatório da sociedade de castas. Nela, porém, a representação do negro como socialmente inferior correspondia tanto a uma situação de fato, como aos valores dominantes na sociedade. (...) era um componente essencial e "natural" do sistema de castas. (...) Apenas lateralmente, apesar da enorme importância desse processo, a função reguladora do preconceito agia no disciplinamento das expectativas e possibilidades de ascensão social: no caso dos mulatos claros livres. (CARDOSO, 1962, p. 281)

O Brasil caracteriza-se na sua verve mais endógena por possuir uma matriz social não igualitária, e por conviver razoavelmente bem com hierarquias sociais e privilégios que estruturam nossa sociedade e modernamente, estruturam nosso mercado (de trabalho, inclusive). Ademais, quando Roberto DaMatta (1990, p. 58-87), em seu famoso artigo *A fábula das três raças* – valendo-se das categorias de Dumont, procura explicar "o racismo à brasileira" como uma construção cultural singular e específica da nossa sociedade, acabado por revelar os traços do preconceito e discriminação disseminado hodiernamente em esquinas de bares, lares e mídias sociais brasileiras. O que abala, portanto, as estruturas democráticas já fragilizadas do país.

O consagrado autor Florestan Fernandes em seu primoroso estudo sobre a temática em comento, percebeu que enquanto subsistissem os obstáculos que excluía o homem negro da sociedade de mercado que se formava no Brasil, ter-se-ia *"(...) o padrão de democracia inerente à sociedade de classe numa economia capitalista seria impraticável."* (FERNANDES, 2008, p. 9) Noutras palavras, a herança escravocrata era composta por uma espécie de obstáculo à concretização da democracia, não só em termos políticos, mas também nos aspectos sociais e econômicos. Assim, devido a herança oriunda de uma sociedade estamental (escravocrata) *"(...) a maior parte da população brasileira adulta não tinha participação direta na vida política (...)."* (FERNANDES, 1954, p. 99).

### **3 PERFIL DAS MULHERES NEGRAS – ESTATÍSTICAS, EDUCAÇÃO E EMPREGABILIDADE**

O dilema educacional vivenciado pela escola pública brasileira expressa porque o acesso à educação de qualidade concorre diretamente para a ocupação de bons cargos e vagas de emprego. A educação brasileira sempre funcionou como um mecanismo de ascensão e inclusão social, mas que, de fato, mostra-se seletivo e pouco atraente para os já desprivilegiados (negros, pobres, mulheres e outras minorias). Ou seja, indivíduos marginalizados pela própria sorte, seriam incapazes de prosseguir com seus estudos formais, a fim de alcançarem ascensão social e melhores postos de trabalhos, tendo em vista que o acesso à educação ainda hoje trata-se de privilégio de classe. Para melhor compreensão, importante se faz a reflexão as de Florestan Fernandes quando afirmou:

É certo que a República falhou em suas tarefas educacionais. Mas falhou por incapacidade criadora: por não ter produzido os modelos de educação sistemática exigidos pela sociedade de classes e pela civilização correspondente, fundada na economia capitalista, na tecnologia científica e no regime democrático. Em outras palavras, suas falhas provêm das limitações profundas, pois se omitiu diante da necessidade de converter-se em Estado educador, em vez de manter-se como Estado fundador de escolas e administrador ou supervisor do sistema nacional de educação. (FERNANDES, 1966, p. 04)

O cenário educacional, portanto, é o grande balizador do acesso ou não-acesso ao mercado de trabalho, em especial das mulheres negras. Nesta quadra abordar-se-á de que modo as mulheres negras ocupam seus espaços de fala e na sociedade brasileira, por onde transitam, o que pensam, o que falam, como trabalham, dentre outros saberes que serão desnudados em nossa análise, ou seja, o aspecto seminal do artigo.

Iara Saffioti (2013) em sua obra *“A mulher na sociedade de classes: mito e realidade”* argumenta que os baixos salários que são direcionados as mulheres é devido à desvalorização do trabalho exercido por elas, e que o sistema capitalista se apropria dessa força de trabalho onerosa e em potencial para a regularização dos salários. Podemos complementar ao argumento da autora, a ideia de que o gênero feminino sempre sofreu as pressões do patriarcado masculino, momento em que a mulher se coloca submissa em praticamente todos os seguimentos da sociedade.

Deste modo, a latente desigualdade vigente no mercado de trabalho é percebido por estudiosos como uma divisão sexual do trabalho, configurando-se como uma das formas de exploração do capital, hierarquizando assim homens e mulheres. Em sociedades hierarquizadas socialmente, economicamente, é possível a visualização da hierarquia sexual também - a mulher aparecendo sempre abaixo do homem. Esta construção histórica tem origem no patriarcado das sociedades ocidentais, fazendo com as mulheres trabalhem em locais precarizados e tenham seus labores desvalorizados. Nas palavras de Cisne (2015):

A não valorização do trabalho faz com muitas mulheres não se percebam como trabalhadoras, não construindo, portanto, a identidade com sua classe. Isso faz com que algumas mulheres se acomodem, não se organizem e nem participem politicamente das lutas da classe trabalhadora. (CISNE, 2015, p. 54)

Tal apresentação do autor, sustenta e revela o quanto o sistema neoliberal implementado, aliena e reifica a vida das pessoas, fazendo com que mulheres não consigam se reconhecer como classe trabalhadora e nem lutar com afinco por seus direitos, pois são exploradas e não recebem o suficiente para seu sustento e de suas famílias. Numa singela análise da pirâmide social brasileira, constata-se que a maioria dos negros encontra-se na base, tal base é majoritariamente composta por mulheres negras. A existência de diversos marcadores sociais estão devidamente

apresentados livro de *Políticas Públicas e Raça* onde localizamos o perfil da mulher negra no mercado de trabalho:

As mulheres que começam a se movimentar para ocupação de nível superior são predominantemente brancas, enquanto que há uma forte concentração de mulheres pretas e pardas no serviço doméstico. As mulheres provenientes das classes mais pobres (majoritariamente negra) se dirigem para a prestação de serviços e para empregos ligados à produção na indústria, enquanto que as mulheres de classe média se dirigem para o serviço de produção e de consumo coletivo (setor terciário) devido aos seus melhores níveis educacionais. (PPR, 2010, p.165-166)

De acordo com pesquisas do Instituto de pesquisa econômica aplicada - IPEA (2014) conjuntamente com o Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS) os homens, seguem ganhando mais do que as mulheres (em média, R\$ 1.831, contra R\$ 1.288, em 2014), e os homens brancos ganham ainda mais (R\$ 2.393, em 2014). Já o grupo de mulheres negras segue na base, com renda de R\$ 946 no mesmo ano. Verificou-se na mesma pesquisa que o trabalho doméstico continua sendo um dos líderes entre os postos ocupados por mulheres, concentrando 14% da população feminina, ou 5,9 milhões. Esse paradoxo se revela mais grave quando percebemos o preconceito inclusive em relação à raça, uma vez que as mulheres negras são maior parte entre as trabalhadoras domésticas: 17,7%, contra 10% das brancas.<sup>1</sup>

Com base no senso do IBGE (2010) confirma-se que a população negra feminina é composta por mulheres pretas e pardas que realizam em sua ampla maioria serviços domésticos que vem a ser o principal meio de sustento e manutenção de muitas famílias, especialmente as comandadas por mulheres. Esse serviço doméstico é característico por uma estrutura ocupacional balizada pela cor, pelos baixos rendimentos, pela ausência de escolaridade, conforme já aventado aqui.<sup>2</sup> Nas grandes empresas, a desigualdade entre brancos e negros é um traço marcante:

Segundo dados de uma pesquisa do Instituto Ethos, realizada em no último ano, pessoas negras ocupam apenas 6,3% de cargos na gerência e 4,7% no quadro executivo, embora representem mais da metade da população brasileira. Neste contexto, a presença de mulheres negras, em comparação aos homens, é ainda mais desfavorável: elas preenchem apenas 1,6% das posições na gerência e 0,4% no quadro executivo. A situação só se inverte nas vagas de início de carreira ou com baixa exigência de profissional, como em nível de aprendizes (57,5%) e trainees (58,2%). (ETHOS, 2017, s/p)

---

<sup>1</sup> A vulnerabilidade das mulheres negras ao desemprego é 50% maior. Estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) mostra que a cada 1 ponto percentual a mais na taxa de desemprego, as mulheres negras sofrem, em média, aumento de 1,5 ponto percentual. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=34371&catid=10&Itemid=9](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34371&catid=10&Itemid=9) Acesso em: 26/11/18

<sup>2</sup> As estatísticas de cor ou raça produzidas pelo IBGE mostram que o Brasil ainda está muito longe de se tornar uma democracia racial. Em média, os brancos têm os maiores salários, sofrem menos com o desemprego e são maioria entre os que frequentam o ensino superior, por exemplo. Já os indicadores socioeconômicos da população preta e parda, assim como os dos indígenas, costumam ser bem mais desvantajosos. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/21206-ibge-mostra-as-cores-da-desigualdade> Acesso em: 26/11/18

Além de não ocuparem bons cargos por diversos fatores históricos, educacionais, sociais e econômicos, a informalidade acaba sendo a única saída da população negra para driblar a crise em que vivem e sobreviver às intempéries da desigualdade engendrada pelo capitalismo. Ainda de acordo com o instituto Ethos, o percentual de empregados pretos ou pardos do setor privado com carteira assinada (71,3%) era mais baixo do que o observado no total do setor (75,3%). Dos 23,2 milhões de empregados pretos ou pardos do setor privado, 16,6 milhões tinham carteira de trabalho assinada.

Ao se observar a distribuição da população ocupada por grupo de atividades, é possível compreender que a participação dos trabalhadores negros era superior à dos brancos na agropecuária, na construção, em alojamento e alimentação e, principalmente, nos serviços domésticos. De acordo com as premissas da filósofa americana Ângela Davis, no seu livro traduzido para o português *Mulheres, Raça e Classe*, o trabalho doméstico além de ser o menor gratificante de todos, também era o mais difícil de ser organizado em sindicatos americanos. Desde 1881, as trabalhadoras domésticas estavam entre as mulheres que se filiaram às unidades locais da *Knights of Labor* quando a instituição retirou o veto à participação de mulheres.<sup>3</sup>

Os pretos e pardos representavam 66% dos trabalhadores domésticos no País. Só no resta uma triste conclusão preliminar, a abolição da escravatura não trouxe a liberdade e o acesso para a populações negras, elas encontram-se aprisionadas, no pior tipo de prisão que possa existir: em vida. Neste sentido, preciosa é a lição de todo o trabalho realizado pela filósofa americana ativista Ângela Davis, “Existe uma conexão direta com a escravidão: quando a escravidão foi abolida, os negros foram libertos, mas lhes faltava acesso a recursos materiais que lhes possibilitariam moldar vidas novas, livres.” (DAVIS, 2009, p.114)

#### **4 A VOZ DAS TRABALHADORAS – FACES E PERCEPÇÕES EMPÍRICAS**

Sem dúvidas, esta seção do trabalho é mais valiosa, pois dar lugar para a fala das mulheres brasileiras trabalhadoras que vivenciam e sentem na pele toda dor e a delícia de ser quem são em seus ofícios cotidianos. Entrevistamos quatro mulheres negras, que estão contextualizadas no mercado de trabalho brasileiro e nos dão depoimentos marcantes, sobre o “ser mulher negra numa sociedade machista”, “sobre seu lugar de fala numa sociedade patriarcal” e ainda revelam

---

<sup>3</sup> Em *Mulheres, raça e classe*, Davis se propõe a fazer um apanhado histórico da situação de homens e mulheres negras que foram escravizados no período pós-abolição, nos Estados Unidos, e as persistências históricas de práticas racistas. DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Boitempo, 2016.

preconceitos e desafios de conviver em uma sociedade cercada de violência simbólica<sup>4</sup> (BOURDIEU, 1997) contra elas e até mesmo excluídas do mercado de trabalho.

As entrevistas realizadas foram informais, sem perguntas elaboradas previamente, sem saber ao certo o que buscávamos como resposta, houve apenas algumas perguntas/ temas norteadoras de nossa conversa. Como por exemplo: Como é ser mulher e negra no mercado de trabalho? Já sofreu algum tipo de preconceito? O que você faz para combater as desigualdades de raça e gênero? Estes eram os pontos nodais das conversas que tivemos com as entrevistadas. Vale ainda acrescentar, que os nomes das mulheres descritos aqui são fictícios em prol de se pesquisar a identidade das entrevistadas bem como valorar este capital humano que se prontificou a colaborar gentilmente para nossas observações e inquietações.

Buscamos assim, entender as categorias de raça, gênero, classe como elementos da sociedade brasileira por meio da fala das mulheres negras – dando espaço para que este grupo possa exaltar suas identidades, impressões sobre o tema mercado de trabalho e suas perspectivas. Como diria Djamilia Ribeiro (2017, p.64), “o falar não se restringe ao ato de emitir palavras mas de poder existir”. Assim, respeitando o *lugar de fala* destas pessoas, estamos dando voz a quem tradicionalmente fora silenciado. Por este motivo, começamos a exposição da fala de Beth – mãe, negra, separada, duas filhas, doméstica, moradora da baixada fluminense, 29 anos:

“(...) Nunca precisei trabalhar enquanto fui casada com o pai das meninas, ele colocava tudo dentro de casa. Depois que eu me separei coloquei na cabeça que eu tinha que trabalhar, mas é difícil arrumar emprego com filho pequeno. Eu já trabalhei de agente de vendas, fica na rua o tempo todo, eu adorava. Agora estou como doméstica, porque está uma crise em todo lado, ainda bem que tenho o bolsa família e a pensão das crianças. A faxina traz um dinheiro bom, mas não é sempre que tem, ne? Eu, minha mãe, minha tia, e primas já trabalhamos como babás e de faxineira, eu não vejo problema nesse trabalho, mas queria ter um emprego pra ganhar melhor. (...) Não tem preconceito por ser doméstica ou diarista, o preconceito é por sermos humilde, não morar na zonal sul. Por isso que eu falo para as minhas filhas estudarem, porque eu não tenho cabeça para isso”.

A nossa primeira entrevistada deixa transparecer em sua fala o quanto o problema racial e de gênero é abafado por um problema maior, qual seja o da desigualdade social, por óbvio, que todas estas variáveis se interconectam e se entrelaçam em alguma medida, contudo, ao notar que o preconceito sofrido por ela e pela família não é por ser negra ou mulher e sim por ser pobre, é fazer uma marcação de que a questão econômica é preponderante no Brasil em detrimento das questões de gênero e raça. Ademias, não há autopercepção sobre as questões de submissão

---

<sup>4</sup> Bourdieu "considera como violência simbólica toda coerção que só se institui por intermédio da adesão que o dominado acorda ao dominante (portanto à dominação) quando, para pensar e se pensar ou para pensar sua relação com ele, dispõe apenas de instrumentos de conhecimento que têm em comum com o dominante e que faz com que essa relação pareça natural." BOURDIEU, Pierre. **Meditations pascaliennes**. Paris: Seuil, 1997. p. 204.



decorrente do machismo e de uma provável alienação do mercado de trabalho em designá-la para postos de baixa qualificação, como as pesquisas veem demonstrando.

Adiante trazemos a entrevista, na nossa análise uma das mais contundentes deste trabalho, dada por Rogéria, uma mulher negra, de origem humilde, solteira convicta, professora universitária concursada, doutora em educação pela UERJ, 36 anos, moradora da Tijuca:

“Nasci em Madureira zona norte do rio sou filha de mães solteira, nunca conheci meu pai, e tenho dois irmão, e eu o mais novo estudamos e somos concursados públicos, minha infância não foi fácil, adolescência difícil, graças ao primeiro governo do presidente Lula pude estudar, fazer graduação e chegar ao doutorado. Sou a única doutora da família. Estuda para mim, sempre foi a única opção enquanto pobre, mulher e negra. Tive vontade de desistir – várias vezes – outras de nem tentar, mas acreditava que por meio da educação pudesse mudar de vida. E mudei, este ano visitei a Europa pela primeira vez (...). Não me lembro de ter sofrido preconceito por ser mulher, mas por ser negra, não me lembro de quantas vezes, em lojas de shopping da zona sul, já fui esquecida incontáveis vezes, jamais imaginaram que eu pudesse pagar por aquele sapato (risos). Na universidade, como professora, sou respeitada, meu espaço de fala e construção do conhecimento é uma via para motivar e espelhar mulheres negras da periferia que não sonham ou não possuem qualquer oportunidade de mudar de vida por meio de um emprego formal.”

As histórias descritas aqui parecem retratar de fato todos os elementos que conectam nossa narrativa sobre identidades femininas e negras, em cada fala dita, uma conexão com a realidade, social, jurídica e econômica experimentada por elas. A reflexão sobre a mulher no contexto do mercado de trabalho é importante para percebermos como a visualização da categoria “gênero” se torna indispensável na compreensão da divisão sexual do trabalho. Isso se revela através da conversa informal que tivemos com Dayse, mulher, negra, técnica em enfermagem, 38 anos, estudante de direito, divorciada, sem filhos, sonhadora, e moradora de Engenho de Dentro, nos faz esclarecer:

“Ser mulher numa casa com muitos homens é desafiador, sou a única mulher dentre meus outros três irmãos. Sou irmã do meio, e desde cedo tive que cuidar dos mais novos para minha e meu pai irem trabalhar, minha obrigação de cozinhar, lavar e passar, chegou aos 12 anos. Não tive uma infância normal, e isso aconteceu comigo porque eu era mulher, sendo assim, me dedicava as tarefas do lar, meus irmãos aos 16 anos já estavam trabalhando fora, filha mulher tinha que cuidar da casa segundo meu pai. Aos 23 anos que fui terminar o ensino superior e fazer curso técnico de enfermagem para ter um dinheiro melhor, antes disso fazia bicos como diarista e babá, mas eu não gostava. Não gostava porque acha estes trabalhos chatos, mas era o que tinha, no meu bairro, mulher que não casava cedo, tinha que trabalhar de doméstica, eu queria ser igual meus irmãos, trabalhar numa empresa, sair de casa cedo, mas isso parecia ser exclusividade dos homens, nunca parei pra pensar muito nisso, apenas aceitava como sendo algo natural. Hoje, eu vejo que casamento não muda a vida de ninguém, o que ajuda a melhorar de vida é o estudo, somente o estudo, por isso estou fazendo Direito, foi um ex-namorado policial que me incentivou a fazer. Já pensou eu policial também? Vou fazer sucesso, já que lá tem aquele monte de homem! Eu vou é gostar!”

A fala das entrevistas demonstram uma informação que se repete. Em maior ou menor grau, há uma internalização e naturalização por parte delas, com a ideia de que a mulher deve

ocupar espaços diminutos nas sociedades, ou lugares de menor relevância se comparado com os homens um dado relevante que é reiterado em cada fala aqui exposta. Assim, pensar que a mulher pelo simples fato de ser portadora do sexo feminino está fadada a realizar tais serviços previamente pensados pra elas – é realmente anular-se enquanto pessoa e não ser capaz de romper com *status quo* reinante. Para isso, é necessário este tipo de trabalho e debate a fim de se democratizar e disseminar a importância da mulher (negra) ser quem ela quiser ocupando os espaços que lhe convier.<sup>5</sup> Em que pese haja alguma lei celetista nacional, entre outros mecanismos internacionais, de proteção ao trabalho da mulher em especial à mulher negra, podemos dizer que elas ainda não ocupam os melhores postos de trabalho, como nos explica Dorotéia, mulher, negra, terceirizada de uma grande empresa de serviços terceirizados de limpeza no Rio de Janeiro, moradora da Rocinha, mãe de três filhos, 53 anos.

“Eu já fiz de tudo nessa vida meu filho, desde vendedora de picolé até faxineira de casa de “bacana”. Mas hoje o que resta trabalhar nessa empresa que explora a gente. Eu vivo cansada, mas lá tenho 13º, férias e passagem. Cansei de se autônoma, todo dia tem que correr atrás e as vezes não ganhamos nada naquele dia. Mas meus filhos vendem Matte na praia e vão tocando a vida deles. Eu sempre sustentei a casa, então não tenho medo de trabalho, mas já estou cansada, criei eles sozinha, o pai nunca serviu para muita coisa, só pra beber mesmo, viveu de bicos, até que enfartou. Só teve uma vez que não me contrataram para babá porque eu era negra, e eu sabia que era por isso, porque minha amiga que trabalhava para essa família em São Conrado falou para mim que as babás das crianças e as empregadas deles eram sempre brancas, eu nunca entendi o porquê, mas tem gente que acha que é melhor do que a gente meu filho, mas quando morre, vai todo mundo pro mesmo buraco.”

Nesse tipo de manifestação racista, no quesito contratação e o fato dela ter sido preterida em detrimento de uma funcionária branca, o comportamento desta família não pode ser visto como algo atípico, eventual, fruto do ‘desvio’ moral de um determinado agressor, pois as empresas de uma maneira geral, discriminam, seus funcionários. O preconceito racial no Brasil além de estrutural é institucionalizado e naturalizado por parte dos brasileiros.

Como percebermos, a mulher negra na contemporaneidade vem ganhando algum espaço no mercado de trabalho remunerado e com isso, além da independência financeira, há também a realização pessoal o que tem contribuído para uma construção de igualdade na relação entre gêneros, exemplos de resistência não faltam, como a guerreira Marielle Franco (parlamentar, mulher, negra, bissexual e nascida em comunidade)<sup>6</sup>, assinada brutalmente por motivo

---

<sup>5</sup> E no do decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial no artigo V na alínea i) vem reforçar o acesso ao trabalho com dignidade e direitos respeitados como: livre escolha de trabalho, condições equitativas e satisfatórias de trabalho e direitos ao trabalho e etc.

<sup>6</sup> Conforme relatório da organização de defesa dos direitos humanos Anistia Internacional, em 2017, entre 159 países, o Brasil apresentou o maior número de assassinatos de diversos grupos de pessoas, como jovens negros do sexo

aparentemente fútil, sem qualquer informação maior até o presente momento dos assassinos ou mandantes. Contudo, é válido observar, que apesar dessas conquistas aparecerem, há ainda muita resistência entre os homens, pois o fato das mulheres ocuparem os mesmos cargos e ganharem os mesmos salários que eles, faz com que se sintam diminuídos, e isso acontece na maioria das vezes pelas mulheres serem vistas historicamente como seres frágeis, inferiores, etc.

## 5 CONCLUSÃO

As conclusões preliminares apuradas com este breve artigo apontam para a confirmação de nossa hipótese, existindo, portanto, uma desigualdade estrutural no processo de contratação do mercado quando se está diante da categoria “mulher-negra”. Assim, esta pesquisa sugere a presença de uma forte hierarquia dominante na sociedade brasileira, a partir de um conceito de branquitude prévio e hegemônico, advindo do modelo eurocêntrico, o que impõe uma conformação social sexista para o mercado.

Neste sentido, podemos inferir de modo preliminar algumas premissas: a inexistência de qualquer lógica igualitária na contratação de mulheres negras – em que pesem as leis nesse sentido. A preferência por mulheres brancas para postos de trabalho de primeiro atendimento (receptionista, secretária) e por fim, percebemos que a presença do modelo empresarial atual valoriza (de forma hierárquica e patriarcal) a contratação de homens, quando possível de cor branca.

Em linhas conclusivas, podemos dizer que enquanto vigorar o modelo de produção e apropriação de corpos construído sob a lógica da desigualdade e do descarte de seres humanos, formas de hierarquização de pessoas continuarão a ser produzidas, reproduzidas e naturalizadas, o que reverbera em todos os setores, inclusive no mercado de trabalho.

Contra tudo isso, renova-se as apostas na política, na convivência intercultural e num outro Direito, este sim constituído, aplicado e desenvolvido a partir de uma realidade livre e igualitária, ancorada em seres concretos e singulares e pluralista. Compreender que o racismo nacional é estrutural e institucionalizado já é um grande passo para começar a fazer diferente. Como diria Charles Fourier, “a ampliação dos direitos das mulheres é o princípio básico de todo progresso social”, a revolução é feminina e feminista. E quando pensamos em mulher negras, pensamos nisso ainda com mais afinco, pois estamos travando não somente o embate de gênero, mas no caso brasileiro adiciona-se as questões sociais e raciais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Decreto Nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br>  
Acesso em 27/11/2018

BOURDIEU, Pierre. **Meditations pascaliennes**. Paris: Seuil, 1997.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Capitalismo e escravidão no Brasil Meridional**, São Paulo, Difusão Europeia do Livro. 1962.

CISNE, Mirla. **Gênero, Divisão Sexual do Trabalho e Serviço Social**. 2ª ed. São Paulo: outras expressões, 2015.

CRUZ, M. H. S. **Gestão de Políticas em Gênero e Raça/ GPP – GeR: módulo III**. Rio de Janeiro: CEPESC; Brasília, 2010.

DAMATTA, Roberto. **Digressão: a fábula das três raças, ou o problema do racismo à brasileira**, in *Relativizando, uma introdução à antropologia social*, Rio de Janeiro, Rocco. 1990.

DAVIS, Ângela Yvonne. **A democracia da abolição**. Trad. Artur Neves Teixeira. Rio de Janeiro: Difel, 2009.

\_\_\_\_\_, Ângela. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Boitempo, 2016.

FERNANDES, Florestan. **Existe uma Crise da Democracia no Brasil?** Conferência pronunciada no Instituto Brasileiro de Economia, Sociologia e Política no Ministério da Educação em 28/06/1954.

\_\_\_\_\_. **A Integração do Negro na Sociedade de Classes**. Vol. II, Ed. Globo, São Paulo, 2008.

\_\_\_\_\_. **Educação e Sociedade no Brasil**. São Paulo: Dominus, 1966

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. 49 ed. São Paulo: Global, 2004.

GONZALEZ, Lélia. **Lugar de negro**. Lélia Gonzalez e Carlos Hasenbalg. Rio de Janeiro: Marco zero, 1982.

SAFFIOTI, Heleieth I.B. **A mulher na sociedade de classes: mito e realidade**. 3 ed. – São Paulo: Expressão Popular, 2013.

VARELLA, Alex. **Saber Jurídico e Direito à Diferença no Brasil: questões de teoria e método de uma perspectiva comparada**. In: KANT DE LIMA, Roberto e LUPETTI, Bárbara. “O desafio de realizar pesquisa empírica no Direito: uma contribuição antropológica”. *paper* apresentado no 7ª encontro da ABCP – Associação Brasileira de Ciência Política. 04 a 07 de agosto de 2010. Recife/Pernambuco.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Estruturas Intocadas: Racismo e Ditadura no Rio de Janeiro** *Untouchable Structures: Racism and Dictatorship in Rio de Janeiro*. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 2, 2018, p. 1054-1079.

RIBEIRO, Djamila. **O que é lugar de fala?** Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2007.

#### **Sites consultados**

ANISTIA, Internacional. <https://anistia.org.br/anistia-em-acao/marielle-semente/>

ETHOS, Instituto. <https://www.ethos.org.br/>

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. <https://www.ibge.gov.br/>

IPEA, Instituto de Pesquisas Econômicas aplicadas. <http://www.ipea.gov.br/portal/>

# RAÇA E DIREITO: APROXIMANDO AS REFLEXÕES DE DORA LÚCIA DE LIMA BERTÚLIO COM OS ESTUDOS DA TEORIA CRÍTICA DA RACIAL (*CRITICAL RACE THEORY*)

*Inara Flora Cipriano Firmino*  
(Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto)  
inara.firmino@usp.br

*Laysi da Silva Zacarias*  
(Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-USP)  
laysizacarias@usp.br

**RESUMO:** Este trabalho pretende trazer o diálogo necessário entre as reflexões de Dora Lúcia Bertúlio e os estudos da Teoria Crítica da Raça (*Critical Race Theory - CRT*), uma vez que em sociedades racializadas como a brasileira temos a emergência da ressignificação de raça como categoria analítica para entender as relações raciais existentes. Para tanto, a presente pesquisa, através de revisão bibliográfica como metodologia, privilegiou o trabalho seminal de Dora Lúcia Bertúlio e os estudos sobre Teoria Crítica da Raça no contexto brasileiro. A partir do referencial teórico da CRT, argumentamos o marco da constituição de 1988 para a temática das relações raciais e direito no Brasil, que a relação entre direito e relações raciais no Brasil é atravessado pelo mito da democracia racial, que Dora Lúcia Bertúlio inaugura estudos no direito sobre a crítica da raça no Brasil e, por fim, a importância de tal teoria para o direito.

**Palavras-chave:** Dora Lúcia Bertúlio. Teoria Crítica da Raça. Direito. Relações raciais.

## 1 INTRODUÇÃO

Os estudos decoloniais apontam a centralidade da raça e do racismo como princípios organizadores que estruturam as múltiplas hierarquias do sistema-mundo moderno/colonial, como ensinou Walter Dignolo (2000). Na perspectiva desse campo teórico, raça é uma categoria de classificação da modernidade, que ganhou seu sentido moderno a partir do processo de colonização da América e que teve como efeito a concretização de uma hierarquização de conhecimento, saberes, e grupos humanos tidos como superiores e inferiores, a qual transpôs a própria experiência colonial.

Gomes (2006) aponta a necessidade de ressignificação de raça como categoria analítica para entender as relações raciais nas sociedades contemporâneas, em especial em sociedades racializadas como a brasileira. Na perspectiva da autora, quando discute-se a situação do negro em nossa sociedade, raça ainda é a categoria que melhor consegue aproximar-se da real dimensão do racismo presente em nossa sociedade.

No entanto, o lugar da raça e do racismo produzido - atualizado e constantemente ressignificado - desde o período escravista no Brasil é silenciado pelo ideal do branqueamento e tratado de maneira eufemística diante do mito da democracia racial. São poucos os trabalhos que se propõem a compreender o direito a partir desta categoria.

Dentro desta perspectiva e diante do vácuo de publicações que tratam das intersecções entre direito e raça no Brasil, trazemos destaque para a tese de mestrado, da pouco mencionada,

mas de grande importância, pensadora negra Dora Lúcia Bertúlio. Para dialogar com a pesquisadora trazemos destaque para os recentes trabalhos desenvolvidos no campo dos estudos da Teoria Crítica Racial.

Assim, o objetivo do trabalho é propor um diálogo entre as reflexões de Dora Lúcia Bertúlio e os estudos da Teoria Crítica da Raça. O trabalho pretende analisar as potencialidades desse diálogo na construção de novas interpretações no campo de estudos do direito, que levem em consideração a centralidade da categoria raça e do racismo na (não) garantia de direitos.

Metodologicamente, o artigo apresenta a revisão bibliográfica do trabalho da Dora Lúcia de Lima Bertúlio intitulado: “Direito e Relações Raciais: uma introdução crítica ao racismo”; e dos estudos da Teoria Crítica Racial no contexto brasileiro, em especial a partir da análise de três obras: “Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social sobre os negros”, da teórica Thula Rafaela Pires de Oliveira; “Os limites dos direitos humanos acrílicos em face do racismo estrutural brasileiro: o programa de penas e medidas alternativas do Estado de São Paulo”, de Isis Aparecida Conceição; e “Estudos da Teoria Crítica Racial: seletividade do sistema penal e a subalternização da população negra”, de Inara Flora Cipriano Firmino.

A presente pesquisa possibilitou-nos compreender a importância de situar a obra de Dora Lúcia de Lima Bertúlio no campo teórico e político de pesquisadores e pesquisadoras que propõem uma reflexão sobre o direito e o sistema de justiça, a partir da análise crítica das relações raciais no Brasil. Considera-se que o esquecimento acadêmico desta obra reflete a epistemologia da branquitude ainda presente na academia e, em especial, no campo do direito.

Cabe observar, também, a potencialidade teórica do diálogo entre o trabalho da autora e dos estudos da Teoria Crítica Racial para construção de interpretações críticas no campo de estudos do direito. Essa potencialidade justifica-se por possibilitar analisar: a centralidade do racismo e o lugar do mito de democracia racial - ainda presente no imaginário de juristas - no processo de negação de direitos aos sujeitos negros.

Dito de outra maneira, e partindo-se do pressuposto de que a ciência não é neutra ou livre de ideologias quando discute questões relativas à raça, o diálogo proposto, neste trabalho, pode contribuir com a análise dos efeitos do direito para a (re)produção da desigualdade racial persistente na sociedade brasileira.

## 2 O MARCO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A TEMÁTICA RAÇA

O marco dos 30 anos da promulgação da Constituição Federal é o ponto de partida da pesquisa, que tem como fundamento a realização de um balanço sobre o desenvolvimento das relações entre raça e direito na sociedade brasileira. Nesse sentido, diante de uma perspectiva racial e constitucionalista, olharemos para os obstáculos à efetivação das transformações sociais propostas pela Constituição Federal de 1988.

Vivemos, pois, em um Estado racial, no qual a raça e o racismo têm um papel central na ação política nacional, o que justifica a formulação de lentes racializadas para análise e instrumentalização do direito.

Em países Latino-Americanos, como o Brasil, o objetivo de se legitimar a estratificação racial obedeceu a uma lógica diferente da que foi implementada nos EUA. A natureza das relações raciais brasileiras não se deu por meio de políticas segregacionistas impostas pelo Estado, como se verifica na segregação norte-americana ou no *apartheid* sul-africano. O projeto racial que moldou a construção das sociedades de países latinos americanos, até meados de 1930, pautou-se por fluxos imigratórios com o objetivo de miscigenar e alcançar o ideal de população majoritariamente branca. Quando então surge a ideologia da democracia racial (México, Colômbia, Peru, Venezuela estão entre os países que também adotaram a ideologia da democracia racial, raça cósmica) (FIRMINO, 2016, p.36).

Pauta-se na explicação da miscigenação a crença da democracia racial, que representa a forma pela qual se divulga ou, de um lado, um imaginário de tolerância, aceitação e inclusão social que não se confirma diante dos elevados índices de marginalização e precarização da vida social do negro. Este, então, se torna o discurso oficial e parâmetro a partir do qual as pessoas passam a compreender as relações raciais e como consequências da oficialização do discurso da democracia racial no Brasil temos: (a) a eliminação do aspecto ideológico e cultural do racismo; (b) a perpetuação de mecanismos que têm por objetivo a manutenção de privilégios nas mãos de pessoas brancas concomitantemente com a negação de que a raça tenha qualquer relevância social no país; (c) o desenvolvimento de uma moralidade pública baseada na igualdade entre os diferentes grupos étnicos raciais.

A Constituição de 1988 abriu espaço para uma mudança significativa na governança racial que existia do país. Ou seja, propôs-se a mudança de um regime político destinado à manutenção da hegemonia branca no Brasil para um regime efetivamente democrático de direito. A abertura desse espaço sem dúvida se deu graças a luta política do movimento negro que, participando de comissões da constituinte, obteve êxito ao incorporar ao texto da Constituição garantias caras à



população negra, as quais destacamos: direito à educação, à terra e à cultura e a criminalização do racismo.

Nestes termos, a elaboração da Constituição de 1988, que coincidiu com a celebração do centenário da Abolição da Escravidão, permitiu ao movimento negro reivindicar a inclusão de direitos que lhes eram fundamentais na condição de cidadãos, justificada pelas observações internacionais do maior ou menor alinhamento do Brasil aos instrumentos normativos internacionais de tutela dos direitos humanos; a questionar a forma com que as coisas vinham acontecendo e demandar inclusão social, legislação que criminaliza o racismo e o estabelecimento de programas de ações afirmativas.

Entretanto, apesar de diversos avanços, o Sistema Judiciário brasileiro tem operado o direito de forma a articular elementos da ideologia da democracia racial com o princípio da igualdade formal, de forma que um propósito de justiça racial continua a ser um objetivo muito longe de ser alcançado. “As formas como pensamos a igualdade não apenas permitem ou impedem a tematização política do racismo, mas também determinam os modelos interpretativos que serão adotados para a solução de questões referentes a classificações raciais” (MOREIRA, 2017, p. 1054).

A justiça racial, fundamentada na neutralidade da igualdade formal, foi abraçada na América, principalmente, em termos de exclusão racial para a prática do *status quo* na sociedade americana, por tratar o exercício do poder racial como algo raro ou uma aberração, não se abordando a temática como de fato algo sistêmico ou arraigado.

Concretizou-se, então, no passar dos anos, uma naturalização da hierarquia racial, na qual o racismo assegurou a reprodução, quase que automática, da discriminação dos negros (PIRES, 2012, p. 280). O sociólogo norte americano Edward Telles acredita que, nessa perspectiva, o racismo deixou de ser um mito no Brasil para tornar-se uma realidade social, por ser “aceito” por diversos setores sociais.

Neste sentido, os estudos da Teoria Crítica da Raça (*Critical Race Theory* - CRT) estabelecem o papel fundamental que o direito tem na manutenção da hierarquia racial nos oferecendo a oportunidade de pensar processos que desafiam estes sistemas de dominação. Esta teoria se propõe a enfrentar os privilégios do sistema jurídico e doutrinário que enfraqueça a população negra; a lutar contra as leis que não sejam neutras, mas apenas concebidas como um reparo à supremacia branca e à subordinação dos negros.

### 3 DIREITO E RELAÇÕES RACIAIS

Nesta secção do artigo analisaremos o direito e sua intersecção com as relações raciais no Brasil e até que ponto essa relação, a partir da persistência do mito da democracia racial e da epistemologia da branquedade, serve para um processo de negação de direitos aos sujeitos negros.

O lugar da raça e do racismo, que é produzido e reatualizado desde o período escravagista no Brasil, é constantemente silenciado pelo ideal de branqueamento e tratado de maneira eufemística no mito da democracia racial, apesar da categoria raça ser a que melhor consegue aproximar a real dimensão do racismo presente na nossa sociedade.

Existe, desta forma, um exercício coletivo no Brasil de diminuir o lugar da questão racial e colocar acima dela o manto da falsa harmonia entre as raças, alegando-se que “o problema no Brasil não é a raça ou o racismo”. Uma das consequências desse discurso é a tentativa de se deslegitimar qualquer argumento que apresenta formas de contestação deste manto de falsa harmonia racial.

Apesar do desejo e insistência do discurso da harmonia entre raças, estudos decoloniais provaram a centralidade de raça e racismo como agentes principais na organização de estruturas das múltiplas hierarquias do sistema mundo moderno e apesar disso, ainda persistem, principalmente no campo do direito, os entendimentos e as posturas de que raça não é central para entender o Brasil, muito menos o direito e o *modus operandi* do sistema de justiça.

O sistema de justiça brasileiro opera preferencialmente no controle de corpos negros seja para encarcerá-los, seja para normalizar o genocídio por meio dos homicídios resultantes de ações policiais. Tudo isso é complementado pela ausência de pesquisas nas faculdades de direito que trabalham a categoria raça em suas análises, sob o manto do discurso de que “não são pesquisas sobre raça” apesar de sabermos que raça atravessa todas as temáticas que o direito aborda, afinal, o empreendimento colonial da escravização é parte estruturante do que chamamos de estado moderno (QUEIROZ, 2017, p. 13).

Quando falamos que no direito existe uma resistência para se trabalhar as a temática raça como categoria analítica por falta de aceitação de que a questão raça atravessa toda e qualquer questão/ problema na nossa sociedade, encontramos por trás disso a crença de que raça não é um problema pois existe uma harmonia racial no país e aqui então encontramos a persistência do mito da democracia racial no direito.

Ao mesmo tempo que encontramos a persistência do mito da democracia racial no direito, temos que este opera a partir de uma racialidade. Por mais que exista uma resistência, o direito

opera a partir da raça. O direito opera a partir da raça em primeiro lugar quando elege a branquidade como parâmetro para aquele que vai ser eleito como autêntico sujeito de direito e por consequência aquele que não vai ter seus direitos e vidas ameaçadas pela estrutura jurídica do estado.

Outra prova da centralidade da raça no direito argumentamos que é o privilégio de epistemologias da branquidade e apagamento e desqualificação de epistemologia negras. O cenário que temos de pesquisas no Brasil é um resistência muito grande para a aceitação de pensadores negros enquanto intelectuais e fontes válidas de conhecimento e a aceitação de pesquisas que tratem raça como conceito central analítico das investigações.

Sobre essa problemática, na perspectiva do campo teórico da decolonialidade não só raça é uma categoria de classificação da modernidade que tem seu papel a partir do processo de colonização da América mas também teve como feito a construção de hierarquização de conhecimentos e saberes. Ou seja, na modernidade vamos ter um paralelo entre o processo da construção da modernidade a partir da raça e um processo de hierarquização de conhecimento.

Ainda, ajudando a compreensão do assunto, Prando (2016) e Freitas (2016) demonstram que nas construções acadêmicas podemos encontrar esquecimentos, escolhas metodológicas e escolhas de categorias analíticas que vão se ligar à uma ordem normativa hegemônica (branca, masculina, burguesa e heterossexual). Partindo, então, desse cenário posto podemos encontrar as ligações entre teorias críticas, racismo e branquidade (DUARTE, 2016 *apud* CALAZANS;PIZZA; PRANDO; CAPPI, 2016, p. 454 ).

Neste sentido, argumentamos que as epistemologias da branquidade são ligadas a escolhas que mais que tudo servem também a um jogo/hierarquização de poder.

Dado o exposto, o direito é um instrumento de controle social, (SILVA & PIRES, 2015, p. 62) o qual, no Brasil, vai operar posicionando raça como referencial e o Sistema de Justiça deve (deveria) apreender, absorver e se reorganizar a partir da categoria raça como como quesito na solução de suas controvérsias. Nesse sentido, raça deve permear e estar presente nos estudos jurídicos nacionais, o que não se percebe atualmente. Existem diversos estudos sociológicos e antropológicos que discutem a temática racial, entretanto no âmbito do direito, o negro ainda é pensado como objeto de estudo ou como sujeito principal do processo penal, nunca como produtor de conhecimento para mudar sua própria condição (FIRMINO, 2016).

Nesses termos, o direito continua a ser um instrumento de repressão e de controle social, quando observamos a ligação entre o direito e poder, como manutenção de privilégios, e entre o direito e racismo. Essa instrumentalidade decorre da falta de comunicação e de expressividade

entre o direito e as camadas subalternizadas, isso porque o direito deixa de ser o mecanismo promotor do exercício da igualdade e das liberdades, para ser a estrutura que cria uma forma de consciência nacional racializada (FIRMINO, 2016).

Por tal razão, advogamos a importância de alinhamento dos estudos de Dora Lúcia com estudos mais atuais sobre Teoria Crítica da Raça, pois essa teoria estabeleceu o papel fundamental que o direito tem na manutenção da hierarquia racial e nos oferece a oportunidade de pensarmos processos que desafiam o Sistema de Justiça enquanto um mecanismo de dominação que poderia, em tese, reverter um cenário de constante violação de direitos da população negra que é, de certa forma, normalizada pelo direito e pelo sistema de justiça

#### **4 DORA LÚCIA BERTÚLIO E A TEORIA CRÍTICA DA RAÇA**

Diante da necessidade de se analisar de que maneira o direito contribui com a perpetuação da desigualdade racial, servindo, por exemplo, como um instrumento de política criminal para a perpetuação das desigualdades propomos a aproximação teoria da CRT - *Critical Race Theory* - à realidade social brasileira, como um instrumento teórico para a construção de um entendimento sobre política racial brasileira, no âmbito da Justiça brasileira. Para além disso, também argumentamos o pioneirismo de Dora Lúcia Bertúlio em apresentar um olhar crítico sobre o direito, tendo raça como categoria analítica central em sua tese.

A perspectiva da CRT será pautada em alguns dos estudos recentes que trazem a temática da Teoria Crítica Racial para o contexto nacional, sendo eles de autoria de Thula Pires intitulado “Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social sobre os negros”; Isis Aparecida Conceição com a tese “Os limites dos direitos humanos acrílicos em face do racismo estrutural brasileiro: o programa de penas e medidas alternativas do Estado de São Paulo”; e Inara Flora Cipriano Firmino com a tese “Estudos da Teoria Crítica Racial (*Critical Race Theory*): seletividade do sistema penal e a subalternização da população negra”.

Nas palavras de Thula Pires, a Teoria Crítica da Raça busca a compreensão da relação entre raça e direito para o enfrentamento da realidade. Partindo do pressuposto de que o direito é um instrumento de controle social, a professora ressalta “a responsabilidade do direito não apenas no uso da categoria racial na solução das controvérsias como na sua interferência sobre a questão racial de forma mais ampla, no âmbito das relações sociais” (PIRES, 2012, p. 15).

A teoria articula a relação entre raça, o racismo e o direito para um enfrentamento da realidade, pois se contrapõe a premissa tradicional de que o direito, diferentemente da política, é limitado por regras (objetivo e neutro). Há o entendimento de que ele produz, constrói e constitui

o que se entende por raça não somente em domínios em que raça é explicitamente articulada, mas também quando não é mencionada ou desconhecida (PIRES, 2012).

Já para , Isis Aparecida Conceição a Teoria Crítica da Raça centraliza a categoria racismo como um “guarda-chuva conceitual”, o que permite que condutas como as de discriminação direta e indireta sejam também compreendidas como práticas de racismo. Permite, também, que os Estados reconheçam sua responsabilidade em face dos dados de “impacto desproporcional” indicativos da presença de racismo institucional e racismo estrutural (sistêmico).

Da mesma forma, nos permite compreender os efeitos que valores preconceituosos produzem, em longo prazo, nas interações entre negros e brancos nos palcos de convivência social permite observar e programar políticas que mitiguem, tendendo a neutralização, as desigualdades resultantes das condutas informadas por tais valores. Acredita-se que somente a aproximação a estas categorias de forma técnica e sistematizada no debate jurídico proposto, permitirá que o debate necessário, sobre discriminação racial no espaço do Sistema de Justiça Brasileiro (CONCEIÇÃO, 2009).

Em adição, Inara Flora Cipriano Firmino nos ensina, em seu trabalho de conclusão de curso, do ano de 2016, intitulado *Estudos da Teoria Crítica Racial (Critical Race Theory): seletividade do sistema penal e a subalternização da população negra*, que o movimento Teoria Crítica da Raça, reuniu ativistas e acadêmicos que pretendiam, não só estudar, mas, também transformar as relações postas nas chaves de racismo, da raça e do direito, entendido como uma forma de poder (FIRMINO, 2016, p. 22).

No mesmo sentido, Thula Rafaela de Oliveira Pires e Caroline Lyrio Silva, no artigo “*Teoria Crítica da Raça como Referencial Teórico Necessário para pensar relação entre direito e racismo no Brasil*”, apresentam, ainda, o que seria uma metodologia racial crítica nos seguintes termos:

- a) coloca ‘raça e racismo’ em primeiro plano em todos os aspectos do processo de investigação, ao mesmo tempo em que destaca a intersecção com questões de gênero e classe na experiência dos negros, o que os autores chamam de intercentricidade da raça e do racismo com outras formas de subordinação;
- b) desafia os paradigmas tradicionais de pesquisa usados para explicar as experiências de subalternidade vivenciadas pelos negros. Nesse sentido, são desafiadas as categorias que mais declaradamente foram usadas na modernidade para salvaguardar o privilégio branco: objetividade, meritocracia, *color blindness*, etc;
- c) compromete-se a oferecer uma solução libertadora ou transformadora para a subordinação racial, de gênero e de classe. Elaboram uma agenda de pesquisa comprometida com a justiça social e a eliminação do racismo, sexismo e da pobreza, a partir do empoderamento dos grupos minoritários;
- d) concentra-se nas experiências raciais, de gênero e de classe, encarando-as a partir do seu potencial emancipatório. A centralidade do conhecimento pela experiência se dá através de técnicas como contação de histórias, histórias de família, biografias, cenários, parábolas, contos, testemunhos, crônicas, narrativas;
- e) confronta o foco ahistórico e unidisciplinar das análises tradicionais sobre desigualdades raciais, utilizando a base de conhecimento interdisciplinar de estudos

étnicos, feministas, de sociologia, história, humanidades e direito para compreender mais adequadamente a experiência dos negros (SILVA & PIRES, 2015, p.72 ).

Importante observar que, embora a Teoria Crítica da Raça seja uma concepção teórica que surge no contexto estadunidense de concretização de direitos civis, encontramos no Brasil o trabalho pioneiro de Dora Lúcia Bertúlio, que constrói panorama semelhante ao da CRT e que iniciou um movimento de análise crítica do direito à partir das relações raciais. No ano de 1989, a obra *Direito e Relações Raciais: uma introdução crítica ao racismo* foi escrita. Nele, a autora advoga sobre a necessidade de reconstituir e denunciarmos o caráter racial das categorias jurídicas. Ademais, aprendemos com o trabalho de Dora Lúcia que precisamos questionar como a raça se inscreveu na construção das estruturas e práticas do direito moderno, mesmo quando elas não se apresentavam como racializadas (QUEIROZ, 2017, p. 14).

Dora Lúcia Bertúlio, natural de Itajaí- Santa Catarina, filha de operário sindicalista e membro do Partido Comunista, graduada em direito pela Universidade Federal do Paraná- UFPR, atuante no movimento estudantil em sua época, advogada do grupo SOS Racismo de Florianópolis, foi uma das protagonistas da implementação de cotas raciais e sociais nas universidades públicas brasileiras, em 2017 ganhou Diploma de Personalidade Afro-Paranaense e hoje é Procuradora Geral da Universidade Federal do Paraná. É pioneira e certa ao identificar as relações existentes entre os estudos e prática do direito e as formações raciais no Brasil diante da pouca sensibilidade do sistema de justiça à temática racial. “Os conflitos raciais no país, bem como o racismo produzido e reproduzido desde o período escravista da História do Brasil, têm sido desconsiderados pela produção acadêmica de Direito e Ciência Política nacional” (BERTULIO, 1989, p. 05).

O objetivo maior da dissertação de mestrado de Dora Lúcia Bertúlio foi inserir a discussão racial na agenda de discussões do direito pátrio e para atingir tal objetivo a autora fez um trabalho de identificar qual o lugar dado ao negro em nossa sociedade bem como traçar como o Estado e suas instituições tratam figuras negras se utilizando de marcos históricos.

A autora evidencia um ciclo vicioso do racismo institucionalizado ao mesmo tempo que advoga que o falso discurso da democracia racial continua inalterado por mais que a própria realidade brasileira o tenha contestado. Segundo a autora, o racismo institucional é desmascarado justamente quando olhamos para a manutenção do discurso da democracia racial.

No que se refere especialmente ao direito, o trabalho de Dora traz que:

quando não age expressamente determinando e regulando ações e direitos específicos para o grupo branco enquanto direito formal positivado, estabeleceu a manutenção e legitimação de ações racistas através da reprodução dos princípios idealistas. Estes

princípios são viabilizados pela generalização e igualização entre situações desiguais e indivíduo diferentes (BERTULIO, 1989,p. 208-209)

O obra de Dora Lúcia Bertúlio aqui tratada por muito tempo ficou num limbo de esquecimento acadêmico. Merece o nosso destaque o trabalho também pioneiro do Maré- O Núcleo de Estudos e Pesquisas em Cultura Jurídica e Atlântico Negro é um grupo vinculado ao Centro de Estudos sobre Discriminação e Desigualdade/FD-UnB em iniciar um processo de difusão da obra . O esquecimento acadêmico da obra de Dora Bertúlio reflete a forma como opera a epistemologia da branquitude ainda presente na academia e, em especial, no campo do direito.

Atualmente, a realidade de pesquisas com temática racial no direito no Brasil assemelha-se àquela realidade identificada nos estudos de Dora Lúcia, bem como com a realidade norte-americana, o que despertou as primeiras provocações dos estudiosos da Teoria Crítica Racial e o que justifica a presente pesquisa. Dentre os vácuos de publicações que tratam das intersecções entre direito e raça no Brasil, destacamos a brilhante e pouco mencionada, pensadora negra Dora Lúcia Bertúlio, que carrega em seus estudos o pioneirismo e genialidade e mais uma vez pontuamos a importância de colocarmos sua obra e ensinamentos na agenda acadêmica do direito.

## **5 CONCLUSÕES**

Pretendemos no presente artigo de forma breve trazer as necessárias intersecções entre direito e relações raciais. Dessa forma, trouxemos o marco da constituição como aquele que inaugura, a partir da luta do movimento negro, a eleição de direitos da população negras a serem marcados na Constituição Federal de 1988.

Apesar desses direitos terem sido marcados na constituição brasileira vemos que o direito em si, tem sido resistente em entender a importância da categoria raça para os estudos na área do direito. Dado o diagnóstico, advogamos a importância dos postulados da Teoria Crítica da Raça- Critical Race Theory (CRT). Contudo, ao advogarmos a importância da CRT para o direito, precisamos por força moral nos lembrar dos ensinamentos e legado de Dora Lúcia Bertúlio que inaugurou no Brasil no direito, os estudos críticos que coloca raça como categoria analítica central.

Quando aproximamos as estudos da CRT com o legado de Dora Lúcia Bertulio, vemos que podemos encontrar nessas duas esferas de estudos o mesmos pressupostos e preocupações no que se refere à relação entre direito e relações raciais. As conclusões que os trabalhos trazem em relação ao direito e raça são semelhantes e aqui argumentamos que o são pois em contextos

diferentes, esses investigadores estavam olhando para um mesmo fenômeno que é uma realidade nas américas

Diante o exposto sobre o cenário posto da relação entre direito e relações raciais no Brasil e partindo do pressuposto de que o direito é um instrumento de controle social, o sistema de justiça deveria lidar com a categoria raça na solução de controvérsias. Nesse sentido reivindicamos a importância do diálogo do direito com pressupostos da Teoria Crítica da Raça.

Existem muitas potencialidades desse diálogo na construção de novas interpretações no campo de estudos do direito, que levem em consideração a centralidade da categoria raça e do racismo na (não) garantia de direitos. O trabalho, de fato, nos possibilitou compreender a importância de se situar a obra de Dora Lúcia de Lima Bertúlio no campo teórico e político de pesquisadores e pesquisadoras que propõem uma reflexão sobre o direito e o sistema de justiça, a partir da análise crítica das relações raciais no Brasil, uma vez que as epistemologias da branquidade a querem esquecer.

## REFERÊNCIAS

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. **Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo**. Tese de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciências Humanas – Especialidade em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1989.

CALAZANS, Márcia E.; DUARTE, E. C. P.; PRANDO, C. C. M.; CAPPI, R.. **Criminologia crítica e questão racial**. Cadernos do CEAS - Revista crítica de humanidades, v. 1, p. 450-463, 2016.

CONCEIÇÃO, Isis Aparecida. **Os limites dos direitos humanos acrílicos em face do racismo estrutural brasileiro: o programa de penas e medidas alternativas do Estado de São Paulo**. Tese de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e racismo: introdução à criminologia brasileira**. Curitiba: Juruá, 2011.

\_\_\_\_\_. **Paradigmas em criminologia e relações raciais**. Cadernos do CEAS - Revista crítica de humanidades, v. 1, p. 500-526, 2016.

FIRMINO, Inara Flora Cipriano. **Estudos da Teoria Crítica Racial (*Critical Race Theory*): seletividade do sistema penal e a subalternização da população negra**. Tese de Conclusão de Curso para bacharelado em Direito apresentada na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto, 2016.

FREITAS, Felipe. **Novas perguntas para a criminologia brasileira: poder, racismo e direito no centro da roda**. Disponível em: <https://cadernosdoceas.ucsal.br/index.php/cadernosdoceas/article/view/252/218>. Acessado em: 30/01/2017.

MOREIRA, Adilson José. *Cidadania Racial*. **Quaestio Iuris**, v. 10, n. 2, p. 1052-1089, 2017.



MUNANGA, Kabengele; GOMES, Nilma Lino. **O negro no Brasil de hoje**. Coleção Para Entender. São Paulo: Global Editora e Distribuidora Ltda, 2006.

PESSO, Ariel Engel. **A construção social da raça à luz da *Critical Race Theory***. Pesquisa apresentada ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social sobre os negros**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC do Rio de Janeiro, 2013.

BERNARDINO-COSTA, Joaze; GROSGUÉL, Ramón. **Decolonialidade e perspectiva negra**. Sociedade e Estado, 2016, vol. 31.

SILVA, Caroline Lyrio; PIRES, TR de O. Teoria crítica da raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil. **Objetivos e metas de desenvolvimento do milênio da ONU: direitos dos conhecimentos**. Florianópolis: Conpedi, 2015.

QUEIROZ, Marcos Vinicius Lustosa. **Constitucionalismo Negro e Atlântico Brasileiro: A experiência constitucional de 1823 diante da revolução Haitiana**. Brasília. DF, 2017. Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/23559>. Acessado em 16/09/2018.

# O PROTAGONISMO DAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS FRENTE AS DEMANDAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS: UM ESTUDO DE CASO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS DO BRASIL E DA COLOMBIA E OS PROCESSOS DE EMANCIPAÇÃO SOCIAL

*Rodrigo Umbelino da Silva*

(Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP/SP)

rodrigo\_bauhaus@hotmail.com

**RESUMO:** Este trabalho pretende realizar um estudo comparado dos tribunais constitucionais do Brasil e da Colômbia no que se refere aos processos de reconhecimento das demandas sociais contemporâneas. Entendemos que no século XX a América Latina vivenciou ações diretas com viés protagonista das instituições judiciais frente a outras partes do governo. O que corrobora nessa interpretação e caminha para uma compreensão está: no olhar das questões sociais e políticas de determinados grupos (direitos emancipatórios) e as respostas pelas Cortes frente as nuances relativas ao processo democrático. O elevado ativismo dos movimentos sociais permeados pelos mecanismos do acesso ao direito e a justiça contribuem para elucidar essa nova conjuntura que se desenha a partir da Constituição de 88 no Brasil e da Constituição de 1991 na Colômbia. Nesse sentido, o novo ordenamento global evidência novas estruturas para a compreensão dos processos emancipatórios, permitindo análise da relação entre justiça e reconhecimento em um contexto cujo as normas sociais estejam corporificadas.

**Palavras-chave:** Direito. Emancipação Social. Judicialização. Regulação Social. Tribunais Constitucionais.

## 1 INTRODUÇÃO

A discussão realizada nesse trabalho que é parte da minha pesquisa de doutorado em andamento foi realizar uma análise comparada das Cortes Constitucionais do Brasil (STF) e da Colômbia (CCC) no que se refere aos processos de reconhecimento das demandas sociais contemporâneas. A pesquisa estrutura-se em apresentar o protagonismo dos Tribunais Constitucionais Brasileiro e Colombiano no que tange a lógica da emancipação social por meio da discussão de diversos campos de análise envolvendo a atuação normativa do Poder Judiciário e o seu ativismo judicial.

O debate está sendo desenvolvido sob ângulo das teorias da emancipação social e dos direitos emancipatórios, principalmente nas leituras de Boaventura de Souza Santos, Axel Honneth, Franz Nuemann dentre outros autores semelhantes em termos teóricos que trabalham com a perspectiva dos movimentos contra hegemônicos pela via do direito e focando nas interpretações das ações das periferias (América Latina).

Assim, espero com a pesquisa colaborar para uma aproximação entre as diversas discussões sobre a emancipação social, no contexto do campo da América Latina. A análise estará centrada nos aspectos: ações globais contra hegemônicas latino americanas com o uso do direito e os seus efeitos políticos e jurídicos.

A discussão norteou-se por pressupostos identificados nos textos analisados sobre a compreensão acerca do real problema da marginalização de membros das sociedades analisadas

especificamente os negros, onde a máxima da relação observada foi busca constante nas sociedades modernas por um espaço de garantias reais de seus direitos individuais e coletivos, não deixando de ressaltar que Estado trabalha como mediador e definidor de algumas políticas públicas que orientam esse novo momento.

Nesse sentido, a construção de uma cidadania ativa, associada às vertentes de uma democracia participativa, contribui em alguns aspectos para judicialização de algumas questões políticas. Corroborando para a compreensão de problemas de cunho político – jurídico e os caminhos de como chegar até o poder judiciário. Fato isso, o poder judiciário estaria exposto diretamente as manifestações vinculadas as questões oriundas de determinados grupos sociais ( negros, homossexuais, mulheres e indígenas), cujo objetivo é o reconhecimento de seus direitos e garantias individuais *a priori* tendo como consequência a construção de suas identidades que como no caso colombiano mais diretamente o reconhecimento da identidade cultural negra e direito a participação política, foi questionado por órgãos do Estado ( administrativamente como judicialmente), desconfigurando a lógico sócio histórico e cultural desse grupo social, tendo por isso buscado no órgão da justiça mecanismos para obtenção dos direitos emancipatórios.

Assim, grandes debates formam-se em torno das questões do reconhecimento e muitas recai no campo interpretativo, em determinadas situações acaloram os ânimos, mas refrescam a alma daqueles que estão sujeitos a esse nível de desigualdade. As interpretações partem tanto da sociedade civil organizada, das universidades e suas políticas próprias (políticas de ações afirmativas) quanto também do legislativo brasileiro.

Portanto, a todo o momento vemos questões serem levadas aos quadros do judiciário, no anseio do reconhecimento de quem se propõe ser visto pela sua diferença e quando as decisões são tomadas positivamente ou mesmo com a abertura do debate, todos os processos de construção das identidades sociais se fortalecem ainda mais, fazendo valer seu ideal de cidadão dentro daquilo que se conceitua chamar de Estado de direito.

## **2 ABORDAGENS TEÓRICAS DO PROJETO EMANCIPATÓRIO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS**

Dentre os diversos estudos do Poder Judiciário nas novas democracias em especial as latino americanas, mais precisamente a brasileira e colombiana observa-se um movimento de identificação da sociedade civil pelo uso de determinadas proposituras constitucionais a possibilidade mais direta como não dizer também mais rápida sem fugir do objeto fim de uma democracia representativa, alternativas de um reconhecimento social pelo âmbito do Poder Judiciário.

Sobre a lacuna ou mesmo dizendo um ponto de convergência dentro dos limites das ações dos poderes executivo e o legislativo abra-se espaço para o aparecimento das insatisfações sociais de diversos grupos minoritários.

De certa forma, o poder judiciário assumiria um real e primordial papel nesse momento de reconfiguração do ideal democrático, ou seja, passando de além do guardião dos valores constitucionais fundamentais como também fazer valer os dispositivos constante nos textos das constituições brasileira de 1988 e colombiana de 1991.

A lógica inaugural do ativismo judicial que abarca essas mudanças constitucionais do século XX, se fortalece nos países em cujas democracias se encontram literalmente fortalecidas, ou melhor, o processo democrático estaria melhor fundamentado que muitos outros países em níveis globais cujo o contexto social estaria à mercê das crises institucionais desconfigurando em muitos casos anos de debates com vias a construção democrática e a lógica da expansão do princípio democrático como também a participação do sujeito livre está amplamente ligada à institucionalização do direito na construção da vida social. Tal fato passa a atuar no campo da esfera privada. Os novos detentores do direito, como, por exemplo, o movimento operário no século passado<sup>1</sup>, contribuiu para a aproximação entre o Estado e a sociedade civil.

Notadamente é importante ressaltar o grande destaque que se dá a uma tipologia do direito que emerge nesse contexto, especificamente, o direito do trabalho, apoiado principalmente pela construção da relação entre a compra e venda da força de trabalho e as mais variantes participações do sindicalismo, apoiados por diversos setores da sociedade civil. Fato marcante entre o final do século XIX e início do século XX.

Da construção de uma justiça social já associada ao direito privado, e que ganha corpo específico dentro do chamado direito do trabalho é possível identificar que muitas dessas conquistas passam a ser associadas à administração pública, assim as relações sociais passariam a ser mediadas por instituições políticas democráticas.

A partir dessa mediação, o direito dos grupos organizados, direciona para uma jurisdicização das relações sociais, incorporando de fato ao capitalismo essa nova prerrogativa de entendimento das questões sociais determinadas pela lógica democrática vigente.

Embora a mediação contribua para incorporação das questões sociais no âmbito das questões gerais, ou melhor, passando a ter corpo próprio, o direito através da sua própria indeterminação, é que buscará sua orientação pela análise das questões surgidas no presente, e de certa forma contribuirá para o novo entendimento dos poderes. Ou seja, a lei é originária do

---

<sup>1</sup> Cita-se aqui as grandes Revoluções do Século XIX, e a emersão dos direitos fundamentais.

Poder Legislativo, é dentro desse campo de poder que são elaboradas, votadas, gerando um ordenamento legal para a sociedade. O Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil, busca estabelecer um sentido para as leis, que nasce com motivações distintas a “certeza jurídica”. Assim, o Poder Judiciário, de forma análoga, é investido de um papel de “legislador implícito”.

Segundo Vianna (1999) essas determinações irão contribuir para uma agenda de igualdade que irão reportar uma difusão da sociabilidade do direito, redefinindo de certa forma a relação entres os três poderes.

Não obstante, para que o Poder Judiciário exerça o controle dessa agenda igualitária, deverá ser capaz de estabelecer parâmetros, controlar e tendo como base a Constituição, no que tange as ações do legislador e do administrador, e indubitavelmente promover uma transformação desse Poder Judiciário na busca da construção dessa nova agenda igualitária é em determinados momentos permitindo lhe associar a si o justo contra a lei.

A inserção dos direitos fundamentais, tomando como base a Declaração universal dos Direitos do Homem, corrobora para a formulação de ideia de justiça, reforçando de forma conclusiva os processos originários do Welfare State, aproximando a discussão entre direito e política.

Vianna (1999, b) afirma que a democratização social e nova institucionalidade da democracia política, principalmente após os anos 70, com o fim de vários dos regimes autoritários (europeu e americano), e a elaboração de novas constituições baseadas na positivação dos direitos fundamentais, contribuíram de forma definitiva para inclusão do Poder Judiciário no espaço da arena política.

Embora essa ideia da utilização do direito pelo Poder Judiciário para a busca de igualdade através da construção e valorização dos direitos sociais, para muitos induziria a um problema no que diz respeito a cidadania, pois para muitos a igualdade somente daria bons frutos se viesse acompanhada por uma cidadania ativa, cujas praticas levassem a continuidade e a aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos.

Portanto para uma real aplicação de aceitação das garantias constitucionais, é necessária uma sociedade capaz de assimilar as construções cívicas e de cultura política democrática, com sua participação ou quando não do real entendimento do contexto que se aplica.

No cerne dessa discussão, a lógica constituinte para muitos autores logrou grande êxito no que tange a participação efetiva de uma comunidade de interpretes da Constituição, que viria a

desencadear em um amplo processo de questionamentos oriundos de diversas instituições e de grupos da sociedade civil.

Embora a divisão de poderes muito bem definida pelo texto constitucional brasileiro, não vemos novas práticas sociais, mas apenas a limitação no cumprimento das funções simbólicas, por um Supremo Tribunal Federal, adverso a qualquer tentativa de entendimento jurisprudencial capaz de equacionar conflitos.

Com a promulgação da Constituição vemos uma intensa valorização das instituições da democracia representativa, orientados pelo clamor de mudanças nas estruturas sociais, pela via de projetos eleitorais consistentes, apoiados em candidatos que demonstravam uma aparente mudança social.

O Poder Judiciário, como afirma Vianna (1999) torna-se um lugar para a busca da proteção social, processo subsequente a deslegitimação do Estado, frente às demandas dos setores mais pobres e desprotegidos, vendo nesse órgão do Estado um pouco de expectativa de direitos e cidadania.

Esses fóruns propiciaram uma forma de democratização social pela facilitação do acesso à justiça. Assim, a mobilização de uma sociedade para defesa dos seus interesses e direitos, contribuirá em muito para reconstituição do “tecido da sociabilidade” (VIANNA,1999) por meio de ambientes institucionais oriundos do processo desencadeado pelas novas vias de acesso à justiça.

### **3 O CARÁTER EMANCIPATÓRIO DO DIREITO: RECONSTRUINDO O DIÁLOGO DE BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS E FRANZ NEUMANN**

O século XX mais precisamente a partir dos anos oitenta foi marcado por grandes transformações na América Latina, sendo visto que a grande parte sul do continente americano como exemplo Brasil, Colômbia, Bolívia e Argentina mais precisamente, se transformaram em um grande laboratório de análises políticas e sociais advindas dos Estados Unidos e Europa, no que tange modelos e práticas de construções econômicas e jurídicas que geraram um impacto nas relações sociais desde os modelos de contrato de trabalho, uso do direito e a sua correlação com as demandas sociais particularmente específicas dos países latino americanos citados. Nesse sentido o que foi se constituindo estava no compito de diversos modelos teóricos embasados nas trincheiras liberais como também em outros extremos permeados por ideais de vertentes socialistas.

Nesse sentido, busca-se a grosso modo entender esses modelos teóricos e vislumbrar em larga escala a sua aplicabilidade no que tange a reinvenção dos mecanismos de emancipação

social, que por vezes, tendem a direcionar para o campo conversador dentro de um emaranhado complexo das diversas interpretações do direito que irá ser determinante nas formas de combate de uma agenda conversadora corporificada nos espaços sociais e políticos inerentes a relação entre o direito e a emancipação.

Segundo Boaventura para entender a questão da emancipação social pela via do direito, faz-se necessário compreender como se constrói a questão da reinvenção do direito dentro de um ambiente autônomo basicamente ocidental e de que modo essa reinvenção possibilite pensar o que chamamos de emancipação social fora das fronteiras da modernidade ocidental (2008, p. 9). Converte-se na questão da reinvenção do direito defendida pelo autor, mas também se abre espaço para pensar se a sociedade e seus diversos agrupamentos políticos culturais vislumbram os diversos problemas sociais que podem ser superados pela emancipação social.

No campo da reinvenção do direito em consonância a problemática contemporânea do seu uso, acerca da chamada emancipação social, entende-se como atraso ou mesmo retardo a construção sólida de um modelo global neoliberal que impactaria no papel do Estado de direito e os processos de reformas judiciais em debate no chamado sistema mundo (SANTOS, 2008a, p. 11), nesse sentido, o campo jurídico estaria sobre o ataque constante de modelos pré-determinados cujo o objetivo é descaracterizar o direito como elemento da emancipação social. Cria-se nesse contexto um movimento contra hegemônico que nas palavras de Boaventura funcionaria como barreira contra ao que o autor define de globalização hegemônica neoliberal.

Notadamente a onda neoliberal que se propagou pelo mundo nos anos 80, e ganha um tipo de corporificação na América Latina, não recai somente sobre o eixo econômico do sistema globalizante, mas também sobre os aspectos sociais e culturais. Nesse sentido faz-se necessário uma reinterpretação desse fenômeno e as suas implicações na estrutura do Estado como também o grau de influência e controle sobre as instituições judiciais. Analisa-se como intermeio desse processo a criação de forças, organizações e movimentos contra-hegemônicos, sempre com um olhar do campo diretivo de onde se pretende compreender, no caso dessa pesquisa a América Latina e como campo de estudo a Colômbia e o Brasil e as suas instituições judiciais.

Na perspectiva de Santos (2008, p.11) a construção de ações contra hegemônicas aparece na assunção do direito como elemento chave da emancipação social assim: “a questão do papel do direito na busca da emancipação social é, atualmente, uma questão contra hegemônica, que deve preocupar todos quantos, um pouco por todo o sistema mundo, lutam por uma globalização hegemônica neoliberal” (SANTOS, 2008, p.11).

Ao mesmo tempo que a onda neoliberal globalizante propagou-se pelo mundo sobre a avantesma da dominação e exclusão , essa mesma onda corporifica meios para condições e junções de forças organizadas em movimentos e organizações contra hegemônicas em diversas partes do mundo, aproximando os grupos de luta pelas suas diferenças ideológicas , mas sobre a máxima da construção de projetos emancipatórios, que embora distintos entre si , contudo convergentes no uso do direito como elemento de emancipação social. Esse aparente uso do direito como parte do processo emancipatório corresponde em linhas gerais a uma reinvenção do direito como forma a uma objetividade mais aparente no contexto de um espaço fora do campo ocidental, mas que se aglutina as reivindicações dos diversos grupos sociais e dos movimentos que se dedicam a uma alternativa a globalização neoliberal.

Nesse contexto Boaventura afirma que dentre as normatividades impostas pela lógica neoliberal é interessante compreender o viés do contexto social, político e econômico que irá determinar como determinadas práticas se organizam em contraposição ao status quo generalizante dessa onda (SANTOS, 2011, p. 12).

Observa-se segundo Santos (2003, p.12) uma dualidade lógica entre os termos conceituais de contrato social e fascismo social. A ideia de Boaventura em fazer o uso desses conceitos, recai sobre o campo da interpretação das responsabilidades inerentes ou não ao Estado.

Franz Neumann ao construir a lógica emancipatória edifica como aspecto argumentativo uma crítica ao liberalismo e a democrática, amplamente teorizada nos tempos do estado nacional socialista na Alemanha. O estado liberal é descrito como sendo algo nocivo ou mesmo um estado inapto, uma caracterização irreal da ideia de liberdade, nas interpretações de NEUMANN (2003, p.303) “ o direito no liberalismo é mecanicista, ele serve apenas aos interesses privados”, afirma também que liberalismo e o direito são excludentes e o juiz seria uma máquina para administração pública.

Como pode ser visto Neumann (apud GERBER) esclarece as diversas análises críticas ao liberalismo moderno principalmente ao seu grau de influência nas estruturas dos estados “ o estado liberal é considerado “neutro” e “ negativo”, um “ estado fictício”, um mero aparelhamento”, outra definição amplamente aceita é que o liberalismo “ é a mera degeneração da ideia de liberdade”.

No conjunto dessas posições críticas dentro dos regimes de estado forte , a democracia é vista como uma composição de massa desorganizada , ela nas palavras dos críticos desconhece de fato o povo , como também no que tange um de seus pilares que seja a separação dos poderes , compromete o Parlamento , daqui veja a crítica mais direta de uma frase de Carl Schmidt ( 1933)



“o parlamento é o local para a competição irrestrita , para as mais explicitas batalhas de interesses, para a fome de poder“. Nesse sentido não restaria duvida que o direito no conjunto dessas interpretações assumiria um caráter puramente mecanicista, servindo apenas para os interesses privados (NEUMANN, 2003).

Neumann ao contrário, distancia-se dessas interpretações e compreende que o direito liberal assumiria sim um caráter emancipatório, segundo o autor a relação entre direito e emancipação social se configura no nível das instituições ou melhor na existência do Estado de Direito. Segundo Rodriguez (2013, p. 21) “ a emancipação não é pensada como uma prática externa ao Direito, mas como imaginação exercitada na imanência das instituições”.

O centro de debate proposto por Neumann está na qualidade objetiva do direito ou melhor na centralidade das formas institucionais que tornariam possível a realização da justiça, grosso modo, a efetivação da possibilidade dessa realização está relacionada não somente nos ideias de liberdade que se encontra em amplo aspecto em algumas teses do capitalismo, como também é importante entender se somente o aspecto da garantia de liberdade ou se essa relação permitiria construir uma espaço de luta pela igualdade ( RODRIGUEZ, 2013, p.21) .

#### 4 SÍNTESE DE DOIS CASOS ANALISADOS – PROTAGONISMO X EMANCIPAÇÃO

Embora esse estudo esteja em andamento e de modo a responder empiricamente as questões ora levantadas na introdução desse texto, nós buscaremos associar a teoria à prática analiticamente aos estudos dos casos de temas paralelos em um amplo aspecto o que se relaciona aos afrodescendentes no Brasil e na Colômbia. Os dois casos abaixo selecionados buscam exemplificar pontos de convergência através da interpretação do objeto da ação proposta e na construção de parte da decisão dos Tribunais.

**Temática:** Direitos fundamentais da comunidade negra

**Subtema:** Direitos econômicos, culturais e educacionais

Justiça	Numero	Titulo
CCC	T – 422/96	Diferenciação positiva em favor da comunidade negra: ação que pede ao Conselho Distrital de Educação do Distrito de Santa Marta a participação de pretos junto ao referido conselho. Segundo partes da sentença, a não participação dos pretos prejudicaria o direito a igualdade e o acesso à educação e a cultura.
STF	ADC- 41/DF	Ação Direta de Constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da lei nº 12990/2014. Ação pede a constitucionalidade à lei 12990/2014 que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas em concursos públicos.

## Trechos do Acordão

### • STF ADF 41/DF

“Em *primeiro lugar*, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da Supremo Tribunal Federal”

### • CCC - T-422/96

“A condição de que a comunidade tenha uma determinada base espacial para "diferenciá-la de outros grupos" não parece ser o caso se for aplicada a grupos que sofreram no passado de serem vítimas e que foram sujeitos a pilhagem e perseguição permanentes. A história colombiana foi fortuitamente falsa da subtração violenta de terras dos índios e da expatriação forçada dos negros da África que foram arrancados do solo para trabalhar nas terras de outras pessoas. Entende-se que a admissão do critério do Tribunal levaria à falta de proteção das comunidades ancestrais e à chegada da África, particularmente do último preso nas cidades, fazendas e fazendas”.

## 5 CONCLUSÃO

Através dessa abordagem introdutória da minha pesquisa de doutorado , tiver como objetivo apresentar alguns elementos teóricos ( direitos emancipatórios) e empíricos ( estudos de casos ) relacionados ao protagonismo dos Tribunais Constitucionais Brasileiro e Colombiano no que se refere a lógica da emancipação social e construção da cidadania pelo caminho dos direitos emancipatórios .

O debate está sendo pautado dentro do conjunto das interpretações das teorias do protagonismo do judiciário ( novo constitucionalismo) e, suas diversas ramificações dentro do contexto da dualidade política e direito, como campo de construção de modelos de reconhecimento social.

Nesse sentido , a discussão norteou-se por pressupostos identificados nos textos analisados sobre a compreensão acerca do real problema da marginalização de membros das sociedades analisadas especificamente negros e indígenas, onde a máxima da relação observada foi busca constante nas sociedades modernas por um espaço de garantias reais de seus direitos

individuais e coletivos, não deixando de ressaltar que Estado trabalha como mediador e definidor de algumas políticas públicas que orientam esse novo momento.

A construção de uma cidadania ativa, associada às vertentes de uma democracia participativa, contribui para “judicialização da política”, visto que a compreensão de problemas de cunho político - jurídico, como a chegar até o poder judiciário, obrigando esse órgão a uma manifestação das questões oriundas de determinados grupos sociais, cujo objetivo é reconhecimento de seus direitos e garantias individuais *a priori* tendo como consequência a construção de suas identidades.

Assim, grandes debates formam-se nesse contexto, sendo assim, apresentamos como aspecto interpretativo esses debates, que em determinadas situações acaloram os ânimos, mas refrescam a alma daqueles que estão sujeitos a esse nível de desigualdade. As interpretações partem tanto da sociedade civil organizada, das universidades e suas políticas próprias quanto também do legislativo brasileiro. Portanto, a todo o momento vemos questões serem levadas aos quadros do judiciário, no anseio do reconhecimento de quem se propõe ser visto pela sua diferença e quando as decisões são tomadas positivamente ou mesmo com a abertura do debate, todos os processos de construção das identidades sociais se fortalecem ainda mais, fazendo valer seu ideal de cidadão dentro de um Estado de direito.

## REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos.1997 **Judiciário e Política no Brasil**. São Paulo: Editora Sumaré,1997.

CITTADINO, Gisele.2000. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: Elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro. Lumem Júris.

ENGELMANN, Fabiano, 2006. **Sociologia do campo jurídico, juristas e usos do direito**: Sergio Antônio Fabris Editor

GOMES, Joaquim B. Barbosa, 2001. “**A recepção do instituto de ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro**”. Brasília a. 38 nº 151 jul. /set.2001 p. 129.

Maciel & Koerner, 2002. “Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Revista Lua Nova** Nº57, p. 113-133.

NEUMANN, Franz,2014. **Revista Brasileira de Estudos Políticos** | Belo Horizonte | n. 109 | pp. 13-87 | jul. /Dez.

RAWLS, John, 2002. **Justiça e democracia**. Martins Fontes, São Paulo.

RAWLS, John, 2000. **Uma teoria da justiça**. Martins Fontes, São Paulo.

RODRIGUEZ, Jose Rodrigo, **Emancipação humana e direito**: Franz NEUMANNn. Direito FGV.2010

ARANTES, Rogerio B., 1999. “**Judiciário e democracia no Brasil**, ”: Novos Estudos CEBRAP nº54.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.),2003. **Democratizar a democracia**: os caminhos para democracia participativa. Civilização Brasileira. Rio de Janeiro.

SANTOS, Boaventura de Sousa. 2003. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, v 65, p. 3-76.

SANTOS, Boaventura de Sousa.2004. **Para uma revolução democrática da justiça**.

VALLINDER, T & TATE, C Neal. 1995. **The Global Expansion of Judicial Power**: The Judicialization of Politics. New Your : New York University.

VIANA, Luiz Wernerck,1997. “ **Corpo e alma da magistratura brasileira**”. 2º Edição Editora Revan.

VIANA, Luiz Werneck, 1999. “**A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan.

YEPES, Uprimny Rodrigo. 2007. “ **A judicialização da política na Colômbia**: casos, potencialidades e riscos. *Revista Internacional de Direitos Humanos* p.53-69.



# GP4

## **DIREITO E INCLUSÃO SOCIAL**

Coordenação:

Profa. Dra. Andréia Garcia Martin (UEMG)

Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak (UENP)

Profa. Dra. Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla (ANHANGUERA)

# ANULAÇÃO DE CASAMENTO POR ERRO DE PESSOA E HOMOSSEXUALIDADE: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Amanda Lopes Ferreira Fernandes de Moraes  
(Universidade Federal Fluminense)  
amandalffm@id.uff.br

**RESUMO:** Este trabalho pretende analisar a anulação de casamento por erro essencial de pessoa, que tem previsão no Código Civil, especificamente no que toca ao pedido fundamentado na homossexualidade ou bissexualidade do cônjuge descoberta após a contração de matrimônio, exemplo recorrentemente utilizado pela doutrina para explicar o instituto. Além de levantamento bibliográfico, realizou-se pesquisa jurisprudencial a fim de averiguar a aplicação da norma jurídica em comento pelos tribunais de justiça brasileiros. A partir da organização do material coletado, compreendidas as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, passou-se a confrontar as ideias com os postulados e as garantias constitucionais, tais como dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, autodeterminação e antidiscriminação.

**Palavras-chave:** Anulação de casamento. Homossexualidade. Erro essencial de pessoa.

## 1 INTRODUÇÃO

A possibilidade de anulação do casamento por erro essencial na pessoa está prevista no Código Civil, sendo uma das hipóteses o erro no que toca à identidade, honra e boa fama do cônjuge. São dois os requisitos legais para o reconhecimento da anulabilidade: que situação seja conhecida pelo cônjuge “enganado” em momento posterior ao enlace e que torne insuportável a vida em comum.

Exemplo recorrente na doutrina sobre o *error in personae*, embora não tenha adesão unânime dos autores, é a descoberta superveniente de homossexualidade ou até mesmo de bissexualidade. Diante dessa situação, objetiva-se verificar nesta pesquisa se a jurisprudência reproduz tal entendimento, e, em caso positivo, quais são os argumentos jurídicos utilizados para justificá-lo, já que a doutrina aborda o assunto de maneira bastante dogmática, como se verá.

Para tanto, realizou-se um recorte jurisprudencial, tendo por base de dados os sítios eletrônicos dos tribunais de justiça estaduais de todo o país. Nessa pesquisa, foram localizados 13 (treze) casos, dos quais 9 (nove) acórdãos foram analisados, sendo que 8 (oito) deles foram utilizados no presente trabalho para mapear o posicionamento jurisprudencial acerca do assunto.

Uma vez compreendidos os argumentos favoráveis ao enquadramento da homossexualidade e bissexualidade como erro de pessoa, promoveu-se um confronto entre eles e os direitos à liberdade, à igualdade, à dignidade, à autodeterminação e à antidiscriminação, a fim de verificar a compatibilidade do entendimento com a Constituição Federal cidadã promulgada em 1988.

## 2 ANULAÇÃO DE CASAMENTO POR ERRO DE PESSOA

### 2.1 Previsão Legal

O Código Civil prevê, no artigo 1.556, a anulabilidade do casamento por vício de vontade quando esta se manifesta mediante erro essencial quanto à pessoa do cônjuge. O direito de pleitear a anulação em juízo prescreve em 3 (três) anos, contados da data da celebração do matrimônio (artigo 1560, inciso III, CC), sendo certo que a coabitação depois de conhecido o fato convalida o negócio jurídico (artigo 1559, CC). Uma vez decretada a nulidade, são extintos todos os efeitos do casamento de maneira retroativa à data de sua celebração (artigo 1563, CC).

As hipóteses que configuram o *error in personae* estão elencadas no artigo 1.557 do mesmo diploma legal. O inciso I, cujo estudo interessa a este trabalho, dispõe que se considera erro em relação à pessoa “o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado”.

Da leitura do referido dispositivo, verifica-se tratar de conceito jurídico indeterminado, vez que estabelece critérios notadamente dotados de grande subjetividade. Afinal, o que deveria se considerar como honra e boa fama? O que poderia caracterizar a insuportabilidade da vida em comum? Tais respostas não se encontram positivadas na legislação e, fluidas que são as percepções a esse respeito, acabam variando e sendo influenciadas pela cultura e pelos costumes que marcam determinados lugar e tempo.

Diante disso, para compreender a aplicabilidade de tal normativa, mister recorrer à doutrina e à jurisprudência.

### 2.2 Interpretação Doutrinária

Parte da doutrina brasileira aponta a homossexualidade e a bissexualidade como exemplos de erro essencial no que se refere à identidade, honra e boa fama do cônjuge. É o que se pode perceber nas palavras de Flávio Tartuce (autor civilista renomado nos cursos de graduação), abaixo colacionadas:

d) Casamento celebrado havendo erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge (art. 1.550, III, 1.556 e 1.557 do CC)

(...)

Inciso I – No que diz respeito a identidade, honra e boa fama do outro cônjuge, sendo esta uma informação de conhecimento ulterior pelo nubente e que torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado. (...) Vários são os exemplos apontados pela doutrina e jurisprudência sendo interessante citar os seguintes: **casamento celebrado com homossexual, com bissexual**, com transexual operado que não revelou sua situação anterior (...). (TARTUCE, 2017, p. 68) (grifei)

Desta feita, tal entendimento serve de sustentáculo para a anulação do casamento contraído com pessoa que manteve ou mantém relações homossexuais, desde que sua orientação sexual fosse desconhecida pelo cônjuge supostamente enganado até o momento da celebração do matrimônio.

Cumprе ressaltar, novamente, que o posicionamento não é unânime, podendo citar como pensamento dissonante o defendido por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, segundo quem é “inadmissível a alegação de homossexualismo, bissexualismo, (...), como causas de anulação por erro” (2017, p. 244-245).

Resta, portanto, perscrutar se ações com esse objetivo são levadas à apreciação do Poder Judiciário e, em caso positivo, qual é a resposta fornecida aos jurisdicionados.

### **2.3 Recorte Jurisprudencial**

Foi realizada pesquisa jurisprudencial nos sítios eletrônicos de todos os Tribunais de Justiça do país, tendo sido utilizados em conjunto os termos de busca “anulação”, “casamento” e “homossexualidade”. Filtrados os resultados iniciais, foram localizados 13 (treze) julgamentos em segunda instância, distribuídos no país da seguinte maneira: 2 (dois) casos no estado de São Paulo, 3 (três) casos em Minas Gerais, 2 (dois) casos no Paraná, 3 (três) casos no Rio Grande do Sul, 1 (um) caso no Pará, 1 (um) caso em Pernambuco e 1 (um) caso em Rondônia. Antes de apresentar quaisquer considerações sobre os dados coletados, faz-se necessário esclarecer algumas dificuldades enfrentadas durante a pesquisa.

A primeira delas foi a indisponibilidade de dados em razão do segredo de justiça, por se tratar de ação de estado de cunho familiar. Em decorrência disso, não foi possível ter acesso aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Justiça de Rondônia (processo 1003523-61.2007.822.0004), Pernambuco (apelação 145441-5) e Paraná (processo 944298-6 e processo 1241975-3), sendo que, no que diz respeito a este último, sequer a ementa do julgamento estava disponível para consulta. Isto é, dos 13 (treze) casos inicialmente localizados, apenas 9 (nove) acórdãos puderam ser efetivamente analisados.

A segunda guarda relação com a antiguidade dos julgamentos. Considerando-se somente os acórdãos estudados, o mais recente data de 2013 (Apelação Cível nº 70056581952 – RS). Assim, não é possível deduzir se o entendimento neles contido continuaria se reproduzindo nos tempos atuais ou não.

Cumprе, ainda, esclarecer que o julgamento da Apelação Cível nº 2011.3.019008-0, pelo Tribunal de Justiça do Pará, localizada quando da pesquisa, não foi considerada para o presente



trabalho, vez que nela não se questiona a anulabilidade do casamento, mas se trata de recurso através do qual o apelante (réu) buscou a condenação da apelada (autora) a lhe pagar danos morais por ter sugerido, no curso do processo, que ele mantinha relações sexuais com um colega de trabalho, o que teria lhe teria afrontado a honra.

Passa-se, pois, à análise dos dados coletados. A fim de facilitar a compreensão jurisprudencial sobre a matéria em debate, os 8 (oito) acórdãos estudados foram divididos entre aqueles em que se decretou a anulação do casamento e aqueles em que tal pleito foi indeferido, compilando-se os dados em ordem cronológica de publicação ou registro do julgamento.

### 2.3.1 Pedido de anulação deferido

#### 2.3.1.1 Apelação Cível nº 000.194.818-1/00 (MG)

Aos 29 dias do mês de dezembro de 2000, foi publicado o acórdão proferido pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que concedeu a anulação do casamento ao cônjuge varão que a requereu após ter a cônjuge virago confessado ter mantido relações homossexuais, substituindo a sentença inicial de improcedência do pedido.

Destaca-se o seguinte trecho da decisão, em que foram grifados os fundamentos que a embasaram:

Na **carta**, a apelada faz referência a intimidades outras que não apenas beijos e abraços, consignando o desejo de "fazer amor de todo jeito que nós aprendemos juntas". Diz amar Ana e menciona uma série de atos que pretendia realizar com a mesma.

Também merece anotação a **concordância da apelada com o pedido inicial**, quando não teceu qualquer consideração a respeito dos fatos trazidos aos autos pelo apelante.

Creio estar provado que o apelante, somente após o casamento, teve conhecimento de tal fato, considerando que assim se pronunciaram as partes.

**A possível dúvida estaria na possibilidade de se caracterizar a conduta da apelada como suficiente para que restasse configurado o erro essencial quanto à pessoa**, fundamento para o pedido do apelante.

Poder-se-ia argumentar que o fato de a apelada ter mantido tal relacionamento, sem embargo da intimidade experimentada, configuraria uma conduta isolada, não bastando para a ruptura do vínculo.

Ainda seria cabível consignar que a família recebe proteção do Estado, de forma que o casamento só há de ser anulado em situações excepcionais.

Embora respeite posições mais liberais, **penso que, ainda que o relacionamento com outra mulher tenha ocorrido uma única vez e que tal acontecimento não autorize atribuir à apelada a condição de bissexual, há seguramente erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge**, que a teor do art. 219, I, do Código Civil, está presente quando o conhecimento ulterior em relação à identidade, honra ou boa fama do outro cônjuge torne insuportável a vida em comum.

**Embora a Constituição diga que homens e mulheres são iguais (art. 5º, I) e que não existirão diferenças, por motivo de sexo, na admissão ao trabalho (art. 7º, XXX), é certo que toda a regulação do casamento, a partir do art. 180 do Código Civil, e desde o Código de Justiniano, envolve a união de macho e fêmea, repugnando ao conceito social outro tipo de união**, ainda que aceita em países que se dizem mais evoluídos.

Esse costume social cria direitos e obrigações, é respeitado e mantido pela sociedade e substancia a natureza do casamento.

Certo é que avaliar quais os fatos que, uma vez conhecidos, tornariam a vida insuportável é tarefa árdua, pois demanda o emprego de fundamentos pessoais do magistrado que dizem respeito aos seus próprios valores.

Mas, **a notícia do fato, ainda que isolado, pelo referido costume da sociedade, causou um profundo mal-estar ao apelante, impedindo-o de continuar a viver com a apelada.** (Apelação cível nº 000.194.818-1/00, Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator: Almeida Melo, data da publicação: 29/12/2000, p. 4-5) (grifei).

Note-se que o relacionamento homossexual não se deu durante o casamento, mas sim antes dele, o que não obstou que o órgão colegiado reconhecesse a causa como justificadora da insuportabilidade da vida conjugal.

### **2.3.1.2 Apelação Cível nº 222.704-4/7-00 (SP)**

Neste caso, a Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a sentença proferida em primeiro grau de jurisdição, que concedeu a anulação requerida por cônjuge varão após descobrir que sua consorte, mantinha durante o casamento, relacionamento sexual com outra mulher. As provas consideradas da homossexualidade foram um bilhete manuscrito e o depoimento pessoal da ré. O acórdão foi registrado em 22/03/2002.

### **2.3.2 Pedido de anulação indeferido**

#### **2.3.2.1 Apelação Cível nº 000.165.173-6/00 (MG)**

No caso em comento, a anulação foi requerida pelo cônjuge virago, sob a alegação de ter descoberto ser o seu consorte homossexual. Embora o pedido tenha sido deferido em primeira instância, o acórdão (proferido pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, e publicado em 22/02/2000) reconheceu a possibilidade de anulação em razão da homossexualidade, mas julgou improcedente o pedido diante da inexistência de provas suficientes sobre a orientação sexual do apelante, que negou essa condição em seu depoimento pessoal e em seu recurso.

#### **2.3.2.2 Apelação Cível nº 000.227.903-2/00 (MG)**

Trata-se de recurso interposto pela autora, após sentença de improcedência em primeira instância. O cônjuge virago requereu a anulação do casamento por se sentir humilhada ao conhecer a opção sexual do consorte. Alegou nunca ter vivido conjugalmente com ele, que era conhecidamente homossexual.

No acórdão (publicado em 07/08/2001), a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais confirmou a sentença, sob o fundamento de não existirem provas suficientes da não

consumação do casamento e da alegada homossexualidade do cônjuge, mas deixou claro que tal situação poderia caracterizar o erro, desde que devidamente provada. Nas palavras do relator:

A par das citadas garantias constitucionais, que proíbem a perseguição, por motivo de sexo, **existem as instituições, dentre estas a do casamento, baseada no heterossexualismo**, segundo a lei brasileira, e **não se pode desconsiderar que o Código enquadrrou a ofensa ao sentimento íntimo do cônjuge, compreensível para os seres heterossexuais**, que têm direito a um conceito justo e veraz sobre a sua personalidade, quando decorrente de erro de fato e causadora de sofrimento, motivo justo para a anulação do casamento, **sem este fato configurar o preconceito proibido** (Apelação cível nº 000.227.903-2/00, Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator: Almeida Melo, data da publicação: 07/08/2001, p. 4) (grifei).

### 2.3.2.3 Apelação Cível nº 220.155-4/6-00 (SP)

Nesta situação, a esposa requereu a anulação por ser seu cônjuge supostamente homossexual. Todavia, a Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça entendeu não ser possível extrair tal conclusão a partir da prova constante nos autos. Ademais, mesmo que ele fosse homossexual, essa condição não era desconhecida pela autora antes do casamento. Segundo o relator:

Pelo que se depreende da leitura de todo o processado, **não há nos autos, nem ao menos indiciariamente elementos que demonstrem a opção sexual do apelado**, nem tampouco elementos que preencham os demais, que dizem respeito à **anterioridade da conduta desonrosa**, ou seja, se ela já existia antes do casamento.

(...)

Nota-se, então, que a opção sexual do apelado, mencionado pelo apelante como causa de seu pedido, **além de não ter restado comprovado de forma inequívoca, não se provou, também, ser ela anterior ao matrimônio e desconhecida do cônjuge tido como enganado**. Se assim é, a improcedência era mesmo de rigor". (Apelação cível nº 220.155-4/6-00, 7ª Câmara de Direito Privado, Relator: Arthur Del Guércio, data de registro: 21/05/2002, p. 5-6) (grifei).

O acórdão foi registrado em 21/05/2002.

### 2.3.2.4 Apelação Cível nº 70010905511 (RS)

Trata-se de ação de anulação de casamento ajuizada pelo cônjuge virago julgada improcedente pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo acórdão foi publicado em 08/07/2005.

A autora sustenta que "o apelado confessou que tinha problemas de impotência, mas na verdade, apresentava problemas com homossexualismo", e que assediava sexualmente o enteado menor de idade, pelo que já havia registrado boletim de ocorrência. Uma das testemunhas por ela arroladas, que residiu com o casal, afirmou que o réu lhe acariciava durante a noite, masturbando-lhe e lhe fazendo sexo oral.

Ficou documentado nos autos que o casal só teve relações sexuais 5 (cinco) meses após a celebração do matrimônio, razão pela qual o cônjuge varão revelou ter sido homossexual durante 12 anos antes de se casar, sendo que ambos decidiram buscar apoio médico para reverter tal situação.

Diante desse quadro, o entendimento foi de que “a revelação feita pelo réu à esposa após o casamento, de que era homossexual, não tornou insuportável a vida em comum e não foi a causa determinante da separação porque, de comum acordo, o casal buscou ‘recurso médico necessário a sua cura’” (Apelação cível nº 70010905511, Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, publicação: 08/07/2005).

### **2.3.2.5 Apelação Cível nº 70028093912 (RS)**

No caso em tela, a homossexualidade foi apenas um dos fundamentos alegados pela esposa para embasar o pedido. Segundo ela, o cônjuge era agressivo e violento, além de levar uma vida promíscua e manter relacionamentos homossexuais, pelo que ajuizou ação de anulação de casamento cumulada com indenização por danos morais e materiais e por lucros cessantes.

No que toca ao ponto analisado, ficou consignado o seguinte:

... a **alegação** de promiscuidade e **homossexualismo restou pouco crível dentro do contexto probatório**. Apenas uma das testemunhas, E., amigo da família da recorrente, desconfiava da opção sexual do apelado (cf. depoimento fl. 266). Entretanto, ainda que se admitisse tal hipótese, por certo que não levaria à anulação do matrimônio, pois **a própria apelante teria contado à tia (cf. fl. 243) que havia sido advertida pela manicure antes da celebração do casamento, sem, contudo haver investigado a fundo tal informação**. (Apelação cível nº 70028093912, Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Alzir Felipe Schmitz, publicação: 28/05/2009) (grifei)

O acórdão, proferido pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e publicado em 28/05/2009, confirmou a sentença recorrida pela improcedência do pedido.

### **2.3.2.6 Apelação Cível nº 70056581952 (RS)**

Trata-se de ação em que a mulher requereu anulação do casamento sob alegação de ser o seu cônjuge homossexual, tendo a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se manifestado pela improcedência do pedido, cujo acórdão foi publicado em 25/10/2013.

O casamento, que durou pouco mais de 1 (um) mês, foi contraído após o casal morar junto, como se casados fossem, por 4 (quatro) meses, tempo que, de acordo com o colegiado, seria suficiente para que a autora pelo menos desconfiasse da sexualidade do companheiro.

É narrado que, após ter a requerente flagrado o consorte inserindo o dedo no ânus, acusou-o de homossexualidade, pelo que ele teria fugido e desaparecido por 2 (dois) anos, período depois do qual voltou a residir na casa do cônjuge virago.

Diante da situação, o colegiado entendeu que não se trata de conduta capaz de assegurar a homossexualidade do cônjuge, podendo-se destacar o seguinte trecho:

Ressalto que **a determinação de anulação do casamento, dada a relevância dos seus efeitos, depende da existência de prova cabal** no sentido de confirmar as hipóteses que a autorizam, o que, no entanto, como referido, não ocorre nestes autos.

(...)

Assim, a situação narrada na inicial **afeiçoa-se mais propriamente com uma hipótese de dissolução da sociedade conjugal pelo divórcio** (art. 1.572, CC) do que causa de anulação de casamento. (Apelação cível nº 70056581952, Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro, publicação: 25/10/2013) (grifei).

Além disso, considerou que o fato de ambos terem voltado a residir juntos elidiu qualquer possibilidade de anulação, tendo em vista que a coabitação posterior à descoberta convalida o casamento, de acordo com o artigo 1.559, do Código Civil.

#### **2.3.2.4 Constatações**

A partir da análise conjunta dos dados coletados, foi possível constatar que:

1) Muito embora  $\frac{3}{4}$  (três quartos) dos pedidos tenham sido indeferidos em segunda instância de julgamento, verificou-se que em todos os acórdãos a homossexualidade (desde que comprovada de forma inequívoca, assim como o desconhecimento anterior ao casamento, e na ausência de aceitação pelo requerente manifesta pela convivência posterior à descoberta) foi reconhecida como causa ensejadora de anulação do casamento por erro essencial de pessoa.

2) Há alegação de traição em  $\frac{3}{4}$  (três quartos) dos casos analisados; todavia, percebeu-se que o cerne da alegada conduta desonrosa ensejadora da anulabilidade não é a infidelidade propriamente dita, mas sim a orientação sexual.

3) Todas as anulações deferidas foram requeridas pelo cônjuge varão, e todas as indeferidas foram requeridas pelo cônjuge virago.

### **3 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO**

A Constituição Federal de 1988, apelidada como constituição cidadã por ter instaurado o Estado Democrático de Direito no Brasil, elencou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do país (artigo 1º, inciso III, CF), bem como se comprometeu com a persecução do objetivo dito fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária e sem preconceitos

ou quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, incisos I e IV, CF). Além disso, ao tratar dos direitos fundamentais, preceitua que todos são iguais perante a lei, de sorte que a todas as pessoas devem ser garantidos os direitos à liberdade e à igualdade (artigo 5º, *caput*, CF).

Nota-se, pois, que a carta constitucional contempla o que Roger Raupp Rios (2008) chama de direito à antidiscriminação, de maneira que o respeito às garantias acima referidas se impõe tanto aos particulares quanto ao Poder Público – que, além de não atuar para violá-las, tem o dever de atuar para efetivá-las. Ocorre que o que se vê na prática é que, em muitas situações, as instituições públicas acabam por manter e reproduzir a marginalização de determinadas comunidades, já que deixam de revisar e combater medidas antiquadas pautadas na discriminação. É o que parece acontecer neste caso.

Aceitar que o Estado endosse o repúdio de uma pessoa ao seu cônjuge, sob a alegação de ter incorrido em erro quanto à identidade, honra ou boa fama deste, em razão de ter descoberto sua homossexualidade ou bissexualidade, manifestada em momento anterior ao casamento (como é o caso da Apelação Cível nº 000.194.818-1/00, do TJMG), viola a liberdade individual de autodeterminação desse consorte – garantia que lhe permite expressar sua sexualidade como quiser e bem entender.

Além disso, viola seu direito à intimidade (artigo 5º, inciso X, CF), porquanto reputa legítima a expectativa da obrigatoriedade de que esse cônjuge explane sua vida íntima pretérita ao seu novo companheiro. A partir do momento em que se deixa de exigir dos nubentes a castidade pré-nupcial, é (ou deveria ser) indiferente se os relacionamentos anteriores foram vividos com pessoa de outro ou do mesmo sexo.

Outrossim, no que toca aos casos de traição (ou seja, aqueles em que a ocorrência de relações homossexuais se deram na vigência do matrimônio, como ocorreu na Apelação Cível nº 222.704-4/7-00, do TJSP), a discriminação também é nítida. Isso, porque a conduta desonrosa utilizada para fundamentar a decisão não é a infidelidade em si, mas sim o fato de ela ter se concretizado com pessoa do mesmo sexo, como já fora explanado.

Nesse sentido, é importante ressaltar que é pacífico na doutrina e na jurisprudência o entendimento no sentido de que a traição por si só não é aceita como justificativa para decretar a anulação do casamento. Ou seja, o que se observa é a existência de respostas absolutamente opostas para situações análogas, sendo a homossexualidade a única diferença entre elas, o que deixa claro o caráter discriminatório da medida em comento.

Cumpre, por fim, ressaltar que há instrumento destinado a garantir que uma pessoa não seja obrigada a estar casada com a outra se não desejar: o divórcio, instituído pela Emenda

Constituição nº 66 de 2010. Com natureza jurídica de direito potestativo, ele é efetivado com simples manifestação de vontade de um dos cônjuges, independentemente da aceitação do consorte. Portanto, tendo descoberto a homossexualidade ou bissexualidade de seu cônjuge – tenha ela se manifestado anterior ou posteriormente ao enlace, influencie ou não na vida sexual do casal –, o consorte que julgar insuportável manter o relacionamento por esse motivo pode simplesmente requerer o divórcio.

Note-se que não se pretende obrigar quem se sentir enganado a continuar casado, haja vista que o divórcio pode ser realizado sem mesmo a necessidade de se apresentar justificativa para a vontade de se separar e já não possui a carga negativa que outrora carregava. Objetiva-se tão somente garantir que, através da jurisdição, não sejam estabelecidas medidas discriminatórias, vez que injustificadas, que perpetuem a marginalização de pessoas em razão de sua orientação sexual.

Desta feita, parece mais razoável o posicionamento de Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald, que consideram inaceitável a alegação de homossexualidade ou bissexualidade para fundamentar o erro essencial de pessoa, como já dito anteriormente, vez que, em suas palavras, “tais hipóteses não constituem motivo suficiente para gerar a anulação do ato, ligadas que estão às liberdades de uma pessoa, garantidas constitucionalmente” (2017, p. 244-245).

## **5 CONCLUSÃO**

A partir do recorte jurisprudencial realizado, observadas as dificuldades da pesquisa mencionadas no texto, pôde-se constatar que o Poder Judiciário, em segunda instância de julgamento, unanimemente enquadra a homossexualidade e a bissexualidade como hipóteses de anulabilidade do casamento em razão de erro essencial quanto à identidade, honra e boa fama do cônjuge, assim como parte da doutrina brasileira.

Verificou-se que, em que pese parte das alegações se fundarem também na traição, esta não é a conduta desonrosa em que a procedência do pedido se fundamenta. Isso, porque os tribunais não ressaltaram que a anulabilidade está adstrita às hipóteses de infidelidade; muito pelo contrário, inclusive, julgou-se procedente o pedido em que a ré mantinha relações homossexuais somente antes do casamento. Não obstante, caso a traição se concretize entre duas pessoas do mesmo sexo, tanto a jurisprudência quanto a doutrina são pacíficas no sentido de não ser capaz de dar azo à anulação do matrimônio.

Realizando-se a interpretação do tema conforme a Constituição Federal, imperioso concluir que tal entendimento é medida discriminatória, vez que a orientação sexual está ligada às

liberdades pessoais, de que decorrem os direitos fundamentais à antidiscriminação, autodeterminação e à privacidade. Além disso, viola a igualdade entre pessoas homossexuais/bissexuais e pessoas heterossexuais, estabelecendo tratamento diferenciado para situações semelhantes sem qualquer justificativa que não seja pautada na discriminação.

Diante do exposto, entende-se que, caso a pessoa não deseje permanecer casada após descobrir ser o consorte homossexual ou até mesmo bissexual, o mecanismo jurídico a ser adotado para a separação é o divórcio, direito potestativo. Isso, porque não se pode permitir que o Estado, através de suas instituições cuja atuação está limitada e direcionada pela Constituição Federal, continue promovendo tratamentos discriminatórios em razão da orientação sexual.

Por fim, nesta pesquisa jurisprudencial, nada foi possível concluir cientificamente quanto à possível influência do sexo de quem requereu a anulação no resultado do julgamento. Acredita-se, porém, que uma análise histórica, sociológica e antropológica do contexto social em que foram proferidas as decisões poderia resultar em alguma hipótese sobre o assunto.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.405, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Famílias**. 9 ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Quarta Câmara Cível. **Apelação cível nº 000.165.173-6/00 (1651736-57.2000.8.13.0000)**. Apelantes: JD comarca Camanducaia e Carlos Donizetti Campos. Apelada: Sílvia de Góis Maciel Campos. Relator: Almeida Melo. Belo Horizonte, 03 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=3&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=anula%E7%E3o%20E%20casamento%20E%20homossexual&pesquisarPor=ementa&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Quarta Câmara Cível. **Apelação cível nº 000.194.818-1/00 (1948181-56.2000.8.13.0000)**. Apelante: Luciano Antônio de Souza. Apelada: Cristiane Geralda de Azevedo de Souza. Relator: Almeida Melo. Belo Horizonte, 16 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=3&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=anula%E7%E3o%20E%20casamento%20E%20homossexual&pesquisarPor=ementa&orderByData=1&referenciaLegislativa=Cliqu>>



[e%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&](#). Acesso em: 22 ago. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Quarta Câmara Cível. **Apelação cível nº 000.227.903-2/00 (2279032-05.2000.8.13.0000)**. Apelantes: JD 3 V CV comarca Betim e Maria Cleunice Brandão Saraiva. Apelado: Curador ao vínculo. Relator: Almeida Melo. Belo Horizonte, 07 de junho de 2001. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=3&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=anula%E7%E3o%20E%20casamento%20E%20homossexual&pesquisarPor=ementa&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 22 ago. 2018.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Quarta Câmara Cível. **Apelação cível nº 2011.3.019008-0**. Apelante: E.M. de S. L. F. Apelado: R. C. A. L. Relatora: Maria de Nazaré Saavedra Guimarães. Belém, 28 de setembro de 2015. Disponível em: [http://gsa-index.tjpa.jus.br/consultas/search?q=cache:NsigT401L4oJ:177.125.100.71/acordao/20150368417846+anula%C3%A7%C3%A3o+de+casamento+homossexual&site=jurisprudencia&ie=UTF-8&client=consultas&proxystylesheet=consultas&lr=lang\\_pt&access=p&oe=UTF-8](http://gsa-index.tjpa.jus.br/consultas/search?q=cache:NsigT401L4oJ:177.125.100.71/acordao/20150368417846+anula%C3%A7%C3%A3o+de+casamento+homossexual&site=jurisprudencia&ie=UTF-8&client=consultas&proxystylesheet=consultas&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8). Acesso em: 22 ago. 2018.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Décima Segunda Câmara Cível. **Processo nº 944298-6**. Relatora: Rosana Amara Girardi Fachin. Curitiba, 14 de agosto de 2012. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11326212/Decis%C3%A3o%20monocr%C3%A1tica-944298-6>. Acesso em: 29 out. 2018.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Décima Segunda Câmara Cível. **Processo nº 1241975-3**. Relator: Mário Helton Jorge. Curitiba, 25 de agosto de 2014. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11758495/Decis%C3%A3o%20monocr%C3%A1tica-1241975-3>. Acesso em: 29 out. 2018.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Quinta Câmara Cível. **Apelação nº 145441-5**. Apelante: Antônio Gurgel de Amorim. Apelada: Edileuza Maria da Silva Gurgel de Amorim. Relator: Leopoldo de Arruda Raposo. Recife, 25 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/escolhaResultado.xhtml>. Acesso em: 29 out. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Sétima Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível nº 220.155-4/6-00**. Apelante: Rosângela Serrano Rodrigues de Jesus. Apelado: Vanderley Rodrigues de Jesus. Relator: Arthur Del Guércio. São Paulo, 17 de abril de 2002. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1734966&cdForo=0>. Acesso em: 22 ago. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Primeira Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível nº 222.704-4/7-00**. Apelante: Juízo *ex officio*. Apelados: Edevaldo Antônio Torres e Patrícia Aparecida Martins Torres. Relator: Gildo dos Santos. São Paulo, 26 de fevereiro de 2002. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1740107&cdForo=0>. Acesso em: 22 ago. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. **Apelação cível nº 70010905511**. Apelante: S. M. S. D. Apelado: A.L.D. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade. Porto Alegre, 23 de junho de 2005. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70010905511%26num\\_processo%3D70010905511%26codEmenta%3D1121935+anula%C3%A7%C3%A3o+casamento+homossexual++++inmeta:dp:daterange:2005-07-08..2005-07-08&proxystylesheet=tjrs\\_index&ie=UTF-8&client=tjrs\\_index&site=juris&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70010905511&comarca=Panambi&dtJulg=23/06/2005&relator=Jos%C3%A9%20Ata%C3%ADdes%20Siqueira%20Trindade&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70010905511%26num_processo%3D70010905511%26codEmenta%3D1121935+anula%C3%A7%C3%A3o+casamento+homossexual++++inmeta:dp:daterange:2005-07-08..2005-07-08&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&client=tjrs_index&site=juris&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70010905511&comarca=Panambi&dtJulg=23/06/2005&relator=Jos%C3%A9%20Ata%C3%ADdes%20Siqueira%20Trindade&aba=juris)>. Acesso em: 28 out. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. **Apelação cível nº 70028093912**. Apelante: R.C.B. Apelado: R.B.P. Relator: Alzir Felipe Scmitz. Porto Alegre, 21 de maio de 2009. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70028093912%26num\\_processo%3D70028093912%26codEmenta%3D2915883+++++anula%C3%A7%C3%A3o+casamento+homossexual+inmeta:doi%3DOitava%2520C%C3%A2mara%2520C%C3%ADvel&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&ie=UTF-8&site=juris&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70028093912&comarca=Comarca%20de%20S%C3%A3o%20Luiz%20Gonzaga&dtJulg=21/05/2009&relator=Alzir%20Felipe%20Schmitz&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70028093912%26num_processo%3D70028093912%26codEmenta%3D2915883+++++anula%C3%A7%C3%A3o+casamento+homossexual+inmeta:doi%3DOitava%2520C%C3%A2mara%2520C%C3%ADvel&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=juris&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70028093912&comarca=Comarca%20de%20S%C3%A3o%20Luiz%20Gonzaga&dtJulg=21/05/2009&relator=Alzir%20Felipe%20Schmitz&aba=juris)>. Acesso em: 28 out. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. **Apelação cível nº 70056581952**. Apelante: M.P. Apelado: H.G.P. Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, 23 de outubro de 2013. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70056581952%26num\\_processo%3D70056581952%26codEmenta%3D5509676+++++anula%C3%A7%C3%A3o+casamento+homossexual+inmeta:doi%3DS%C3%A9tima%2520C%C3%A2mara%2520C%C3%ADvel&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&ie=UTF-8&site=juris&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70056581952&comarca=Comarca%20de%20S%C3%A3o%20Marcos&dtJulg=23/10/2013&relator=Liselena%20Schifino%20Robles%20Ribeiro&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70056581952%26num_processo%3D70056581952%26codEmenta%3D5509676+++++anula%C3%A7%C3%A3o+casamento+homossexual+inmeta:doi%3DS%C3%A9tima%2520C%C3%A2mara%2520C%C3%ADvel&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=juris&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70056581952&comarca=Comarca%20de%20S%C3%A3o%20Marcos&dtJulg=23/10/2013&relator=Liselena%20Schifino%20Robles%20Ribeiro&aba=juris)>. Acesso em: 28 out. 2018.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e suas subdivisões**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Apelação cível nº 1003523-61.2007.822.0004. Apelante: C. R. as S. Apelada: M. M. da S. Relatora: Ana Valéria de Queiroz S. Zipparro. Porto Velho, 20 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/detalhesJuris.jsf?cid=1>>. Acesso em: 29 out. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil v. 5 – Direito de Família**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



# CIDADE, ACESSIBILIDADE E PARTICIPAÇÃO: APORTES PARA A GARANTIA DE ACESSIBILIDADE URBANÍSTICA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

*Andréia Garcia Martin*

(Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP)  
andreiagarciamartin@gmail.com

*Renan Dias Alves*

(Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais UEMG - Unidade Frutal)  
renandiasalves@hotmail.com

**RESUMO:** A presente pesquisa adota como temática central a acessibilidade urbanística, direito fundamental da pessoa com deficiência. Com as devidas constatações de sua inefetividade na sociedade atual, fator que corrobora para a existência de barreiras urbanísticas, e o permanente estado de exclusão social dos membros desse grupo. Assim, versando sobre políticas urbanísticas em nosso país, demonstraremos de que maneira se poderá promover a obediência às previsões constitucionais, do Estatuto da Pessoa com Deficiência e da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoa com Deficiência. Adotamos a metodologia analítico-dedutiva, que utilizando as normas positivadas no ordenamento, sob o viés analítico da efetividade da acessibilidade urbanística, toma-se como fundamento a teoria habermasiana do agir comunicativo, no intuito de promover a plena participação democrática das pessoas com deficiência, naturais titulares dessas políticas urbanísticas inclusivas tanto nos processos de elaboração, implementação e execução, com a finalidade de promover uma cidade de/para todos.

**Palavras-chave:** Inclusão social. Acessibilidade Urbanística. Cidade. Participação Social.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 evidenciou um novo perfil adotado pelo Estado brasileiro, qual seja, o inclusivista, constatado, notadamente, por meio da observância dos objetivos do Estado, presentes no art. 3º, tais como construir uma sociedade livre, justa e solidária, que busca promover o bem de todos sem considerar as diferenças que possam discriminar ou excluir. Assim, em relação às pessoas com deficiência esta Constituição foi manifestar em tutelar expressamente o direito à acessibilidade sob suas espécies física, urbanística e arquitetônica no art. 227, § 2º.

Seguindo o perfil constitucional, sobrevém Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (ONU, 2006), que promovendo a relevância da acessibilidade, tanto como princípio norteador das ações em prol das pessoas com deficiência, como direito humano fundamental, almeja assegurar aos membros deste grupo o gozo de todos os seus direitos em condições de igualdade e promovendo sua plena participação social.

Neste patamar, diante da concepção de inclusão e acessibilidade convém explanarmos quem são as pessoas com deficiência, que além da definição convencional, também se encontra prevista no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/15), com a conceituação de quem compreendem aquelas pessoas que possuem um impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que com interação com uma ou mais barreiras pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais (art. 2º).

Portanto, reputando a cidade como o espaço por excelência em que a inclusão social se realiza (LEITE, 2011), faz-se relevante o planejamento e a implementação de políticas que afiancem o próprio direito de acessibilidade à cidade, como uma das faces do direito à acessibilidade urbanística, compondo, sua promoção, como princípio fundamental de justiça social.

Diante do interesse econômico existente no espaço urbano da cidade é que se estabelece um ambiente de identificação e de apropriação desses espaços por grupos dominantes presentes na sociedade, com considerável parcela populacional excluída desde ambiente socioespacial. Esta afirmação se constata, principalmente, diante dos dados do Censo Demográfico do IBGE (BRASIL, 2010), ao auferir que quem vive nas cidades abrange 84,36% da população brasileira; sendo que boa parte desse montante é composto por pessoas com deficiência (cerca de 23.9% - compreendendo 45.606.048 de brasileiros, sendo que 38.473.702 pessoas vivem em áreas urbanas e 7.132.347 em áreas rurais).

Sob tais dados, tanto os sociais, como os legais e os estatísticos, é que se debruça a problemática desta pesquisa, em que se evidencia o restrito cumprimento às regras urbanísticas, como mecanismo que teria o condão de assegurar o direito à acessibilidade das pessoas com deficiência na cidade por meio de processo participativos de tomada de decisão. Diante desta comprovação, toma-se como método da presente pesquisa o tipo de raciocínio indutivo-analítico e do tipo de pesquisa a bibliográfica e documental.

## **2 ACESSIBILIDADE E BARREIRAS: FACES DA MESMA MOEDA?**

Para tratarmos de acessibilidade e barreiras, inicialmente, faz-se necessário consignar a compreensão do termo acessibilidade, conforme definição legal, constante da Lei n. 13.146/15, em seu art. 3º, inciso I, constitui:

[...] possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida. (BRASIL, 2015).

Dessa maneira, podemos destacar que a terminologia posta atribui ao Estado o dever de serem efetivadas políticas urbanísticas a fim de que seja garantido à pessoa com deficiência o acesso ao mobiliário social de forma plena, com segurança e autonomia como sujeito de direito, sem falar de seu acesso a todos os direitos fundamentais que faz jus, em igualdade de oportunidades.

Atualmente, oportunidades iguais para todas as pessoas estão sendo enfatizadas e a acessibilidade e a usabilidade vêm recebendo atenção exponencial da sociedade. A importância de se ter uma vida autônoma está sendo cada vez mais reconhecida (IWARSSON; STAHL, 2003; FANGE e

IWARSSON, 2003) e a atuação do Estado deve priorizar meios que visem a melhoraria da inclusão dos agentes a todos os aspectos que englobam sua vida cotidiana, garantindo maior independência e autonomia no desempenho de seus papéis (RIBEIRO, 2007). Assim, torna-se importante estudar a acessibilidade e usabilidade e a relação entre elas, para contribuir na inclusão de todos os indivíduos nos diversos ambientes.

O termo acessibilidade, de acordo Fange e Iwarsson (2003), é de conceituação relativa, sendo caracterizado como o encontro entre a capacidade funcional (substrato do indivíduo) e as demandas do ambiente material (componente ambiental). Assim, a acessibilidade pode ser dividida em diferentes níveis, são eles: (1) nível micro – refere-se ao ambiente imediato, como a casa e suas proximidades; (2) nível médio – refere-se à vizinhança, como ambientes externos públicos e facilidades públicas na comunidade local ou cidade (por exemplo, transporte de uso coletivo); e (3) nível macro – compreende a sociedade como um todo, toda a nação ou mundo (IWARSSON; STAHL, 2003).

A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) define as normas de acessibilidade a construções, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos (BRITO et al., 2006). Conforme este regramento, promover a acessibilidade significa remover barreiras arquitetônicas, urbanísticas ou ambientais que impeçam a aproximação, transferência ou circulação (ABNT / NBR 9050:2004). Portanto, trata-se de um caráter de autodeterminação, com fito em não obstaculizar o indivíduo em suas relações espaciais no âmago da cidade.

Já outro termo frequentemente usado é a usabilidade, palavra frequentemente utilizada em paralelo com “acessibilidade”, é uma temática com poucas publicações e significa que a pessoa deveria ser capaz de usar o ambiente de forma igualitária aos demais cidadãos. Assim, as condições urbanísticas devem permitir que qualquer indivíduo, independentemente de qualquer incapacidade, seja capaz de realizar suas atividades diárias. Em outras palavras, “usabilidade” remete a realização das exigências funcionais (IWARSSON; STAHL, 2003).

Prosseguindo, em comento a usabilidade é orientada mais subjetivamente que a acessibilidade (FANGE; IWARSSON, 2003). O sujeito interpreta e avalia o grau com o qual o ambiente restringe e suporta a satisfação de seus objetivos e desejos, normalmente sem reflexões sobre as normas oficiais (IWARSSON; STAHL, 2003). Ela inclui ainda um terceiro componente: a atividade, que consiste no repertório pessoal de atividades do indivíduo, relacionado a situações específicas (FANGE; IWARSSON, 2003).

Ademais, a acessibilidade “[...] é um direito em si mesma, um pressuposto necessário à fruição de todos os direitos fundamentais pelas pessoas com deficiência. Somente haverá de fato inclusão se for garantida a acessibilidade” (ARAUJO; MAIA, 2016, p. 231).

Em outras palavras, ao se assegurar a acessibilidade, em especial, a que estamos tratando na questão, a urbanística, será proporcionado às pessoas com deficiência, o acesso a todos os demais direitos que faz jus.

Ora, o direito às condições de acessibilidade urbanística para as pessoas com deficiência física é resultado de um processo socio-histórico. Esse direito surgiu no Brasil com a Emenda 12 à Constituição Federal de 1967, promulgada em 17/10/1978, quando garantiu, dentre as hipóteses de melhoria da condição social e econômica da pessoa com deficiência, a possibilidade de acesso a edifícios e logradouros de utilização coletiva (FEIJÓ; PINHEIROS, 2012).

Assim, é diagnosticada nas cidades uma ausência de meios que possibilitem o acesso de pessoas com deficiência a veículos diversos de intercomunicação da sociedade. Refletindo, de tal modo, no problema latente que é a ineficiência de políticas públicas que possibilitem a acessibilidade urbanísticas nas cidades brasileiras, a fim de diminuir as barreiras do cidadão-usuário que possui o direito a tais garantias.

De acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, com base no artigo 3º, inciso IV:

Barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros [...]

Além disso, as barreiras urbanísticas compreenderiam o obstáculo urbanístico existente nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo (art. 3º, inciso IV, alínea “a”, Lei n. 13.146/15).

E mais, juntamente com estes obstáculos, há outros de natureza subjetiva, tais como: interesse de agir socialmente, atitudes, desconhecimento sobre as questões que envolvem a acessibilidade e a inclusão da pessoa com deficiência.

Fato é que a acessibilidade não pode ser limitada ao mero direito à cidade, vez que ao invés de agenciar a inclusão, promoveria a exclusão e a cominação de barreiras. Desta forma, buscando a acessibilidade no espaço urbano faz-se relevante a desconstrução de três dimensões intimamente arraigadas à concepção do direito à cidade, que se vislumbraria em barreiras à acessibilidade urbanística, são elas: a) segregação socioespacial; b) menosprezo à dimensão participativa; e, c) exclusão de participação da população no planejamento urbano. (JOUFFE, 2010).

A imposição, pela presença de barreiras urbanísticas, da segregação socioespacial converge numa forma de discriminação que a coletividade comina ao grupo das pessoas com deficiência, pois acarreta a este grupo dificuldade de acesso a bens e serviços de forma autônoma, que pode ser identificado através da carência de acesso ou de mobilidade urbanística que afiance o livre acesso aos

espaços, em face da ausência de um aparato que comporte as necessidades fundamentais dos cidadãos com deficiência.

Sob o desprezo da dimensão participativa, determinamos sua materialização pela carência de instrumentos ou da falta de uso dos existentes que viabilize a comunicação das pessoas com deficiência, que necessitam de um aparato estatal para alcançar uma melhor qualidade de vida.

Ainda sob a dimensão participativa, apesar de haver uma previsão de abertura à participação das pessoas com deficiência na gestão municipal do planejamento urbano, pois apesar de se assegurar às pessoas com deficiência, suas famílias e entidades representativas que estas sejam ouvidas, especialmente quanto a qualidade dos serviços e sobre dúvidas. Tal participação esbarra na ausência de definição de um espaço de participação ou determinação de quais instrumentos serão utilizados para promover a participação. É o que vislumbramos em dados publicados, por exemplo pelo Município de Campinas/SP (FUNDAÇÃO FEAC, 2016).

Com efeito, visando romper com as barreiras urbanísticas ligadas ao direito à cidade (BATTISTELA, 2009), que desconsidera como importante o parâmetro da acessibilidade, é relevante que nos diversos espaços da cidade, com vistas a garantir a “função social da cidade” (SILVA, 2008), promova-se a utilização de instrumentos de planejamento e regulação do espaço urbano fundado na participação dos grupos diretamente envolvidos. Seguimos, no próximo capítulo, tratando da função social da cidade, para no terceiro capítulo nos debruçarmos sobre a questão da participação.

### **3 ACESSIBILIDADE URBANÍSTICA, POLÍTICA URBANA E FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE**

Deve existir o pensamento em relação aos objetivos constitucionais da Política Urbana no que tange às “função social da cidade”, assim como de “garantir o bem-estar dos seus habitantes” em plena concomitância com o bem estar social, sem relacioná-los com a ideia de cidade inclusiva seria algo inaceitável e inviável se o que se almeja como objetivo de Estado uma sociedade para todos.

Neste sentido, considerando o art. 182 da Constituição Federal que prevê que a política de desenvolvimento urbano, consignando que esta deverá ser diretriz executada pelos Municípios no âmbito urbano, tem como objetivo o pleno desenvolvimento da função social da cidade, que se conjectura em conformidade com o Estatuto da Cidade (art. 2º, II) na garantia de uma gestão democrática da cidade por meio da participação da população, bem como de associações representativas do grupo das pessoas com deficiência. Para José Afonso da Silva, esta participação decorre desde a formulação das políticas, passando pela execução/implementação e pelo acompanhamento dos planos (SILVA, 2008).



No entanto, não há uma plenitude, nos dias atuais, de políticas categoricamente capazes de assegurar ao indivíduo detentor de garantias sociais a independência necessária, ante ao fato das políticas urbanas serem insuficientes ao pleno desenvolvimento humano. Atribuímos tal insuficiência pela própria inobservância do grupo diretamente envolvido na participação de sua implementação e execução, bem como a fiscalização.

Ora, evidentemente, os objetivos estatais presentes no Texto Constitucional compreendem direcionamentos a serem seguidos por todos do Estado, atribuição também inerente à gestão pública na realização das políticas de urbanas, como viés da realização da função social da cidade. Neste sentido, Rogério Gesta Leal (2003, p. 40-41), aduz que:

a concretização da função social da cidade precisa ser condizente com os demais princípios e objetivos fundamentais do Estado, presentes na Carta Constitucional, o que significa pressupor o exercício da cidadania maximizando a realização da justiça social, através da atuação do Poder Público, do mercado e da sociedade. Intervém o planejamento urbanístico na forma de um conjunto de medidas integradas para resolver e evitar o problema das cidades, englobando desde os traçados das ruas, o sistema de fornecimento de água e esgoto, a instituição de áreas verdes preservadas, além da determinação das zonas de implantação de indústrias, hospitais, comércio e serviços.

Sob a ideia acima exarada, podemos incluir nas medidas integradas do planejamento urbanístico a acessibilidade urbanística das pessoas com deficiência, visando maximizar o exercício da cidadania e fomentar a realização da justiça social aos membros deste grupo.

Contudo, em que pese o Brasil seja signatário da Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, possuindo como ato de positivação da norma o Decreto nº 6949/09, em que se compromete a implementar políticas capazes de garantir à pessoa com deficiência a acessibilidade necessária para as suas relações sociais, ainda é deficitário o cenário nacional, sendo este o direcionamento sustentado também pela Lei n. 13.146/15, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, vindo regulamentar a previsão convencional.

Ademais, convém enfatizar que “todos os conceitos trazidos pela LBI [Lei Brasileira da inclusão da Pessoa com Deficiência] buscam operacionalizar esse princípio maior de que a acessibilidade deve orientar a aplicação das normas em geral, além de ser direito de acesso a outros direitos”. (LOPES, 2016, p. 590).

Sem sombra de dúvidas, os principais óbices da efetividade dessas normas deve-se a existência de uma barreira cultural, que impede a acessibilidade ante as próprias atitudes das demais pessoas existentes em sociedade, muitas vezes movidas por desconhecimento das condições que envolvem o grupo das pessoas com deficiência, o que gera preconceito, discriminação e intolerância, como que estas pessoas fossem dotadas de “muitos direitos”.



É de notória observância que as cidades brasileiras não garantem o aporte necessário no que se refere à acessibilidade. Temos no que se refere aos próprios moldes urbanísticos das cidades, a total ausência ou inapropriadas construções que, em tese, deveriam garantir o pleno acesso de pessoas com limitações de sua locomoção, por exemplo, com rampas de acesso sem o respeito a graus de inclinações previstos na Norma brasileira de regulamentação, corrimões irregulares, sinalizações impróprias dentre outros problemas diagnosticado com o simples olhar cotidiano. É mister ter ciência que a acessibilidade urbanística é um direito da pessoa com deficiência, em respeito ao direito à dignidade da pessoa humana, expresso na autonomia do indivíduo frente a políticas estatais de pleno acesso social.

Assim, a cifra de pessoas com deficiência, de acordo com esse diploma normativo internacional, será naturalmente variável. Desta forma, a deficiência, por ser interacional, depende não só das condições físicas e mentais de longo prazo, mas das barreiras físicas, sociais e jurídicas que são erigidas.

Portanto, não seria equivocada afirmar que toda pessoa tem, potencialmente, algum tipo de deficiência, visto que sempre pode se ver em frente de obstáculo de difícil superação, decorrente de condições pessoais físicas ou mentais confrontadas com obstáculos de natureza diversa. A própria Convenção de Nova Iorque, em seu preâmbulo, reconhece a ampla diversidade das pessoas com deficiência.

Sem que sejam implantados programas que efetivem de direito à inclusão, baseado em uma urbanização inclusiva, as barreiras se perpetuarão. Sendo necessário, portanto, se traçar metas para que o mobiliário social se articule de uma forma ampla, sem que um grupo seja excluído do seu inerente papel de pertencimento. Assim, com o pleno exercício de direitos fundamentais como a liberdade de locomoção e inclusão nos múltiplos setores da sociedade, participando ativa e proativamente da cidade.

Em razão de tais implementações, em obediência ao ordenamento jurídico vigente que garante normas às pessoas com deficiência com fundamento na Constituição Federal de 1988, decretos, leis infraconstitucionais e planos diretores municipais. Deve-se de forma harmônica garantir o cumprimento de tais atos normativos.

Há como definição legal em que o Plano Diretor, que é definido como “o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”, justamente por ser considerado “o mais importante instrumento de planificação urbana previsto no Direito Brasileiro”, deve ser abordado de forma cautelosa e consciente. É nele que estarão expostas as exigências relacionadas à função social da propriedade, que deverá assegurar “o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à

qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas”, assim se perfaz uma conceituação da estrutura que o Município deve se ater para a disposição de um planejamento urbanístico adequado.

De acordo com Rocha (1999, p.36), a efetivação da função social da cidade irá ser cumprida quando o direito à cidade puder ser exercido em sua plenitude: “isto inclui o direito a vida com dignidade, a moradia, a alimentação, a saúde, a segurança, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, nesse sentido, observado este preceito, estaria assegurado o bem-estar dos habitantes. No mesmo entendimento, Cammarosano (2006, p. 22) reforça que o objetivo principal da política urbana é garantir que a cidade seja direcionada aos anseios dos seus habitantes:

[...] parece certo que a finalidade mais imediata dos dispositivos constitucionais em questão é viabilizar a democratização das funções sociais da cidade em proveito de seus habitantes, prevendo mecanismos de promoção do adequado aproveitamento do solo urbano.

Ao se verificar a realidade de grandes metrópoles no país como a cidade de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, percebemos que o atingimento de um pleno acesso ainda é deficitário. Além disso, há problemas no que se refere a aparatos de mobilidade como rampas de acesso a cadeirantes, corrimões, em consequência de tal realidade vemos que os meios de acesso existentes são irregulares no que prevê as normas de regulamentação brasileira (NBR) determinadas pela Associação brasileira de normas técnicas (ABNT).

Entretanto, com vários dispositivos que garantem à pessoa com deficiência direitos básicos em plena harmonia com a Constituição Federal no que se refere à dignidade da pessoa humana, atualmente a inefetividade de políticas públicas a serem implementadas pelo Poder Executivo é latente, tendo como reflexo cidades sem o aparato necessário para desobstaculizar as cidades nos seus múltiplos aspectos, efetivando que os detentores de tais garantias transponham essas barreiras limitatórias.

Também, no que se refere a organismos de fiscalização e trato da pessoa com deficiência observa-se na análise realizada que vários municípios sem a presença do Conselho municipal da pessoa com deficiência, bem como a ausência de políticas por parte do poder executivo municipal que corroborem para a mitigação de tais barreiras.

#### **4 A REDEFINIÇÃO DA ACESSIBILIDADE URBANÍSTICA PELA ABERTURA AOS PROCESSOS DEMOCRÁTICOS PARTICIPATIVOS**

Convém ressaltar que, as medidas que visem melhorar as políticas de mobilidade urbana efetivas ainda são embrionárias, vez que os maiores obstáculos são as barreiras, especialmente urbanísticas, nas quais as pessoas com deficiência sofrem. Eis que, é necessário se “levar em conta, em

todos os programas e políticas, a proteção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência” (Artigo 4, item 1, alínea c, da Convenção).

Corroboramos o entendimento de que para se fomentar a proteção e a promoção dos direitos das pessoas com deficiência, devemos tomar como aporte principal a diretriz da participação social das pessoas com deficiência. Diretriz esta presente até mesmo na elaboração da Convenção sob o slogan: “Nada sobre nós, sem nós”.

Verifica-se a crescente busca por mecanismos que auxiliem os Municípios na elaboração de políticas públicas, sendo tais diretrizes importantes para o processo de adequação ao meio ambiente coletivo às necessidades da população (FEIJÓ; PINHEIRO, 2012).

Ora, quando se cria programas, em especial, urbanísticos, faz-se imprescindível se considerar as pessoas com deficiência, ponderar se tal programa será acessível ou se não haverá a criação de novos obstáculos ou barreiras, para isso é evidente a necessidade de se permitir a participação da pessoa com deficiência no processo de criação e implementação da política, no afã de ao menos, evitar o surgimento de barreiras.

Temos que as cidades brasileiras não possuem o preparo que possibilitem às pessoas com deficiência a comodidade e segurança adequada para a utilização e permanência em edificações, do mobiliário urbano, dos elementos de urbanização, dos equipamentos urbanos e dos serviços públicos e coletivos (DIAS, 2016).

Há na Constituição Federal na estrutura programática de sua elaboração o zelo por um Estado promocional. Dessa maneira, as cidades devem caminhar por meios inclusivos, que visem a acessibilidade urbanística de maneira a garantir a ampla inclusão de todos na cidade.

Contudo, podemos aferir que as cidades não comportam nos dias atuais os meios necessários a se efetivar garantias constitucionais e legais, com locais e situações inacessíveis, limitando pessoas com deficiência em suas ações de cidadania, por serem afastada dos espaços públicos (NONATO, 2011).

Então, para que haja um efetivo cumprimento do dever de implementação de tais políticas públicas deve-se exigir da atuação estatal ações positivas, que visem demandas propositivas para o acesso e participação da população diretamente envolvida nos processos de elaboração dessas ações, proporcionando o correlato acesso a todos os bens públicos e a plena mobilidade social, em consonância a uma urbanização crescente. E ainda, a participação das pessoas com deficiência, demanda:

[...] esforços normativos para harmonizar o ordenamento jurídico e alinhar conceitualmente os instrumentos de gestão pública correspondentes devem seguir essa linha participativa, para

que o grau de efetividade e a vigilância em relação à concretização dos direitos estabelecidos sejam uma realidade (LOPES, 2016, p. 61).

Portanto, a construção de uma cidade que cumpra seu papel social de incluir a todos na sociedade, sob sua faceta urbana é de extrema importância, a fim de que grupos que se sintam que pertencem a esta sociedade, em plena harmonia, agregado à comunidade e incluídos na cidade.

Para isso, fomenta-se uma participação fundada na teorização trazida por Jünger Habermas, do agir comunicativo, com o intuito de fomentar ações participativas orientadas para o entendimento mútuo, que pressupõe uma assimilação mútua, sob um aporte consensual de diversos grupos presentes na cidade.

Segundo o entendimento habermasiano, ação comunicativa compreende: “aquela forma de interação social em que os planos de ação dos diversos atores ficam coordenados pelo intercâmbio de atos comunicativos, e isso fazendo uma utilização da linguagem (ou das correspondentes manifestações extraverbais) orientadas ao entendimento”. (HABERMAS, 1997, p. 418) (tradução livre nossa).

Ademais, podemos inferir que o agir comunicativo utilizado no planejamento das ações que envolvem a acessibilidade urbanística outorga legitimidade do compromisso público de inclusão e acessibilidade da pessoa com deficiência, bem como no desafio de se ter uma sociedade para todos. Um modelo de participação das pessoas com deficiência nas políticas de urbanização demanda diálogo (discurso) e escolhas (deliberações), pelos próprios envolvidos, a exemplo do slogan tão difundido pela Convenção. Assim,

[...] a deliberação pode se apoiar quanto ao conteúdo em um consenso a que os cidadãos chegam por via cultural e que se renova na rememoração ritualizada de um ato republicano de fundação. A teoria do discurso acolhe elementos de ambos os lados e os integra no conceito de um procedimento ideal para o aconselhamento e tomada de decisões. Esse procedimento democrático cria uma coesão interna entre negociações, discursos de auto-entendimento e discursos sobre a justiça, além de fundamentar a suposição de que sob tais condições se almejam resultados ora racionais, ora justos e honestos (HABERMAS, 2002, p. 278).

Portanto, reputamos que a fundamentação nesta participação com base no modelo habermasiano seria capaz de romper com as falácias da concentração da formação, implementação e execução de políticas de urbanização tão somente sobre o viés institucional, que é, atualmente, a prática mais comum e utilizada. “Aí é que a formação de compromissos políticos teria que se legitimar” (HABERMAS, 2003, p. 270), pois supera o mero âmbito institucional da gestão pública realizada unicamente entre os membros da administração pública.

Com efeito, sob o viés de uma prática de abertura à participação social, que pode ser implementada nas diversos âmbitos do Estado, é que se conjectura “[...] canais da esfera pública intrapartidária e intrínseca às associações, num processo de comunicação pública, à base de uma

‘publicidade’ posta em ação para o intercâmbio das organizações com o Estado e delas entre si” (HABERMAS, 2003, p. 270).

Desta forma, ainda com base no pensamento habermasiano é possível, especificamente quanto às pessoas com deficiência, a “Inclusão do Outro”. Ora, segundo Habermas, a exclusão do Outro enseja um processo de homogeneização social que afasta os diferentes da convivência com a comunidade, com a coletividade, colocando-os à margem dos grupos sociais (2007).

Assim, além da abertura ao diálogo, que pressupõe ações sociais concretas por meio da comunicação entre os diversos grupos sociais. Esta participação possibilita o conhecimento das demandas desse grupo como próprio reflexo do Estado Democrático de Direito, de garantir a participação das minorias. Eis que, “com sensibilidade para as diferenças”, é que se torna possível “a coexistência com igualdade de direitos de diferentes comunidades étnicas, grupos linguísticos, confissões religiosas e formas de vida, não pode ser obtida ao preço da fragmentação da sociedade”. (HABERMAS, 2007, p. 172).

Com efeito, é possível que num processo participativo de tomada de decisões seja mais fácil de se aceitar racionalmente certas demandas de alguns grupos, pois se tomar o diálogo entre os diferentes grupos e interesses, ponto de embate e, ao mesmo tempo, de coesão. Pois, a abertura à participação “fornece uma sensação de que cada cidadão isolado pertence à sua comunidade” (PATEMAN, 1992, p. 41).

É o que tanto se almeja em âmbito inclusivo, uma sociedade para todos, em que todos sentem-se pertencentes e participantes ativos nesta comunidade. A promoção da acessibilidade urbanística deve fazer parte da agenda de políticas das cidades. Ora,

A participação das pessoas com deficiência nos processos de tomada de decisão, garantida no item 3, é uma decorrência da autonomia e independência individuais, bem como do princípio democrático de participação cidadã. Entre os mitos e estereótipos decorrentes do desconhecimento sobre a realidade das pessoas com deficiência está o da incapacidade. (CALDAS, 2014, p. 50)

Os espaços das cidades precisam ser pensados, formulados, produzidos e executados com a adequada acessibilidade, em conformidade com as necessidades das mais diversas pessoas e grupos que vão se ocupar deles, em direção à abrangência de uma cidade para todos. Falta sensibilidade e atitude, pois sem ambientes adequados e adaptados a acessibilidade queda-se frustrada, a igualdade fica mitigada e não se alcança a inclusão social no ambiente urbano das cidades.

Destarte, conjecturamos que estes processos participativos de tomada de decisão que tratem da acessibilidade urbanística poderão ser norteados por instrumentos institucionais disponível dentro das diversas esferas de governo, tais como: a convocação de audiências públicas – para discussão, elaboração, implementação e elaboração de políticas públicas –, termos de ajustamento de condutas,

quando do descumprimento da realização das políticas públicas. Além de programas específicos de aprimoramento na recepção de opiniões, como as ouvidorias, em que os municípios ficariam encarregados de receber propostas de melhoria aos planos diretores municipais, bem como fomentar os conselhos municipais com pessoas especializadas no assunto em conjunto com os beneficiários pessoas com deficiência

## 5 CONCLUSÃO

Em linhas gerais podemos destacar que uma cidade inclusiva demanda uma estrutura e logística que tenha condições de abranger a todos, sem qualquer espécie de obstáculo e que proponha uma harmonia entre seus concidadãos.

Ao adentrarmos a análise cidades como centros globais de interação entre a sociedade percebe-se que há uma falta de sintonia entre o que se pressupõe ser objetivo dos Municípios e de políticas do poder executivo acabam sendo negligenciadas, sendo constatada uma manifesta omissão do poder público no que se refere à implementação de balizas sociais mitigatórias das barreiras que uma parcela da população possui.

O planejamento urbano sem o necessário diálogo com o grupo afetado pelas políticas ou obras, geram prejuízos e problemas de acessibilidade a aqueles que dele necessitam. Preme-se, assim, em evitar a criação de novas barreiras ao projetar e executar obras, permitindo a participação das pessoas com deficiência na gestão pública municipal.

Portanto, torna-se imprescindível valer-se do lema prenunciado pela própria Convenção Internacional sobre os Direitos das pessoas com deficiência, qual seja: “nada sobre nós, sem nós”, sendo assim, este argumento deve servir de subsídio para efetivar o comando constitucional da gestão democrática da cidade, a fim de se validar tais práticas ao se vislumbrar a realização do direito à acessibilidade urbanística.

Assim, objetivamos, nesta pesquisa, trazer aportes que tenham condições de assegurar a participação plena da pessoa com deficiência na gestão urbana das cidades, com vistas a fomentar sua acessibilidade urbanística e conseqüente inclusão social.

Reputamos como possível alternativa à problemática a efetiva utilização dos instrumentos democráticos de participação das pessoas com deficiência, vez que com a abertura à ação comunicativa e dialogada com os interessados na acessibilidade, corrobora num esforço comum para a inclusão, a tutela da cidadania e da plena participação; enfim, uma cidade para todos!

Conclui-se, assim, que os instrumentos a serem utilizados poderiam ser pautados em: audiências públicas e termos de ajustamento de conduta, dentre outros de ordem menos formal. No

afã de implementar uma fiscalização que promova e resguarde a acessibilidade urbanística nas cidades, em atuação inclusive em conjunto com o Ministério Público. Eis que, dentro deste viés, sob o fundamento da dignidade, da cidadania, da pluralidade e não discriminação, estabelece-se parâmetros para a gerência de uma prática social fundada no sentimento de alteridade entre aqueles que vivem nas cidades.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. A Cidade, o Dever Constitucional de Inclusão Social e a Acessibilidade. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 08, nº 1, p. 225-244, 2016.

BATTISTELA, Linamara. *Por uma cidade sem barreiras*. **Revista Fortalecendo Municípios**. Fundação Prefeito Faria Lima. Ano 1, nº 2. São Paulo: CEPAM, outubro de 2009. Disponível em: <[http://www.cepam.sp.gov.br/arquivos/acessibilidade\\_2\\_revista\\_cepam\\_acessibilidade.pdf](http://www.cepam.sp.gov.br/arquivos/acessibilidade_2_revista_cepam_acessibilidade.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. **Cartilha do Censo 2010** – Pessoas com Deficiência. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) /Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD)/Coordenação-Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa com Deficiência; Brasília: SDH-PR/SNPD, 2012.

BRASIL. **Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 09 out. de 2018.

BRASIL. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência** (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Lei n. 13.146 de 6 de Julho de 2015. Disponível em <https://goo.gl/IAGIXS>. Acesso em: 25 out. 2018.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

CALDAS, Roberto. Artigo 4. DIAS, Joelson; FERREIRA, Laíssa da Costa; GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência** - Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. 3. ed, Brasília: SNPD – SDH-PR, 2014.

CAMMAROSANO, Márcio. Fundamentos Constitucionais do Estatuto da Cidade. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 21-26

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

DIAS, Daniella Maria dos Santos. **Mobilidade e acessibilidade**: direitos que fundamentam a atuação do Ministério Público para garantir o direito à cidade. Disponível em: <<http://biblioteca.mppa.mp.br/phl82/capas/MOBILIDADE%20E%20ACESSIBILIDADE.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2018.

FEIJÓ, Alessandro Rahbani Aragão; PINHEIRO, Tayssa Simone de Paiva Mohana. Cidades inclusivas: acessibilidade como instrumento da sustentabilidade. In: Congresso Internacional de Direito, Democracia e Inclusão, 2012. Maranhão. **Anais do I Congresso Internacional de Direito, Democracia e Inclusão**. Porto Alegre, Universitas e Direito, p. 403- 420.

FANGE, A.; IWARSSON, S. **Accessibility and usability in housing construct validity and implications for research and practice**. Disabil. Rehabil., v. 25, n. 23, p. 1316-1325, 2003.

FUNDAÇÃO FEAC. **Panorama da pessoa com deficiência no município de Campinas**. 2016. Disponível em: <https://www.feac.org.br/wp-content/uploads/2016/05/caderno1.pdf>. Acesso em 23 ago. 2018.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa**: complementos y estudios previos. Madrid: Catedra, 1997.

IWARSSON, S.; STAHL, A. **Accessibility, usability and universal design – positioning and definition of concepts describing person-environment relationships**. Disabil. Rehabil., v. 25, n. 2, p. 57-66, 2003.

LEITE, Flavia Piva Almeida. Acessibilidade na cidade: um direito fundamental. In: **Diritto & Diritti**, 2011. Disponível em: <https://www.diritto.it/acessibilidade-na-cidade-um-direito-fundamental/>. Acesso em: 02 ago. 2018.

LOPES, Laís de Figueirêdo. Disposições Preliminares – arts.1º a 3º. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

NONATO, Domingos do Nascimento. Acessibilidade arquitetônica como direito humano das pessoas com deficiência. **Revista Científica Orbis**: Pará, vol. 2, n. 2, 2011, p. 138-164.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

ROCHA, Julio César de Sá da. **Função Ambiental da Cidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.



# O DIREITO AO EXERCÍCIO DA SEXUALIDADE DA PESSOA COM DIVERSIDADE PSÍQUICA E INTELECTUAL COMO FUNDAMENTO DA DIGNIDADE HUMANA

Carlos Henrique Félix Dantas  
(UNICAP)  
carloshenriquefd@hotmail.com<sup>1</sup>

Carolina Valença Ferraz  
(UNICAP / UNIPÊ)  
carolinavferraz@hotmail.com<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este trabalho investiga de que forma a garantia ao exercício da sexualidade da pessoa com diversidade psíquica e intelectual existe por meio de norma constitucional e infraconstitucional. Para tanto, utiliza como marco teórico a transição do modelo *médico* de deficiência para o modelo *social*, a partir, sobretudo, do momento em que o Brasil se torna signatário da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Nesse contexto, observa as principais modificações influenciadas pelo tratado de direitos humanos no âmbito da sexualidade, observando os impactos proporcionados pela Lei Brasileira de Inclusão. Percebe-se, assim, que o legislador busca garantir de forma expressa autonomia na esfera existencial a partir das transformações no sistema de incapacidades jurídica, vez que se considera a pessoa com diversidade psíquica e intelectual absolutamente capaz para o exercício de atos na esfera existencial. Este estudo ocorreu por meio de revisão bibliográfica e estudo dogmático, ao utilizar o método de raciocínio analítico-dedutivo.

**Palavras-chave:** Modelo *Social* de Deficiência. Sexualidade e Afetividade. Presunção de Capacidade Legal Absoluta para os atos de natureza existencial.

## 1 INTRODUÇÃO

O Brasil se tornou signatário da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, mediante o procedimento estabelecido no art. 5º, §3 da Constituição Federal. Tal normativa estabelece que todo tratado de direitos humanos aprovado pelo voto de três quintos, de cada Casa do Congresso Nacional, terá *status* de emenda constitucional.

Dessa forma, é possível dizer que o ordenamento jurídico pátrio inaugurou um novo marco de garantia de liberdades e direitos fundamentais, tanto no âmbito jurídico como social, para a pessoa com diversidade funcional. Ratifica-se, ainda, que tal diploma carrega os preceitos do modelo *social* de deficiência, ao considerar como questões de ordem política a inacessibilidade e a não equiparação de oportunidade com os demais membros da sociedade. Atribui-se, assim, não mais a origem da deficiência para questões religiosas ou de saúde, mas, eminentemente, a razões sociais, em face do meio ambiente não adaptado.

---

<sup>1</sup> Graduando pela Universidade Católica de Pernambuco. Voluntário no Programa de Bolsas de Iniciação Científica da Universidade Católica de Pernambuco (PIBIC/UNICAP). Membro do Grupo Frida de Gênero e Diversidade.

<sup>2</sup> Doutora e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Professora da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) e do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Advogada. Coordenadora do Grupo Frida de Gênero e Diversidade.

Não obstante, a emancipação desses direitos repercutiu de modo direto para a garantia dos direitos sexuais e reprodutivos das pessoas com diversidade funcional, bastando analisar o art. 6º da Lei 13.146/2015, ao presumir capacidade absoluta para a realização de atos de natureza existencial. Entretanto, embora exista essa salvaguarda de direitos, há ainda quem acredite numa possível inexistência de uma sexualidade nata, que precise ser exercida pela pessoa com diversidade psíquica e intelectual, obstando, assim, o direito à educação sexual de qualidade.

Comenta-se, então, que o meio social ainda reproduz compreensões estigmatizadas em torno da identidade sexual desses indivíduos, de modo a promover uma incapacidade forjada, ao existir uma plena capacidade legal no campo jurídico e uma incapacidade presumida no meio social. Logo, torna-se primordial vencer, através de políticas públicas de informação à comunidade e à família, o estigma da inexistência da sexualidade e, conseqüentemente, da negação da dignidade humana.

Nesse sentido, busca-se averiguar a superação do estigma com relação a sexualidade da pessoa com diversidade psíquica e intelectual a partir da presunção de capacidade absoluta para os atos de natureza existencial. Além disso, de modo específico, objetiva-se: (a) investigar a percepção conceitual de deficiência, ao considerar, sobretudo, a teoria dos Direitos Humanos; (b) compreender de que modo a sexualidade funcionaria como pressuposto de direito inalienável para a condição de plenitude da pessoa com diversidade psíquica e intelectual; e, (c) levantar na doutrina e legislação nacional e internacional os fundamentos da tutela jurisdicional para o exercício da sexualidade.

Lembra-se, ainda, que este estudo empreende na adoção do uso de pesquisa bibliográfica, de modo a coletar doutrina internacional e nacional especializada na problemática em questão. Destarte, faz uso, também, de pesquisa documental, considerando, principalmente, a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a Lei Brasileira de Inclusão e o Código Civil Brasileiro. Não obstante, o método de raciocínio adotado é o analítico-dedutivo.

## **2 A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO CONCEITO DE DEFICIÊNCIA PARA ALÉM DAS AMARRAS DA NEGAÇÃO EXISTENCIAL**

A compreensão de deficiência, ao longo da história da humanidade ocidental, foi modificada em conformidade com os valores éticos, morais e sociais vigentes através de alguns modelos conceituais, sejam eles: a) o modelo da prescindência; b) o modelo médico ou reabilitador; c) o modelo social; e, d) o modelo da diversidade. Nesse sentido, a transformação desses valores, de modo *pari passu* com as acepções jurídicas, transmutaram-se na composição de

como deve refletir a tutela empreendida pelos entes organizacionais do ambiente social – sendo eles a sociedade, a família e o Estado.

Nesse sentido, o primeiro modelo conceitual, denominado de prescindência, é baseado em justificativa religiosa, pois a origem da deficiência estaria associada a um castigo dos deuses em função de um pecado cometido pelos pais da criança, ou, ainda, uma advertência dos deuses acerca da aproximação de alguma catástrofe. Além disso, as pessoas com deficiência seriam indivíduos que em nada contribuiriam para a sociedade, sendo, por isso, consideradas como indivíduos improdutivos e de participação social dispensável. Afinal, seriam nada mais que um fardo para a comunidade e para os pais (PALACIOS, 2008, p. 37).

Ademais, esse modelo, em linhas gerais, pode ser dividido em dois submodelos: a) eugênico – associado, notadamente, ao período da Antiguidade Clássica, significando que a vida das pessoas com deficiência não valeria a pena ser vivida, por isso eram submetidas, por exemplo, ao infanticídio; b) marginalização – voltado, principalmente, para a Idade Média, refletia a exclusão social da deficiência ou sua rejeição, como consequência do medo, pelo fato dessas pessoas serem consideradas obras de feitiços malignos ou aviso de perigo iminente; além disso, a principal consequência para a morte de indivíduos com deficiência seria a omissão, por falta de interesse ou recursos, diferenciando-o do submodelo anterior (PALACIOS, 2008, p. 54).

Dessa forma, pode-se perceber que através desse modelo as pessoas com deficiência eram consideradas como descartáveis, reflexo influente da compreensão estigmatizada do que poderia significar ter um filho com deficiência, entendida aqui como uma “limitação”. Compreende-se, por isso, que se de um lado buscou a higienização social, por outro aproximou-se da exclusão social a alternativa ao que significaria a deficiência para a sociedade, a família e o Estado.

A seu turno, o modelo médico ou reabilitador concebe a deficiência não a partir de justificativa religiosa, mas sim científica, pois a compreensão da diversidade funcional<sup>3</sup> se aproxima de conceitos de saúde e de doença. E, por outro lado, se o modelo anterior entendia que as pessoas com deficiência poderiam ser dispensadas em virtude de suas limitações, esse modelo compreende que não seriam mais consideradas inúteis, podendo contribuir. Entretanto, deveriam

---

<sup>3</sup> Compreende-se, neste trabalho, como sinônimos da terminologia “Pessoas com Deficiência” as seguintes: “Pessoa com Diversidade Funcional” e “Pessoa com Múltiplas Habilidades”. Cumpre salientar que a primeira expressão indicada aponta para o elemento da diversidade na pessoa humana com deficiência, novidade do modelo da *diversidade*. Entende-se, por sua vez, como terminologias que não devem ser utilizadas: “Portador de Deficiência”, “Deficiente”, “Mongoloide”, “Pessoa com Necessidades Especiais” etc. Inclui-se, por isso, nas que não se devem ser utilizadas, todas as expressões que possam apontar para um modelo assistencialista ou paternalista em virtude de um caráter dependente do indivíduo que possua deficiência. Isso, pois, rompeu-se tais ideias a partir da ideia de autonomia interdependente ou modo de vida independente, inaugurados a partir do modelo de percepção *social* – notadamente a partir da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e da Lei Brasileira de Inclusão em sede de contexto jurídico brasileiro.

estar submetidas a um processo de normalização, de modo que conseguissem produzir bens e valores para a coletividade a partir de um processo de institucionalização, reabilitação ou padronização (PALACIOS, 2008, p. 66).

Explica Debora Diniz (2007, p. 15) que a deficiência era considerada como o resultado natural de uma lesão em um corpo, sendo necessário, para tanto, cuidados biomédicos. É possível dizer, também, que o principal objetivo desse modelo era o de “afastar as pessoas com lesões do convívio social ou de normalizá-las para devolvê-las à família e à sociedade” (DINIZ, 2007, p. 15).

É certo, ainda, que, nesse contexto, as atitudes baseadas em paternalismo, de modo a buscar uma normalização de homens e mulheres que são diferentes, implicava, necessariamente, num desaparecimento ou ocultação do que representaria a diversidade na sociedade. De outro modo, esse modelo fomenta a ideia de estigma<sup>4</sup>, ao considerar que as pessoas com deficiência, compulsoriamente, necessitam ser tratadas para se aproximar de um ideal do que significaria ser “normal”. Aliás, estabelece-se nesse modelo um paradigma do que seria “normal” e “anormal”. Desse forma, a ideia de “normalidade” encontra-se bastante delineada, ao perceber que um corpo pode ser considerado como uma lesão e outro não, ao empreender numa adequação à luz de uma percepção do que seria útil ou descartável.

De modo a se contrapor aos anteriores, o modelo de percepção social, por sua vez, pressupõe que as causas para a origem da deficiência não seriam religiosas ou científicas, mas sim de procedências sociais ou, ainda, que predominantemente sociais (PALACIOS, 2008, p. 103). Nesse sentido, não se trata de entender a deficiência mais como um problema individual, mas sim a partir das limitações que a própria sociedade impõe para a prestação dos serviços adequados às necessidades das pessoas com diversidade funcional no quadro organizacional da sociedade.

Salienta-se, também, que as pessoas com deficiência teriam muito o que contribuir para a sociedade, na medida em que as outras pessoas, sem deficiência, também teriam. Logo, considera-se toda vida como igualmente digna de ser vivida, uma vez que esse modelo aponta para uma íntima relação com os ideais de inclusão e de aceitação da diferença (PALACIOS, 2008, p. 104).

De outra forma, lembra-se que esse modelo aponta para um modo de vida independente, a qual descrevem a incapacidade como uma forma específica de opressão social, o que enseja numa necessária diferenciação entre o que seria deficiência e incapacidade. Assim, se a deficiência

---

<sup>4</sup> Segundo lições de Erving Goffman (2017, p. 12-13), o estigma seria uma relação especial entre um atributo profundamente depreciativo e um estereótipo, tendo em vista que o descrédito é muito grande (podendo ser considerado como um defeito, uma fraqueza, ou uma desvantagem), de modo a constituir uma discrepância entre a identidade social virtual e a identidade social real.

seria uma limitação total ou parcial de um membro ou corpo, a incapacidade seria uma desvantagem ou restrição de atividade, causada pela organização contemporânea ao considerar como insuficiente as pessoas com deficiência na participação das atividades usuais da sociedade (PALACIOS, 2008, p. 122-123).

Ocorre que esse modelo promove uma guinada ao elevar as pessoas com deficiência a um status de sujeitos de Direitos Humanos, não reduzindo esse grupo social a meros objetos de intervenção clínica ou de reabilitação a partir de uma ótica assistencialista. Isso, pois, trata-se de um modelo que se figura numa crítica radical ao modelo biomédico (MELLO; NUERNBERG, 2012, p. 638).

O modelo da diversidade, por sua vez, possui elementos do modelo anterior, como a desmedicalização ou desintitucionalização, a ideia de modo de vida independente, entre outros. Dessa forma, a única inovação, segundo Agustina Palacios e Javier Romañach (2006, p. 190), seria a construção de um valor de diversidade, ao elencar o conceito de dignidade como chave para a plena integração e aceitação social do indivíduo com deficiência na sociedade.

Ainda segundo os autores, duas seriam as vertentes do referido modelo: a) conseguir garantir os mesmos direitos para as pessoas com ou sem deficiência a partir da difusão, implementação e defesa da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; e, b) a realização de uma aproximação teórica que permita introduzir no debate da bioética o verdadeiro significado da dignidade intrínseca (PALACIOS, ROMAÑACH, 2008, p. 44).

Outrossim, Norberto Bobbio (2004, p. 26) esclarece que, naturalmente, a evolução histórica dos direitos do homem segue três fases, sejam elas a conversão em direito positivo, a generalização e a posterior internacionalização desse direito. Compreendendo de modo análogo essas etapas no processo de emancipação da pessoa com deficiência, percebe-se que houve uma positivação genérica de seus direitos a partir da elaboração dos primeiros instrumentos protetivos nos sistemas jurídicos, posteriormente, uma generalização, despreocupada em garantir igualdade material ou isonomia nas constituições, e, por fim, uma internacionalização desse direito a partir da criação da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Nesse toada, respectivamente, é importante perceber que a promulgação de tal diploma normativo empreendeu numa mudança conceitual quanto a percepção do que é deficiência no sistema jurídico brasileiro. Assim, ao perceber, historicamente, que a deficiência não advém de origem religiosa, científica, mas sim social, fruto da interação das limitações do indivíduo com o meio ambiente, empreende-se, por isso, num rompimento da concepção médica ou reabilitadora.

A partir disso, lembra-se que para o modelo médico a deficiência seria a consequência natural de uma lesão em um corpo que, conseqüentemente, deve ser objeto de cuidados médicos. Enquanto que, por outro lado, diferentemente da abordagem reabilitadora, a deficiência não deve ser entendida como um problema individual (ou uma “tragédia pessoal”), mas sim uma questão eminentemente social, cujo entendimento deverá levar em consideração conceitos de Justiça Social, Dignidade e Acessibilidade.

### **3 A IMPOSIÇÃO DE UMA PREMISSA DE INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DA SEXUALIDADE DA PESSOA COM DIVERSIDADE PSÍQUICA E INTELECTUAL: A (IN)ACESSIBILIDADE DE CORPOS ABJETOS**

Segundo Flávia Piovesan (1988, p. 168), os direitos sexuais podem ser considerados como um conjunto de direitos básicos relacionados com o livre exercício da sexualidade humana, circulando no universo dos direitos civis e políticos.

Entretanto, é possível exercer os direitos sexuais e afetivos mesmo na hipótese da deficiência psíquica e intelectual?

A sexualidade humana refere-se aos sentimentos, atitudes, e percepções relacionadas à vida sexual humana e efetiva das pessoas; implica a expressão de valores e emoções, afeto, gênero e também essencialmente histórica e social. Como um conjunto de concepções culturais, a sexualidade extrapola o conceito de genitalidade, pois abrange também as práticas sociais, os costumes diversos e as ideologias relacionadas as tais práticas. As crenças sobre a sexualidade das pessoas com deficiência, em geral, referem-se a um modo generalizado de ver o outro, estigmatizado pela deficiência (BORTOLOZZI, 2006).

Na sistemática da capacidade civil, oriunda do diploma civilista, existia a negação de alguns corpos ao livre exercício da sexualidade saudável, especificamente aos corpos das pessoas com deficiência intelectual, que sofriam da negação da autonomia corporal, afetiva e sexual. Com o advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e sua posterior sistematização pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência uma nova ordem de capacidade surgiu, dentre as inovações surge o empoderamento da vontade e o aproveitamento da prática dos atos pela própria pessoa com diversidade funcional, principalmente no tocante aos atos existenciais.

Justifica-se, pois, tais desdobramentos jurídicos, na esfera de exercício dos atos de natureza existencial da pessoa com deficiência psíquica e intelectual, a partir da ideia de uma autonomia limítrofe, baseada na lógica de que a sexualidade não pode ou não deve ser exercitada em função do discernimento reduzido. Soma-se, também, a essa percepção, o pensamento de que

o sujeito com deficiência seria incapaz de dar um consentimento considerado como válido para a contração do casamento, por exemplo.

Nesse contexto, afirma Ana Cláudia Bortolozzi Maia (2006, p. 97-98), que para os pais a representação da sexualidade de filhos com deficiência psíquica perpassa, inicialmente, pela lógica de que esses serão eternamente crianças. Além disso, em geral, costumam incorporar o mito da assexualidade, reprimindo de modo explícito (ou não) a sexualidade seus filhos, de modo a infantilizá-los na fase adulta. Dessa forma, grande parte do medo e da negação de suas sexualidades se daria com base no temor do casamento e, sobretudo, da procriação.

Explica a especialista, também, que abordar o tema da sexualidade já é, em si, difícil. Torna-se mais ainda quando se associa esse estudo a pessoa com deficiência psíquica e intelectual, pois a manifestação sexual dessa população quase sempre foi vista como um “problema” e não como um atributo da pessoa humana. Nessa perspectiva, isso se traduz numa série de preconceitos sociais, considerados como “mitos” ou crenças generalizadas, como entender que todas as pessoas com deficiência psíquica ou intelectual são iguais ou possuem uma sexualidade exacerbada (MAIA, 2006, p. 100).

Percebe-se, ademais, como uma prática bastante nociva à autonomia das pessoas com diversidade funcional a subalternidade dos seus desejos e das suas vontades, principalmente no que tange ao exercício da autonomia sexual. Daí reside a percepção de que existem corpos e os desejos inerentes aos mesmos que são tidos como abjetos. Esse fenômeno decorre do fato de que aos corpos considerados abjetos não é facultado o direito ao exercício da cidadania sexual.

No que tange à questão do afeto a negação/recusa à compreensão do direito à construção de vínculos afetivos, seja por meio do casamento, união estável ou namoro, deve-se a inferiorização dos sentimentos de quem integra a deficiência. Assim, numa escala de valores distorcidos, as pessoas sem deficiência menosprezam a diferença, dificultando suas vivências e não reconhecendo a independência sentimental do outro meramente por conta da deficiência. A recusa à aceitação do afeto alheio trata de uma prática violadora, indigna e essencialmente discriminatória.

Diante disso, a manifestação da sexualidade da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual é marcada por dois grandes equívocos. O primeiro seria que são assexuados e, o segundo, que seriam hipersexuados. Essas visões, por sua vez, desconsideram que as necessidades, desejos e as capacidades sexuais são, na verdade, iguais às da pessoa sem deficiência, embora no manejo social esse exercício possa ser considerado de modo diferente. Sendo assim, ambos casos reforçam atitudes de isolamento, segregação dos sexos e ignorância

sobre vários aspectos da sexualidade, obstando, por isso, a possibilidade de uma educação sexual de qualidade (MAIA, 2006, p. 106). Em síntese apertada, as famílias subestimam a cidadania sexual dos seus entes com deficiência ou porque recorrem a uma mordaza da negação e da infantilização ou em função da demonização dos desejos e necessidades sexuais, colocando a deficiência como um impeditivo à vivência sexual.

Nessa perspectiva, torna-se fundamental a quebra dessas percepções, uma vez que ainda que apresentem comprometimento cognitivo, em graus variados ou diferenciados, preservam a dignidade humana e, por isso, suas expressões pessoais dependem de condições psicossociais diversas, as quais não devem ser sujeitas a negação do direito à vida afetiva e sexual feliz (sem amarras ou violência). Para tanto, uma educação inclusiva, no que se refere à educação sexual sem barreiras, é indispensável com o propósito de viabilizar uma autonomia corporal e sexual para todas as pessoas e, dentre as quais, as que possuem deficiência.

De outro modo, a partir da entrada em vigor da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e, posteriormente, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi possível reconhecer a titularidade de autonomia para os atos de natureza existencial. Nega-se, por isso, a correlação compulsória da noção de incapacidade ao exercício da autonomia na esfera existencial para todas as pessoas com deficiência, salvo comprovação em contrário, a partir da análise do caso concreto.

Entretanto, tal reviravolta preocupa parte da doutrina, pois estar-se-ia desprotegendo um sujeito vulnerado. Assim, pondera José Fernando Simão (2015) que, a partir da vigência da Lei Brasileira de Inclusão, as pessoas com deficiência ficaram abandonadas à própria sorte, vez que não poderão exprimir sua vontade e serem representadas, pois são capazes apenas por ficção legislativa.

Em contrapartida, explica Nelson Rosenthal (2015, p. 741) que não se pode mais admitir uma incapacidade legal absoluta que configure uma “morte civil” da pessoa, tal qual possa configurar a transferência compulsória das escolhas existenciais para o curador, de modo a promover uma espécie de categorização dos sujeitos em redutos de exclusão de direitos fundamentais.

Nesse sentido, resta perceber que a negação da cidadania sexual às pessoas que integram a diversidade funcional – e que possuem discernimento mesmo que parcialmente reduzido – advém da discriminação e do preconceito originários do desconhecimento acerca das questões referentes à deficiência e à prática dos atos existenciais. Cumpre analisar, por isso, de que forma a sexualidade existe por meio das normas do sistema jurídico brasileiro, como uma forma de emancipação (ou garantia de liberdade) para o sujeito com deficiência psíquica ou intelectual.



#### **4 SEXUALIDADE E LIBERDADE DA PESSOA COM DIVERSIDADE PSÍQUICA E INTELECTUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

É inegável pensar que a sexualidade é uma espécie de linguagem fundamental para o exercício digno da personalidade da pessoa humana. Nesse sentido, ressalvado a ínfima parcela de pessoas autointituladas de assexuais, todo o restante da população mundial é considerada sexuada, ressaltando-se, ainda, que esses sujeitos apresentam, possivelmente, alguma dimensão de sexualidade (Consultar BRIGEIRO, 2013, p. 266).

Ademais, quanto à deficiência, não haveria de ter distinção. Ser diferente não seria propriamente um caractere que possibilite a exclusão ou inclusão de sexualidade de nenhum modo. Nesse sentido, defende-se, veemente, que a sexualidade independe da deficiência para existir. Independe mais ainda das genitálias para o exercício do gozo e ao anseio das necessidades eróticas tidas como essenciais à natureza humana.

Nessa perspectiva, pensar a sexualidade da pessoa com diversidade funcional numa dimensão de menor valia estar-se-ia ignorando uma dimensão sexual fundamental para o exercício digno da pessoa humana. Mais aprioristicamente, poder-se-á falar que seria uma afronta a um direito personalíssimo, e a depender da dimensão, de uma afronta a um direito fundamental, que em tese, é tido como essencial para a manutenção da vida digna de qualquer ser humano. Como não existe, de fato, contundentemente diferença humana relacionado a uma pessoa com deficiência ou sem deficiência, não haveria o que se questionar quanto a titularidade desses direitos. Derivados pelo simples fato de se nascer com vida, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que se adquire personalidade e capacidade jurídica (art. 2º do Código Civil de 2002).

Não obstante, na maioria dos casos a deficiência, relacionada a qualquer tipo de limite, não interfere nas necessidades sexuais de um indivíduo, sendo esse, portanto, ainda um sujeito que ânsia por direitos sexuais que devem ser garantidos. Seguindo a primazia do pensamento moderno de incapacidades jurídicas e a contradição relacionada a negação e o tolhimento de vontade, até que ponto a pessoa com deficiência é humana, para ter direito garantido por lei, mas não ter sua efetividade garantida?

Seguindo esse raciocínio, de acordo com a Declaration of Sexual Rights (2014), baseada nos direitos humanos universais, toda pessoa tem direito à sexualidade e à reprodução, pautados em liberdade, dignidade e igualdade, inerente a todo e qualquer ser humano. Nesse sentido, cabe aqui reafirmar o que enaltece art. 7º:

Todos têm o direito ao mais alto padrão de saúde e bem estar possíveis, relacionados à sexualidade, incluindo a possibilidade de experiências sexuais prazerosas, satisfatórias e seguras. Isto requer a disponibilidade, acessibilidade e aceitação de serviços de saúde qualificados, bem como o acesso a condições que influenciem e determinem a saúde, incluindo a saúde sexual.

Dessa forma, deve-se pensar a sexualidade como fundamental e essencial, a fim de garantir àquilo que se compreende como uma dimensão da própria pessoa humana. Levando a termo essas considerações, o movimento internacional das pessoas com deficiência idealizou, por meio da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, expressões de como se deve garantir o exercício desses direitos. Por isso, por meio do art. 23 .1., busca-se garantir medidas efetivas pelos Estados Partes para erradicar a discriminação contra o sujeito com deficiência em todos os aspectos relativos ao casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Trata-se, pois, de garantia de liberdade para o exercício da sexualidade nos relacionamentos que a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual possa vir a se sujeitar, sendo compromisso do Estado Parte desenvolver medidas eficazes de combate à discriminação que possa vedar, de certa forma, o exercício desse direito. Em conformidade com tais acepções, a Lei Brasileira de Inclusão, ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), assimilou o que dispõe tal paradigma, em parte, por meio do que propugna o art. 6º. Por isso, segundo a normativa, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa para casar ou constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, entre outros.

Sendo assim, há de se falar que existe quem acredite que a garantia, por meio da Lei Brasileira de Inclusão, possibilita a interpretação de que a pessoa com deficiência é dotada de capacidade legal irrestrita para os atos não patrimoniais ou negociais (LÔBO, 2018, p. 434). Isso, pois, em relação aos atos patrimoniais ou negociais existirá, de certo modo, a possibilidade da necessidade de algum apoio, vez que o legislador excetua a curatela somente aos atos que possuam essa natureza (art. 85º, *caput* da Lei Brasileira de Inclusão). Enquanto que, de forma enfática, ainda excepciona tal medida a não alcançar os atos puramente existenciais, como o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto (art. 85º, §1º da Lei Brasileira de Inclusão).

Ainda nesse sentido, o legislador ainda traz um novo instituto jurídico, conhecido como tomada de decisão apoiada, sendo esse inserido no Código Civil por meio do art. 1.783-A. Assim, esse novo instituto tem o cunho de assistência, mas não um assistencialismo que poda o exercício da autonomia da vontade da pessoa com deficiência. O seu sentido, na verdade, baseia-se na ideia

de que pessoas idôneas, ou seja, sem pré-disposição de desfavorecer ou prejudicar, ou que tenha vontade viciada, contribuam para uma escolha positiva do indivíduo que esteja sendo assistido.

Nesse contexto, há de se comentar que ainda existem dúvidas quanto a extensão do apoio, pois a doutrina não é pacífica a esse respeito, vez que se pode mencionar posicionamentos díspares. Dessa forma, alguns autores, a exemplo de Paulo Lôbo (2018, p. 422), compreendem que a tomada de decisão apoiada se aplica somente aos atos de natureza patrimonial, como uma analogia ao que dispõe a Lei n. 13.146/2015 em relação à curatela. Outros, por sua vez, como a Joyceane Bezerra de Menezes (2016, p. 44), percebem que o instituto pode ser aplicado também aos atos de natureza existencial, compreendendo-o mais como uma forma de acessibilidade apta a auxiliar na manifestação da vontade do indivíduo.

Diante disso, importa dizer, aos que percebem que a tomada de decisão apoiada é um instrumento de apoio para o desenvolvimento da personalidade do sujeito com deficiência, de modo a estender sua aplicação aos atos de natureza existencial, como possível seu auxílio para o direito ao exercício da sexualidade.

Assim, o apoiador poderá fornecer elementos e informações importantes para que as pessoas com diversidade psíquica ou intelectual possam conduzir sua manifestação de vontade, fornecendo-lhes elementos de educação sexual, como métodos contraceptivos, prevenção de doenças sexualmente transmissíveis e abusos sexuais, entre outros. Diante disso, salienta-se, ainda, que deverá apenas sugerir e aconselhar, de modo a respeitar sua vontade. Além disso, deverá fazê-las desde que haja previsão expressa no termo de apoio.

Ainda nessa ótica, pode-se comentar, como uma forma de garantir apoio para a capacidade de exercício da sexualidade, a figura do terapeuta sexual, que não necessariamente precisará ser elegido enquanto apoiador. Mas sim enquanto profissional apto a orientar a pessoa com diversidade psíquica ou intelectual, trabalhando questões relativas ao exercício da sua sexualidade fora de uma perspectiva de marginalização de seus corpos e da sua identidade afetiva.

De outro lado, cumpre ainda tecer, conforme Luísa Sousa (2011, p. 22), que a pessoa com deficiência psíquica e intelectual, como qualquer outro indivíduo (com ou sem deficiência), possui necessidade de expressar seus sentimentos de modo próprio. Assim, a repressão da sexualidade e, por sua vez, da afetividade, pode ser vista enquanto uma maneira de alterar o seu equilíbrio interno, o que diminui as chances do sujeito se tornar um ser psiquicamente integral. Ao passo que quando bem encaminhada possibilitará a melhora do desenvolvimento afetivo e a capacidade de se relacionar, contribuindo na melhora da autoestima e na inclusão social.

## 5 CONCLUSÃO

O direito à sexualidade da pessoa com diversidade psíquica e intelectual, para boa parte da sociedade, é tido com restrição, visto a ultrapassada noção que acompanha a comunidade, o que demonstra a necessidade de reviver e aprender o atual conceito de deficiência (de modelo *social*), postulado pela Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Nesse sentido, parte da sociedade civil ainda acredita que a capacidade civil, assim como os direitos sexuais, devem ser cuidadosamente tolhidos, em detrimento do desenvolvimento saudável da afetividade e da sexualidade das pessoas com diversidade funcional.

Nesse sentido, em certas circunstâncias poderá existir uma necessidade de acompanhamento da pessoa com diversidade funcional nos diversos tipos de relações sociais, assim como para qualquer outro cidadão, com ou sem deficiência. No entanto, esse acompanhamento não deve existir de modo a tolher ou estigmatizar esse sujeito como sendo um indivíduo incapaz de gerir as particularidades da sua vida, tidas como expressões da dignidade humana.

Logo, torna-se necessário romper a premissa de incapacidade atrelada, compulsoriamente, a noção de deficiência, vez que essa postura permite conduzir a impressão de que esses indivíduos são impossibilitados de gerir atos de natureza existencial, tidos como liberdade para a maior parte da população, como o direito à paternidade, ou de ser sexualmente ativo, o que nos aproxima da ideia do direito à sexualidade relacionado ao mais puro prazer: o gozo.

Diante disso, cumpre tecer que existe garantia expressa, por meio da Lei Brasileira de Inclusão, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive, para exercer direitos sexuais e reprodutivos, casar ou constituir união estável, entre outros (art. 6º). Desse modo, conforme interpretação da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e da própria Lei n. 13.146/2015, existe a presunção de capacidade legal absoluta para os atos de natureza existencial.

É por isso, portanto, que não se deve perder de vista que a deficiência, compreendida como uma limitação, nada mais é do que o fruto da interação da pessoa com diversidade funcional com o meio social não adaptado ao qual esse sujeito está inserido; sendo assim, é necessário que se vença os obstáculos, ou barreiras, para que a sexualidade seja inteiramente exercida com dignidade, a fim de que de nenhum modo a (in)acessibilidade dos direitos sexuais possa influenciar num desequilíbrio relacional do sujeito com deficiência com os demais membros da sociedade.

Ressalta-se, ainda, a importância da não estigmatização de corpos e dos seus afetos, vez que a diferença existe não para ser degradada, silenciada ou negada, mas sim para ser comemorada. Apenas assim será vivenciado o livre exercício de uma cidadania sexual, plural, irrestrita e feliz para todos que compõem uma sociedade livre de barreiras e limites de ordem existencial.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRIGEIRO, Mauro. A emergência da assexualidade: notas sobre política sexual, ethos científico e o desinteresse pelo sexo. **Sexualidad, Salud y Sociedad – Revista Latinoamericana**, Rio de Janeiro, n. 14, p. 253-283, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sexs/n14/a12n14.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

PIOEVSAN, Flávia. **Temas atuais de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1988.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Sexualidade e deficiências**. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 97-98.

MELLO, Anahi Guedes; NUERNBERG, Adriano Henrique. Gênero e deficiência: interseções e perspectivas. **Revista Estudos Feministas da UFSC**, Florianópolis, v. 20, n. 3, p. 633-655, set/dez. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2012000300003>>. Acesso em: 01 Jul. 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 9, p. 31-57, jul./set, 2016. Disponível em: <[https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume9/rbdcivil\\_vol\\_9\\_03\\_tomada-de-decisueo-apoiada.pdf](https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume9/rbdcivil_vol_9_03_tomada-de-decisueo-apoiada.pdf)> Acesso em: 14 out. 2018.

PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad**: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Cermi, 2008.

\_\_\_\_\_; ROMANACH, Javier. **El modelo de la diversidad**: la Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidade em la diversidad funcional. Madrid: ediciones Diversitas – AIES, 2006.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **El modelo de la diversidad:** uma nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidade funcional (discapacidad). *Intersticios: Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*. Madrid: UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, vol. 2, p. 37-47, 2008, p. 43. Disponível em <<http://www.intersticios.es/article/view/2712/2122>>. Acesso em: 01 Jul 2018.

ROSENVALD, Nelson. Curatela. **Tratado de direito das famílias**. Minas Gerais: IBDFAM, 2015.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). **Revista Consultor Jurídico**, 06 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 11 out. 2018.

SOUSA, Luísa da Assunção de Oliveira. **A educação sexual na deficiência mental:** práticas e percepções face à afetividade e sexualidade do indivíduo com deficiência mental. Dissertação (Mestrado em Educação Social) – Escola Superior de Educação, Bragança, 2011. Disponível em <<https://bibliotecadigital.ipb.pt/handle/10198/3595> >. Acesso em: 28 Nov 2018.

WORLD ASSOCIATION FOR SEXUAL HEALTH. **The Declaration of Sexual Rights (2014)**. Trad. Jaqueline Brendler e Marcia Rocha. Disponível em < <http://www.worldsexology.org/wp-content/uploads/2013/08/DSR-Portugese.pdf> >. Acesso em: 28 Nov. 2018.



## DIREITOS HUMANOS NA ESCOLA: RELATO DE EXPERIÊNCIA SOBRE O ENSINO DE DIREITOS HUMANOS COMO FORMA DE INCLUSÃO SOCIAL E EXERCÍCIO DA CIDADANIA

*Celso Lucas Fernandes Oliveira*  
(Faculdade Sul-Americana - FASAM)  
celso\_lucas@hotmail.com

*Lilian Silva do Amaral Suzuki*  
(Faculdade Sul-Americana - FASAM)  
liliansuzuki2@hotmail.com

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo verificar o impacto da formação em direitos humanos para um grupo de estudantes do ensino básico da rede pública, com o intuito de analisar como esse conteúdo formativo emerge como forma de inclusão social e exercício da cidadania. A partir de um projeto-ação desenvolvido pelo Centro de Assessoria Jurídica Popular Universitário (CAJUPU) da Faculdade Sul-Americana (FASAM), buscou-se estabelecer uma articulação entre os participantes do CAJUPU e alunos de terceiro ano do ensino médio do Colégio Estadual Cora Coralina em Goiânia, abordando o tema dos Direitos Humanos através dos princípios da educação popular. Zenaide (2004) afirma que a metodologia da Educação em Direitos Humanos deve seguir os princípios teóricos da Educação Popular, da Interdisciplinaridade e da Didática Crítica, ainda que sua prática possa fazer uso de múltiplos procedimentos. Desse modo, essa metodologia e esses princípios foram utilizados ao desenvolver esse projeto onde buscou-se abordar noções básicas de Direitos Humanos com alunos da rede básica de ensino.

**Palavras-chave:** Assessoria Jurídica Popular. Ensino em Direitos Humanos. Educação Popular.

### 1 INTRODUÇÃO

A escola é compreendida na sociedade contemporânea como uma das principais organizações sociais dentro das quais busca-se a conscientização, a educação e a formação de princípios com o objetivo de fomentar as modificações necessárias à existência de uma sociedade mais justa e equitativa.

Esse espaço, no qual se destacam as diferenças e que tem como objetivo a formação do indivíduo, é o local adequado para uma educação que vise a conscientização cidadã, a formação de princípios de justiça e solidariedade, permitindo a transformação social cuja consecução é constantemente atribuída à própria escola.

Nesse sentido, ao pensar de que maneira a dinâmica social conflituosa atual, reflete-se no ambiente escolar, compreende-se que a educação em direitos humanos é indispensável à convivência harmônica tanto dentro da escola, como nas diversas atividades que os alunos desenvolverão fora dela (ZLUHAN e RAITZ, 2014). As escolas devem tornar-se um lugar em que prevaleça a pluralidade e o dialógico, e não um lugar hegemônico de reprodução de conhecimento.

No Brasil, a política de educação em direitos humanos está alicerçada no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), instituído a partir de 2003, com objetivo de promover uma educação multidimensional voltada à formação do sujeito de direitos (BALECHE e SILVA,

2017). No entanto, sabe-se que a implementação das diretrizes criadas pelo PNEDH ainda é um desafio e a educação em direitos humanos não é uma realidade nas escolas brasileira.

Por isso, esse trabalho tem como objetivo verificar o impacto da formação em direitos humanos para um grupo de estudantes do ensino básico da rede pública, com o intuito de analisar como esse conteúdo formativo emerge como forma de inclusão social e exercício da cidadania.

## **2 A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NO ENSINO BÁSICO**

Na sociedade atual a escola apresenta-se como uma das principais organizações sociais dentro das quais busca-se a conscientização, a educação e a formação de princípios com o objetivo de fomentar as modificações necessárias à existência de uma sociedade mais justa e equitativa. Além de um espaço de educação formal, a escola é um ambiente em que circulam as diversidades, sejam elas individuais ou da perspectiva social, como as singularidades culturais, econômicas, religiosas, políticas e sexuais.

Esse espaço, no qual se destacam as diferenças e que tem como objetivo a formação do indivíduo, é um local adequado para uma educação que vise a conscientização cidadã, a formação de princípios de justiça e solidariedade, permitindo a transformação social cuja consecução é constantemente atribuída à própria escola.

Para atingirmos o objetivo da formação de uma sociedade composta por indivíduos autônomos, conscientes do seu papel social e capaz de respeitar as individualidades, mostra-se indispensável a promoção de uma educação que seja voltada aos direitos humanos. A prática educativa deve compreender não apenas a capacidade científica, o domínio técnico, mas também, a afetividade e a alteridade.

Dá a importância de tratarmos a problemática da educação em direitos humanos no ensino básico brasileiro. A dinâmica social atual, repleta de conflitos, reflete-se no ambiente escolar, de forma que a educação em direitos humanos é indispensável à convivência harmônica tanto dentro da escola, como nas diversas atividades que os alunos desenvolverão fora dela (ZLUHAN, RAITZ, 2014).

Historicamente, ressalta-se que o conceito de direitos humanos é uma construção social resultante da luta de diversas pessoas que passam por situações de discriminação e exclusão. A garantia desses direitos ganha amplitude a partir da criação de normas internacionais criadas no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), tendo como principal referência a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A referida declaração, em seu artigo 1, determina que



“todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos, dotados de razão e de consciência, e devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”

A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe ainda, em seu artigo 26, sobre a educação, afirmando que:

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

Dallari (2004, p. 15) ressalta que:

O respeito pela dignidade da pessoa humana deve existir sempre, em todos os lugares e de maneira igual para todos. O crescimento econômico e o progresso material de um povo têm valor negativo se forem conseguidos à custa de ofensas à dignidade de seres humanos. O sucesso político ou militar de uma pessoa ou de um povo, bem como o prestígio social ou a conquista de riquezas, nada disso é válido ou merecedor de respeito se for conseguido mediante ofensas à dignidade e aos direitos fundamentais dos seres humanos [...]

No mesmo sentido Comparato (2007, p. 22) afirma: “[...] todo homem tem dignidade e não preço, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por alguma coisa.”

Neste sentido, as escolas devem tornar-se um lugar em que prevaleça a pluralidade e o dialógico. Não apenas um lugar onde se reproduza o conhecimento existente nos discursos hegemônicos, mas sobretudo um lugar que permita aos estudantes entender os contextos em que vivem. Apesar disso, as escolas acabam muitas vezes reforçando situações de exclusões e injustiças às classes, raças e gêneros. (D’ALMEIDA, EYING e HANNA, 2009).

Destaca-se, assim, a necessidade de políticas públicas voltadas ao fortalecimento da educação em direitos humanos nas escolas. Portanto, a existência de normas baseadas nos direitos fundamentais da pessoa humana, conjugando-se aspectos individuais e sociais inerentes a cada ser, favorece o desenvolvimento da cidadania (ZLUHAN, RAITZ, 2014).

No Brasil, a política de educação em direitos humanos está alicerçada no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), instituído a partir de 2003, com objetivo de promover uma educação multidimensional voltada à formação do sujeito de direitos. O Plano incorpora diversos documentos, desde a Declaração Universal, a Constituição (1988), o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) até a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (1996) (BALECHE, SILVA, 2017)

O Plano Nacional é um importante marco regulatório para a efetivação de uma prática pedagógica voltada aos direitos humanos. Nessa perspectiva, ZLUHAN e RAITZ (2014, p. 40) destacam que:

O PNEDH apresentou meios de concretização da educação em direitos humanos, possibilitando o início de um trabalho sistemático e institucionalizado a fim de fomentar uma educação voltada para a promoção da igualdade, da justiça, da solidariedade, da cooperação, da tolerância e da paz. O PNEDH exhibe, inicialmente, seus objetivos e linhas gerais de ação para, em seguida, distribuir as metas e ações propostas em cinco eixos: educação básica; educação superior; educação não formal; educação dos profissionais dos sistemas de justiça e segurança; e educação e mídia.

No entanto, sabemos que a implementação das diretrizes criadas pelo PNEDH ainda é um desafio e a educação em direitos humanos não é uma realidade nas escolas brasileira. Assim, o presente trabalho tem como objetivo verificar o impacto da formação em direitos humanos para um grupo de estudantes do ensino básico da rede pública, com objetivo de analisar como esse conteúdo formativo é importante na constituição de indivíduos conscientes e críticos acerca da sua realidade social.

### **3 A ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR UNIVERSITÁRIA**

A Assessoria Jurídica Popular surge da ineficácia do sistema jurídico estatal em garantir o efetivo acesso à justiça por meios oficiais. A prática da assessoria tem como base a educação popular, cujo referência é a teoria de Paulo Freire, além do direito crítico, de autores como Antônio Carlos Wolkmer, Boaventura de Sousa Santos, Luiz Alberto Warat, Roberto Lyra Filho e José Geraldo de Souza Junior.

Nas palavras de Almeida (2008, p. 266):

A teoria crítica do Direito é um movimento de pensamento aberto e composto de várias correntes teóricas que têm, como causa comum, a apresentação de uma concepção emancipadora em torno do Direito, de forma a desmistificar outras concepções teóricas que representem a manutenção de uma realidade socialmente injusta ou possam provocar retrocessos em relação às conquistas democráticas da sociedade ou impedir a evolução do processo democrático de mudanças sociais.

Nesse sentido, a teoria crítica apresenta um viés antidogmático e emancipatório, que vai de encontro com o ideal de neutralidade e a cientificidade do Direito, o qual muitas vezes serve como justificativa para a manutenção do *status quo*, bem como para beneficiar determinados grupos que mantêm o poder político e econômico (BARROSO, 2003). Destaca-se ainda a filosofia jurídica de Roberto Lyra Filho, denominada "humanismo dialético", que propõe uma prática jurídica fundamentada nos direitos humanos, sendo essa categoria o ponto central para compreensão do conteúdo e a legitimidade do direito. (COSTA; COELHO, 2017). Portanto, essa corrente de pensamento crítico é o alicerce para a prática da Assessoria Jurídica Popular.

As Assessorias Jurídicas surgem a partir das necessidades trazidas pela sociedade, como a resolução de conflitos por meios extrajudiciais, bem como a conscientização dos cidadãos sobre os direitos humanos. Os obstáculos econômicos dificultam o efetivo acesso à justiça para as classes pobres devido aos altos custos de um processo judicial. Além disso, existem obstáculos sociais e culturais, os quais impedem que os indivíduos socialmente desfavorecidos procurem solucionar seus conflitos na justiça, pela insegurança que vivem e pelo medo de represálias, não se colocando na condição de sujeitos de direito (SANTOS, 2011).

Sobre as raízes histórica que levaram à ineficácia de meios oficiais de acesso à justiça, Wolkmer (2006, p. 94) defende que:

Em síntese, no processo de formação de nossas instituições jurídicas e políticas, atravessadas por exclusões e desigualdades sociais, destacou-se a contraditória confluência, de um lado, da herança colonial ibérica burocrático-patrimonialista, marcada por práticas ausentes de democracia e participação; de outro, de uma tradição liberal-individualista que serviu e sempre foi utilizada, não em função autêntica da sociedade, mas no interesse exclusivo de grande parcela das elites hegemônicas locais, detentoras do poder, da propriedade privada e dos meios de produção da riqueza.

Nesse contexto, surge a prática da Assessoria Jurídica Popular que busca atender às necessidades desses grupos sociais, a partir de projetos de extensão universitária que tem como base convicções filosóficas de formação e empoderamento popular. Nesse sentido, Boaventura de Souza Santos (2011, p. 50), define que:

As assessorias jurídicas universitárias, por sua vez, remetem a para uma prática jurídica desenvolvida por estudantes de direito que tem hoje uma capacidade nova de passar da clínica jurídica individual, *a la* americana, totalmente despolitizada, para uma forma de assistência e de assessoria jurídica atenta aos conflitos estruturais e de intervenção mais solidária e mais politizada. Essa iniciativa em muito se distancia da assistência jurídica que é normalmente oferecida pelos Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito brasileiras muito concentrada na preparação técnico-burocrática dos estudantes e orientada para ações individuais (despejo; pensão alimentícia. separação e divórcio etc.). Em sentido oposto, as assessorias jurídicas populares dão importância à ação de defesa de direitos coletivos em associação com movimentos sociais e organizações populares.

No Brasil, as atividades de assessoria jurídica popular ganham espaço a nas décadas de 1970 e 1980, a partir do fortalecimento das lutas de movimentos populares e das demandas trazidas por estes grupos (LUZ, 2005). De acordo com Luz (2005, p.135):

As primeiras experiências de apoio jurídico popular, no Brasil e na América Latina, surgiram a partir do trabalho de alguns intelectuais de formação crítica, de cunho marxista. Essas primeiras experiências foram fundamentais, no sentido de serem o início de um campo importante de mediação, de resposta concreta dos operadores jurídicos críticos naquele contexto.

Portanto, a Assessoria Jurídica Popular tem como objetivo organizar de forma política e social sujeitos coletivos com direitos violados, como grupos indígenas, quilombolas, movimentos sociais e populares, despertando-lhes a cidadania, conscientizando-os de seus direitos

fundamentais e do seu papel social e formando-os como sujeitos ativos na luta pela efetivação de seus direitos.

Nesse sentido, vale destacar que a Assessoria Jurídica Popular se diferencia da assistência jurídica, comum na prática dos cursos de direito no Brasil. A assistência jurídica tem um caráter de apoio jurídico individual e técnico, e se realiza no meio universitário por meio dos Núcleos de Prática Jurídica (NPJ), antigamente denominados escritórios-modelo, que compreende um componente curricular obrigatório nos cursos de graduação em direito. Esse tipo de assistência se manifesta por meio da execução de trabalhos gratuitos em moldes técnicos, via Poder Judiciário, com petições, acompanhamento de processos, audiências, acordos, entre outros, em defesa dos direitos dos hipossuficientes (PEREIRA, 2011)

A assessoria jurídica, por sua vez, transcende a prática jurídico-burocrática, buscando a formação e conscientização dos sujeitos como ferramenta de transformação e democratização do espaço social, além de reafirmar o direito fundamental do acesso à justiça a todos os cidadãos brasileiros.

Tal prática, que diferencia a Assessoria Popular Universitária, é possível devido à metodologia de Educação Popular de Paulo Freire, que busca uma formação baseada na emancipação do educando, por meio de leitura crítica da realidade política, econômica e social, na qual o sujeito se insere (PEREIRA, 2011). Paulo Freire defende, portanto, uma Pedagogia Libertadora em contraposição à educação bancária. Nesse sentido:

A educação bancária parte da confiança de que o educando é completamente ignorante e por isso está sendo “educado” por alguém, o educador, que detém todo o conhecimento, que nele deve ir depositando. (...)

A mudança de modelo de educação bancária [...] é proposta por Freire, tendo como primeiro passo a atitude de o educador se identificar com o educando, e assim o transformar também em sujeito educador. Este seu novo método pedagógico é conhecido como educação problematizadora. (PEREIRA, 2011, p. 150)

Portanto, a partir desses fundamentos do direito crítico e da educação libertadora, os núcleos, grupos ou centros de Assessoria Jurídica Popular Universitária, independente da denominação, tem como objetivo disseminar uma cultura de direitos humanos e contribuir para a tomada de consciência dos sujeitos de determinada comunidade, buscando a sua emancipação para o exercício efetivo dos seus direitos.

#### **4 O CENTRO DE ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR – CAJUPU**

Como prática pedagógica, a Assessoria Jurídica Popular tem como objetivo proporcionar ao discente uma formação que vai além do paradigma tradicional de aprendizagem com aulas expositivas e alunos receptores, permitindo a junção das teorias e dos conteúdos técnico-jurídicos

com a realidade social de intensa ineficácia de direitos. Busca-se, portanto, associar a atividade de extensão ao ensino e à iniciação à pesquisa.

Nessa perspectiva, foi criado o Centro de Assessoria Popular Universitária (CAJUPU), projeto de extensão vinculado ao curso de graduação em direito da Faculdade Sul-Americana (FASAM).

O Centro de Assessoria Jurídica Popular Universitária tem como objetivo preparar assessores jurídicos populares, através de integral formação jurídica, política, social e humanística, baseada numa atuação efetiva nos âmbitos do ensino, iniciação à pesquisa e extensão. A partir da ação e da reflexão do CAJUPU junto aos Movimentos Sociais, pretende-se analisar o Direito, tanto em seu ensino como em sua concretização na sociedade. No âmbito acadêmico, o projeto ainda tem como objetivo trazer questionamentos que transcendam a formação tradicional, de modo que se faça uma construção do conhecimento jurídico a partir das necessidades e dos problemas reais da nossa sociedade.

Sendo assim, a assessoria jurídica popular busca realizar um trabalho de assessoramento jurídico e político da população, especialmente dos grupos vulneráveis existentes na sociedade e movimentos sociais, realizando também um importante trabalho de educação popular em direitos humanos, através de atividades educativas.

Após a preparação dos estudantes do curso de Direito que participam do CAJUPU, optou-se por levar noções básicas de Direitos Humanos para os alunos da rede básica de ensino de uma escola pública localizada na cidade de Goiânia. Para o desenvolvimento do projeto foi fundamental uma articulação entre os participantes do Centro de Assessoria Jurídica Popular da FASAM com os alunos, pais e a comunidade escolar, para detectar os problemas e violações de direitos no espaço escolar, e prepará-los para exercer os seus direitos e gozar de suas liberdades, e ao mesmo tempo, fazendo-os reconhecer a importância de se respeitar os direitos dos outros, e de cumprir suas funções na sociedade.

Após a escolha da escola, o projeto desenvolveu-se seguindo os seguintes passos:

- Detectar a noção de Direitos Humanos dos alunos da Escola;
- Discutir sobre Direitos Humanos a partir da Educação Popular;
- Discutir os problemas apontados pelos alunos da Escola como os principais vivenciados por eles no espaço escolar;
- Perceber a mudança na percepção dos alunos sobre os Direitos Humanos a partir de situações concretas.

Pôde-se perceber que a maioria dos alunos da escola não tinha uma concepção formada sobre Direitos Humanos, como é possível notar nas respostas a seguir:

**Pergunta:** O que você já ouviu falar sobre Direitos Humanos?

- “Geralmente ouvimos falar de Direitos Humanos, quando estão falando sobre presídios e presos, eles servem mais para essas pessoas.” (Vivian<sup>1</sup>, 17 anos).
- “São direitos que as pessoas tem.” (Carlos, 17 anos)
- “Direitos Humanos são direitos que precisamos, tem pessoas que precisam mais de ajuda.” (Bianca, 16 anos).
- “Sempre ouço falar desses direitos quando estão falando sobre os presos na tv.” (Isadora, 17 anos).

De acordo com os alunos, a noção que tinham sobre Direitos Humanos não havia sido desenvolvida no espaço escolar, mas sim através de meios diversos de comunicação e em conversas com familiares e amigos. Procurou-se, a partir de então, nos encontros subsequentes demonstrar de que maneira os principais problemas existentes na escola e que foram apontados pelos alunos poderiam associar-se com o tema dos Direitos Humanos. Desse modo, os temas norteadores para essas discussões foram: o bullying; a falta de respeito entre os alunos/alunos e professores; e a estrutura inadequada da escola.

Ao final desses encontros aplicou-se um último questionário para perceber se houve uma mudança com relação a perspectiva dos alunos da escola com relação ao tema dos Direitos Humanos:

**Pergunta:** A partir das nossas discussões, como você explicaria o que são Direitos Humanos?

- “Todos nós, quando nascemos, temos nossos direitos, somos cidadãos com direito e deveres. Somos iguais a todos e deveríamos ter os mesmos direitos” (Amanda\*, 17 anos).
- “São os direitos que todos os humanos têm em comum, intendente da cor da pele, religião, tradições, etc. de cada um” (Daniel, 17 anos).
- “Fala sobre as igualdades das pessoas, o respeito em geral, cidadania, o apoio das pessoas com outras. Não só defender quem está preso. Todas as pessoas têm direito” (Carla, 18 anos).
- “São os direitos básicos de todas as pessoas, independentemente de sua classe social todos temos um direito básico (ou deveria ter) (sic), como moradia, alimento e etc. Em geral uma vida digna e humana.” (Victor, 17 anos).

---

<sup>1</sup> Todos os nomes utilizados são fictícios.

Ao final das discussões os estudantes desenvolveram propostas que visavam solucionar esses problemas, nesse momento abordou-se a importância de práticas cidadãs para mudanças sociais efetivas.

## 5 CONCLUSÃO

O presente artigo é resultado da experiência realizada em uma escola pública da rede estadual de ensino do Estado de Goiás, a partir de encontros de formação sobre Direitos Humanos, como atividade prática do Centro de Assessoria Jurídica Popular Universitária – CAJUPU, o qual se fundamenta na educação popular e nos princípios do direito crítico.

O presente artigo é resultado da experiência realizada em uma escola pública da rede estadual de ensino do estado de Goiás a partir de encontros de formação sobre Direitos Humanos. Esta atividade prática, que faz parte do Centro de Assessoria Jurídica Popular Universitária – CAJUPU, teve como objetivo a formação dos estudantes da escola e do curso de direito baseada na educação popular e direito crítico.

Após detectar a noção que os alunos da rede básica de ensino tinham sobre os Direitos Humanos e saber quais os principais problemas e violações de direitos vivenciadas pelos mesmos no espaço escolar, procurou-se problematizar essas questões durante os encontros realizados na escola. Desse modo, foi possível perceber que a maioria dos alunos da escola não tinha uma concepção formada sobre Direitos Humanos e que, de acordo com eles, a noção que tinham sobre o tema não havia sido desenvolvida no espaço escolar, mas sim através de meios diversos de comunicação e em conversas com familiares e amigos.

Procurou-se durante os encontros demonstrar de que maneira os principais problemas existentes na escola e que foram apontados pelos alunos - como o bullying sofrido no ambiente escolar e as condições precárias da escola - poderiam associar-se com o tema dos Direitos Humanos. Ao final das discussões os estudantes desenvolveram propostas que visavam solucionar esses problemas, nesse momento abordou-se a importância de práticas cidadãs para mudanças sociais efetivas.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BALECHE, Flávia Leal King; SILVA, Sônia Cristina. **A Educação em Direitos Humanos na Escola**. In: XII Congresso Nacional de Educação. Curitiba, 2017. Disponível em: [http://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2017/23851\\_13205.pdf](http://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2017/23851_13205.pdf). Acesso em: 01/08/2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Alexandre Araújo; COELHO, Inocêncio Mártires. **Teoria Dialética do Direito**: a filosofia jurídica de Roberto Lyra Filho. Brasília, Faculdade de Direito – UnB, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2.ed. São Paulo: Moderna, 2004.

D'ALMEIDA, M.L.P.K. EYING, A.M. HANNA P. C M. **Diversidade e Direitos Humanos: A escola como espaço de discussão e convívio com a diferença**. In: IX Congresso Nacional de Educação (EDUCERE). Comunicação. Curitiba, 2009. Disponível em: [http://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2009/3217\\_1599.pdf](http://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2009/3217_1599.pdf). Acesso em: 01/08/2018.

LUZ, Vladimir de Carvalho. **Assessoria Jurídica Popular no Brasil**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

ONU. **Declaração universal dos direitos humanos**. 1948. Disponível em: [https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm). Acesso em: 05/08/2018.

PEREIRA, Helayne Candido. **Assessoria Jurídica universitária popular - AJUP**: Aportes históricos e teórico-metodológicos para uma nova práxis extensionista em Direito. Revista Direito & Sensibilidade, Universidade de Brasília, Brasília, v. 1, n. 1, p. 145-159, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2011.

ZENAIDE, Maria Nazaré Tavares. A educação em Direitos Humanos. In: TOSI, Giuseppe (Org.). **Direitos Humanos**: história, teoria e prática. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2005.

ZLUHAN, Mara Regina; RAITZ, Tânia Regina. **A educação em direitos humanos para amenizar os conflitos no cotidiano das escolas**. Revista Brasileira Estudos Pedagógicos, Brasília, 2014, vol.95, n.239, pp.31-54. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S217666812014000100003&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S217666812014000100003&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 17/08/2018.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Repensando a questão da Historicidade do Estado e do Direito na América Latina**. Revista Panóptica, ano 1, n. 4, p. 82-95, 2006.



# MÍDIA E CONSTRUÇÃO DA REALIDADE: O DISCURSO DA INSEGURANÇA E DO MEDO E SUAS CONSEQUENTES VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS NAS NOTÍCIAS VEICULADAS POR PROGRAMAS POLICIAIS

*Gabriela Moreira d'Assumpção Torres*  
(Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP)  
gabriela.mdtorres@gmail.com

**RESUMO:** O presente trabalho pretende analisar as notícias veiculadas pelo programa policial de televisão “Ronda Geral”, transmitido em Pernambuco e fazer uma discussão teórica acerca do medo e da insegurança no discurso da mídia e as consequentes violações constitucionais realizadas. Para observar concretamente de que forma o discurso da mídia interfere na sociedade a pesquisa contou com referências bibliográficas e com a seleção de três amostras do programa em determinado período, para isso foi utilizado o tipo de pesquisa descritiva, sendo escolhido o método indutivo. Portanto, se buscou a partir de uma análise de casos específicos obter uma conclusão geral a respeito do assunto, alcançando como resultado a constatação de que a mídia propaga em seu discurso o medo e a consequente reação rigorosa e exagerada a ele, proporcionando a aceitabilidade de violações as pessoas mais vulneráveis da nossa sociedade.

**Palavras-chave:** Mídia. Discurso. Violação de garantias.

## 1 INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho objetiva analisar doutrinariamente e através da análise das amostras coletadas do programa “Ronda Geral” de que forma o discurso da mídia interfere no cotidiano da sociedade brasileira. A ideia do tema surgiu a partir de uma observação fática da abordagem trazida pelos programas policiais ao veicular notícias de crimes, banalizando a violência e apontando indivíduos tidos como “perigosos” para a sociedade, propagando a ideia do medo e da insegurança, sentimentos já existentes na sociedade brasileira, além de estimular o preconceito com relação a indivíduos pertencentes as classes mais vulneráveis. Ao observar a forma como a mídia se aproveita da sensação de insegurança impregnada na sociedade com um discurso intolerante e agressivo, em que até mesmo a violação de garantias contra tais indivíduos é consentida, possuindo como fim a obtenção de lucros e a consequente elevação nos índices de audiência, constatou-se uma séria problemática na atual conjuntura brasileira.

Questionou-se até que ponto a livre manifestação de pensamento exercida pela mídia pode interferir nos direitos básicos resguardados aos indivíduos? Quais as possíveis violações constitucionais ocorridas a partir do confronto entre a manifestação do pensamento eivada de medo e insegurança feita pelo discurso da mídia? É dentro deste contexto de preocupações que se insere a presente análise, que busca estudar, as construções a respeito do fenômeno criminal veiculadas por um forte ator social envolvido na questão: os meios de comunicação de massa, notadamente o jornalismo popular e de que forma o discurso veiculado por eles interfere na sociedade. Para isso, parte-se de uma análise de dados e referências bibliográficas, sendo utilizado o tipo de pesquisa descritivo e o método indutivo, em que se buscou a partir de uma análise de

casos específicos obter uma conclusão geral a respeito do assunto. Após algumas análises acerca do processo de produção de notícias, foi realizada uma observação sistemática, controlada e planejada sobre as três amostras coletadas do programa televisivo “Ronda Geral”, transmitido em Pernambuco, com o fim de demonstrar concretamente a forma como o discurso veiculado pela mídia eivado de medo e insegurança exerce influencia sobre a sociedade.

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA BASE PRINCIPIOLÓGICA**

### **2.1 Direitos Fundamentais**

A construção teórica em torno da ideia de Direitos Fundamentais é fruto de uma evolução histórica e social ao longo dos tempos. Nesse sentido afirma Bobbio (1992, p. 5) que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Assim, tais direitos foram sendo descobertos e declarados na medida em que a civilização humana passa a reconhecer a necessidade de assegurar a cada indivíduo e a sociedade uma existência digna, sendo a imposição de limitações ao poder do estado um dos principais fatores para o acolhimento desses direitos. Desta forma, sintetiza Comparato (2003, p. 40):

O reconhecimento de direitos humanos, assim como a positivação dos direitos fundamentais apenas foi possível através da evolução histórica, ou seja, tais direitos não surgiram todos de uma vez, mas foram sendo descobertos, declarados conforme as próprias transformações da civilização humana, sendo a luta pela limitação do poder político um dos principais fatores para o acolhimento destes direitos.

### **2.2 Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**

A Constituição brasileira de 1988 foi um dos primeiros diplomas constitucionais a reservar um título próprio destinado aos direitos fundamentais. Pode-se dizer que de certa forma essa preocupação do constituinte em destinar um título para tais direitos decorreu do fato de a constituição ter sido elaborada num momento que sucedeu um período de extremo autoritarismo vivenciado no Brasil, no qual os direitos individuais eram brutalmente desrespeitados e violados pelas autoridades estatais. Na Constituição de 1988 a dignidade humana foi elevada à condição de princípio fundamental no seu artigo 1º, inciso III, devendo ser lido e interpretado em todo o ordenamento pátrio brasileiro.

Neste sentido, são muitas as conexões existentes entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, como por exemplo, o direito à vida, à intimidade, à honra, à imagem, assim como à propriedade, à igualdade e os direitos sociais em geral são consequência da

consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento do ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, se posiciona Sarlet (2004, p. 118):

[...] o que se percebe em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui a antítese da noção da dignidade da pessoa humana (grifo nosso).

### **2.3 Direito à intimidade e à vida privada**

A Constituição Federal declara em seu art. 5º, X como invioláveis, o direito a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Nesse sentido, o dispositivo é discutido por grande parte da doutrina, no que diz respeito a imprecisa terminologia existente entre os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada. Desta maneira, afirma Ferreira Filho (1997, p. 35):

O conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.

Tendo em vista o acima exposto, é contraditório ao Princípio da dignidade da pessoa humana, ao direito a honra, a intimidade e a vida privada utilizar assuntos da esfera íntima do indivíduo ou quaisquer desgraças alheias que não demonstrem finalidade pública ou caráter jornalístico em sua divulgação. Assim, não resta dúvida de que a divulgação de fotos, imagens ou notícias apelativas, injuriosas, desnecessárias para a informação objetiva e de interesse público que burlem a dignidade humana autoriza a ocorrência de indenização por danos materiais e morais, além do respectivo direito à resposta (MORAES, 2000, p. 136).

### **2.4 Liberdade de manifestação de pensamento e de informação jornalística**

A liberdade de informação compreende o direito de informar e o direito de ser informado, o primeiro caracteriza-se pelo direito de manifestação do pensamento por qualquer meio de exteriorização, o segundo indica o interesse do indivíduo de ser informado, ou seja, é através dele que se realiza o direito coletivo à informação para o exercício consciente das liberdades públicas (SILVA, 2010, p. 245).

Diante disso, preocupou-se a Constituição em assegurar a liberdade de Informação consagrando-a como um direito fundamental, dispondo em seu art. 220 que:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

[...]

§ 2º. É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (BRASIL, CF, 1988).

No entanto, a Constituição no § 2º do art. 220 não alude qualquer tipo de censura prévia à imprensa, porém, tal posicionamento não deve ser entendido de maneira absoluta, visto que a liberdade de Informação Jornalística enfrenta limitações frente aos direitos igualmente garantidos pela Constituição.

### **3 A MÍDIA E A CONSTRUÇÃO DA REALIDADE: ANÁLISE ACERCA DO MEDO E DA INSEGURANÇA SOCIAL**

#### **3.1. Formação do medo na legislação penal e sua interferência na mídia**

A análise do discurso a acerca do medo pode ser entendido através das suas consequências estéticas, criando monumentos e transformando cidades (BATISTA, 2002, p. 99). Desta forma, o medo como fio condutor de uma política pressupõe uma produção imagética do terror que compõe um papel disciplinador emergencial, garantindo uma organização social rígida e hierarquizada, levando as classes subalternas a ver e sentir seu lugar na estrutura social (BATISTA, 2002, p.99).

O século XIX foi marcado por profundas inquietações, o dilema entre o liberalismo e o sistema imperial escravista deu início às revoltas populares e as insurreições escravas, as quais propiciaram a construção da figura de inimigos inconciliáveis que ameaçavam a inviolabilidade das vontades senhoriais (BATISTA, 2002, p. 99-100). Com isso, utilizou-se de um discurso jurídico que buscou conter tais agitações, como bem caracterizou Nilo Batista nas palavras de Vera Malaguti Batista (2002, p. 99):

[...] em determinadas conjunturas políticas se agudizam mecanismos do dispositivo inquisitorial que reproduz o tratamento dispensado ao herege: o princípio da oposição entre uma ordem jurídica virtuosa e o caos infracional, o combate ao crime feito como cruzada, com o extermínio como método contra o mal que ameaça. Produz-se um direito penal de intervenção moral baseado na confissão oral e no dogma da pena. Emerge então uma ordem jurídica intolerante e excludente que não tolera limites, é um sistema penal sem fronteiras, com a tortura como princípio, o elogio da delação e a execução como espetáculo.

Assim, após tanto tempo de violência institucionalizada, é possível observar marcas profundas na nossa formação e legislação, marcas estas que permanecem indelegáveis ainda nos dias de hoje (CASTELLAR, 2002, p. 320). Nesse sentido, o Direito Penal faz parte de todo o aparato estatal com vista a implementar uma ideologia para a perpetuação das classes dominantes no

poder, pois as leis penais buscam proteger, em sua maioria, os bens jurídicos de maior importância para a elite, que por conseguinte são mais suscetíveis a ação dos menos favorecidos.

Portanto, observa-se a existência de um medo que caminha desde sempre na formação da sociedade e da legislação penal, sendo utilizado pelas elites dominantes, como forma de se manter no poder. Desta forma, preconceitos, segregações e exclusões com relação às classes subalternas, podem ser observados ainda nos dias de hoje. Partindo desse medo preexistente, os meios de comunicação de massa fomentam ainda mais esse sentimento, com a veiculação incessante e repetitiva de crimes violentos, mortes, roubos e tráfico, tendo como finalidade precípua a obtenção de lucro na veiculação de tais notícias.

### **3.1.1 Mídia e construção do discurso acerca do medo**

Inicialmente observa-se que o jornalismo é um ato discursivo direcionado a diversos grupos de indivíduos, muitas vezes distantes entre si, constituindo uma comunidade imaginada (MELO, 2010, p. 179), desta forma, a instituição jornalística além de integrar a estrutura social é capaz de promover novos comportamentos sociais ao longo da história, exercendo influência sobre as ações sociais dos indivíduos, ao desenvolver discussões sobre temas específicos que seleciona em sua agenda de assuntos (MELO, 2010, p. 182).

Neste contexto, a mídia possui o poder de agendar as preocupações dos indivíduos, exercendo forte influência nas ações e comportamentos humanos e principalmente na formação da opinião pública. Desta maneira, a narrativa elaborada pela mídia constrói sentidos acerca de fatos sociais e significações que são retiradas da estrutura cultural, levando as pessoas a compartilharem compreensões que ajudam na formação de alianças.

Tal construção pode ser visualizada em torno do discurso do medo do crime violento, por levar a uma vivência comum de fatos distantes no binômio espaço/tempo, neste aspecto, o jornalismo produz uma experiência social nos indivíduos, ao estimular a uniformização de comportamentos (MELO, 2010, p. 190).

Desta forma, ao enquadrar os episódios de crimes violentos em sua pauta de assuntos relevantes, a imprensa introduz dentre as preocupações dos indivíduos o trauma cultural do medo de ser vítima de tais circunstâncias. Assim, ressalta-se que muitas vezes as notícias veiculadas pela mídia não elaboram o esboço da realidade em si, tornando-se, na verdade, uma realidade construída a partir dos interesses mais latentes da sociedade em busca dos índices de audiência e do fomento da sensação de medo na sociedade.

Portanto, quanto mais notícias são veiculadas repetidamente pela imprensa acerca do discurso do crime e da violência, comprovando-se a existência do risco iminente de ser a próxima vítima, mais convincente se torna a ideia de trauma coletivo do medo. Com isso, a mídia enquanto instituição social possui um papel importante na sociedade, principalmente na formação da opinião pública, pois, através de seu discurso, que na maioria das vezes encontra-se revestido de interesses mercadológicos, produz a construção de uma realidade que pode gerar vários efeitos sociais.

### **3.2 Mídia e construção do discurso acerca da insegurança**

O surgimento dos meios de comunicação de massa sem dúvida é um dos acontecimentos mais importantes da era moderna, sendo possível observar sua capacidade de uniformizar critérios, induzir comportamentos e penetrar nos espaços da vida cotidiana. Com isso, os meios de comunicação criam uma sensação de universalidade, expropriando do homem sua capacidade de intervir nos processos sociais e conseqüentemente de interpretá-los (CASTRO, 2005, p. 200).

Desta forma, analisando a ideologia massificadora da mídia, percebe-se um aumento cada vez maior na concentração do poder comunicacional perante os indivíduos, utilizando-se mensagens passíveis de serem compreendidas por todos (CASTRO, 2005, p. 201). Assim, como diz Luhmann, nas palavras de Lola Aniyar de Castro, o poder consiste em reduzir a complexidade da vida social, tendo em vista a limitada capacidade que os homens têm de processar a informação, a comunicação é poder, visto que reduz complexidades, entrega o produto pronto e proporciona a ilusão de participação do indivíduo na sociedade (LUHMANN *apud* CASTRO, 2005, p. 201). Sintetizando tal entendimento, afirma Castro (2005, p. 201):

“os meios de comunicação demonstram ser cruciais na construção das ideologias. E, em consequência, das atitudes e dos valores. Levando esse argumento à sua expressão mais acabada, a tecnologia massificadora parece representar o mais aterrorizante instrumento de controle e dominação” (grifo nosso).

Desta forma, o longo alcance do poder e da dominação que a mídia exerce sobre a sociedade, envolve um discurso que interfere na construção da realidade dos indivíduos como um todo, sendo ela que decide o que os receptores devem conhecer ou não, orientando seletivamente a atenção do público para determinadas notícias.

Assim, uma outra forma de discurso acerca do sentimento de insegurança fomentado pela mídia, é com relação ao desenvolvimento de estereótipos de indivíduos, os quais possuem duas funções essenciais, como afirma Castro (2005, p. 215):

serve para a suposta maioria não-criminosa redefinir-se a si mesma com base nas normas que o delinquente violou e para reforçar o sistema de valores dominante. Reproduz o

sistema e contribui para delimitar a zona do bem e do mal, liberando a cultura danosa dos poderosos, que estariam a salvo por não pertencerem ao estereótipo. Haveria, portanto, classes criminosas e classes não-criminosas. Funciona como bode expiatório, já que dirige-se a ele toda a agressividade latente nas tensões de classe que, em caso contrário, se voltaria contra os detentores de poder (grifo nosso).

Desta forma, a veiculação de notícias de crimes pela mídia, fomenta a exclusão dos indesejáveis, corroborando com a seletividade de um sistema penal punitivo. Neste sentido, a mídia se alicerça sobre a propagação da insegurança e influencia a lógica penal seletiva e exterminadora das massas indesejáveis (BATISTA, 2003, p. 51). Desta maneira, escolhe-se o inimigo e dá-se início a uma varredura de indesejáveis patrocinada pela mídia e levada a cabo pelo Estado penal (BAUMAN, 2009, p. 57).

Por fim, observa-se que a forma como a mídia constrói a notícia acerca do crime promove nas classes altas e médias o sentimento de medo e insegurança, permitindo em muitos casos que a imprensa promova o extermínio simbólico desses indivíduos.

#### 4 ASPECTOS METODOLÓGICOS

O presente trabalho acadêmico foi constituído basicamente em duas partes, sendo a inicial voltada para uma análise doutrinária e a posterior, uma análise prática do discurso da mídia na abordagem de crimes.

A primeira parte se desenvolveu através de um levantamento bibliográfico e a segunda etapa elaborou-se uma pesquisa empírica através da observação sistemática, onde se buscou coletar do conteúdo dos programas selecionados, expressões que envolvessem o medo, a insegurança e as violações de garantias constitucionais.

Desta forma, para fundamentar melhor tal reflexão, foram escolhidas categorias de critérios para análise dos dados coletados, sendo tais categorias disponibilizadas da seguinte maneira:

**a) Tempo dedicado à publicidade durante programa:** Tal categoria foi criada com a finalidade de analisar a estratégia do programa em manter a atenção dos telespectadores durante todo o programa, com o fim de não mudarem de canal e manter os índices de audiência sempre elevados.

**b) Efeitos sonoros realizados no programa:** Observar os efeitos sonoros realizados ao longo do programa, os quais possuem a finalidade de entreter e divertir o telespectador, proporcionando descontração, envolvimento e conseqüentemente uma possível aceitabilidade do público às informações ali mencionadas.

**c) Número de notícias por tipo de crime:** Proporcionar um levantamento dos tipos penais mais mencionados durante os três programas coletados, com a finalidade de medir quantitativamente a relevância dada pela mídia a determinados tipos penais noticiados.

**d) Análise dos aspectos em torno da insegurança e do medo:** Neste ponto, busca-se identificar na fala dos atores (apresentador e repórter) afirmações e constatações que incitem e estimulem o medo e a insegurança nos telespectadores, sendo possível observar nos destaques realizados que muitas vezes elas são mencionadas de maneira implícita e subjetiva muitas vezes eivada de preconceitos.

**e) Análise dos aspectos em torno das garantias constitucionais:** Analisar as violações dos princípios constitucionais realizadas ao longo de cada programa.

## **5 RONDA GERAL: ENTRE A INSEGURANÇA E O MEDO NA MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

### **5.1 Alguns aspectos sobre o Programa “Ronda Geral”**

O “Ronda Geral” constitui o que se chama de “programa policial”, comum nas rádios e na televisão. Após análise em torno do objeto de pesquisa percebe-se que os atores que transmitem o programa, tais como o apresentador e o repórter procuram evitar violações explícitas aos princípios legalmente protegidos pela Carta Magna, tais como os Princípios da proteção à imagem, à privacidade e o da presunção de inocência, porém, mesmo com a preocupação em não violar tais princípios, é possível a partir de uma análise mais aprofundada a observância de algumas violações constitucionais. Por outro lado, a linguagem melodramática e popular identifica-se de forma evidente, em que a utilização de recursos de imagens, sons e diálogos mais se assemelham à narrativa ficcional literária e cinematográfica (MENDONÇA, 2002, p. 18).

Esta adaptação do jornalismo à ideia de espetáculo que tem norteado os meios de comunicação de massa vem associado a preocupação com os índices de audiência e a concorrência pelas fatias do mercado (FONSÊCA, 2010, p. 73). Desta forma, os critérios para a construção das notícias faz com que os relatos apresentados sejam influenciados pelo o que o programa entende que o público quer, não correspondendo muitas vezes ao que realmente acontece, principalmente em programas policiais como o por ora analisado.

#### **5.1.1 Tempo dedicado à publicidade durante programa**

Após uma primeira análise do programa em estudo, percebe-se que uma das estratégias para “prender” os telespectadores e manter a audiência são as publicidades realizadas durante todo o programa, em que o próprio apresentador fala sobre os produtos. Com isso, após contabilizado o tempo total de propagandas feitas no meio do programa e o total de tempo de propagandas realizadas nos intervalos, comprova-se que o tempo de duração das publicidades



realizadas durante o programa é maior do que o tempo fora do programa, comprovando-se a real finalidade de “manter” os telespectadores sempre entretidos.

Para isso, segue abaixo, uma tabela com o total de tempo cronometrado das publicidades realizadas no meio e nos intervalos do programa.

**Tabela 1:** Tempo de duração de propagandas

	22/04	25/04	26/04
Total de tempo dedicado à propaganda dentro do programa	5min23seg	16min57seg	14min06seg
Total de tempo dedicado à propaganda fora do programa	4min48seg	7min30seg	3min30seg

Fonte: elaboração própria, com base nos dados coletados do programa “Ronda Geral”

Observa-se que após a referida análise realizada com relação a Tabela 01, é possível se verificar uma conotação mercantil, em que a publicidade realizada dentro do programa possui como característica principal “sustentar” os telespectadores e conseqüentemente os índices de audiência.

### 5.1.2 Efeitos sonoros realizados no programa

Além da preocupação com a audiência é possível identificar no programa “Ronda Geral” uma narrativa sensacionalista e popularesca, em que o apresentador e o repórter dramatizam os fatos com o auxílio, muitas vezes, de efeitos sonoros, sendo considerado, antes de tudo, um programa de entretenimento (FONSÊCA, 2010, p. 103).

### 5.1.3 Número de notícias por tipo de crime

Nos 3 (três) programas analisados, foram apresentados o total de 58(cinquenta e oito) crimes, sendo que alguns deles são mencionados repetidas vezes ao longo de cada programa assistido. Assim, a fim de verificar que imagem do crime está sendo construída pela mídia, passou-se a analisar quais os tipos de crimes mais noticiados, quais os bairros mais citados, bem como, as expressões utilizadas e as pessoas entrevistadas.

**Tabela 2: Número de notícia por crime**

	<b>22/04</b>	<b>25/04</b>	<b>26/04</b>	<b>Total</b>
Homicídio	4	10	6	20
Tráfico de drogas	4	4	4	12
Roubo	0	0	4	4
Acidentes de trânsito	0	2	1	3
Violência contra a mulher	1	0	1	2
Tentativa de Homicídio	1	0	1	2
Lesão corporal	2	0	0	2
Porte ilegal de arma de fogo	0	1	1	2
Abandono de incapaz	0	0	2	2
Roubo tentado	0	1	0	1
Furto tentado	1	0	0	1
Receptação de produtos roubados	1	0	0	1
Outros acidentes	1	1	0	2
Outros*	1	2	1	4
<b>Total</b>	<b>16</b>	<b>21</b>	<b>21</b>	<b>58</b>

Fonte: elaboração própria, com base nos dados coletados do programa “Ronda Geral”.

\*Esses outros equivalem as seguintes notícias: mãe que quer conhecer filho que abandonou; briga em estádio de futebol; jogos de vídeo game que incitam a violência.

Assim, dentre os crimes observados, percebe-se que o homicídio é o tipo de crime mais noticiado, tendo em vista a própria gravidade deste tipo penal, o qual impõe mais atenção a ele, principalmente com relação a fatores como a audiência, sua imprevisibilidade, a notabilidade e a notoriedade dos indivíduos envolvidos, sendo a disparidade com relação a cobertura de notícias de tais crimes com relação aos demais, explicada, ao menos em parte, por estes motivos (FONSÊCA, 2010, p. 110).

## **5.2 Análise dos aspectos em torno da insegurança e do medo**

Como dito anteriormente, os métodos utilizados pelos jornalistas revestem-se de um caráter seletivo, no qual as avaliações são feitas baseadas geralmente no “senso comum”, de forma que o fato selecionado atraia ainda mais a audiência (MENDONÇA, 2002, p. 29). Assim, em um programa de caráter popular, certas características tais como a simplificação da linguagem e a utilização de expressões chulas são acentuadas com o objetivo de tornar o relato ainda mais próximo e compreensível para os telespectadores.

Desta forma, o programa se afasta cada vez mais de recursos próprios da objetividade do jornalismo tradicional, mas em momento algum abandona seu papel de veiculador de (supostas) verdades (MENDONÇA, 2002, p. 19). A consequência disto é a aproximação do emocional, com

todas as consequências negativas que o apelo às emoções traz para a democracia e a justiça (FONSÊCA, 2010, p. 119).

Desta forma, com base nos 3 programas coletados, as expressões e os comentários realizados pelo apresentador e sua equipe serão analisados e discutidos, sendo as palavras e frases destacadas do texto produzido com o fim de facilitar a leitura.

Inicialmente, observa-se que alguns comentários feitos pelo apresentador são relativos a localidades e bairros em Pernambuco, como os seguintes:

- ‘é mais um caso que acontece lá na Imbiribeira de bala perdida e tiroteio entre criminosos’
- ‘é a segunda vez que eu me lembro, no bairro da Imbiribeira que uma criancinha sofre morrendo com bala perdida’
- ‘A Sra. está com medo de continuar morando aqui?’
- ‘mais um crime no Agreste de Pernambuco’

Aqui o apresentador constrói através de constatações e comentários realizados, a imagem de que tais localidades e bairros são dominados pelo perigo e pela criminalidade. Fixando na audiência a ideia de insegurança com relação a tais bairros.

Reforçando a ideia acima, o programa muitas vezes narra notícias de forma dramática e apelativa, referindo-se, por exemplo, ao caso de um homicídio em que uma mãe teve seu filho atingido por uma bala perdida. O apresentador comenta o fato impondo uma reflexão por parte da audiência com relação ao sofrimento daquela mãe, além de fomentar o medo da audiência de ser vítima daquela “circunstância inesperada”, quando diz:

- ‘A gente vai falar sobre o sofrimento de uma mãe que vai passar essa sexta feira santa, e que enquanto todo mundo vai estar refletindo sobre o sacrifício de Jesus Cristo, esta mulher vai estar ela própria sofrendo bastante’
- ‘Que tristeza dessa mãe, que Sexta Feira da Paixão triste para ela, né? Tá todo mundo comendo peixe, alegre, bebendo vinho por aí a fora, confraternizando com a família e a família dessa criança sofrendo desse jeito, um menino tão novo, onze anos de idade, morrer desse jeito’
- ‘Acompanhe aí o drama desta mulher que perdeu o único filho desta forma tão trágica’
- ‘Criancinha que brincava na frente da casa’

Neste caso, observa-se que o apresentador induz uma comoção na audiência, principalmente quando coloca a família que está em casa “tranquila” no lugar daquela mencionada, além de citar situações comuns na vida de muitas pessoas, como quando diz que a “criança brincava na frente de sua casa” ou mesmo quando diz que era o “filho único”, ou até mesmo quando se refere a “semana santa e ao sacrifício de Jesus Cristo”.

Assim, os principais alvos de deboche e da ridicularização são os casos de briga de casal e os de violência contra a mulher, como quando diz:

- ‘Mai rapaz o vinho da semana santa, você vai e mete no outro’.
- ‘Essa faca aí não foi para limpar e nem para tratar o peixe não viu, foi para meter um no outro, já já eu conto essa história completa para você’

- ‘Mulher foi agredida pelo camarada e o camarada tinha o costume de dar choque na vagina dela, vê? Choque na vagina. Como é que é isso, que o camarada tinha costume de dar choque na vagina, hein? Eu não quero nem aprender esse negócio, não precisa nem a gente entrar em detalhes nesse negócio aí, tá certo?’

Nestes casos, o apresentador “zomba” da briga de um casal causada por ciúmes, bem como da mulher que foi agredida pelo seu companheiro, repetindo neste último caso, o objeto utilizado para a agressão.

### 5.3 Análise dos aspectos em torno das garantias constitucionais

Os meios de comunicação de massa utilizam-se muitas vezes da prerrogativa resguardada pela constituição que garante a liberdade de informação jornalística para manipular fatos, impor opiniões e influenciar a população (MELLO, 2010, p.106). Desta forma, ao agir assim, princípios constitucionais são violados, tais como a integridade moral, a intimidade, a vida privada, a imagem e a presunção de inocência.

Inicialmente, aborda-se o caso de um duplo homicídio de um casal assassinado, no qual a polícia acredita ter motivação passional. O apresentador começa a narrar a notícia dizendo o seguinte:

‘a mulher não queria nada com ele, é o que dizem, a mulher não queria se separar do marido, para iniciar uma nova vida e ter uma família com este homem, que a desejava, ia! o homem inconformado com a rejeição, acabou matando a mulher e o marido dela, história trágica né?’

Após o apresentador dizer isto, os corpos das vítimas são mostrados na reportagem, com uma câmera pouco embaçada sendo possível visualizar toda a cena do crime, inclusive sempre a câmera focaliza as manchas de sangue com marcas de dedos expostas na parede e os corpos das vítimas, que encontram-se descobertos. A seguir, o programa retoma a reportagem em outro bloco e o apresentador diz:

- ‘De acordo com as primeiras investigações da Polícia o autor do crime seria amigo do homem assassinado e tinha interesse na mulher dele, mas a mulher casada, não correspondia aos interesses do assassino, e ele revoltado como quem diz assim: se ela não for minha, ela também não vai ser nessa terra nem minha nem do marido dela, vou matar os dois’ (programa do dia 25/04/2011) (grifo nosso).
- ‘Foi quando o acusado identificado apenas como Edivaldo veio até aqui o imóvel [...] e efetuou os disparos’ (programa do dia 25/04/2011) (grifo nosso).

Observa-se que o apresentador inicialmente noticia os fatos da maneira como se narra uma novela, remetendo aquele delito a um drama de ficção, com a finalidade precípua de atrair a atenção dos telespectadores, acompanhado a isto, são mostradas imagens chocantes da cena do crime repetidas vezes. Após, observa-se que toda a história narrada foi obtida das primeiras informações da polícia e o até então suspeito é mencionado como “assassino”, tendo sua identidade revelada pelo apresentador.

Assim, diante de todo esse cenário de manipulação da mídia, observa-se o nítido afronte ao princípio da presunção de inocência quando o apresentador divulga o nome do suspeito, referindo-se a ele como assassino. Outro princípio violado frequentemente durante o programa é o da integridade moral, pois o apresentador utiliza-se, como anteriormente mencionado, de tons humorísticos e de deboche, ferindo direitos protegidos pela constituição. Tal análise pode ser observada na narração da notícia de um homem que morreu após ter bebido líquido utilizado para limpar panelas de alumínio, quando ele diz:

‘ele era daquele jeito que não tinha cachaça, ele bebia desodorante, água sanitária, solução de bateria [...] sem ter cana para tomar, o cara bebeu tiner, bebeu limpador de alumínio e acabou perdendo a vida’

Tais expressões expõem não somente o falecido como sua família, ignorando-se a sua integridade moral. Outro fato bastante explorado pelo programa são os de violência contra mulher, pois apesar da quantidade deste tipo penal ser pouco mencionada, o fato é repetido no mesmo programa várias vezes. Com isso, analisa-se aqui o caso de uma mulher agredida com uma faca pelo ex-companheiro. Na delegacia, filma-se o perfil do rosto da vítima e sua fotografia na carteira de identidade é revelada no vídeo, além do local agredido do seu corpo, que no caso em análise, foi a perna, além disso, o rosto do acusado é filmado com frequência. Após isto, o repórter diz:

‘ela prefere não falar sobre o assunto, pelo menos gravando entrevista, mas em ‘off’, como a gente costuma chamar, ela diz que não foi a primeira agressão, ele já bateu nela outras vezes e agora a situação ficou mais grave’

Diante disso, observa-se um nítido afronte à proteção da imagem e da intimidade, a primeira por mostrar a fotografia da vítima na carteira de identidade e a imagem do acusado na delegacia e a segunda por expor que a vítima havia sido agredida outras vezes, sem que esta informação tenha sido consentida por ela.

## **6 CONCLUSÕES**

Por fim, após a presente análise, observa-se que uma das principais formas de conhecimento se dá através dos meios de comunicação, sendo a notícia o principal elemento na construção da realidade do indivíduo. Nesse contexto, a mídia, influenciando a crescente sensação de insegurança e medo existente nos moradores de grandes centros urbanos, ávidos por vingança, seja esse um sentimento consciente ou não, ao expressar suas opiniões e constatações, viola direitos fundamentais, presumindo culpas, invadindo privacidades e expondo imagens, sendo proferido algumas vezes veredito sem qualquer base fática ou processual.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Vera Malaguti. **A arquitetura do medo**. Discursos Sediciosos Crime, Direito e Sociedade. Editora Renan, nº 12, V. 7, 2º semestre de 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Tradução Eliana Aguiar, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONJARDIM, Estela C. **O suspeito e a Mídia**. Caderno de Pesquisa CEAPOG-IMES. A segurança pública como direito de cidadania. Ano 2, nº 04, 1º semestre, 2001

CASTELLAR, João Carlos. **Violência, imprensa e mudanças na lei penal**. Discursos Sediciosos Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, V.7, nº12, 2002.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação**. Coleção pensamento criminológico nº10, Rio de Janeiro: Revan, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FONSÊCA, Mariana Guedes Duarte da. **A mídia e a construção social da criminalidade em Pernambuco: um estudo sobre o programa televisivo "Bronca Pesada"**. Dissertação (Mestre) – Curso de Mestrado em Direito, UFPE, Recife, 2010.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. Petrópolis: Vozes, 2006.

MELLO, Carla Gomes de. **Mídia e crime: liberdade de informação jornalística e presunção de inocência**. Revista de Direito Público, Londrina, v.5, n.2, p. 106-122, agosto, 2010.

MELO, Patrícia Bandeira de. **Histórias que a mídia conta: o discurso sobre o crime violento e o trauma cultural do medo**. Recife: Universitária da UFPE, 2010.

MENDONÇA, Kleber. **A punição pela audiência: um estudo do Linha Direta**. Rio de Janeiro: Quarter, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e Jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Ver. Atual e ampli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional n.62, de 9.11.2009, public. em 12.12.2009. São Paulo: Malheiros, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2. ed, 2007.

# ALGUMAS REFLEXÕES ACERCA DA DIGNIDADE HUMANA E A ACESSIBILIDADE NOS ESPAÇOS ECLESIAIS

*Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla*  
(PUC-SP)  
juizarsegalla@gmail.com

*Marcos César Botelho*  
(UENP)  
marcos.botelho@uenp.edu.br

**RESUMO:** Este artigo apresenta algumas reflexões acerca da dignidade humana e a acessibilidade nos espaços eclesiais. Tem como objetivo demonstrar que essa acessibilidade torna possível a efetividade de direitos fundamentais como o direito à crença, ao exercício da liberdade religiosa enquanto direito à convivência comunitária, o direito à igualdade e o direito de acesso a logradouros de uso coletivo ou público. Observando os conceitos de acessibilidade e do modelo social da deficiência e registrando a necessidade de acessibilidade também atitudinal, destacou-se o dever de serem acessíveis todos os lugares onde se pratica crença e/ou religião. Utilizamos o método descritivo, bibliográfico, de cunho dedutivo, concluindo que acessibilidade é também reflexo do respeito à dignidade humana.

**Palavras-chave:** Dignidade da pessoa humana. Liberdade religiosa. Acessibilidade. Igrejas. Inclusão nos espaços eclesiais.

## 1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente a dignidade da pessoa humana é o princípio e o fim do Direito produzido e observado nacional e internacionalmente (ROCHA, 1999). Logo, *“O princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas, por sua só existência no mundo”* (BARROSO, 2010, p. 252).

A Constituição Federal de 1988 instituiu a dignidade humana como fundamento da República (artigo 1º, III) e, em nosso sistema jurídico, conforme se verificará no decorrer deste artigo, ela está no núcleo essencial dos direitos fundamentais. O respeito à dignidade da pessoa humana implica no respeito e proteção à integridade física e moral, à individualidade e à espiritualidade do ser humano. Destarte, indubitável que TODOS os seres humanos, diferentes por natureza, têm na dignidade humana o alicerce para o exercício de seus direitos fundamentais, dentre os quais destacamos neste estudo o direito à igualdade, à liberdade de crença, além do direito de acesso a logradouros e edificações de uso público (artigo 244 da CF). Observa-se que o homem é um ser eminentemente social e o exercício da religiosidade também faz parte de sua sociabilização.

Assim, esta pesquisa objetiva demonstrar que para a efetividade dos direitos fundamentais acima destacados é necessário que os espaços eclesiais apresentem acessibilidade física e atitudinal, prestigiando a vontade constitucional (e, portanto, a dignidade da pessoa humana). Registra-se, ainda, o uso do método descritivo, bibliográfico, de cunho dedutivo neste trabalho.



No Brasil as pessoas com deficiência representam 23,9% da população, segundo dados do Censo IBGE 2010<sup>1</sup> e, de acordo com a Organização Mundial de Saúde<sup>2</sup>, a população mundial é composta de 10% de pessoas que apresentam alguma deficiência. Todavia, nota-se que apesar do expressivo número de indivíduos com deficiência e de termos uma das legislações<sup>3</sup> mais avançadas no que tange a inclusão, ainda falta muito para o almejado, já que as barreiras sociais e ambientais são comuns, inclusive nos espaços eclesiais.

No último tópico deste estudo tratar-se-á da definição de acessibilidade, além de outros conceitos necessários para sua compreensão. Além disso, importante ressaltar que a deficiência deve ser vista como uma manifestação da diversidade humana, bem como deve ser compreendida a partir de seu modelo social, o que também será tratado no tópico final deste trabalho.

Muitas igrejas, templos e outras construções religiosas deixam a desejar no que se refere à acessibilidade arquitetônica e à acessibilidade atitudinal. Não basta dizer que o espaço eclesial está aberto a todos se, na prática, não lhes for garantido o **acesso, a permanência e a participação** na comunidade religiosa. É incontroverso, outrossim, que a inacessibilidade das edificações e a não observância de atitudes inclusivas afrontam o direito fundamental ao exercício da liberdade religiosa e, por consequência, a dignidade da pessoa humana.

Por fim, na conclusão restou evidenciada a necessidade de reflexão acerca da acessibilidade dos ambientes religiosos uma vez que, enquanto edifícios de uso público, têm o dever de cumprir a legislação pátria.

## **2 NECESSÁRIAS PONDERAÇÕES ACERCA DA DIGNIDADE HUMANA**

Indubitável é que todos os seres humanos têm igual dignidade e que esse reconhecimento implica na valorização da diversidade. Assim, válidas são algumas considerações acerca da dignidade humana em nosso ordenamento jurídico.

É certo afirmar que a dignidade da pessoa humana está no núcleo dos direitos fundamentais, é o pressuposto da ideia de justiça humana (ROCHA, 1999) e é inerente à vida humana, independentemente de merecimento pessoal ou social.

---

1 IBGE. Censo Demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. **IBGE**, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas\\_religiao\\_deficiencia/default\\_caracteristicas\\_religiao\\_deficiencia.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_religiao_deficiencia/default_caracteristicas_religiao_deficiencia.shtm). Acesso em: 24. ago. 2018.

2 RELATÓRIO Mundial sobre a deficiência. São Paulo: Governo do Estado. Secretaria de Direitos da Pessoa com Deficiência, 2012. **ONUBR, Nações Unidas no Brasil**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-as-pessoas-com-deficiencia>>. Acesso em: 01 jun. 2014.

3 *v.g.* Constituição Federal, Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (incorporada em nosso ordenamento com equivalência de norma constitucional, através do Decreto 6949/2009), Lei Brasileira de Inclusão (13146/2015) etc.

Portanto, é inegável que o “respeitar à dignidade da pessoa humana” se desdobra na proteção à integridade física e moral, à individualidade, à espiritualidade e a tudo que se refira ao “ser” do indivíduo humano. A partir do reconhecimento e positividade do princípio da dignidade da pessoa humana não se pode admitir qualquer hipótese de “coisificar” o ser humano. As coisas têm preço enquanto que as pessoas têm dignidade, é a preciosa lição de Kant (2005, p. 77-78).

A dignidade da pessoa humana foi reconhecida como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito pela Lei Maior (artigo 1º, III) e, como já foi dito, em nosso sistema jurídico essa dignidade está no núcleo essencial dos direitos fundamentais e dela se pode extrair a tutela do mínimo existencial e da personalidade humana (BARROSO, 2010, p. 254). Nesse sentido, cabem as palavras de Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2001, p.233): “[...] nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.

A dignidade da pessoa humana foi posta pelo constituinte brasileiro como elemento sustentador no qual se apoia todo o restante do sistema (LORA ALARCÓN, 2004, p. 253). Em suma, é “*um valor de pré-compreensão de todo arcabouço jurídico do Estado brasileiro*” (LORA ALARCÓN, 2003, p. 450).

Registre-se, também, o posicionamento de Pérez Luño (2003, p. 318), o qual vê que a dignidade da pessoa humana agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo:

*La dignidad humana constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo.*<sup>4</sup>

Observando que este trabalho foca sua atenção em um grupo de pessoas que há muito tempo enfrenta dificuldades no reconhecimento e respeito à sua dignidade, qual seja, as pessoas com deficiência, interessante lembrar alguns fatos históricos:

Em Roma houve época em que abandonar recém-nascidos com deficiência era prática autorizada legalmente; em Esparta e Atenas havia autorização legal para o assassinato daqueles que apresentassem deficiência. Queiroz Assis e Lafayette Pozzoli registram que “*as leis antigas demonstram que a ação dos governos em relação às pessoas portadoras de deficiência articulava-se na linha da política de extermínio*” (ASSIS; POZZOLI, 2005, p. 63). No mesmo passo, a Lei das XII Tábuas determinava a morte dos “filhos defeituosos” e no Código de Manu também havia regras

---

4 A dignidade humana constitui não só a garantia negativa de que a pessoa não vá ser objeto de ofensas ou humilhações, mas também a afirmação positiva de pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. – tradução livre dos autores.

de exclusão dos que tinham deficiência como, por exemplo, em relação à sucessão (ASSIS; POZZOLI, 2005, p. 67).

Embora com o passar do tempo essas práticas afrontosas à integridade física e à vida das pessoas com deficiência (e, por conseguinte, à sua dignidade humana) em tese não aconteçam mais, a pessoa com deficiência ainda hoje é alvo de preconceito e tem dificuldade em ser incluída socialmente, razão pela qual é pertinente e necessária a continuação da luta pelo respeito à sua dignidade.

Percebe-se que o ser humano, como ser social, também exercita sua dignidade humana através de seus relacionamentos com outros indivíduos. Daí a importância da inclusão das pessoas com deficiência (nos espaços eclesiais, inclusive). Roberto Francisco Daniel (2003, p. 561) faz elucidativa afirmação:

O ser estranho, o diferente é um sinal da liberdade humana. A aceitação do ser diferente do outro significa seu reconhecimento como pessoa. Assim **surge uma enriquecedora ambivalência antropológica: através de sua personalidade e socialização o ser humano possui o direito de ser diferente**, este direito, por sua vez, se fundamenta no que há de semelhante entre os seres humanos, ou seja, no ser pessoa. (grifos nossos)

Pertinente fazer menção à Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, trazendo os princípios que a norteiam (de acordo com seu Artigo 3), quais sejam: **respeito da dignidade inerente**, pela autonomia individual, incluída a liberdade de tomar as próprias decisões e sua independência; **não discriminação**; plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; **respeito pela diferença e aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade e da condição humana**; igualdade de oportunidades; **acessibilidade**; igualdade entre o homem e a mulher e respeito pelas capacidades em desenvolvimento de crianças com deficiência e respeito pelo seu direito a preservar sua identidade. Destarte, é evidente nesse primeiro tratado de Direitos Humanos do século XXI a valorização da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade humana “representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar”( BARROSO, 2010, p. 252). Portanto, inclusão também significa prestígio e respeito à dignidade humana.

## **2 A CRENÇA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL**

### **2.1 O conceito de liberdade de crença**

O indivíduo é um ser situado, seja no espaço, seja no tempo, estando cercado de relações que têm forte impacto na formação de sua essência e singularidade. É, portanto, próprio do

indivíduo “[...] *estar em dada situação*” (MARCEL, 1951, p. 15), o que significa que toda e qualquer manifestação social, cultural e religiosa tem importante escopo de moldar a construção do ser.

Embora Nietzsche tenha asseverado há mais de um século que Deus estaria morto, é certo que a religião no século XXI ainda goza de importância, não podendo ser desprezada como elemento de formação da identidade coletiva e individual.

O saber narrativo, próprio das metanarrativas religiosas descreve uma espécie de conhecimento que escapa ao escopo da ciência, pois o “[...] *saber em geral não se reduz à ciência, nem mesmo ao conhecimento*” (LYOTARD, 2011, p. 35). Ademais, nas sociedades modernas, o resgate da substância humana pode ser feito através de conteúdos religiosos inseridos no domínio secular (HABERMAS, 2010, p. 5)

A liberdade de crença surge neste contexto como um elemento importante para a construção da identidade, abarcando aspectos internos e externos, a saber, o *forum internum* próprio às convicções religiosas, além da expressão externa daquelas convicções (PIEROTH; SCHLINK, 2012, 243). Habermas assevera que o estado liberal espera que os cidadãos que advogam uma cosmovisão exclusivamente secular não rotulem as expressões religiosas simplesmente como irracionais (HABERMAS, 2010, p. 22), pois a consciência religiosa reflexiva pode contribuir na produção de conhecimento, principalmente naquelas áreas em que a ciência é impotente.

Proteger a liberdade de crença significa assegurar que o indivíduo possa desenvolver em sua plenitude uma cosmovisão que reflita a sua identidade enquanto ser pensante dotado de dignidade.

A religião enquanto discurso revela interações sociais, servindo de substrato para a expressão ideológica, ao mesmo tempo em que permite que ao indivíduo adentrar na realidade com suas contradições (BOTELHO, 2018, p. 116).

Ora, sendo a consciência uma atitude moral, com importante papel nas chamadas “decisões de consciência”, consistentes naquelas decisões sérias e morais, orientadas com base nas categorias “bem” e “mal” (BOTELHO, 2018, p. 119), a liberdade religiosa, enquanto forma de expressão da consciência (RAMOS, 2017, p. 631; BOTELHO, 2012, p. 284), revela um direito humano fundamental, já que auxilia na constituição da identidade pessoal.

Em outras palavras, a ofensa à liberdade de crença expressa uma forma de mitigar a própria dignidade e condição humana, fazendo com que esse direito fundamental demanda uma proteção adequada do Estado e um respeito profundo da sociedade.

A liberdade de crença e religião consiste “[...] no direito de adotar qualquer crença religiosa ou abandoná-la livremente, bem como praticar seus ritos, cultos e manifestar sua fé, sem interferências abusivas” (RAMOS, 2017, p. 631).

Embora seja uma faceta da liberdade de consciência, há na liberdade de crença um aspecto interno e um externo, pois “Esta vai, em ambos os casos, do pensamento, passando pela sua manifestação, até a atuação” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 244), estando profundamente vinculada ao princípio da autodeterminação ligada às escolhas de caráter fundamental, expressando o poder de que cada pessoa tem de gerir livremente a sua esfera de interesses (BOTELHO, 2018, p. 120).

Neste passo, a Suprema Corte do Canadá, julgando o caso *Syndicat Northcrest vs Amselem* ([2004], 2 S.C.R. 551, SCC 47) afirmou que a liberdade religiosa espraia sua proteção no campo da subjetividade de crença implicando na liberdade do indivíduo de ter sua própria crença, inclusive quando ela for considerada irracional ou inconsistente por outros.

Contudo, há que se destacar que a liberdade religiosa não possui apenas e tão-somente um aspecto individual. Há um aspecto coletivo que não pode ser ignorado, um caráter comunitário, que demanda a proteção das opiniões e dos ritos religiosos, como expressão coletiva de um *modus vivendi* intersubjetivamente partilhado e de um sistema de crenças manifestado em uma comunidade que se auto-define a partir de pressupostos metafísico-religiosos.

Em qualquer de seus aspectos, individual ou coletivo, o direito à liberdade religiosa resulta na possibilidade de manifestação externa das convicções internas no campo da fé (BOTELHO, 2012, p. 122), ou seja, “[...] a liberdade de se expressar publicamente opiniões de ordem privada, aqui entendidas na sua dimensão religiosa” (CARVALHO, 2009, p. 786)<sup>5</sup>.

Crer, portanto, é pensar, manifestar e viver em conformidade com o sistema de crenças ao qual se adere. É gozar da proteção que incide não só sob o aspecto interno, mas, principalmente como a possibilidade de pautar a existência nos valores albergados pela religião.

E é importante que se esclareça que o discurso religioso possui forte caráter ideológico, carente de qualquer neutralidade, pois é próprio dessa espécie discursiva a prática de discursos morais e ideologicamente definidos buscando, inclusive, praticar o proselitismo. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADin 2566 entendeu que é possível a prática do proselitismo em rádios comunitárias sob o entendimento de que vedar tal prática não se coaduna com os

---

5 Conferir a decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha: BVerfGE 108, 282 e BVerfGE 24, 236. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv108282.html>>

preceitos da Lei Fundamental atinentes à liberdade de expressão, à liberdade religiosa e o livre exercício de cultos religiosos.

## **2.2 A liberdade de crença enquanto direito à convivência comunitária**

Como visto no tópico anterior, a liberdade de crença tem um aspecto externo que consiste no direito de manifestar o pensamento religioso e de se portar no espaço público em conformidade com o código de regras morais e religiosas.

Faz-se necessário considerar, neste contexto, a atualidade das comunidades religiosas as quais vem desempenhado um importante papel na esfera pública, com forte influência na vida cultural, inclusive como parte do discurso público e do processo político.

Esse quadro faz com que a vivência em comunidade seja um componente importante da liberdade de crença, pois crer é expressar um conjunto de preceitos religiosos e vive-los comunitariamente, como parte de uma relação intersubjetiva e metafísico-religiosa.

Este aspecto comunitário da religião foi destacado pelo Tribunal Federal Alemão, quando entendeu a necessidade de apreciação da conduta religiosa de indivíduos com a observância do conceito que determinada comunidade religiosa tem sobre este agir<sup>6</sup>.

Isso significa que para aqueles sistemas religiosos vividos intersubjetivamente, a vida comunitária é parte essencial do preceito metafísico e só pode ser plenamente atendida quando partilhada com o outro<sup>7</sup>. Nestes casos, a liberdade religiosa, como discurso praticado no espaço público, reflete uma cosmovisão coletivamente aceita refletora de uma forma orgânica de solidariedade social, assegurada por normas e valores. Ou seja, a liberdade religiosa funciona nestes ambientes como um importante mecanismo de integração social (BOTELHO, 2012, p. 127), o que significa que este direito fundamental pode ser ofendido quando há qualquer obstáculo do crente aos locais de rito sagrado.

Sendo a liberdade religiosa merecedora de respeito em razão da própria ideia de dignidade humana (BOTELHO, 2012, p. 130), é certo que obstáculos de natureza política, econômica, social e materiais ao exercício do direito fundamental à liberdade de crença afrontam a dignidade da pessoa humana, impondo ao Estado e a Sociedade o dever de atuar em prol da concretização deste direito fundamental.

---

6 BVferGE 108,282.

7 Aqui se faz importante um esclarecimento: o próprio Tribunal Constitucional Federal Alemão asseverou neste julgado que a religião não precisa estar vinculada à um sistema coletivamente partilhado, podendo ser exercida individualmente. Contudo, para o objetivo do presente estudo, a liberdade religiosa será apreciada apenas e tão-somente em sua aspecto coletivo.

Geertz (2003, p. 89) destaca a importância dos símbolos sagrados como sintetizador do *ethos* de um povo. Significa que para muitas religiões, o seu discurso expressa uma síntese de valores que são vividos e compartilhados pela comunidade de crentes, não podendo ser afastada a relação intersubjetiva entre os membros de determinado agrupamento de fiéis.

Logo, obstáculos à vivência comunitária do direito fundamental à liberdade de crença tocam profundamente na dignidade daquele que sofre com a impossibilidade, seja ela qual for, de se relacionar com outros indivíduos que professa a mesma fé.

Para Durkheim (1994, p. 65) a religião significa um sistema solidário de crenças e de práticas referentes às coisas consideradas sagradas. Ora, a solidariedade pressupõe convivência em comunidade, ou seja, o crente, através da religião, une-se em uma mesma comunidade moral todos aqueles que praticam as mesmas crenças religiosas. Philippe Riutort (2008, p. 636) ao distinguir as crenças mágicas das crenças religiosas assevera:

As crenças mágicas não podem, efetivamente, produzir os mesmos efeitos que as crenças religiosas, que religam verdadeiramente **no seio de um mesmo grupo** os indivíduos que aderem a tais crenças. (grifamos)

Stork e Echevarría (2005, p. 506) lembram que *“A festa e o rito religioso se situam no centro da atenção da comunidade e da pessoa. Por isso, existe um dia e um tempo para eles”*, o que deixa claro que embora algumas religiosas possam ser praticadas na individualidade, como é o caso do Cristianismo, há ritos e práticas litúrgicas de essência coletiva.

Não é possível, por exemplo, celebrar a Ceia cristã na individualidade. Como bem destacam Stork e Echevarría (2005, p. 433), o acesso à transcendência se dá mediante formas simbólicas, razão por que o rito religioso traz consigo essa realidade transcendente que é compartilhada pela comunidade de crentes. Assim, *“[...] o sacro é o sagrado, uma realidade transcendente de caráter absoluto, a respeito do qual o homem se sente em dependência total”* (STORK; ECHEVARRÍA, 2005, p. 433).

São situações em que o exercício do direito fundamental à liberdade de crença se dá não apenas no quando e como, mas onde e com quem. Deixar de praticar a religião em comunidade é, de certa forma, abandonar os preceitos mais essenciais da fé, desnaturando sua relação com o sagrado e, no campo jurídico, promovendo profunda e grave ofensa ao direito fundamental de liberdade de crença.

Se a religião é um convite à piedade e à misericórdia (STORK; ECHEVARRÍA, 2005, p. 519), somente a vivência comunitária permite uma aceitação plena desse convite, afinal piedade e misericórdia pressupõe sempre o “outro” e em nenhuma situação permitem seu exercício de forma solipsista.

Aqui é importante salientar que o caráter comunitário da religião não se pauta em uma expressão numérica. O direito fundamental à liberdade religiosa não pode ser confundido como resultado de uma prática ritualista levada a cabo em instituições religiosas de grande porte. E, sensível a esse problema, o Tribunal Constitucional Federal Alemão assentou que não é elemento essencial a força numérica ou relevância social de uma associação religiosa, pois a proteção ao direito fundamental de crença abarca “[...] de modo igual aos membros das grandes igrejas e aos que pertencem a comunidades eclesiais e religiosas mais pequenas” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 246)<sup>8</sup>.

Portanto, integra a essência da liberdade religiosa (aqui considerada em seu aspecto coletivo) o direito do crente exercê-lo comunitariamente, nos templos e outros locais de culto, sendo que obstáculos a esse acesso implicarão no esvaziamento da proteção ao direito de crença.

### 3 ACESSIBILIDADE

Acessibilidade, segundo o Dicionário Houaiss<sup>9</sup>, é a “qualidade ou caráter do que é acessível; facilidade na aproximação, no tratamento ou na aquisição”. Assim, ser acessível é um atributo essencial que deve estar presente nos espaços, no meio físico, no transporte, na informação e comunicação (inclusive nos sistemas e tecnologias da informação e comunicação), bem como em outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público.

A acessibilidade nos locais de culto e de exercício de crença é imprescindível para que se garanta a efetividade de direitos fundamentais e, dentre eles, especialmente o direito à igualdade (regra mestra da inclusão), o direito a não discriminação, à crença e à liberdade religiosa. Por conseguinte, a acessibilidade também reflete o respeito à dignidade humana.

Ademais, importa notar que ser acessível a todas as pessoas não é favor ou fraternidade, mas cumprimento da legislação brasileira, já que os espaços eclesiais, por serem de uso público, têm de atender às normas contidas na Constituição Federal, na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (que tem equivalência de norma constitucional, em razão da forma de sua incorporação no Direito Pátrio), na Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/2015), nas Leis 1048/2008 e 1098/2000, bem como no Decreto 5296/2004.

Ressalta-se que para garantia da acessibilidade é necessária a compreensão também de quais são as barreiras que podem impedi-la, além dos conceitos de desenho universal, tecnologia

---

8 E 12, 1/4

9 <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#1> . Acesso em 30.nov.2018



assistiva, comunicação e adaptações razoáveis (no mínimo). Oportuno, então, registrar o disposto nos incisos I a VI, do artigo 3º da Lei Brasileira de Inclusão (Estatuto da pessoa com deficiência), o qual traz as seguintes explicações:

Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

**I - acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;**

II - desenho universal: concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, incluindo os recursos de tecnologia assistiva;

III - tecnologia assistiva ou ajuda técnica: produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social;

IV - barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em:

**a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;**

**b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados;**

c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes;

**d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação;**

**e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas;**

f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias;

**V - comunicação: forma de interação dos cidadãos que abrange, entre outras opções, as línguas, inclusive a Língua Brasileira de Sinais (Libras), a visualização de textos, o Braille, o sistema de sinalização ou de comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos multimídia, assim como a linguagem simples, escrita e oral, os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizados e os modos, meios e formatos aumentativos e alternativos de comunicação, incluindo as tecnologias da informação e das comunicações;**

VI - adaptações razoáveis: adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais; [...] (*grifos nossos*)

Destarte, certo é que a acessibilidade é direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma mais autônoma e exercer seus direitos de cidadania e de participação social (conforme reconhece o artigo 53 da Lei 13.146/2015). A autodeterminação é um desejo de todos os seres humanos e, assim, nesse “todos” estão também os que têm deficiência. Já dissemos em outra oportunidade (SEGALLA, 2015, p. 106) que ninguém é tão

independente a ponto de dizer que jamais precisará do outro, ao contrário, essa independência é ilusória, uma vez que todos estamos inseridos num sistema social de mútua dependência. Porém, almejar autodeterminação é inerente à essencial humana e, por isso, a sociedade deve contribuir para que todos possam alcançá-la no nível máximo de sua possibilidade.

É importante considerar, portanto, a conceituação da deficiência através de seu modelo social, que reconhece como sendo a deficiência indissociável do contexto socioambiental.

O modelo social da deficiência valoriza a diversidade. Surgiu por iniciativa de pessoas com deficiência reunidas no *Social Disability Movement*, na década de 1960. Esse movimento provou que a maior parte das dificuldades enfrentadas por pessoas com deficiência é resultado da forma pela qual a sociedade lida com as limitações de cada indivíduo.

WERNECK (2005, p. 27) bem define esse modelo social:

De acordo com o modelo social, **a deficiência é a soma de duas condições inseparáveis: as seqüelas existentes no corpo e as barreiras físicas, econômicas e sociais impostas pelo ambiente ao indivíduo que tem essas seqüelas.** Sob esta ótica, é possível entender a deficiência como uma construção coletiva entre indivíduos (com ou sem deficiência) e a sociedade – grifo nosso

Outrossim, resta evidente que o meio ambiente e as atitudes em relação à pessoa com deficiência podem atenuar ou acentuar sua limitação. Aliás, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, quando em seu artigo 1 define quem são as pessoas com deficiência, traz o reconhecimento do modelo social, assim dispendo: “... são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

Então, quando se fala em acessibilidade dos espaços eclesiais, tem-se em vista (para além da questão apenas de acesso e condições de permanência) a proteção da liberdade de crença, assegurando que o indivíduo possa desenvolver em sua plenitude uma cosmovisão que reflita a sua identidade enquanto ser pensante dotado de dignidade, como fora dito acima. Ademais, a acessibilidade faz ser possível o exercício da liberdade religiosa também enquanto direito à convivência comunitária, possibilitando seu reconhecimento de pertencimento a um grupo social (necessidade essa que faz parte da essência humana).

Num outro passo, não se pode olvidar que, além da acessibilidade física e arquitetônica, uma grande barreira enfrentada por quem tem deficiência é a postura do outro em relação à sua presença. Daí a importância da acessibilidade atitudinal, ou seja, de como o outro reage quando está diante da pessoa com deficiência.

A naturalidade no tratar a deficiência como manifestação da diversidade humana e a boa vontade em aprender/acertar no processo comunicação são fundamentais para que a atitude humana não assevere a deficiência de quem a possui ou faça com que quem tenha deficiência se sinta excluído. Em outro trabalho (SEGALLA; MARTA, 2013, p. 145) afirmamos que a educação inclusiva é um direito de todos (e não só de quem tem deficiência) porque, para aprender a conviver com naturalidade em meio à diferença, é preciso conviver desde cedo com a diversidade, num contexto que assim favoreça a percepção do outro (por mais óbvio que possa parecer). Logo, as comunidades religiosas também devem preparar seus membros para receber quem é diferente. Ou seja, não se pode esquecer que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos ou discriminações, como almejou o Constituinte Originário, só é possível de ser concretizada a partir do esforço coletivo, da ação de TODOS.

#### **4 CONCLUSÃO**

A proteção à dignidade da pessoa humana é um dos marcos mais importantes no direito contemporâneo, fruto de uma longa evolução histórica que não pode ser desprezada.

Sendo ela o princípio e o fim do Direito, dignidade afirma-se como um meta-princípio, já que, embora princípio que informa o sistema, atua como um balizador da interpretação do conteúdo e alcance de outros direitos fundamentais.

Ora, o presente estudo demonstrou a natureza fundamental da liberdade de crença e de religião e a importância da sua proteção pelo sistema jurídico, mesmo nos contextos das sociedades contemporâneas.

A análise feita mostrou que o discurso religioso tem fundamental importância por representar a forma de manifestação externa da identidade, seja ela individual, seja ela coletiva. Portanto, o homem, enquanto ser social, ao exercer a sua religiosidade está construindo sua identidade e expressando-a no espaço público.

E, a partir da consideração da liberdade religiosa sob o aspecto coletivo, foi que a pesquisa conduziu à conclusão de que os ritos e práticas das comunidades de crentes são fundamentais para a promoção do significado de pertencimento a um sistema de valores intersubjetivamente partilhado.

Em outras palavras, é no coletivo, nos cultos, nas missas ou outras práticas religiosas coletivas que o indivíduo encontra apoio, reconhecimento e aceitação, permitindo-lhe desenvolver de uma maneira plena sua dignidade enquanto ser humano.

Fundamentando nestas constatações é que a análise conduziu a verificação da necessidade de que os espaços religiosos, enquanto espaços de acesso público, sejam acessíveis a todas as pessoas, inclusive às pessoas com deficiência, como concretização de um modelo social da deficiência valoriza a diversidade e que tem na inclusão importante ferramenta para promoção da dignidade humana.

O tema da acessibilidade nos espaços religiosos não se trata de uma interferência do Estado nas práticas sagradas, tampouco pode ser encarado como um favor das instituições religiosas para com as pessoas com deficiência. Manter espaços acessíveis a todos é a prática de uma conduta exigida pela lei, é cumprir a legislação, é promover a dignidade da pessoa humana e densificar o direito fundamental à liberdade de crença e religião, permitindo que qualquer pessoa possa não apenas na sua individualidade, mas também no coletivo desenvolver sua identidade à partir dos pressupostos morais e religiosos por ela aceitos.

Templos e espaços de culto, bem como a prática religiosa acessíveis consistem em uma das mais claras manifestações da “re-ligação” (a palavra religião significa religar) do crente com o divino, mas não apenas isso, expressando, ainda, uma “re-ligação” do indivíduo com a sua identidade individual e coletiva, como mais alta concretização da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa portadora de deficiência: direitos e garantias**. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOTELHO, Marcos César. Liberdade religiosa, homossexualismo e discurso do ódio. **Argumenta**. Jacarezinho: Universidade Estadual do Norte do Paraná, nº 16, p. 283-301, 2012.


\_\_\_\_\_. O problema do discurso religioso nas sociedades líquidas e a efetivação do direito fundamental à liberdade de crença. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, vol. 20, n.1, p. 113-140, 2018.

DANIEL, Roberto Francisco. Ser pessoa: a base ontológica do direito. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (Coord.). **Efetivando direitos constitucionais**. Bauru: EDITE, 2003.

DURKHEIM, Émile. **Les formes élémentaires de la vie religieuse**. Paris: PUF, 1994.

GEERTZ, C. **La interpretación de las culturas**. Barcelona: Gedisa, 2003.

- HABERMAS, Jürgen *et al.* **An Awareness of what is missing.** Cambridge: Polity Press, 2010.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação à metafísica dos costumes.** Lisboa: Edições 70, 2005.
- LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. A dignidade da pessoa humana e o direito à educação na Constituição Federal de 1988. In: SEGALLA, José Roberto Martins; ARAÚJO, Luiz Alberto David (Coord.). **15 anos da Constituição Federal: em busca da efetividade.** Bauru: EDITE, 2003.
- LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Método, 2004.
- LYOTARD, Jeann-François. **A condição pós-moderna.** 13. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011.
- MARCEL, Gabriel. **Os homens contra o homem.** Porto: Editora Educação Nacional, 1951.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y Constitucion.** 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Beernhard. **Direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- RIUTORT, Phillipe. **Compêndio de sociologia.** São Paulo: Paulus, 2008.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social.** *in Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, Rio de Janeiro, 1999.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos.** 2 ed. São Paulo: Cortez, 2014.
- SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; MARTA, Taís Nader. **Direito à Educação Inclusiva: um direito de TODOS.** São Paulo: Verbatim, 2013.
- STORK, Ricardo Yepes; ECHEVARRÍA, Javier Aranguren. **Fundamentos de antropologia.** São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio, 2005.
- WERNECK, Claudia. **Manual sobre desenvolvimento inclusivo.** Rio de Janeiro: WVA, 2005.



# MARGINALIZAÇÃO E VIOLAÇÕES DE DIREITOS DOS CATADORES DE RESÍDUOS NAS RUAS DE FORTALEZA/CE: UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS SOCIOJURÍDICOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

*Mariana López Matias*  
(Universidade de Fortaleza – UNIFOR)  
marilopez.matias@gmail.com

*Dieric Guimarães Cavalcante*  
(Universidade de Fortaleza – UNIFOR)  
diericguimaraes@yahoo.com.br

**RESUMO:** O artigo tem o fito de analisar aspectos atinentes ao processo de marginalização e de violações de direitos sofrido pelos catadores de resíduos não associados nas ruas de Fortaleza/CE, à luz, especialmente, dos objetivos fundamentais da República estabelecidos na Constituição Federal de 1988, bem como traça-se um paralelo com a discussão atinente à tensão existente entre inclusão e exclusão social, advinda da questão social (CASTEL, 1998). O problema da presente pesquisa funda-se na ideia de que, embora perceptível o avanço do ordenamento jurídico pátrio, em termos de dispositivos legais os quais buscam impedir a prática de violações de direitos contra quaisquer grupos, a realidade dos catadores sem vínculo associativo ainda denuncia o inverso do que é, inclusive pela Constituição Federal, perseguido. O trabalho fez-se por meio de pesquisa empírica, de natureza quali-quantitativa e tem como marco teórico a análise, segundo a qual grande parte da população mundial é objeto de discurso dos Direitos Humanos, mas não sujeito deles (BOAVENTURA, 2013).

**Palavras-chave:** Violações de direitos. Exclusão Social. Catadores de Resíduos.

## 1 INTRODUÇÃO

Os catadores de resíduos compõem o cenário urbano brasileiro desde meados do século XIX, uma vez que acompanham todo o processo de urbanização no país. As condições de sua atividade laboral, todavia, permanecem indignas, desumanas e insalubres, assim como suas rotinas permanecem sendo permeadas pela vulnerabilidade em seu grau máximo, pela exclusão social e por violações de direitos humanos.

Para Calderoni (1999), a atividade dos catadores tende a ser sempre a mais precária e vulnerável possível. Nesse sentido, trabalhadores que exercem uma atividade ambiental essencial, sobretudo, em países com a ausência de um sistema formal de gestão de resíduos, carecem de maior atenção do Direito enquanto ciência, bem como do Estado e da Sociedade Civil.

Ato contínuo de raciocínio, dada a carência de atenção por parte dos diversos segmentos sociais, constata-se de maneira nítida o processo de exclusão social dos catadores de materiais recicláveis, o qual figura como uma problemática que merece ampliação em termos de discussões, uma vez que somente através das confrontações de ideias é que a sociedade civil e o Estado irão encontrar alternativas para contribuir para a visibilidade desse segmento social, visto que a atividade laboral dos catadores ainda é exercida sob o “manto da invisibilidade” e, nesse sentido, demanda por ações que visem transformação de sua realidade, tornando-a mais justa e igualitária (SCARIOT; ACKER, 2004).

Nessa mesma perspectiva, segundo Medeiros e Macedo (2007), a inclusão dos catadores de resíduos ocorre de maneira perversa, uma vez que são incluídos, por vezes, por obter o trabalho, mas ainda assim continuam a figurar como alvos fáceis da exclusão pelo fato de sua atividade está intrinsecamente ligada com o que a sociedade classifica de 'lixo' e pela precariedade à qual são submetidos.

Dessarte, a ocupação de catador de materiais recicláveis situa-se em uma economia marginal, caracterizada pelas condições precárias de trabalho. Atualmente, como forma de reação ao desemprego e à exclusão, observa-se a tendência dos catadores de materiais recicláveis a se organizarem (OLIVEIRA, et al, 2012). Todavia, mesmo presente o aspecto organizacional, tal atividade só pode ser caracterizada como uma forma de inclusão se os trabalhadores atuarem de maneira que proporcione condições dignas de trabalho e de remuneração, fato este que se confronta com os dados empíricos da presente pesquisa a qual denuncia a marginalização ainda sofrida pelos catadores sem vínculo associativo.

Imperativo mencionar que a discussão se faz tendo como um dos amparos teóricos a análise de Boaventura (2013), conforme a qual a grande maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos, mas, unicamente objeto de discurso de direitos humanos, dentre os quais se destaca a dignidade, a igualdade e a inclusão social, todos estes presentes no texto constitucional e nas cartas de direitos humanos. De mesmo modo, traça-se, no desenrolar do trabalho, um paralelo com a discussão atinente à tensão existente entre inclusão e exclusão social, frente à questão social (CASTEL, 1998).

Existem inúmero estudos sobre os catadores de resíduos, dada a sua importância para o futuro do meio ambiente e, conseqüentemente, da vida das gerações futuras. No entanto, a presente análise empírica, sob a ótica do Direito, de cunho qualiquantitativo e com recorte na realidade dos catadores de resíduos 'não-associados', todavia, não se apresenta como uma das temáticas mais debatidas no espaço acadêmico e, em especial, no contexto jurídico, logo se evidencia sua relevância para o contexto acadêmico.

## **2 ASPECTOS METODOLÓGICOS**

O presente artigo foi construído a partir de uma pesquisa empírica a qual se fez em campo com os catadores de resíduos, todavia, com um recorte nas experiências dos não-associados – popularmente conhecidos como 'catadores de rua' –, uma vez que desempenham sua atividade laboral nas ruas e, conseqüentemente, em situações de extrema vulnerabilidade somada às condições de trabalho indignas e desumanas.

A presente pesquisa realizou-se durante os meses de novembro e dezembro de 2017, na 'Regional 2' e na 'Regional Centro' da cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará. A abordagem do presente artigo, portanto, é de natureza qualitativa e quantitativa, sendo necessário mencionar que o desenrolar desta última se deu por meio da aplicação de 32 questionários estruturados com direcionamento específico aos catadores sem vínculo associativo, uma vez que representam o recorte do trabalho em questão.

Dada a inexistência de um número preciso relativamente a quantos catadores de resíduos não-associados desempenham suas atividades laborais na cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará, a amostra dos participantes teve sua fixação com base no ensinamento de Triola (2014) o qual enfatiza que para uma população com distribuição qualquer, se o tamanho amostral for maior que 30, então as médias amostrais têm distribuição que pode ser aproximada por uma distribuição normal e serão cientificamente válidas.

Ademais, ressalta-se que também se recorreu à pesquisa bibliográfica e documental. Para o presente artigo, os dados foram tabulados através do software para análise quantitativa, Statistical Package for the Social Sciences (SPSS versão 21) e estão apresentados na forma descritiva por meio de tabelas.

Por derradeiro, pela preocupação com as questões ética e de desenvolvimento humano relacionadas à produção científica, a presente pesquisa foi submetida ao Comitê de Ética em Pesquisa em Seres Humanos (Coética) da Universidade de Fortaleza, o qual orienta, analisa e intervém, quando necessário, em projetos científicos para proteger, principalmente, os envolvidos e/ou participantes em pesquisas que não estejam de acordo com os preceitos de integridade e dignidade da vida humana. Vale ressaltar que as deliberações do Coética estão fundamentadas na Resolução do Conselho Nacional de Saúde (CNS) Nº 466/12 que incorpora, sob a ótica do indivíduo e das coletividades, os referenciais básicos da Bioética: autonomia, não maleficência, beneficência e justiça.

### **3 O CONTEXTO SOCIAL EM MUDANÇAS E O SURGIMENTOS DOS CATADORES**

As mudanças socioeconômicas ocorridas, principalmente, com o advento da Revolução Industrial em meados do século XVIII, gerou como um de seus produtos mais autênticos a produção de resíduos sólidos. Nesse sentido, é imperioso destacar que houve uma mudança na concepção de resíduos sólidos ao longo dos anos, tendo como marco principal a retromencionada revolução, uma vez a partir desta época, os insumos foram substituídos pelos materiais excessivamente poluentes contidos nos objetos produzidos, conforme aduz Alves (2011, p. 21-75):



Antes da Revolução Industrial, os resíduos sólidos se limitavam a restos de alimentos e produtos mais facilmente degradáveis quando dispostos na natureza. Eram formados basicamente por matéria orgânica. Com a industrialização, o avanço tecnológico, a produção e o consumo em larga escala, estes foram sendo substituídos, gradativamente, por um rico, diversificado e complexo resíduo, com alto poder poluidor, contendo matéria inorgânica como vidro, metal, plástico e novas substâncias de difícil decomposição.

No Brasil, o processo de industrialização teve seu início mais tardio, somente em meados do século XIX, notadamente nos governos de Getúlio Vargas e Juscelino Kubitschek, houve, de fato, um maior avanço nesse sentido a partir de medidas implementadas por tais governos com o fito de fomentar a industrialização no contexto brasileiro. Nesse sentido, várias políticas governamentais foram elaboradas, tendo com um de seus objetivos a criação de empregos na “indústria, construção civil e no setor de serviços” visando o aumento da qualidade de vida dos indivíduos nas grandes cidades (SOUTO, 2013).

O processo de industrialização do país com uma nítida centralização nas metrópoles, motivou o fluxo intenso de pessoas as quais saíam da zona rural para a zona urbana, tal fenômeno denominado êxodo rural. Fato é que o aumento populacional excessivo nas cidades seria inevitável, dada a busca por oportunidades que estavam sendo concedidas nos centros urbanos. No entanto, as alterações de cunho econômico ocasionadas no período industrial trouxeram consequências nefastas e contraditórias, uma vez que as metrópoles não possuíam preparo adequado para acolher o número desordenado de imigrantes que vieram para as cidades com o escopo de buscar trabalhos e desfrutar das inovações industriais que não se encontravam no campo (GOMES, 2016).

Não obstante o evidente progresso econômico, a sociedade moderna – leia-se os grandes centros urbanos – não conseguiu acolher toda a mão de obra disponibilizada o que fez resultar em um afastamento de determinados sujeitos do mercado de trabalho formal, uma vez que grande parcela não possuía habilidades técnicas e profissionais, fato este que gerou o surgimento de uma “população marginal”, uma vez que se encontrava às margens das exigências resultantes dos avanços tecnológicos e, conseqüentemente, das oportunidades de empregos. Com efeito, é neste cenário de mudanças socioeconômicas que surge a figura dos catadores de resíduos os quais encontram na precariedade da atividade laboral exercida, um meio de consecução de condições mínimas para sobreviver.

Nesse sentido, a existência de pessoas que vivem da catação no contexto brasileiro, de fato, não é recente. Manuel Bandeira, já em 1974, em seu poema “O Bicho” fazia alusão a esses personagens que, muito embora, o autor não se remetesse a denominação ‘catadores de materiais recicláveis’, mas sim a pessoas que reviravam o “lixo” em busca de alimentos. Nessa

mesma perspectiva, 30 anos depois, Plínio Marcos viria a retomar uma análise semelhante à de Bandeira, quando escreveu a peça de teatro “Homens de papel” a qual salientava os conflitos existentes entre os catadores de materiais recicláveis. Nesse momento da história, eles já atuavam como trabalhadores, no entanto, ainda não tinham se irradiado por todo o contexto nacional (BOSI, 2008).

Não há, contudo, uma data precisa indicando quando a catação se tornou uma forma de trabalho no contexto urbano brasileiro e isto em decorrência da ausência de documentos retratando essa realidade. Importante destacar que as pesquisas acadêmicas passaram a estudar sobre tal temática somente a partir da década de 1980, conforme Carmo (2008) e Bosi (2008). A literatura, todavia, é uníssona em sinalizar o surgimento dos catadores ocorrido em tal contexto de modificações supramencionado.

Com a presente pesquisa, nesse sentido, por meio da aplicação dos questionários, observou-se que a tese acima mencionada se corrobora ao passo em que mais da metade dos catadores entrevistados laboram na catação há mais de 10 anos. Como se vê na tabela abaixo:

**Figura 1: Desde quando trabalha como catador?**

**Tabulações cruzadas**

**Resumo de processamento de casos**

	Válidos:		Casos Omissos		Total	
	N	Porcentagem	N	Porcentagem	N	Porcentagem
Sexo * Desde quando trabalha como catador?	32	100,0%	0	0,0%	32	100,0%

**Tabulação cruzada Sexo \* Desde quando trabalha como catador?**

Contagem

		Desde quando trabalha como catador?					Total
		Menos de 1 ano	Há mais de 1 ano	Entre 2 e 5 anos	Entre 5 e 10 anos	Há mais de 10 anos	
Sexo	Masculino	2	0	2	6	13	23
	Feminino	0	1	2	2	4	9
Total		2	1	4	8	17	32

Fonte: Pesquisa empírica realizada pelos autores – UNIFOR – 2017

A existência da atividade laboral dos catadores, principalmente, em virtude dos resíduos sólidos constituírem uma problemática complexa que envolve aspectos de cunho ambiental, econômico e social, figura como uma das mais importantes ações no sentido de solucionar ou reduzir os efeitos nefastos do descarte de resíduos, de modo que se exige esforço conjunto por parte da sociedade civil e dos gestores públicos.

Dada a preocupação com o futuro do meio ambiente, em virtude da poluição ambiental, a Organização das Nações Unidas (ONU) criou os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), em setembro de 2015, firmados a favor da redução da pobreza e do desenvolvimento econômico-

social. Os ODS's consolidaram o esforço firmado a favor da redução da pobreza e do desenvolvimento econômico-social, nesse sentido, o objetivo número 12, dentre suas metas, sinaliza na 12.5 a intenção de até 2030 reduzir substancialmente a geração de resíduos por meio da prevenção, redução, reciclagem e reuso. (PNUD, 2015)

Como visto, uma das alternativas para minimizar essa problemática é a gestão integrada de resíduos sólidos a qual encontra definição na Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), como sendo um conjunto de ações direcionadas a solucionar a problemática dos resíduos sólidos, de maneira a considerar as dimensões política, econômica, ambiental, cultural e social, sob a premissa do desenvolvimento sustentável (BRASIL, 2010).

O trabalho dos catadores já integrava o cenário social antes mesmo da definição de políticas públicas para a gestão de resíduos sólidos no país, note-se que eles já desenvolviam um trabalho de inquestionável importância em termos ambientais, de modo que contribuem significativamente para o retorno de diferentes materiais ao ciclo produtivo, de maneira que gera economia de energia e de matéria prima, além do que evita o descarte imediato de diversos materiais os quais seriam destinados a aterros sanitários ou lixões (GOUVEIA, 2012). Ademais, notadamente, a gestão de resíduos movimenta a economia não somente local, mas nacional e global.

Os catadores de resíduos, portanto, desempenham uma atividade laboral fundamental, especialmente em países sem um sistema formal de gestão de resíduos. Tal categoria atua de maneira formal ou, inclusive, informal, alguns atuam em vínculo associativo e outros exercem seu trabalho de maneira autônoma, denominam-se de 'não-associados' e laboram nas ruas, sendo este o recorte do presente trabalho, pelas condições ainda mais precárias, insalubres e desumanas em que tais indivíduos estão diariamente submetidos e pelo acentuado processo de marginalização e violações de direitos diuturnamente perpetrados contra eles.

#### **4 INCLUSÃO E EXCLUSÃO SOCIAL: PONTO DE TENSÃO**

Falar de inclusão e exclusão nos leva a refletir que cidadão e que realidade de vida está em jogo. Quando é abordada a inclusão de catadores de resíduos em termo de política e de direito, houve um significativo avanço no Brasil, sobretudo em 2010, com a Lei nº12.305, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), que adota a política de inclusão dos catadores no processo de gerenciamento dos resíduos sólidos através de suas associações ou cooperativas. A profissão da catação de resíduos foi reconhecida em 2002, na Classificação Brasileira de Ocupações, do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e, em consequência, o trabalho passou a

ser melhor identificado nas pesquisas do IBGE (Censo e Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios - PNAD).

Sabe-se que no país tem um vasto ordenamento jurídico, mas pouco é efetivado através das políticas públicas. Os direitos garantidos em lei não são efetivados pelo Estado. Existe um hiato entre o ordenamento jurídico e a execução da política. Têm muitas leis, mas pouca efetividade no seu cumprimento.

o reconhecimento por meio de tratados, leis e constituições tem sido um caminho percorrido pela sociedade ao buscar efetivas os acordos estabelecidos na órbita das relações sociais. Para isso, os homens têm criado aparatos jurídicos formais, que têm como tarefa zelar pela aplicação desses acordos, tanto que a positivação, ou seja, a transformação de uma norma em lei é uma das características da sociedade moderna (COUTO, 2006, p. 53)

A garantia na lei dá uma falsa sensação de reconhecimento jurídico do catador de resíduo por parte do Estado, uma falsa noção de inclusão. Por isso, o debate da tensão entre inclusão e exclusão, um direito reconhecido, mas não implementado. Lesbaupin (2000) defende que o conceito de exclusão está presente em todos os países, independentemente do seu nível de desenvolvimento, tendo em comum a questão social. Sabe-se que o desenvolvimento capitalista sempre se fez desigualmente e o capitalismo mundializado continua a reproduzir, a uma escala sempre maior, desigualdade e heterogeneidade. Há muito se sabe que é próprio do capitalismo dividir, marginalizar e excluir gerando, assim, a chamada questão social.

O desenvolvimento capitalista produz, compulsoriamente, a “questão social” – diferentes estágios capitalistas produzem diferentes manifestações da “questão social”, esta não é uma sequela adjetiva ou transitória do regime do capital: sua existência e suas manifestações são indissociáveis da dinâmica específica do capital tornado potência social dominante. (NETTO, 2001, p.45).

Robert Castel (1998), em “A Metamorfose da Questão Social”, faz uma análise das transformações históricas da sociedade capitalista, confirmando que a questão social foi suscitada quando da constatação do distanciamento existente entre o crescimento econômico e o aumento da pobreza por um lado e uma ordem jurídico-política que reconhecia o direito dos cidadãos e uma ordem econômica que os negava, por outro lado. E o Brasil não está fora desse contexto. O mundo caminhava para a implementação das políticas neoliberais, década de 80, e o Brasil promulgava a Constituição Federal de 1988, pautada por uma série de conquistas da classe trabalhadora, amparada nos direitos sociais, Constituição Cidadã. Como equacionar ganhos econômicos e garantias sociais. Um estado liberal contrapondo ao Estado Social.

O distanciamento das propostas das sociedade capitalistas e as políticas de bem estar social (*welfare state*) exclui os que já vivem subjugados ao mundo do capital. O distanciamento do Estado Social (COUTO, 2006) pressupõe uma escolha dos Estados, sobretudo na década de 80 e

90, nos países de economia desenvolvida. É no Estado que os indivíduos vão requerer seus direitos individuais. E é esse mesmo Estado que vem propiciando a invisibilidade dos catadores de resíduos.

A relação de tensão posta a partir da constituição dos direitos sociais e o embate perante o Estado, como garantidor desse direito, faz surgir organizações e movimentos dos indivíduos.

As mulheres, os índios, as crianças e as minorias étnicas e religiosas foram incorporados como portadores de direitos somente a partir de grandes discussões, e suas inclusões deram-se em momentos diferentes, em sociedades distintas, e não de maneira homogênea e linear (COUTO, 2006, p. 58).

A luta da identificação do direito, como protegê-lo e como cobrá-lo do Estado é uma luta árdua e contínua. Esse reconhecimento do indivíduo perante à que direito tem direito, o processo de reconhecimento (HONNETH, 2011) e de cobrança perante o Estado não é de fácil entendimento, sobretudo, quando se trata de grupos que não têm história de organização e de representação social, como os catadores de resíduos.

Os direitos são fundamentais para pensar a questão da igualdade, uma vez que é uma forma de minimizar as desigualdades sociais gestadas na sociedade capitalista. Os direitos sociais dependem da intervenção do Estado para concretização desses direitos dos indivíduos e a forma mais direta de intervir na questão social (CASTEL, 1998). É através das políticas públicas, na trajetória histórica, que a garantia de direitos é produto de fortes embates com várias forças sociais que compõem a sociedade.

O reconhecimento dos catadores de resíduos por parte do Estado brasileiro só ocorreu no século XXI com a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), mas pouco se tem efetivado em termo de Direito. A pesquisa com catadores de resíduos confirmou a hipótese preliminar. Há uma falsa noção de direito por parte do Estado, uma realidade vivenciada de exclusão e enfrentamento cotidiano das várias nuances da questão social. Vem ratificar o que Couto (2006, p. 54) aborda em sua obra:

a discussão sobre a possibilidade de mecanismos garantidores, na forma da lei, fazerem cumprir com as prerrogativas impostas pelos direitos sociais tem feito com que alguns juristas discutam a sua invisibilidade (SOUZA FILHO, 1999). De fato, pela sua natureza difusa, os direitos exigem mais do que a sua identificação formal, razão pela qual muitos ainda apontam que sua efetividade é mais uma questão da arena política, o que tem dificultado sobremaneira a sua explicação no campo jurídico formal.

O direito legislado é o direito positivado, mas a relação de concretização nem sempre é real. “Legislação abrange sempre, em mais ou menos grau, Direito e Antidireito: isto é, Direito propriamente dito, reto, correto, e negação do Direito” (LYRA FILHO, 1993, p. 32). E é assim que se constrói e reconstrói a luta contínua dos catadores de resíduos. Há um enfrentamento, de forma

muito frágil, devido à pouca organização política da categoria, sobretudo quando se fala dos catadores não associados, que ficam à margem do sistema que os excluem, o sistema capitalista.

## **5 A REALIDADE DOS CATADORES NÃO ASSOCIADOS: ENTRE A LEI E AS CONSTATAÇÕES EMPÍRICAS**

O artigo 3º da Constituição Federal de 1988 expressa os objetivos da República Federativa do Brasil, sendo estes a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, bem como a erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, além da promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação.

Nota-se, todavia, que a situação de marginalização e de constantes violações de direitos em que estão inseridos os catadores de resíduos conflita com os objetivos supramencionados. Logo, em virtude da situação de vulnerabilidade desta categoria de indivíduos e também do descontentamento originado em virtude das diversas violações de direitos, foram realizadas diversas manifestações pelos catadores com o intento de buscar melhorias nas condições de vida.

Nesse sentido, em 2001 ocorreu o primeiro Congresso Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis, sendo nesta ocasião fundado o Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis (MNCR) e, também, apresentou-se a “Carta de Brasília” a qual aborda a situação dos catadores de resíduos e sinaliza suas reivindicações enquanto categoria profissional. Tal fato culminou no reconhecimento da atividade na Classificação Brasileira de Ocupação (CBO), no ano de 2002, pelo Ministério do Trabalho e Emprego quando este iniciou debates sobre as novas ocupações que surgiram no mercado brasileiro (PASSOS, 2018). Notadamente, o reconhecimento figura como avanço para os catadores, uma vez que a tutela estatal, principalmente, em termos de direitos trabalhistas se via muito distante de tais sujeitos.

Ainda analisado o contexto de avanços relativamente aos catadores, é relevante destacar o advento da lei nº 12.305/10 que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) e o decreto nº 7.404/10 que regulamentou a referida legislação, constituindo, desta feita, um marco na gestão dos resíduos sólidos e, por conseguinte, um avanço na tutela dos direitos dos catadores de resíduos.

A presente pesquisa, todavia, se propôs a analisar a realidade dos catadores de resíduos ‘não-associados’, ou seja, os que não integram associações ou cooperativas, uma vez que desempenham sua atividade laboral sozinhos nas ruas, sem apoio e, conseqüentemente, em situações ainda mais vulneráveis, insalubres e marcadas por condições de trabalho indignas.

Dessarte, muito embora existam, sob o ponto de vista teórico e jurídico, progressos em termos de garantias de direitos dos catadores, em termos práticos a realidade ainda denuncia um hiato entre a lei e a realidade, por exemplo, dos catadores sem vínculo associativo.

A atividade laboral dos catadores é considerada como insalubre em grau máximo, conforme estabelecido na Norma Regulamentadora NR-15, do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Dentre alguns riscos aos quais os catadores estão diariamente sujeitos têm-se: a exposição ao calor, à chuva, ao risco de quedas, aos atropelamentos, aos cortes em razão de vidro quebrado, ao mau cheiro dos gases e à fumaça exalada dos resíduos acumulados, às longas jornadas de trabalho, ao levantamento de peso excessivo e às contaminações por alguns materiais.

Tal condição em que laboram os catadores de resíduos torna obrigatório o uso de Equipamento de Proteção Individual (EPI). O EPI é um dispositivo utilizado pelo trabalhador que se destina a protegê-lo contra riscos capazes de ameaçar a sua segurança e a sua saúde. Todavia, a previsão de tal equipamento não basta, há necessidade de fiscalizar sua utilização, todavia, a realidade dos catadores sem vínculo associativo não permite esta última, uma vez que não há um ente hierarquicamente superior por laborar de maneira autônoma.

Há, por vezes, o estabelecimento de um único vínculo apenas com o deposeiro e isto baseado mais especificamente na troca do material da catação por dinheiro e não em cuidados pertinentes à sua atividade laboral. Nesse sentido, conforme a tabela abaixo, dos 32 entrevistados, 29 relataram não ter ou não usar o EPI.

**Figura 2: Tem Equipamento de Proteção Individual?**

	Válidos		Casos Omissos		Total	
	N	Porcentagem	N	Porcentagem	N	Porcentagem
Sexo * Tem equipamento de proteção individual, luvas, óculos, botas? se sim, qual?	32	94,1%	2	5,9%	34	100,0%

**Tabulação cruzada Sexo \* Tem equipamento de proteção individual, luvas, óculos, botas? se sim, qual?**

Contagem

		Tem equipamento de proteção individual, luvas, óculos, botas? se sim, qual?				Total
		Não	Luva	Blusa de proteção	Botas	
Sexo	Masculino	21	1	0	1	23
	Feminino	8	0	1	0	9
Total		29	1	1	1	32

Fonte: Pesquisa empírica realizada pelos autores – UNIFOR – 2017

Segundo Oliveira (2011), a atividade da catação é marcada pela precariedade e insalubridade em termos de condições laborais, pela exposição a riscos, pela remuneração

incompatível com o trabalho exercido, pelo menosprezo e preconceitos, bem como pela ausência de garantias trabalhistas defenda tal categoria. As situações são tão adversas que, segundo referido autor, contribuem para que a identidade profissional dos catadores de materiais recicláveis seja analisada pela exclusão social.

O trabalho dos catadores de resíduos “não-associados” é exercido em condições extremamente insalubres e indignas e, para além disso, é considerado degradante, isto, principalmente, pelas jornadas de trabalho, que, conforme a tabela abaixo, podem ultrapassar extenuantes 16 horas, muito embora a Consolidação das Leis Trabalhistas e a Constituição Federal regule o máximo de 8 horas de trabalho por dia.

**Figura 3: Qual sua jornada diária?**

**Resumo de processamento de casos**

	Válidos		Casos Omissos		Total	
	N	Porcentagem	N	Porcentagem	N	Porcentagem
Sexo * Qual sua Jornada diária?	32	94,1%	2	5,9%	34	100,0%

**Tabulação cruzada Sexo \* Qual sua Jornada diária?**

Contagem

		Qual sua Jornada diária?					Total
		0 a 5 horas	6 a 10 horas	11 a 15 horas	A partir de 16	Indefinido	
Sexo	Masculino	0	11	8	2	2	23
	Feminino	1	1	5	1	1	9
Total		1	12	13	3	3	32

Fonte: Pesquisa empírica realizada pelos autores – UNIFOR – 2017

O plano fático antes denunciava um vazio legislativo quanto ao reconhecimento da categoria dos catadores e também relativo à garantia de seus direitos. No atual contexto, todavia, vê-se que a tensão está na esfera da efetivação dos dispositivos de natureza constitucional ou infraconstitucional e isto, certamente, em virtude do processo de marginalização do qual os catadores são alvos, principalmente aqueles que laboram fora da ambiência das associações ou das cooperativas.

Nessa lógica, dada a exclusão de tais sujeitos do âmbito social, político e também econômico, o que se observa como resultante desse processo é a baixa efetividade e violações de direitos, sobretudo, daqueles inerentes à saúde e ao trabalho. Não se deve olvidar, no entanto, que a própria permanência dos catadores sem vínculo associativo, nessas condições, é fato atentatório ao supraprincípio da dignidade da pessoa humana.



## 6 CONCLUSÃO

Através da análise quali-quantitativa foi possível concluir que a luta dos catadores de materiais recicláveis provocou avanços em termos de legislações e políticas públicas a eles direcionadas, dentre as quais se destacam a Lei nº12.305, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) e o reconhecimento da profissão, em 2002, na Classificação Brasileira de Ocupações, do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), todavia, as conquistas obtidas não foram suficientes para garantir a tal categoria condições de trabalho e de vida dignas.

Quando se trata de catadores de resíduos sem vínculo associativo, a situação ainda denuncia graves violações de direitos e torna evidente o processo de marginalização no qual eles estão diuturnamente submetidos, uma vez que a atividade laboral exercida fora do contexto de cooperados ou associados torna tais catadores, na maioria das vezes, duplamente desassistidos, pelo Estado, uma vez que atuam sob o manto da invisibilidade dado o processo de exclusão social que sofrem, como também, pelos gestores das cooperativas e das associações, por não possuírem nenhum vínculo e, conseqüentemente, nenhuma garantia e proteção advinda da figura de um empregador.

Se comparados aos catadores com vínculo associativo há, na realidade dos 'catadores de rua', condições laborais ainda mais precárias e insalubres, o predomínio de renda mensal muito aquém do salário mínimo vigente no Brasil e, inclusive, do patamar mínimo civilizatório, fatos estes corroborados pela pesquisa empírica realizada e pelos dados quantitativos colhidos e observados neste artigo.

Nesse sentido, é fundamental que os gestores públicos direcionem ações mais específicas aos catadores de rua, uma vez que enquanto sujeitos de direitos não podem ser inobservados, sob pena, inclusive, de o próprio Estado falhar em termos de efetivação dos objetivos da República Federativa do Brasil expostos no artigo 3º da CF/88.

Frise-se, também, que a própria permanência dos catadores de resíduos não-associados em tal situação de condições de trabalhos insalubres e precárias, de remuneração aquém do constitucionalmente estabelecido e de jornadas de trabalho extremamente degradantes atenta aos direitos humanos e fere o supraprincípio da dignidade da pessoa humana. Deve-se, portanto, garantir condições de trabalho e de vida dignas a estes profissionais, os quais figuram como verdadeiros agentes ambientais.

## REFERÊNCIAS

BOSI, Antônio de Pádua. **A organização capitalista do trabalho “informal” o caso dos catadores de recicláveis**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 23, n. 67, p. 101-191, jun. 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

BRASIL. **Política Nacional de Resíduos sólidos**. Lei 12.305 de 2 de agosto de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm)>. Acesso em: 30 jun. de 2018.

CALDERONI, Sabetai. **Os bilhões perdidos no lixo**. 4 ed. São Paulo: Humanitás Livraria/FFLCH/USP, 1999.

CASTEL, Robert. **Metamorfoses da questão social**. Petrópolis, Editora Vozes, 1998

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 ago. 2018.

COUTO, Berenice Rojas. **O Direito social e a assistência social na sociedade brasileira: uma equação possível?** 2 ed. São Paulo: Cortez, 2006

GOUVEIA, Nelson da Cruz. Resíduos Sólidos Urbanos: Impactos Socioambientais e Perspectiva de Manejo Sustentável com Inclusão Social. **Revista Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v.17, n.6, p. 1503-1510, jun., 2012. Disponível em: <http://www.producao.usp.br/handle/BDPI/42564>. Acesso em: 30 jun. 2018.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2011.

LYRA FILHO, Roberto. Direito e Lei. In: SOUZA JÚNIOR, J.G. (org.). **Introdução à crítica do direito**. 4. Ed. Brasília, UNB, 1993.

MEDEIROS, Luiza Ferreira de Rezende.; MACEDO, Kátia Barbosa. Profissão: catador de material reciclável, entre o viver e o sobreviver. **Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional**, Taubaté, v.3, n. 2, p. 72-94, 2007. Disponível em: <http://www.rbgdr.net/revista/index.php/rbgdr/article/view/8>. Acesso em: 25 jul. 2018.

OLIVEIRA, Denise Alves Miranda. **Percepção de riscos ocupacionais em catadores de materiais recicláveis**: Estudo em uma Cooperativa em Salvador/BA, 2011. (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Medicina da Bahia. Curso de Pós-graduação em Saúde, Ambiente e Trabalho. Disponível em: <http://www.sat.ufba.br/site/db/dissertacoes/432013120048.pdf>. Acesso em: 30 set. 2017.

OLIVEIRA, Marina Cardoso et al.; MONTEIRO, Vanderlei Souza. **Valores de trabalho de catadores de material recicláveis**: Expectativas com o trabalho cooperado. Revista Paranaense de Desenvolvimento, Curitiba, v.33, n.122, p. 201-220, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.ipardes.pr.gov.br/ojs/index.php/revistaparanaense/article/view/154>. Acesso em: 28 jun. 2018.

PASSOS, Maria Raquel Lima. **Paradoxos da formalização:** a inclusão social dos catadores de recicláveis a partir do caso do encerramento do aterro de Jardim Gramacho (RJ). Horiz. antropol., Porto Alegre, v.24 n. 50, p. 145-180, 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832018000100145&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832018000100145&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 15 jun. 2018.

PNUD. **Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.** 2015. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/>>. Acesso em: 01 out. 2018  
SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos.** São Paulo: Cortez, 2013.

SCARIOT, Nadia.; ACKER, Celso Henrique. História de vida e exclusão social: os catadores de lixo reciclável em Ijuí. In: **SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE EDUCAÇÃO INTERCULTURAL, GÊNEROS E MOVIMENTOS SOCIAIS**, Santa Catarina, n. 2, 2003. Anais... Santa Catarina, 2003. Disponível em:<[http://www.mobilizadores.org.br/wp-content/uploads/2014/05/artigo\\_scariot\\_acker.pdf](http://www.mobilizadores.org.br/wp-content/uploads/2014/05/artigo_scariot_acker.pdf)>. Acesso em: set. de 2018.

SOUTO, Jorge Luiz Maior. **Os Catadores de Materiais Recicláveis e a Nova Lei das Cooperativas de Trabalho.** Trabalhos Marginais São Paulo. p. 344-358, 2013.  
TRIOLA, Mário F. **Introdução à estatística: atualização da tecnologia.** 11. ed. Rio de Janeiro: LTC., 2014.

# A INCLUSÃO SÓCIO-EDUCACIONAL DO SURDO: DA LEGISLAÇÃO À PRÁTICA

*Paulo Eduardo de Mattos Stipp*

(UNICAMP- Universidade Estadual de Campinas)  
paulostipp@gmail.com

*Bianca Boni Magosse*

(UNIFEV – Centro Universitário de Votuporanga)  
biancamagosse@hotmail.com

**RESUMO:** O artigo apresenta um estudo analítico da interpretação jurídica sobre o processo de inclusão social e educacional do surdo, busca realizar um balanço entre o que é legalmente estabelecido e o que acontece na prática pedagógica. O objetivo principal visa verificar em que medida a lei de Libras (CF 10.436) e demais regulamentações tem garantido o acesso à educação e à integração social dos surdos. Pretende-se descrever a história da educação dos surdos para compreender as transformações que ocorreram por força da lei na educação; além de analisar os fundamentos legais que regulamentam o acesso, permanência e sucesso dos surdos no processo educacional. A partir do raciocínio dialético realizou-se uma revisão bibliográfica no sentido de identificar e propor a remoção das barreiras de aprendizagem que estão distanciadas entre o que estabelece a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) e a prática educacional propriamente dita.

**Palavras-chave:** Educação inclusiva. História da educação dos surdos. Cultura surda.

## 1 INTRODUÇÃO

Ninguém escapa à educação. (BRANDÃO, 1985, p.7)

Ninguém escapa à educação porque é com e por meio dela que nos tornamos humanos. Racionalidade, autoconhecimento, desenvolvimento de linguagem complexa... Pode-se elencar uma série de elementos que nos diferencia dos demais animais, mas a educação é o que nos adapta ao mundo e nos possibilita transformá-lo em benefício próprio (ou não).

A apreensão do mundo se dá pela mediação da cultura que atribui valor e sentido à existência humana em um processo de aprendizagem social. A cultura é a ferramenta de percepção e de transformação da vida social, de diferentes jeitos de ser, de fazer, de compreender, de experimentar, de explicar e de vivenciar o mundo.

A Educação é o processo de socialização que nos possibilita o aprendizado de regras, de valores e de sentidos que nos torna humanos. Sem educação o homem não se humaniza. Dito isso, sublinhamos a compreensão da educação como um direito básico fundamental. Direito a um processo de educabilidade antes mesmo do que um direito à escolarização. A Educação como direito à convivência e à socialização. Direito de identidade e pertencimento a um grupo social de referência: uma família, um grupo cultural, religioso, etc.. E, por fim, direito à educação e à escola.

Há que se considerar, porém, que a escola de hoje é pensada e concebida pela busca da homogeneização das culturas. Pode-se dizer que a escola é monocultural, onde apenas uma

cultura é valorizada. Não há exagero em afirmar que a escola atual é branca, patriarcal, heterossexual, judaico-cristã e ouvintista.

A instituição escolar parte de uma falsa promessa de igualdade que compreende que “somos todos iguais”, e concebe uma escola padronizadora, homogeneizadora, como se só existisse uma única cultura. A igualdade na lei e nas oportunidades não pode escamotear uma falsa igualdade entre todos os cidadãos, pois somos uma sociedade plural, multicultural e diversificada. O direito à Educação pressupõe o direito à diferença como um direito humano.

A diferença está na sala de aula e, como tal, deveria ser pensada e praticada.

A escola é o local por excelência em que as diferenças econômicas, sociais, cognitivas, sensoriais e culturais se manifestam. Ao cercear as diferentes identidades culturais, a escola perde o elemento mais rico de sua constituição que é a pluralidade, e acaba se transformando em local de desenvolvimento de práticas contemporâneas execráveis: a estigmatização, o bullying e a exclusão.

Ao consolidar uma prática monocultural como norma, a escola reproduz e perpetua situações de preconceito, discriminação, machismo, misoginia, racismo, homofobia e intolerância religiosa.

Mais do que reconhecer a diversidade cultural, a escola deve propor que as culturas dialoguem, conversem, troquem saberes, experiências, conhecimentos científicos e de percepções de mundo.

A escola deve buscar uma educação intercultural baseada no diálogo. De ver e respeitar o outro sem abrir mão das múltiplas identidades, diferenças e culturas. Compreender as especificidades culturais se apresenta como ponto central para se compreender a Educação, e o ensino de História para surdos.

Houve um momento em que se discutia a Educação dos surdos como Educação Especial, isolada da educação geral da sociedade. Segregando. Criando guetos físicos e de ideias.

No entanto, a proposta da Educação Inclusiva de maneira absoluta também acaba por descaracterizar as necessidades e as especificidades do aluno surdo. Para se repensar a Educação dos surdos a partir de uma proposta inclusiva, deve-se repensar em que moldes essa inclusão pode acontecer.

## **2 A EDUCAÇÃO DOS SURDOS**

Não é uma futilidade a ideia de que a inclusão deveria ser colocada em outros termos e não, simplesmente, como uma resposta única à exclusão mais óbvia, mais direta, mais brutal. Está claro que o mesmo sistema político, cultural, educativo etc. que produz a

exclusão não poderia ter a pretensão de instalar impunemente o argumento de um sistema radicalmente diferente – chama-se de integração, inclusão, ou como bem se deseja nomear. (SKLIAR, 2006, p.27)

O direito à Educação é mais do que o direito à escola. O direito à Educação não se restringe ao lapso de tempo da obrigatoriedade de se cumprir certa quantidade de anos de Educação Formal em uma instituição escolar.

As diversas ideologias que perpassam o discurso sobre a surdez, os embates entre o uso da língua sinalizada e o oralismo, as disputas político-pedagógicas, e os avanços (e retrocessos?) legislativos podem ser sumariamente apresentados pelo resgate da História da Educação dos surdos.

O resgate da história dos surdos pode seguir diferentes olhares, como propõe Strobel (2008), se atendo às visões do Historicismo, da História Crítica e da História Cultural.

O Historicismo concebe a educação do surdo por meio de uma perspectiva clínico-terapêutica, cujo objetivo principal seria a reabilitação do surdo segundo os parâmetros dominantes dos ouvintes.

O surdo é compreendido como um sujeito patologicamente deficiente e categorizado em diferentes graus de surdez. A educação surda é pensada a partir do ponto de vista dominante do ouvinte - visão do colonizador (Lane, 1997; Skliar, 2016), e, enquanto tal, considerada a língua de sinais como prejudicial aos surdos, e, portanto, deveria ser abandonada para privilegiar uma educação focada no ensino da fala (língua oral).

Ainda segundo Strobel (2008), pela História Crítica, as capacidades do surdo são reconhecidas, mas de forma dependente. Se aceita a língua de sinais como recurso, mas compreende que os surdos teriam maior dificuldade de aprendizado. A língua de sinais é vista como um mero apoio.

Na História Cultural o resgate da história da educação dos surdos se liberta dos rígidos parâmetros da oralidade e da história escrita para compreender o processo de produção e transmissão do conhecimento a partir das experiências visuais dos surdos, enquanto uma diferença linguístico-cultural. A história da educação dos surdos é compreendida a partir do respeito à identidade e a cultura surda.

Durante a Antiguidade, e por quase toda a Idade Média, pensava-se que os surdos não fossem educáveis. Aristóteles entendia a condição humana a partir do domínio da linguagem, e, nesse sentido, os surdos não eram compreendidos como seres humanos competentes, nem aptos à educação. O sujeito surdo, por não ouvir, não falava. Por não falar, não teria uma linguagem; e, sem linguagem, não desenvolveria pensamento.

Na Roma não perdoavam os surdos porque achavam que eram pessoas castigadas ou enfeitiçadas, a questão era resolvida por abandono ou com a eliminação física – jogavam os surdos no rio Tíger. (...) Na Grécia, os surdos eram considerados inválidos e muito incômodos para a sociedade, por isso eram condenados à morte (...) [Durante a Idade Média aos...] surdos eram proibido receberem comunhão porque eram incapazes de confessar seus pecados, (...) Também existiam leis que proibiam os surdos de receber heranças, de votar e enfim, de todos os direitos como cidadãos. (STROBEL, 2008, pp.17-19)

O fato de os surdos não fazerem uso de uma língua oral os condenou à dimensão de não humanos; foram confundidos com retardados, tiveram seus direitos negados, e, por não poderem dizer os sacramentos ou se confessar, não poderiam ser salvos. Por não utilizarem a linguagem oral, os surdos foram condenados à uma vida de exclusão, de sacrifícios e de extermínio.

Esse quadro começa a mudar quando, na Idade Média, o monge beneditino espanhol Pedro Ponce de León (1520/1584) inicia a educação de surdos a partir da escrita combinada a gestos simples criando um alfabeto bimanual. Não se tratava da língua de sinais propriamente dita, mas de um alfabeto manual que permitia ao estudante que aprendesse a soletrar (letra por letra) toda a palavra.

Ainda na Espanha, Juan de Pablo Bonet (1579/1629), publicou o primeiro livro sobre educação de surdos “Reduccion de lãs letras y arte para enseñar a hablar a los mudos”, em 1620. Partindo do método de Ponce de León, Bonet ensinava os surdos a falar a partir da combinação do alfabeto manual (unimanual ou datilologia), da língua de sinais, da escrita e da articulação dos órgãos fonoarticulatórios (LODI, 2005).

Centrado na oralidade, mas recorrendo ao uso dos sinais, do alfabeto manual e da leitura labial, o método de Bonet se disseminou pela Europa. Na Suíça, o médico Joham Conrad Ammond (1669/1724) desenvolve uma pedagogia da fala e da leitura labial no livro “Surdus Laquens”, em 1700. Na França, Jacob Rodrigues Pereire (1715/1780) dedicou sua vida a oralização de sua irmã surda, porém, no fim de sua carreira, desistiu da oralidade e se convenceu de que os sinais eram a forma natural dos surdos se expressarem.

O médico inglês John Bulwer (1614/1684) foi quem primeiro desenvolveu um método centrado na língua de sinais para se comunicar com surdos. No seu livro “Chirologia” (a língua natural da mão), escrito em 1640, defendia a crença no caráter universal da língua de sinais, que imitariam objetos reais do mundo (icônicos).

O abade Charles-Michel de l'Épée (1712/1789) foi o primeiro educador a reconhecer que os surdos têm uma língua natural própria, e, enquanto tal, não precisam desenvolver a oralidade. A educação de surdos deixou de ter o foco na oralização. A partir da criação dos sinais metódicos, l'Épée combinou a língua de sinais, a gramática francesa, e a estrutura da língua escrita francesa.

Por outro lado, em 1778, na Alemanha, Samuel Heinick (1729/1790), estabelecia bases diferentes à educação de surdos, rejeitando a língua de sinais e defendendo o oralismo puro. Novos métodos orais são apresentados como meio de reabilitação dos alunos surdos na obra “Observações sobre os surdos e sobre a palavra”.

Até aqui, a educação dos surdos se baseava no chamado método combinado em que o foco era a oralização, mas que recorria aos sinais como apoio. Com o Congresso de Milão a educação de surdos assumiria uma nova dimensão:

1- Dada a superioridade incontestável da fala sobre os sinais para reintegrar os surdos-mudos na vida social e para dar-lhes maior facilidade de linguagem [...], [Este congresso] declara que o método de articulação deve ter preferência sobre o de sinais na instrução e educação dos surdos-mudos.

2- O método oral puro deve ser preferido porque o uso simultâneo de sinais e fala tem a desvantagem de prejudicar a fala, a leitura orofacial e a precisão de ideias (MOURA, 2012, p. 99).

O Congresso de Milão é um divisor de águas na história, ao estabelecer que a educação de surdos abandonasse em definitivo os sinais, em benefício do desenvolvimento da fala, da oralidade; privilegiando, assim, o método oral puro. Houve a demissão dos professores surdos e a proibição do uso da língua de sinais no ambiente escolar.

No Brasil, a educação de surdos tem no ano de 1857 a fundação do Instituto Imperial dos Surdos-Mudos, hoje Instituto Nacional de Educação de Surdos (INES), sob o patronato de D. Pedro II e cuidados do professor surdo, com mestrado em Paris, Eduardo Huet.

O Instituto estruturou-se um sistema de comunicação baseado na língua de sinais francesa (LSF), nos sinais metódicos e sinais que eram utilizados no Brasil. O retorno desses surdos do INES aos seus lugares de origem ajudou a disseminar essa linguagem de sinais por todo território, estabelecendo, assim, a língua de sinais brasileira (LIBRAS).

Como afirmamos anteriormente, o Congresso de Milão redimensiona a questão da educação de surdos, pois, ao categoricamente priorizar a oralidade, polariza a discussão em duas grandes concepções: a visão clínica e a visão sócio-antropológica da surdez.

A visão clínica foca sua atenção na dimensão audiológica da pessoa, nas diferentes manifestações e diferentes perdas auditivas. Procura identificar suas causas: idade, fatores genéticos e fatores ambientais (infecções, traumas, etc.). O surdo é visto pela ausência, pela perda, por aquilo que ele não tem em relação à comunidade ouvinte majoritária; o que faz com que a surdez seja compreendida como uma deficiência, como uma desvantagem.

A educação concebida a partir da visão clínica é focada na normalização dos indivíduos surdos. Quer que os surdos se tornem ouvintes, ou que compensem seu déficit auditivo, e que se



comunique oralmente através da fala. Trata-se de uma educação centrada no treino da audição e da fala, de leitura labial, ou até mesmo através de próteses, implantes e cirurgias.

A visão clínica concebe a educação de surdos como um espaço à reabilitação, enquanto tratamento. A integração do surdo à sociedade é pensada a partir da “cura” da surdez. A escola se transforma assim em uma espécie de clínica, e o aluno surdo em um tipo de paciente.

A escola é pensada como escola e não como clínica. O aluno deve ser entendido como aluno e não como paciente. O surdo não é compreendido pela “falta de alguma coisa”, mas pela diferença linguística.

A comunidade surda não precisa se adaptar à língua da comunidade majoritária ouvinte. A compreensão da língua de sinais como uma língua natural se estabelece como uma diferença linguística e cultural. A comunidade surda é uma minoria linguística.

A língua brasileira de sinais (Libras) é uma língua gestual-visual, isto é, produzida por movimentos de mãos e percebida pela visão. Ela não substitui a língua portuguesa em sua modalidade escrita, o que coloca a comunidade surda em uma situação de bilinguismo forçado, onde além da Libras, deve dominar o português na modalidade escrita. O surdo usa a língua portuguesa escrita como uma língua estrangeira, uma segunda língua.

### **3 VISIBILIDADE E LUTA**

Em tempos em que os movimentos sociais e até mesmo os Direitos Humanos têm enfrentado críticas e retrocessos, reafirmar o compromisso com a educação inclusiva e com a justiça social é papel de toda e qualquer reflexão. Repensar e dirimir a exclusão social em níveis da educação, das instituições educacionais, da cidadania e das diferentes identidades se transforma em questão central de nossos tempos.

Em junho de 1994 teve início um movimento internacional que buscou a formação de uma política de integração e de educação inclusiva, reunindo 88 países e 25 organizações internacionais em assembléia geral. A Declaração de Salamanca aparece como um marco nas proposituras da Educação Inclusiva ao assumir o compromisso com a “Educação para Todos”, para qualquer tipo de aluno, respeitando todas as diferenças e necessidades. Nesse sentido a Declaração proclama:

- toda criança tem direito fundamental à educação, e deve ser dada a oportunidade de atingir e manter o nível adequado de aprendizagem,
- toda criança possui características, interesses, habilidades e necessidades de aprendizagem que são únicas,
- (...)
- escolas regulares que possuam tal orientação inclusiva constituem os meios mais eficazes de combater atitudes discriminatórias criando-se comunidades acolhedoras,

construindo uma sociedade inclusiva e alcançando educação para todos; além disso, tais escolas provêm uma educação efetiva à maioria das crianças e aprimoram a eficiência e, em última instância, o custo da eficácia de todo o sistema educacional. (Declaração de Salamanca, 1994, p. 1)

A Declaração de Incheon (2015), na Coreia do Sul, reforça a compreensão da Educação Inclusiva para todos ao buscar “assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos”. A Declaração é enfática:

Nenhuma meta de educação deverá ser considerada cumprida a menos que tenha sido atingida por todos. Portanto, comprometemo-nos a fazer mudanças necessárias nas políticas de educação e a concentrar nossos esforços nos mais desfavorecidos, especialmente aqueles com deficiências, a fim de assegurar que ninguém seja deixado para trás. (Declaração de Incheon, 2015, p. 2)

A Conferência de Incheon evidencia o dever da educação para mudança de vidas por meio de uma nova interpretação, com metas até 2030. A inclusão e a equidade são colocadas como desafio para a qualidade da educação, indispensáveis ao desenvolvimento sustentável e a educação para a cidadania.

Não se trata apenas da inclusão física, quantitativa, mas de uma efetiva inclusão social e educacional. Mais do que garantir adequação do espaço escolar (acessibilidade, desenho universal, tecnologias assistivas), há que se adotar uma nova ética educacional, uma nova compreensão sobre o que é Educação Inclusiva.

A Constituição Cidadã de 1988 já apontava necessidades e avanços na regulamentação e na normatização da questão da Inclusão Social e Educacional. Mantinha-se, no entanto, a compreensão de que o “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, (deveria acontecer) preferencialmente na rede regular de ensino” (artigo 218, inciso III da Constituição Federal); outrossim, era garantido ainda que “os recursos públicos serão destinados às escolas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas”, que não tivesse finalidade lucrativa.

Garantia-se o direito, mas mantinha-se a estrutura e o entendimento da educação especial vinculado a instituições caritativas, filantrópicas e confessionais. O direito era assegurado, mas apartado da sociedade, em redutos que reforçavam o estigma de instituições totais, de estruturas medicinais, clínicas.

A mesma compreensão encontra-se no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei n.º 8069, de 13 de julho de 1990), no artigo 53, inciso III, como recomendação ao “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”. A ênfase da educação, mesmo que sendo dada a preferência, ainda não é assumida integralmente pelo Estado.

Mas é por força e pressão dos movimentos sociais e da visibilidade à comunidade surda que a legislação avança. Em setembro de 1994 ocorre na Praia de Copacabana, Rio de Janeiro, a marcha “Surdos Venceremos” que mobilizou, segundo BRITO (2016), cerca de duas mil pessoas surdas e ouvintes na reivindicação de direitos como: o reconhecimento oficial da Língua Brasileira de Sinais (Libras); o provimento de intérpretes em espaços e eventos públicos; e educação em Libras.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96) já reflete uma mudança de concepção frente a Educação Especial. No artigo 58, do Capítulo V prioriza o ensino de “educandos portadores de necessidades especiais” à rede regular de ensino, destinando, “quando necessário”, serviço de apoio especializado na escola regular; e, quando, por “condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns do ensino regular”, em atendimento educacional em separado. O que antes era regra começa a se configurar como exceção.

A virada do milênio consolidou conquistas e avanços às reivindicações da comunidade surda. Em 2002, a Lei de Libras (Lei nº 10.436, de 24 de abril), bem como o decreto de sua regulamentação (Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005), garantiram: o reconhecimento oficial de Libras como meio de comunicação e expressão das comunidades surdas brasileiras; o direito de acesso à informação ao surdo através da sua língua; o direito à difusão da Libras por meio de ensino; a formação de professores, tradutores e intérpretes em Libras; e, direito a educação bilíngue. Contando ainda com a ressalva, em parágrafo único que, “a Língua Brasileira de Sinais (Libras) não poderá substituir a modalidade escrita da Língua Portuguesa”.

As políticas públicas de inclusão têm fomentado uma série de ações que garantem e estimulam a participação democrática das pessoas deficientes na sociedade. Por força da lei muito se avançou na questão da visibilidade, do acesso e da inclusão dos deficientes.

Porém, as políticas inclusivas e o acesso aos serviços nem sempre têm garantido o sucesso dessas políticas. O deficiente tem garantido o direito a determinado serviço, mas não usa o serviço. Os dispositivos normativos garantem o acesso, mas não a permanência cidadã nas instituições sociais de um modo geral, e, particularmente, nas instituições educacionais de um modo específico. O que é preciso equacionar é a correspondência entre o que é legalmente estabelecido e o que acontece na prática pedagógica.

Segundo a Política Nacional da Educação (PNE) são as escolas que devem se reorganizar estrutural e culturalmente para garantir condições igualitárias de aprendizagem. Todos os estudantes, independentemente de suas diferenças étnicas, sociais ou mesmo de suas

necessidades especiais, devem ser matriculados em qualquer unidade escolar do sistema regular de ensino.

A amplitude da política inclusiva se apresenta como algo positivo em um primeiro momento, mas acaba revelando certa fragilidade quando pensamos a educação de surdos em específico. A inclusão proposta pela Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva contraria as expectativas da comunidade surda, que sempre lutou pela educação bilíngue.

No caso específico dos surdos, em que medida a Lei de Libras (Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002) e posteriores regulamentações têm garantido o acesso, a permanência e o sucesso à educação, ou mesmo promovido a integração social dos surdos?

Ignorar a dupla dimensão da educação bilíngue ameaça a existência das escolas de surdos, uma vez que a ideia de inclusão estabelece que os alunos, independentemente de suas diferenças étnicas, sociais e linguísticas, devem ser incluídos em escolas regulares. Não se trata de retroagir a uma educação especial, mas de fazer funcionar a educação bilíngue já prevista por lei. No caso dos alunos surdos, a defesa da inclusão em uma escola regular, com um único currículo comum, acaba por não contemplar as diversidades e as necessidades da cultura surda.

Por ocasião da Primeira Conferência Nacional de Educação (I CONAE), em 2010, houve um controverso retrocesso frente às propostas de educação de surdos no Brasil.

A ênfase na Educação Inclusiva questionava o direito à educação bilíngue em que as escolas de surdos passaram a ser vistas como escolas segregacionistas. A ênfase na inclusão educacional, independentemente de suas particularidades e necessidades especiais, apontou na direção contrária do que a comunidade surda reivindicava, ou seja, uma escola de surdos com professores bilíngues, que saibam não só o Português, como também Libras; e que os alunos tenham a possibilidade de conviver com outros estudantes surdos.

A interpretação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (1996) sobre o caráter “preferencial” ou “obrigatório” da matrícula de alunos especiais na rede regular acabou gerando essa situação. Em 2011, chegou a ser anunciado o fechamento da escola do Instituto Nacional de Educação de Surdos (INES), o que gerou a revolta da comunidade surda e nova mobilização nacional: o “Setembro Azul”.

Deve ser garantido o direito às pessoas surdas de serem educadas em escolas bilíngues, e não apenas em escolas inclusivas. As escolas bilíngues não são segregacionistas, mas são espaços de construção do conhecimento e convívio social que respeitam a condição de minoria linguística do povo surdo; como fica claro na “Carta aberta dos doutores surdos ao ministro Mercadante”:

A postura segregadora não parte de nós, mas dos que não aceitam nossas especificidades e necessidades. Essa postura é tão inaceitável linguisticamente, antropologicamente, filosoficamente, quanto dizer que as línguas dependem das raças ou do clima. Insistimos, portanto, em que as escolas que oferecem um ensino bilíngue para crianças e jovens surdos se baseiem não na deficiência, mas na língua de sinais, uma língua plenamente acessível para todos os que têm a visão como principal via de acesso comunicativo, informacional e instrucional. (CAMPELLO, 2012, p. 2).

A Educação Inclusiva deve garantir o desenvolvimento integral do aluno. Deve ser compreendida como prática social, política, cultural que vai muito além da questão do educacional. Ao ideal de integração, de socialização, de defesa de que todos os alunos devem estar juntos sem nenhum diferencial, deve-se pensar a Educação Inclusiva na condição de minoria linguística dos surdos.

A ideia de inclusão está associada, em um primeiro momento à noção de acesso. Mas não basta propiciar o acesso à escola simplesmente, pois garantir a presença física do aluno em sala de aula não significa incluí-lo. Pelo contrário. O acesso físico do aluno surdo o mantém em uma situação de isolamento, de não inteiração-relação no processo educacional com os demais sujeitos: professores, funcionários, demais alunos que deveriam ser identificado como colegas, amigos. O aluno surdo, quando muito, se relaciona com um único outro sujeito: o intérprete.

A inclusão deve garantir o acesso, a permanência, a participação e o sucesso de todos os alunos envolvidos no processo educacional, pois todos os alunos interessam, e interessam do mesmo jeito.

De nada adianta uma escola repleta de tecnologias assistivas se o aluno não se sentir membro da escola. Os alunos devem se apropriar não só dos instrumentos físicos da escola, mas, também, dos simbólicos. A inclusão não limita a equipamentos ou professores especialistas. Equipamentos quebram, professores morrem, são transferidos. Inclusão deveria ser um valor transversal da escola, como preconiza Rodrigues (2006).

Deve-se enfatizar que, por força da lei, ou mesmo pela prática pedagógica, nenhum objetivo de educação será considerado cumprido se não for atingido por todos. Eis a essência da inclusão.

O aluno precisa vivenciar a escola, sentir-se membro pertencente e atuante de seu processo de aprendizado, pois, afinal, como sentenciar Vigotsky: Nós tornamo-nos nós através dos outros!

#### **4 CULTURA SURDA**

A cultura é a ferramenta de percepção, de interação, de transformação e adaptação do homem ao mundo. A cultura surda é o jeito pelo qual o surdo entende o mundo e o modifica para

torná-lo acessível e habitável. A percepção visual do mundo, o desenvolvimento e domínio de uma linguagem própria - a língua de sinais - contribuem à consolidação da identidade surda e das culturas surdas.

A língua de sinais não é mera versão da língua oficial de um país. Não se trata de traduzir as palavras em português para um sinal equivalente em Libras (Língua Brasileira de Sinais). Ela possui uma complexidade própria, completa em si mesmo.

A Libras, por exemplo, não mantém paralelo direto com o Português escrito ou falado. Ela se estrutura sobre outra lógica. É outra língua. Uma língua que possui sintaxe, gramática e semântica próprias.

Ao utilizarmos o termo cultura surda não se pretende universalizar uma única cultura a todas as pessoas surdas. O conceito de identidade pós-moderna de Stuart Hall (2015) nos ajuda a compreender a identidade surda em sua pluralidade, em sua multiplicidade, e em sua dinâmica. Não existe “o surdo”, ou “o sujeito surdo” enquanto uma entidade/identidade fixa, imóvel, estática e permanente. As identidades surdas devem ser compreendidas em processo de construção, em movimento, em constante reelaboração.

Existem várias formas de classificação da identidade surda em relação ao ouvintismo (à ideologia oralista), nos apontando as seguintes distinções: identidades surdas, identidades surdas híbridas, identidades surdas de transição, identidades surdas incompletas e identidades surdas flutuantes.

## 5 CONCLUSÃO

Como considerações, deve-se ressaltar a necessidade de estar alerta, mobilizado e na luta para garantir os direitos conquistados pela comunidade surda. O fato de constituir uma minoria linguística confere-lhes uma particularidade dentro da Educação Inclusiva que merece ser discutida. Vale ressaltar a necessidade de se ouvir a comunidade surda e, com ela, estabelecer os novos marcos, regulamentos e leis.

## REFERÊNCIAS

- BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **O que é Educação**. 15. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985. (Coleção Primeiros Passos)
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Câmara dos Deputados, Lei n.º 8069, de 13 de julho de 1990. DOU, de 16/07/1990 – ECA. Brasília, DF.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução Tomaz Tadeu da Silva & Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

LANE, Harlan. **A máscara da benevolência: a comunidade surda amordaçada**. Tradução Cristina Reis. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, pp. 52-53 (Horizontes Pedagógicos)

MOURA, Maria Cecília de. Atendimento educacional especializado: estudante surdo – reflexão sobre a identidade, cultura e comunidade IN GIROTO, Cláudia Regina Mosca *et all.* **Surdez e educação inclusiva**. São Paulo: Cultura Acadêmica: Marília: Oficina Universitária, 2012.

SKLIAR, Carlos (org.). **Educação & Exclusão: abordagens sócio-antropológicas em educação especial**. Porto Alegre: Mediação, 1997. (Cadernos de autoria)

\_\_\_\_\_. A inclusão que é “nossa” e a diferença que é do “outro”. IN RODRIGUES, David (org.). **Inclusão e Educação: 12 olhares sobre a educação inclusiva**. São Paulo: Summus, 2006.

\_\_\_\_\_. **A surdez: um olhar sobre as diferenças**. 8. ed. Porto Alegre: Mediação, 2016.

STROBEL, Karin; PERLIN, Gladis. **Fundamentos da educação de surdos**. Florianópolis: UFSC, 2008.

#### **Referências online**

BRASIL. **Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005**. Regulamenta a Lei no 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras, e o art. 18 da Lei no 10.098, de 19 de dezembro de 2000. DOU, Brasília, DF, 23/10/2005. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=9961-decreto-5626-2005-secadi&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=9961-decreto-5626-2005-secadi&Itemid=30192)>. Acesso em: 22 fev.2018

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Presidência da República. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm)>. Acesso em: 22 fev.2018

BRASIL. **Lei Nº 10.436, de 24 de abril de 2002**. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências. DOU, Brasília, DF, 25/04/2002. Disponível em: <[https://www.udesc.br/arquivos/udesc/documentos/Lei\\_n\\_10\\_436\\_de\\_24\\_de\\_abril\\_de\\_2002\\_15226896225947\\_7091.pdf](https://www.udesc.br/arquivos/udesc/documentos/Lei_n_10_436_de_24_de_abril_de_2002_15226896225947_7091.pdf)>. Acesso em: 22 fev.2018

BRASIL. **Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva**. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=16690-politica-nacional-de-educacao-especial-na-perspectiva-da-educacao-inclusiva-05122014&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=16690-politica-nacional-de-educacao-especial-na-perspectiva-da-educacao-inclusiva-05122014&Itemid=30192)>. Acesso em: 22 fev.2018

BRITO, Fábio Bezerra de. **O movimento surdo no Brasil: a busca por direitos**. Wiley Online Library. First published 04 august 2016. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/1471-3802.12214>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

CAMPELLO, Ana Regina e Souza *et all.* **Carta aberta dos doutores surdos ao ministro Mercadante.** 08 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www2.unirio.br/unirio/cchs/educacao/grupos-de-pesquisa/CARTAABERTADOSDOUTORESSURDOSAOADMINISTROMERCADANTE.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

ESPAÑA. **Declaração de Salamanca**, de 10 de junho de 1994. Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2018

LODI, Ana Cláudia Balieiro. **Plurilingüismo e surdez: uma leitura bakhtiniana da história da educação dos surdos.** Educação e Pesquisa, São Paulo, v. 31, n. 3, p. 409-424, set./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ep/v31n3/a06v31n3.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2017

UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Declaração de Incheon educação 2030:** rumo a uma educação de qualidade inclusiva e equitativa e à educação ao longo da vida para todos. Brasília, DF: UNESCO, 2015. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002331/233137por.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2018.





**GP5**

**GÊNERO, SEXUALIDADE, CRIME E  
VIOLÊNCIA**

Coordenação:

Profa. Dra. Marília Montenegro Pessoa de Mello (UNICAP/UFPE)

Prof. Dr. Roberto Efrem Filho (UFPB)



# VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: QUEM SÃO OS AGRESSORES? UM ESTUDO COM BASE NO NÚCLEO REFLEXIVO DE HOMENS AUTORES DE VIOLÊNCIA NA CIDADE DE JABOATÃO DOS GUARARAPES/PE

*Anabel Guedes Pessoa Nolasco*  
(Universidade Federal Rural de Pernambuco)  
anabelgpessoa@gmail.com

**RESUMO:** Este trabalho pretende compreender os grupos reflexivos de homens autores de violência doméstica à partir do estudo de caso do núcleo reflexivo de autores de violência do Município de Jaboatão dos Guararapes/PE. O problema da pesquisa é se pode minorar as consequências dessa modalidade de conflito. Esses grupos podem indicar novos caminhos para pensar a violência doméstica no Brasil, diante do processo criminal tradicional que não oferece resposta satisfatória. A Lei Maria da Penha - 11.340/06, onde cria mecanismo para coibir a violência doméstica e familiar é a base para desenvolver o entendimento do grupo reflexivo sobre o homem agressor e a possibilidade de minorar essa relação de violência doméstica.

**Palavras-chave:** Homem agressor. Violência doméstica. Lei Maria da Penha.

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade tem na sua essência o entendimento que o homem autor de violência doméstica é o ser que deve ser “banido” do meio e cumprir o “rigor da lei”, fazendo valer simplesmente a força legal para uma ação brutal, mas com o passar dos tempos, alguns grupos entenderam que encarcerar, banir ou outra coisa do tipo não seria solução adequada para este “ser”, surgindo assim em vários momentos e países o atendimento ao homem, mas os percalços são grandes, devido a incompreensão dessa “reeducação”, da disponibilidade de tentar mudar um ser violento ou simplesmente fazer com que mude o pensamento... O fato de tentar cooperar com o homem, não muda a situação dele ser o agressor, é ajudá-lo para prevenir novas violências contra sua companheira ou até mesmo outras mulheres...

Assim, o movimento feminista vem ao longo da história tentar criticar essa postura de “ajuda” ao homem autor de violência, afirmando que alguns momentos os investimentos públicos são escassos e por isso só devemos ter um olhar de ajuda para a mulher vítima.... Claro que o alvo da situação da violência doméstica é a mulher, mas se não “articular” uma ajuda para este homem, essa mesma mulher poderá ser vítima em outro momento ou outras mulheres serão!

Logo, compreender um pouco da história do movimento feminista passa por movimentos temporais, chamados de primeira onda, segunda onda e terceira onda, onde estes representam historicamente os momentos dos movimentos feministas que surgem no transcorrer da nossa história mundial.

A primeira onda vai se referir ao período ocorrido no século XIX e fim do século XX no Reino Unido e nos Estados Unidos, onde surge o movimento feminista, nasce como movimento liberal de luta das mulheres como foco na promoção da igualdade nas relações civis, políticos e

educativos entre homens e mulheres, e a oposição de casamentos arranjados e da mulher casada como propriedade dos seus maridos. Logo no fim do século XIX o ativismo passou a focar na conquista do poder político, especialmente o direito ao sufrágio por parte das mulheres, que estruturou-se na Inglaterra, na França, nos Estados Unidos e na Espanha, influenciando nesta fase o surgimento do feminismo. O objetivo era a luta contra a discriminação das mulheres e pela garantia de direito, inclusive do direito ao voto (GASPARETTO, 2018, p. 01).

Segundo Fraser (2007, p. 292), a segunda onda feminista é dividida em três fases: a primeira ligada aos movimentos sociais que emergiam nos anos 60; a segunda gira em torno da órbita política de identidades e a terceira fase o feminismo é cada vez mais praticado como política transnacional, em espaços transnacionais emergentes. Neste mesmo movimento de segunda onda, o feminismo começa como um dos novos movimentos sociais que desafiaram as estruturas normatizadoras da social-democracia pós Segunda Guerra. Originou-se como parte de um esforço maior para transformar o imaginário político economicista que tinha centrado a atenção em problemas de distribuição entre as classes. Em outro momento da segunda onda, o feminismo se preocupou com a cultura e foi atraído para a órbita da política de identidade. Apesar de o feminismo não ter sido notado àquela época, a sua fase de política de identidade coincidiu com o desdobramento histórico mais amplo: o esgarçamento da pressão do neoliberalismo global.

A terceira onda do feminismo começou no início da década de 1990, como um resposta às supostas falhas da segunda onda, e também como uma retaliação a iniciativas e movimentos criados pela segunda onda. O feminismo da terceira onda visa desafiar ou evitar aquilo que vê como as definições essencialistas da feminilidade feitas pela segunda onda que colocaria ênfase demais nas experiências das mulheres brancas de classe média-alta. Uma interpretação pós-estruturalista do gênero e da sexualidade é central à maior parte da ideologia da terceira onda. As feministas da terceira onda frequentemente enfatizam a "micropolítica", e desafiam os paradigmas da segunda onda sobre o que é e o que não é bom para as mulheres. A terceira onda teve sua origem no meio da década de 1980; líderes feministas com raízes na segunda onda, como Gloria Anzaldua, Bell Hooks, Chela Sandoval, Cherrie Moraga, Audre Lorde, Maxine Hong Kingston, e diversas outras feministas negras, procuraram negociar um espaço dentro da esfera feminista para a consideração de subjetividades relacionadas à raça (FRASER, 2007, p. 298).

Diante da construção de idéias sobre a postura da mulher e a questão da violência doméstica já constatada no mundo, fora também observada no decorrer da história e em alguns países, algumas formas de enfrentamento. Verifica-se na França, nos anos 1965/70 junto com os movimentos feministas, as mulheres organizaram então redes de solidariedade, informais no

início, que se transformara rapidamente em C.H.R.S (Centro de Abrigamento e Reinserção Social). Em 1978, nasce o primeiro Centro de Abrigamento S.O.S Femmes, criado para possibilitar a saída da mulher de casa financiado pelo Estado. Os Centros são divididos entre abrigamento de reinserção, abrigamento de urgência, além de atendimento de crianças e adolescentes, intervenção nas escolas sobre sexismo, violência, preconceito, dentre outros (ARAÚJO; DURAND; SILVEIRA, 2016, p. 05).

As primeiras experiências com homens autores de violência aconteceram no fim da década de 70 e início de 80 nos EUA e Canadá, no intuito de não substituir, mas sim, complementar as iniciativas de prevenção destinadas às mulheres e responsabilizar a pessoa autora de violência. A iniciativa fora desenvolvida por instituições que já atuavam com mulheres vítimas de violência, por grupos de homens pró feministas, por instituições de serviço social, de saúde mental e organizações religiosas. Vale ressaltar, que os órgãos internacionais e governos na sua maioria dos países reconhecem a importância desse fenômeno, isto se deve em grande parte ao trabalho realizado desde a década de 1970 por diversos grupos, sendo os movimentos de mulheres e feministas seus articuladores (COSTA; BÜCHELE, 2011, p. 724).

Essas experiências tinham como objetivo “não suplantam ou substituir, mas sim, complementar as iniciativas voltadas à atenção e prevenção já destinadas às mulheres e responsabilizar a pessoa autora da violência” (ARAÚJO; DURAND; SILVEIRA, 2016, p. 05). O objetivo originário dos trabalhos realizados nos EUA e Canadá, inicialmente, era complementar as ações de atenção e prevenção à violência contra as mulheres e partir da leitura de que a responsabilidade primária pela prática dessa violência recai sobre aquele que a exerce.

Vale ressaltar que neste período 70 para 80 nos EUA, Minnesota, surge o “modelo de Duluth”, de abordagem feminista que conceitualiza a violência como resultado de uma sociedade patriarcal e desde modelo surge alternativas para o atendimento do homem agressor. Esse modelo tem como objetivos centrais coordenar as instituições como policiais, saúde, rede de apoio a vítima, que lidam com os casos de violência contra mulher, tendo como principal preocupação garantir a segurança a vítimas. E tem como pilares o princípio de que a responsabilidade pela mudança de comportamento do agressor deve recair, não apenas sobre este, mas sobre toda a comunidade, sendo uma das responsabilidades da comunidade e da sociedade a promoção de novas estratégias educativas e a promoção dos princípios da igualdade, o combate à “violência socializada” e às crenças e atitudes que sustentam ou legitimam a prática de atos violentos; o princípio de que a proteção da vítima é sempre uma prioridade na intervenção com os agressores (COSTA; BÜCHELE, 2011, p. 725).

Meados de 90 no Brasil começam a existir trabalhos realizados com homens autores de violência contra a mulher, mesmo antes da implementação da Lei Maria da Penha. Desenvolvido pelo ISER (Instituto de Estudos da Religião) no Estado do Rio de Janeiro. Além deste, há outros em demais Estados do País como, Minas Gerais, a ONG Instituto Albam (desde de 2005), o Projeto Andros, cuja adesão ao programa é determinada através de sentença judicial pela Vara de Violência, como também o Instituto Papai, do Recife, Instituto Promundo e Instituto Noos, do Rio de Janeiro, bem como no Centro Especial de Orientação à Mulher Zuzu Angel, de São Gonçalo (Rj) (LEITE; LOPES, 2013, p. 66).

## **2 GRUPOS REFLEXIVOS NO BRASIL**

A trajetória dos atendimentos a homens autores de violência contra a mulher no Brasil, não é muito longa, também sem muito apoio efetivo. Inicia por meio de financiamentos de órgãos públicos, para projetos realizados por instituições da sociedade civil que terminaram servindo de base, a metodologia de trabalho, para órgãos públicos que mais adiante resolveram atuar. Inicialmente, quem apoiou essas iniciativas fora a Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp) e o Departamento Penitenciário (Depen), onde buscavam fomentar políticas de penas alternativas (ATALLAH; AMADO; GAUDIOSO, 2013, p. 65).

Alguns desses projetos estavam sob esfera da Lei 9.099/95 Lei dos Crimes de Menor Potencial Ofensivo, onde alguns Juizados Especiais Criminais (Jecrims) percebiam que as sanções previstas na lei não eram adequadas para os casos ligados à violência doméstica e buscavam alternativas às penas pecuniárias e de prestação de serviços. Percebia-se que a violência doméstica tinha uma particularidade com relação aos outros crimes quando enquadrados a Lei 9.099. Logo o pagamento de cestas básicas torna-se o marco sobre a necessidade de rever o tratamento para as situações que envolviam violência doméstica. Ocorrendo com que a pena pecuniária fosse a fase visível de todo um processo que apenas contribuía para a impunidade repetida nos casos de violência contra mulher (ATALLAH; AMADO; GAUDIOSO, 2013, p. 66).

Na verdade, as denúncias em nada contribuía para interromper a violência, assim os grupos reflexivos começam a se destacar como alternativa possível de uma pena que seria de responsabilizar o autor e fazer com que ele reflita. Vale ressaltar, que muitas das denúncias são tentativas na esperança não apenas de punição, mas principalmente, de transformação do autor de violência.

As entidades financiadoras dos projetos, ainda na Lei 9.099/95, sofriam descontinuidade nos investimentos, interrompendo os atendimentos e acompanhamentos dos homens autores de

violência, com isso mostrava que não existia um comprometimento por parte dos órgãos públicos financiadores por tratar como políticas públicas. Logo, não tinha apoio em nenhuma esfera municipal, estadual, muito menos federal.

Além da descontinuidade do investimento, outra situação nesse período foi a relação com os serviços de atendimento à mulher e algumas instituições ligada aos direitos das mulheres. Tendo em vista que o serviço de atendimento ao homem sempre foi visto como reservas pelo movimento de mulheres. Existindo desconfiança com os resultados, além das críticas voltadas para área financeira, onde o argumento era que os recursos poderiam ser destinados ao reforço das iniciativas para as mulheres. (ATALLAH; AMADO; GAUDIOSO, 2013, p. 67)

Os projetos foram desenvolvendo-se, mesmo que lentamente, a cada momento entidades tomava conhecimento dos grupos reflexivos e os encaminhamentos iriam acontecendo. Os homens passaram a ser encaminhados diretamente pelas delegacias e pelos serviços de atendimento às mulheres, sua maioria era participantes oriundos do juizados e por meio de aplicação de penas ou medidas alternativas. (ATALLAH; AMADO; GAUDIOSO, 2013, p. 69).

Em 2002, alguns anos após a condenação do Brasil na Corte de Justiça da Organização dos Estados Americanos (OEA) por omissão no caso de violência sofrida por Maira da Penha Fernandes, um consórcio de instituições e juristas feministas se formou com o intuito de propor uma nova lei. A Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM), em 2004, cria um grupo Interministerial para examinar a proposta oriunda desse “consórcio” e apresenta o PL 4.559/04 na Câmara dos Deputados. A lei foi sanionada e entrou em vigor no ano de 2006 (LEITE; LOPES, 2013, p. 20).

Com o advento da Lei Maria da Penha, constitui-se um dispositivo legal sistêmico, com desdobramento em várias áreas do Direito e, principalmente, indicando-se o compartilhamento de responsabilidades visando ao enfrentamento da violência. Ao se firmar como uma legislação específica destinada ao fenômeno “violência doméstica contra a mulher”, a Lei 11.340/2006 não apenas se constrói a partir de uma perspectiva que observa esse crime de modo mais integral e complexo, mas, em conformidade com isso, propõe um conjunto de ações que amplia o escopo do âmbito estritamente penal para a sua constituição como uma política afirmativa e sistêmica de enfrentamento a esta modalidade de violência. Nesse sentido, vale destacar a ampliação dos sentidos de violência a serem criminalizados (a partir da tipificação penal das cinco modalidades inscritas na lei: “física”, “psicológica”, “sexual”, “patrimonial” e “moral”), a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (com competência para julgar processos civis e criminais), a previsão e estímulo à criação e consolidação de uma diversificada rede de assistência

(incluindo, entre outros equipamentos, casas-abrigos, centros de referência da mulher, serviços de educação e responsabilização para autores de violência doméstica), o estabelecimento de algumas garantias sociais às mulheres (por exemplo, a inclusão, por tempo determinado, em programas assistenciais do governo; a garantia do afastamento do posto de trabalho, sem implicar rompimento de vínculo, quando a integridade física estiver ameaçada), a previsão das medidas protetivas e do tempo máximo de 48 horas para a sua apreciação pelos juízes; a estipulação e planejamento de campanhas e atividades de prevenção centradas no combate ao machismo; e a criação de programas continuados de qualificação e formação para os operadores de Direito desse campo. Outra importante inovação sancionada com a lei é a possibilidade de o juiz determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de caráter educativo. (LEITE; LOPES, 2013, p. 21)

Com o surgimento da Lei Maria da Penha, toma-se um novo fôlego na construção de políticas voltadas para violência contra a mulher. Passa, então, atender os compromissos assumidos pelo Brasil em tratados internacionais a respostas à antiga reivindicação dos movimentos feministas brasileiros que apontavam a ausência de uma legislação específica sobre o tema como um dos principais obstáculos ao enfrentamento dessa violência. O Juizado da Violência Doméstica e familiar vem a existir mostrando a necessidade de uma nova configuração do Poder Judiciário e a adoção de novos procedimentos para cumprir os requisitos previstos na lei. Nasce com o Juizado específico um novo marco legal, os processos deixaram de ser tratados pelos Jecrims<sup>1</sup> e, desse modo, foi restaurada a realização de inquérito policial para apurar o crime. Além disso, o delito também deixou de ser considerado de “menor potencial ofensivo”, aumentou-se a pena de reclusão para o crime de violência doméstica, tornando possível a prisão do autor de violência (em flagrante, descumprimento de medida protetiva ou como sentença final) e inviabilizando atribuição de penas pecuniárias e outros recursos despenalizantes da lei anterior. A própria Lei passa a trazer uma previsão de atuação de equipes multidisciplinares com o objetivo de subsidiar os juízes com informações durante as audiências, como também o desenvolvimento e prevenção voltados não apenas para as vítimas, mas também para o autor e demais familiares envolvidos (LIMA; BÜCHELE, 2011, p. 730).

Na esfera federal, começa a pensar em investimentos pelo próprio Ministério da Justiça, a Secretaria de Política para as Mulheres promove eventos com o intuito de debater a natureza e os objetivos dos serviços. No entanto, pouco avançava na definição sobre o que parecia ser uma

---

<sup>1</sup> Juizado Especial Criminal também conhecido por JECrim, é um órgão da estrutura do Poder Judiciário brasileiro destinado a promover a conciliação, o julgamento e a execução de qualquer infração de menor potencial ofensivo.

dicotomia sobre a natureza de um programa, ao mesmo tempo punitivo e reflexivo. Com relação a Lei Maria da Penha, ficava evidente uma preocupação em não criar qualquer espaço que fosse avaliado como possível desconfiguração da mesma. Por isso, a suspensão condicional do processo, mais do que um instrumento avaliado como ineficaz, era visto como algo que flexibilizava a lei e que, portanto, se instituído, poderia gerar novas aberturas que resultariam na sua descaracterização (ATALLAH; AMADO; GAUDIOSO, 2013, p. 71).

### **3 GRUPO REFLEXIVOS E SUAS AÇÕES**

O trabalho com homens autores de violência doméstica e familiar contra a mulher, no âmbito do Direito, é uma inovação proposta na Lei Maria da Penha como um dos mecanismos de enfrentamento à violência contra a mulher. Com caráter reflexivo/educativo, essa ação, destinada aos homens a partir de um processo judicial, já tem sido implementada em muitas comarcas espalhadas pelo Brasil como ferramenta para promoção da proteção à mulher.

Sobre o trabalho a ser desenvolvido com os homens, o Art. 35 da referida lei orienta que o Estado poderá criar e promover, no limite das respectivas competências, centros de educação e de reabilitação para os autores de violência. O art. 45 propõe que “nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação”. Importa ressaltar que a lei não especifica como devam ser os “centros e programas”, a estrutura e forma de organização dessas ações; tão pouco diferencia ou conceitua as ações propostas, ali apresentadas como “educação”, “reabilitação”, “recuperação” ou “reeducação”.

De qualquer forma, a Lei Maria da Penha confere uma legitimidade política, nunca antes existente, para a implementação de ações com homens autores de violências, no mais importante instituto legal de proteção à mulher na história do Brasil. Para que a política de enfrentamento à violência contra a mulher seja aplicada de forma integral, deve-se buscar a combinação e o equilíbrio das medidas de prevenção, proteção, assistência e punibilidade. Sem negar a necessidade de respostas penais, é importante destacar que somente estas não promoverão mudanças culturais, se aplicadas isoladamente, em detrimento de outras igualmente relevantes, uma vez que estudos no mundo inteiro comprovam o fracasso da prisão como intervenção preventiva e educadora (LEITE; LOPES, 2013, p. 23).

As ações propostas pelos artigos 35 e 45 da lei 11.340/06 têm-se concretizado na maioria das experiências desenvolvidas no Brasil como grupos de caráter educativo e reflexivo, com metodologias e perspectivas teóricas bastante diversas. Porém, é possível verificar que é comum



nessas iniciativas a prerrogativa de contribuir para a responsabilização dos homens autores de violência doméstica, promovendo discussões sobre as masculinidades e as relações de gênero. Contudo, cabe indagar-se a respeito do que significa “responsabilização” e, ao mesmo tempo e em associação com isso, sobre o que se pretende com estas ações. Nessa direção, retomando a defesa do caráter intersubjetivo das relações e, a partir delas, das situações de violência, reafirmarmos o que Fernando Acosta e Barbara Musumeci Soares (2011), em uma “proposta para elaboração de parâmetros técnicos”, propuseram a respeito dos grupos e de seus propósitos:

Basicamente, o que se busca é ajudar aos seus membros a resgatar as competências do diálogo, o qual, em algum momento foi substituído pela violência. Porém, o que realmente diferencia os grupos reflexivos das demais iniciativas de caráter punitivo é que se busca, aqui, atuar exatamente no coração da violência, ou seja, no terreno onde ela se constrói e, por isso, pode ser desconstruída: o campo da subjetividade. Entende-se que, somente através de processos capazes de alcançar a dimensão subjetiva, os indivíduos estarão realmente implicados em um processo de transformação de suas percepções e comportamentos (ACOSTA; SOARES, 2011 *apud* LEITE; LOPES, 2013, p. 27).

Vale destacar que este diálogo que se pretende resgatar a partir do trabalho com o homem autor da violência não é necessariamente, ou em um primeiro momento, realizado junto com a mulher vítima da violência, uma vez que, em muitos casos, dada a extrema gravidade e o risco de revitimização, são necessários a garantia da segurança e o afastamento integral do homem, e, para isto, existem medidas adequadas no rol das protetivas da LMP. Quando se fala em resgatar as competências do diálogo, entende-se de maneira sistêmica, trabalhar os aspectos relativos à masculinidade e ao uso da violência nas relações como dispositivo de poder, subjugando a capacidade de resolução dos conflitos por meio do diálogo e do respeito ao diferente. É considerando esse horizonte reflexivo que se propõe o entendimento da violência doméstica, dos atores envolvidos e das respostas possíveis a essas situações.

Foi observado que os grupos reflexivos funcionam a partir de duas perspectivas que poderíamos agrupar: punitivo- educativo e reflexivo-educativo. Quando a ênfase é punitiva, algumas características prevalecem sobre outras. Os homens em um grupo reflexivo punitivo-educativo tenderão a ser mais passivos e observadores, o processo educativo se dará com conteúdos mais fechados e previamente estabelecidos pela equipe de atendimento. Já no caso reflexivo-educativo, os homens são convidados à participação como sujeitos ativos do processo de construção do grupo reflexivo. Nesse caso, as reflexões se darão pela criação de um espaço de liberdade de expressão. O processo de aprendizagem se dará por participação ativa na criação de laços sociais que permitam a não violência. (ATALLAH; AMADO; GAUDIOSO, 2013, p. 74).

#### **4 GRUPO REFLEXIVO DA VARA DE VIOLÊNCIA CONTRA MULHER - JABOATÃO DOS GUARARAPES/PE**

Nossa pesquisa, ainda iniciando, passa a ser baseada nas ações junto aos autores de violência doméstica no Art. 30 e 35 V da Lei Maria da Penha (11.340/06), onde cabe a equipe multidisciplinar desenvolver trabalhos de conscientização, orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas com o olhar para o autor e a criação de centros de educação e de reabilitação para os agressores. O objetivo é a efetivação do Artigo 45 da mesma lei, no qual aponta que o “juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação”, o que reforça a necessidade de uma atuação junto com os autores da violência doméstica.

A relevância deve-se ao fato do mesmo contribuir para a diminuição das violências e a prevenção da reincidência infracional dos sujeitos masculinos na Lei Maria da Penha, 11.340/2006 no âmbito do Município de Jaboatão dos Guararapes em Pernambuco. Logo, essa rede de proteção que encontra-se neste local passa pelo atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica, assegurando o direito de viver livre desse modo de violência. Dentro dessa rede de enfrentamento está a Vara de Violência Contra Mulher, na Comarca de Jaboatão dos Guararapes/PE, onde nosso estudo tem foco.

O quadro de funcionários da vara estão as equipes multidisciplinares formada por duas psicólogas e uma assistente social, onde cada profissional atuará segundo as normas e competências de suas especialidades. O papel do psicólogo enquanto analista judiciário, fica

a incumbência de colocar seus conhecimentos à disposição do juiz, assessorando-o em aspectos relevantes para determinadas ações judiciais. Também cabe a esse informar a realidade psicológica dos agentes envolvidos, que ultrapassa a literalidade da lei, aonde, de outra forma, essas informações não chegariam ao conhecimento do julgador por se tratar de um trabalho que vai além da mera exposição dos fatos. Trata-se de uma análise aprofundada do contexto em que essas pessoas que procuram o Judiciário estão inseridas, inclui aspectos conscientes e inconscientes, verbais e não-verbais, autênticos e não-autênticos, individualizados e grupais, que mobilizam os indivíduos às condutas humanas .

No Manual de Rotinas e Estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (CNJ, 2010. p. 41 e 43), constam as competências da equipe multidisciplinar. Ao psicólogo, segundo o mesmo, cabe realizar os relatórios a partir da avaliação psicológica, se valendo da entrevista psicológica e intervenções verbais, como também instrumentos técnicos. Devido à celeridade do trâmite processual, alguns procedimentos ficam inviáveis. No entanto,

caso se necessite do exame psíquico, onde se faça necessário o estabelecimento de uma relação terapêutica, o mais adequado é que esses devam ser encaminhados para rede de saúde mental que dispõe o Executivo.

A equipe multidisciplinar compete, conforme o mesmo manual, realizar intervenções junto à vítima, o agressor/réu e a família. Dentre suas atribuições estão: preenchimento de ficha de atendimento com dados pessoais; realizar entrevista de avaliação psicológica e social da vítima e do agressor; emitir laudos e pareceres; realizar encaminhamentos da vítima e do agressor a rede social e realizar acompanhamento; presidir grupos de reflexão para homens autores de violência; realizar visita domiciliares; atuar na promoção a rede de atendimento aos homens autores de violência doméstica; conhecer e contribuir para articulação, fortalecimento e mobilização da rede de serviços as mulheres em situação de violência doméstica e familiar (CNJ, 2010, p. 43).

Diante dessas intervenções que são solicitadas para a equipe multidisciplinar da Varas da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a Comarca de Jaboatão dos Guararapes/PE, vem desenvolvendo em requerimento ao atendimento ao agressor, grupos com esses autores de violência doméstica contra a mulher, com o apoio do Juiz da Comarca. No intuito de trabalhar com “uma análise aprofundada do contexto” e de se debruçar para além da mera “exposição dos fatos”, foi possível identificar que para acatar a demanda da violência doméstica contra a mulher, se faz necessário uma atuação que abarque todos os envolvidos no enredo dessa história. Ou seja, seria imprescindível atuar junto ao autor de violência doméstica e não apenas a mulher em situação de violência.

Para isso, estamos baseando nossas ações junto aos autores de violência doméstica no Art. 30, da lei Maria da Penha (11.340/06), onde cabe a equipe multidisciplinar desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas voltadas para o autor. Além disso, o nosso intuito é objetivar a efetivação do artigo 45 da mesma lei, no qual aponta que o “juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação”, o que reforça a necessidade de uma atuação junto com os autores da violência doméstica.

A importância da pesquisa deve-se ao fato do grupo reflexivo de homens autores de violência doméstica contribuir para diminuição das violências e, principalmente, a prevenção da reincidência dos sujeitos masculinos na Lei Maria da Penha – 11.340/2006.

## 5 CONCLUSÃO

Na tentativa de apresentar um panorama geral das práticas de intervenção com homens, não podemos deixar de destacar que ainda estamos iniciando uma trajetória de pesquisas e reflexões críticas sobre este tipo de trabalho no Brasil e temos de estar alertas para a real demanda trazida pela Lei Maria da Penha, sob risco da implementação de ações incompatíveis com a natureza e a dinâmica da violência que queremos enfrentar.

Porém, para que a lei cumpra a sua função social, que é garantir a proteção integral da mulher e fazer cessar definitivamente a violência, é preciso avançar na constituição de uma rede de proteção pelo Estado (Centros de Referência, Núcleos de Atendimento, Casas-abrigo, Casas de Acolhimento Provisório, Delegacias Especializadas, Núcleos nas Defensorias Públicas, Promotorias Especializadas, Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar), sendo necessário, ainda, uma postura de mais comprometimento das instâncias judiciais no sentido de promoverem, além da aplicação de medidas de caráter repressivo de acordo com o contexto da criminalidade, a aplicação de medidas de caráter educativo, visando mudanças estruturais no contexto da cultura da violência no Brasil (LEITE; LOPES, 2013, p. 28).

Para isso, um dos grandes avanços da lei Maria da Penha - 11.386/ foi possibilitar as intervenções de caráter educativo com os homens autores de violência. Leite e Lopes (2013, p. 24) comenta que não é possível a mudança radical quando se trabalha exclusivamente com a vítima, e afirma que o trabalho somente com a mulher em situação de vitimização pode tornar o homem ainda mais violento, pela percepção das mudanças naquela.

A modalidade de participação em grupos de caráter educativo/reflexivo é resultado de experiências e estudos de décadas no contexto da violência contra a mulher, e, agora, a partir da sua acolhida pela lei, é possível ampliar os resultados, disseminando e estruturando as práticas pelo Brasil. Contudo, por ser um trabalho desenvolvido diretamente com o homem (tendo como perspectiva o fim da violência contra a mulher); por demandar metodologia própria e equipes especializadas; e pela tendência ao encarceramento, os grupos de caráter educativo/reflexivo ainda são pouco aplicados, com algumas experiências espalhadas principalmente nas capitais brasileiras.

Certa resistência dos movimentos feministas ao trabalho com homens tem sua razão de ser na constatação de que os recursos já escassos para a proteção e o fortalecimento das mulheres deixem de ser empregados diretamente para a formulação de programas e ações destinados à mulher (como casas de abrigo, delegacias e juizados especializados) e sejam novamente (como tendência histórica de subestimar as necessidades específicas das mulheres) priorizadas as

ações destinadas ao trabalho com homens. Esta análise é coerente e deve ser considerada a partir de mecanismos de controle social que exijam a destinação de recursos para o estabelecimento da rede de proteção. Porém, essa necessidade não invalida outra, de assumir uma postura comprometida com uma mudança cultural, que somente se concretizará se as políticas em prol do fim da violência tiverem incluídas em seu bojo ações de caráter educativo, que desnaturalizem a violência e promovam verdadeiras e estruturantes mudanças no comportamento dos homens autores de violência (LEITE; LOPES, 2013, p. 29).

Uma vez que o grupo reflexivo está focado na violência contra a mulher, não deve ser entendido em sentido estrito como um serviço “para homens”, mas como ação destinada a interromper ciclos de violências de gênero e intrafamiliar, promovendo o fim da violência contra as mulheres.

Como um meio de alertar sobre os desafios que se impõem com o serviço para homens, vale a conclusão de Gregori (1993, p. 97) sobre as razões que conduziram ao fracasso dos grupos destinados às “mulheres vítimas de violência” promovidos pelo SOS Mulher: Tentar modificar “consciências” mediante um procedimento discursivo (que, inclusive, dava prioridade à troca de opiniões) não deu certo. Mas esse fracasso é revelador: nos ensina que as “consciências” mudam em um processo certamente lento, no qual os costumes, e também as crenças e valores, só podem ser modificados a partir de uma perspectiva cultural mais abrangente.

É fundamental, portanto, para que essa modalidade de ação possa ser determinada pelas instâncias legais, que se constituam estruturas adequadas, com profissionais especializados, metodologia desenvolvida, espaços para a realização dos grupos, acompanhamento e avaliação sistemáticos, enfim, investimento e comprometimento do Estado, uma vez que são mecanismos agora investidos de caráter de política pública.

## REFERÊNCIAS

ACOSTA, Fernando; SOARES, Bárbara Musumeci. **Serviços de educação e responsabilização para homens autores de violência contra mulheres: proposta para elaboração de parâmetros técnicos**. Rio de Janeiro: Iser/Depen/MJ, 2011. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/43576976.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

ATALLAH, Raul; AMADO, Roberto; GAUDIOSO, Pierre. Experiências no trabalho com homens autores de violência doméstica: reflexões a partir da experiência do SerH. *In*: LOPES, Paulo; LEITE, Fabiana (Orgs.). **Atendimento a homens autores de violência doméstica: desafios à política pública**. Rio de Janeiro: Iser, 2013. Disponível em: < [http://www.iser.org.br/site/wp-content/uploads/2013/11/homens\\_miolo\\_9nov\\_.pdf](http://www.iser.org.br/site/wp-content/uploads/2013/11/homens_miolo_9nov_.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2018.

ARAÚJO, Rosaly; DURAND, Véronique; SILVEIRA, Elionai. **E por falar em homens...** disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/documents/1252286/1369258/E+por+falar+em+homens....pdf/e4db9187-f4d1-4ba1-aab9-8781fad067c6>. Acesso em: 05 out. 2018.

CNJ. **Manual de Rotinas e Estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.** Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/0b78d517c13e632658a0780027c6bd0b.pdf>. Acesso em: 05 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §. 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União, 8 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei N.º 4.559-B, DE 2004.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, e dá outras providências; tendo pareceres da Comissão de Seguridade Social e Família, pela aprovação deste, com substitutivo e pela rejeição dos de nºs 4958/2005 e 5335/2005. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=359376&file](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=359376&file). Acesso em: 05 out. 2018.

FRASER, Nancy. Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação. *In: Revista Estudos Feministas*, vol. 15, núm. 2, maio-agosto, 2007, pp. 291-308, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis.

GASPARETTO, Antônio Júnior. **Segunda onda feminista.** Disponível em: <<http://sosmulherfamilia.blogspot.com/2017/02/segunda-onda-feminista.html>>. Acesso em: 06 ago. 2018.

GREGORI, Maria Filomena. **Cenas e queixas:** um estudo sobre mulheres, reações violentas e práticas feministas. São Paulo: ANPOCS/Paz e Terra, 1993.

LIMA, Daniel; BÜCHELE, Fátima. Revisão crítica sobre o atendimento a homens autores de violência doméstica e familiar contra as mulheres. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**, vol. 21, n.º. 2, abril-junio, 2011, pp. 721-473. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Brasil.

LEITE, Fabiana; LOPES, Paulo Victor Leite. Serviços de educação e responsabilização para homens autores de violência contra mulheres: as possibilidades de intervenção em uma perspectiva institucional de gênero. *In: LOPES, Paulo; LEITE, Fabiana (Orgs.). Atendimento a homens autores de violência doméstica:* desafios à política pública. Rio de Janeiro: Iser, 2013. Disponível em: <[http://www.iser.org.br/site/wp-content/uploads/2013/11/homens\\_miolos\\_9nov.pdf](http://www.iser.org.br/site/wp-content/uploads/2013/11/homens_miolos_9nov.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2018.

## A GENEALOGIA DO ESTUPRO NO BRASIL

*Andrea Almeida Campos*  
(UNICAP)

andreaalmcampos@gmail.com

*Maria Cristina Lopes de Almeida Amazonas*  
(UNICAP)

crisamaz@gmail.com

**RESUMO:** A presente pesquisa tem por objetivo realizar a genealogia da noção de estupro no Brasil e analisar as forças que reiteradamente estiveram em jogo na história brasileira a engendram essa noção que, longe de se mostrar estática e com um significado absoluto e irreduzível, tem-se mostrado mutável e contingente. No decorrer da história do Brasil, a noção de estupro tanto nas acepções sociais como em sua tipificação sofreu transformações tanto na própria conceituação da prática, como na determinação de quem seriam os seus autores contra os quais seria possível a execução da pena prevista em lei. Observar-se-á o jogo de forças que engendra a noção de estupro não como se obedientes a uma destinação ou mecânica, mas sim, ao acaso da luta, uma vez que elas surgem no aleatório singular do acontecimento envolvendo a luta pela dominação. Como ferramenta metodológica é utilizada a genealogia tal como proposta por Michel Foucault.

**Palavras-chave:** Genealogia. Estupro. Brasil.

### 1 INTRODUÇÃO

Na Introdução do volume 2 da História da Sexualidade de autoria de Michel Foucault (2007), o mesmo discorre sobre as modificações empreendidas em seu método de pesquisa. Nessas modificações, Foucault engendra o conceito de experiência e o método genealógico. Essas modificações caracterizam como se dará a trilha que tem por objeto traçar uma genealogia do estupro. O que se propõe não é fazer uma história linear e sucessiva das práticas e condutas sexuais que recebem a denominação de estupro, mas as suas interrupções e contingências nas quais não são perscrutadas as marcas de uma origem e de uma essência. O termo estupro tem a sua origem na palavra latina *stuprum* que significa “manter relações culpáveis”. Não é uma invenção moderna, nem clássica. O estupro não nasceu a partir de um marco civilizatório. Em suas origens não está a transgressão de uma lei, mas sim, a imposição de uma vontade de um sujeito sobre a vontade de um outro, fazendo prevalecer a vontade do mais forte, por conseguinte, a “lei” do mais forte. É uma prática na qual o jogo de forças e a sua correlação exsurge evidente. A etimologia da palavra ao designar as relações praticadas sob o conceito de estupro como “culpáveis”, insere em seu registro tanto elementos subjetivos como elementos objetivos, quais sejam, a “culpa” subjetiva não apenas daquele que o pratica, como também de quem sofre a ação, assim como aquilo que para uma cultura é marcado como “culpável”. Esse sentimento de culpabilidade das partes engendradas pela prática é atravessado, portanto, por processos de subjetivação, por formas de subjetividade, assim como, essas formas de subjetividade, por sua vez, estão correlacionadas com elementos objetivos em uma dada cultura, tais como, campos de saber

e tipos de normatividade. A essa articulação entre elementos subjetivos e objetivos, sendo esses últimos o que Jean Hypollite chamou de positividade e que, posteriormente, foi alcunhado por Foucault como dispositivo, dá-se o nome de “experiência”. Ao termos o “estupro” como objeto de estudo dessa experiência, verificamos que o mesmo, historicamente, foi modelado pelos efeitos dos mais diversos mecanismos de repressão, regramento e subjetivação. O estupro, portanto, não é um conceito estático e invariável no decorrer da história. Para Foucault (2007), estudar o que se refere à sexualidade apenas baseado em suas formas de interdição, não dá conta de sua história. O mesmo se pode falar em relação ao estupro. Apontar cronologicamente as regras sociais de interdição e de absolvição, por si só, não conceitua o estupro e, muito menos, é suficiente para a construção de sua narrativa histórica. Logo, para realizar uma genealogia do estupro e discorrer sobre o estupro como uma “experiência”, assim como falar da sexualidade, deve-se dispor de um instrumental adequado para a análise dos três eixos que constituem uma experiência, *in casu*, a experiência do estupro, nas palavras de Foucault (2007, p. 10), “ a formação dos saberes que a ela se referem, os sistemas de poder que regulam a sua prática e as formas pelas quais os indivíduos podem e devem se reconhecer como sujeitos dessa sexualidade”, nessa sentença, apenas substituiríamos o termo “sexualidade” pelo termo “estupro”, ou seja, as formas pelas quais os indivíduos se reconhecem como “estupradores” e como “estuprados”.

## **2 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O ESTUPRO**

Durante os períodos pré-históricos, do paleolítico ao neolítico, nos quais os seres humanos viviam nas chamadas hordas primitivas, termo forjado por Friedrich Engels (2005) em sua obra “A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado”, era comum a prática do estupro de machos humanos contra fêmeas humanas ou contra machos mais fracos. Utilizo as nomenclaturas “macho” e “fêmea” para enfatizar que a prática era comum e envolvia seres humanos que não haviam passado pelo processo de socialização, não haviam se tornado nem homens e nem mulheres, afinal, “não se nasce mulher, torna-se mulher” (BEAUVOIR, 1980, p. 9) e o mesmo se pode afirmar em relação aos homens. Pois bem, durante os tempos pré-históricos, nos quais as condições de sobrevivência eram adversas, mormente e mais ainda, quanto à fêmea humana, devido à sua maior vulnerabilidade no que tange à força muscular, era bem menor o número destas do que o número de machos humanos. O livre trânsito das pulsões humanas e a ausência de dispositivos de caráter repressivo tinha por resultado a prática corrente do estupro, a conjunção carnal forçada, a despeito da vontade da fêmea ou de um macho mais fraco. Logo, prevalecia a lei do mais forte até que fosse fundada uma ordem que submetesse a todos e as suas relações sociais



sob o império de uma mesma lei que constituiria a força de uma ordem normativa. Mas, a história do estupro é inaugurada, também, pela mitologia e pelos discursos religiosos. A prática é corrente desde a mitologia dos povos antigos tais como na Mitologia Grega na qual o deus Zeus transmuta-se em outros seres a fim de penetrar as humanas a despeito de suas vontades tal como o fez a Leda, transmutado em um cisne e tal como fez a Dânae, em forma de uma chuva de ouro. É através da prática do estupro que os primeiros romanos adquirem esposas, uma vez que eram escassas as mulheres entre os patrícios. As primeiras romanas, então, teriam sido as mulheres sabinas, raptadas pelos romanos ao seu povo vizinho e forçadas à prática da conjunção carnal a fim de que a civilização romana fosse inaugurada. O mesmo se pode dizer da nação brasileira que se iniciou com a contumaz prática de sexo forçado perpetrada pelos colonizadores contra as índias nativas, seguida pela violência sexual contra as escravas negras e contra as brancas de estrato social inferior. O estupro portanto é marcado como uma prática de conquista, de exercício de poder e de consolidação do domínio através da subjugação e do controle sexual dos corpos.

E como exercício de poder e de subjugação através do congresso carnal que pode dar a azo à fecundação e à reprodução, fazendo prevalecer sobre o povo vencido, o sangue do inimigo, a prática do estupro sempre foi corrente durante guerras e invasões. Era costume nas guerras da antiguidade que as mulheres e crianças do sexo feminino fossem violadas e sorteadas entre os soldados do exército vencedor junto a outros objetos como partes integrantes de seus espólios. Mesmo havendo o cristianismo firmado posição contrária ao estupro ao estabelecer que as únicas relações sexuais permitidas seriam aquelas praticadas no leito conjugal, a Bíblia narra em várias de suas passagens, a sua prática como um costume de guerra:

Seus crianças serão despedaçadas diante de seus olhos, suas casas serão saqueadas e as suas mulheres serão violentadas. (ISAÍAS, 13:16)

Eu reunirei todas as nações para uma guerra contra Jerusalém. A cidade será tomada pelo inimigo, as casas serão saqueadas; as mulheres, violentadas; a metade da cidade irá para o exílio, e apenas um resto do povo não será retirado da cidade. (ZACARIAS, 14:02)

Ainda nas passagens bíblicas, não podemos deixar de rememorar os versículos do livro dos Gênesis no qual as duas filhas de Lot, diante da escassez de homens, decidem por embriagar o próprio pai, a fim de com ele terem relações sexuais e engravidarem, dando seguimento à sua linhagem. Atualmente, a prática seria um perfeito exemplo de estupro contra pessoa vulnerável, qualificadamente punível em nosso Código Penal vigente.

E assim, o estupro como costume de guerra perpetuou-se como prática milenarmente reiterada. No século XX, durante a Primeira Guerra Mundial, houve uma maior regulação e contenção das violações sexuais, uma vez que as nações beligerantes eram nações cristãs. Isso não impediu que, ao final da guerra, exércitos formados com um grande contingente de mercenários e

estrangeiros praticassem o estupro contra as mulheres das nações derrotadas, mormente, as alemães. Posteriormente, com o advento da Segunda Guerra Mundial, o estupro voltou a ser sistematicamente praticado como forma de humilhação e assombramento dos povos inimigos. Um caso emblemático foi o Massacre de Nanquim, no qual foram perpetrados estupros em massa pelos japoneses contra as chinesas, que eram chamadas pelos violadores de “vasos higiênicos públicos” (VIKMAN, 2005). Surpreendentemente, os nazistas não foram adeptos da prática violadora, ao menos com a autorização de Hitler, que concebia o estupro, principalmente aquele perpetrado contra as judias, como crime contra a higienização da raça. Não foi essa a ideologia seguida pelo exército russo que, ao final da guerra, estipula-se terem estuprado cerca de dois milhões de mulheres e meninas alemães. E as barbáries sexuais praticadas nas duas grandes guerras mundiais do século XX e o horror que causaram não foram suficientes para arrefecer a continuidade da prática dos estupros de guerra. São amplamente conhecidos e divulgados os estupros cometidos pelo exército do Paquistão contra Bangladesh e aqueles durante a Guerra da Bósnia. Afora as situações de guerra, os crimes de estupro grassam em países nos quais os movimentos migratórios se dão acompanhados de choques religiosos. Mais uma vez, a prática implica na imposição de uma normatividade, da lei do mais forte ou de uma tábua normativa, inclusive, religiosa, sobre a vítima. Enfatizando que mesmo os estupros de guerra são regulados pelos exércitos, normatizados, incentivando-os ou coibindo-os.

Mas, não será, tão somente o tipo de normatividade a ser instituído que forjará a noção do que virá a ser ou não a prática de um estupro. Há que se levar em consideração, como já foi, anteriormente, suscitado, outras variáveis, tais como saberes diversos e formas de subjetivação, embora a análise das práticas discursivas, tais como aquelas de cunho normativo que engendra em si, relações de poder e de suas tecnologias seja uma variável inextricável na conformação da noção de estupro. É nesse ponto que o próprio método foucaultiano para a sua pesquisa sobre a sexualidade apresentou o seu grande desafio: o estudo dos modos pelos quais os indivíduos são levados a se reconhecerem como sujeitos sexuais sem levar em consideração, tão somente, a noção de desejo e a de sujeito desejante. O mesmo se pode dizer no que se refere ao estupro, uma vez que seria insuficiente analisar a experiência do estupro dispensando-se, para tanto, o desenvolvimento de uma análise histórica e crítica dos mesmos, ou seja, do desejo e do sujeito desejante. Para se fazer esse trabalho histórico e, ao mesmo tempo, crítico, Foucault propõe empreender uma “genealogia”. Em se tratando da noção de estupro, não se trataria de uma história das sucessivas concepções do estupro no decorrer da história, mas analisar as práticas nas

quais os indivíduos se reconhecem e se confessam como sujeitos estupradores ou sujeitos estuprados.

### **3 LEI E CULPA SELETIVA – ARTICULAÇÃO ENTRE ELEMENTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PARA A DESCRIÇÃO GENEALÓGICA**

As teorias contratualistas de paradigma hobbesiano nos dão conta de que, a fim de escaparem do caos em que viviam, os seres humanos fundaram o estado e o império da Lei a qual todos estariam submetidos (HOBBS, 2002). Assim nos diz Cesare Beccaria em sua obra-prima “Dos Delitos e das Penas”:

As leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de sua conservação. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade. (BECCARIA, 1997, p. 41)

No entanto, não eram todas as práticas da barbárie que faziam com que os seres humanos urgissem por leis que as refreassem, que as cessassem de modo a que pudessem viver em segurança e em paz. Segundo, ainda, Beccaria (1997, p.42) “faziam-se necessários motivos suficientes para dissuadir o espírito despótico de cada homem de novamente mergulhar as leis da sociedade no antigo caos”, já que “as mais sublimes verdades não bastaram para refrear por longo tempo as paixões suscitadas pelo vivo impacto dos objetos presentes”. (BECCARIA, 1997, p. 42)

Uma medida que poderia auxiliar na medição do quanto uma prática perversa mereceria uma maior punição, ou até mesmo, uma punição, estaria no elemento “culpa”. Quanto maior fosse esse sentimento no seio daquele que transgrediu, que infligiu a dor e o sofrimento a um outro, maior a legitimidade de uma punição. Como é sabido que nem todos experimentam, igualmente, o sentimento de culpa, existindo, até mesmo, aqueles que os desconhecem em razão de suas afecções mentais, esta culpa seria concebida como um sentimento próprio de toda uma coletividade, de toda uma cultura, como nos informa o sociólogo Sebastião Vila Nova:

O poder de coerção de uma norma pode muito bem ser medido pelos sentimentos de culpa que a sua violação desencadeia no transgressor. (...) Achar que uma norma é inviolável significa, para as pessoas, acreditar que a sua transgressão põe em risco a integração da própria sociedade. (VILA NOVA, 1995, p. 96-97)

Portanto, para que a “culpa” se expresse, mister que uma sociedade consolide determinados comportamentos como altamente reprováveis e ameaçadores à sobrevivência de suas estruturas. Em uma sociedade dita patriarcal, ou seja, em uma sociedade que é fundada no poder e sob o poder de um ser do sexo masculino, por norma, o mais forte ser humano masculino de um grupo, maior transgressão não haveria e mais suscitadora de sentimento de culpa do que o

assassinato desse pai, do pai da horda primitiva, ou seja, o parricídio. É sobre esse tema que trata a obra “Totem e Tabu” de Sigmund Freud. Leiamos, o que nos diz sobre esse tema, o seu autor em um outro trabalho de sua autoria “O Mal-Estar na Civilização”:

O sentimento sombrio de culpa que desde tempos remotos pesa sobre a humanidade, e que em algumas religiões se cristalizaria na suposição de uma *culpa primordial*, de um pecado original, é provavelmente a expressão de uma dívida de sangue contraída pela humanidade dos tempos primitivos. (FREUD, 2008, p. 138)

Logo, a nossa maior dívida de sangue, segundo Freud, seria decorrente do assassinato do pai da horda, quer esta tenha acontecido de fato ou não. Para Freud, essa culpa seria a base, inclusive, das religiões cristãs, de seus símbolos e de suas leis. Note-se que nesse mesmo patamar não estaria nem o matricídio, o assassinato da mãe, ou das mães da horda ou, nem o infanticídio, o assassinato dos filhos. Para estes crimes brutais, a culpa não se expressaria de forma grave naqueles que os houvesse praticado. Quanto à culpa pela prática do estupro, fosse contra mulheres ou contra os homens mais frágeis, esta, mesmo na prática desse crime macabro, historicamente, revelou-se, inclusive, inexistente. Pelo contrário. Não apenas a prática seria um “direito” dos homens sobre as mulheres de sua propriedade: esposas, irmãs, sobrinhas e filhas, como poderia se configurar como um troféu, uma conquista, uma expressão de exercício e de consolidação de poder quando as vítimas não pertencessem às suas famílias, às suas cidades, aos seus países.

#### **4 CONCEITO DA GENEALOGIA DO ESTUPRO COMO EXPERIÊNCIA.**

Passemos a falar, então, sobre o conceito de “genealogia”. Em “Assim falava Zaratustra”, o filósofo alemão Friedrich Nietzsche (2014) desenvolve a sua noção de “vontade de potência” como um anseio por domínio e poder. Este anseio busca se satisfazer através de uma luta por mais potência e dominação sobre os demais. Todos os seres vivos estariam engendrados em um jogo de forças no qual buscar-se-ia, por cada um, a subjugação e a imposição de si sobre o outro. Por essa teoria que foi denominada de Teoria das Forças por alguns comentadores da obra de Nietzsche, o universo inteiro seria constituído, em suas partes mais ínfimas, por forças em eterno conflito entre si. Inspirado pelo pensamento de Nietzsche, Michel Foucault forja as suas concepções de poder e de luta de forças, empreendendo um método genealógico próprio. No texto “Nietzsche, a Genealogia, a História”, o fulcro das análises de Foucault (2014) se desloca para uma genealogia das relações poder-saber. É, portanto, através desse instrumental teórico, genealógico, com fulcro na luta de forças envolvendo gênero, raça e classe social que se propões a analisar o estupro como “experiência”.

## 5 GENEALOGIA DO ESTUPRO E JOGOS DE VERDADE

A questão que ora se impõe é que podemos constatar que não apenas o estupro, incluindo aquele no qual se segue o assassinato da vítima constitui e constituiu uma prática corriqueira antes da inauguração da civilização, antes do início da história. Assassinatos brutais tais como os matricídios, os parricídios e os infanticídios eram correntes. O problema é que, apesar de muitos desses crimes monstruosos ainda ocorrerem no transcurso das civilizações, eles causam horror, repúdio, asco, ojeriza, maldição a seus autores. Urgem por duras e, até mesmo, cruéis punições para aqueles que os cometeram, tendo sido correntes na história, as penas de morte. O mesmo, no entanto, não se dá e nem se deu em relação ao estupro. Apesar de ser tipificado como crime em grande parte das legislações do mundo, não são poucos os casos em que houve, inclusive, causas de exclusão de antijuridicidade, ou seja, nas quais o crime deixou de ser crime, como nos casos em que as vítimas eram as prostitutas ou as mulheres eram casadas, caso o crime fosse praticado por seu consorte. Isto revela o quanto as práticas criminosas são tipificadas, apenadas e valoradas como transgressivas em uma dada sociedade em razão dos jogos de verdade vis à vis as relações de poder. Como as práticas punitivas são distintas, não apenas entre práticas criminosas diferentes, mas dentro das próprias contingências nas quais ocorrem as práticas do estupro, ainda seguindo o método de Foucault, um outro trabalho se impõe: o de estudar os jogos de verdade na relação de si para si e a constituição de si mesmo como sujeito (Foucault, 2007). A forma como cada indivíduo se compreende e se reconhece como estuprador e estuprado deve, então, integrar essa genealogia do estupro, integrando-se à história do estupro, portanto, uma hermenêutica de si. Assim, teremos não uma história da verdade sobre o estupro, mas uma análise dos jogos de verdade sobre o estupro, nas palavras de Foucault, jogos entre o verdadeiro e o falso “através dos quais o ser se constitui historicamente como experiência (Foucault, 2007). Portanto, ainda nas palavras de Foucault, empreenderíamos a busca por respostas sobre “através de quais jogos de verdade o homem se dá seu próprio ser a pensar quando se percebe como louco (...), quando ele se julga e se pune como criminoso?”, no que tange, nesse caso, ao estuprador, mas estendendo essa mesma indagação para aquele que se julga e se pune, assim como se vingava, enquanto vítima.

## 6 INTRODUÇÃO A UMA GENEALOGIA DO ESTUPRO NO BRASIL

Não existe pecado do lado de baixo do Equador? Antes de ser uma pergunta, essa foi uma afirmação feita pelo historiador e teólogo holandês, Caspervon Barlaeus, em seu livro de viagens de 1660, *Rerum per octennium in Brasilien* (apud PARKER, 1991) no qual ainda escrevia “é como se

a linha que divide o mundo separasse, também, a virtude do vício”. Logo, caberia às zonas temperadas, à Europa, o berço das virtudes e aos trópicos, às américas meridionais, a alcova dos vícios. Os quentes trópicos, não os tristes trópicos de Claude Lévi-Strauss (1996), tiveram uma imagética construída sobre a difundida ideia de que, em meio às palmeiras, coqueiros e pássaros exóticos, apenas pulsaria uma ardente licenciosidade, uma lascívia docilmente permitida e albergada por uma ética sexual, naturalmente, lúbrica. Desde os tempos do descobrimento das Américas, os corpos nus e “disponíveis” dos povos nativos, principalmente, das suas integrantes do sexo feminino, eram o faiscante motivo no cenário onde descortinava-se o Éden nas novas terras. Eram o mais desejado prêmio para aqueles que conseguissem sobrepujar as agruras da travessia oceânica, sempre ameaçadora e traiçoeira. Generalizavam-se os relatos de que as mulheres nativas, chamadas de índias, por ser aqui o caminho para as Índias, ou a própria Índia, ofereciam-se, voluntariamente, ao gozo das delícias da carne com o homem branco, pelos quais nutririam um incomensurável fascínio. Não havia o que se falar em violência sexual contra as nativas ou qualquer sorte de abusos que fossem da natureza do congresso de corpos. As índias sequer exigiriam espelinhos ou bugigangas para o ofertório de seus sexos que só pediam em troca o pleno deleite e o chamego do homem europeu.

Mais de quinhentos anos se passaram, muito ocorreu e foi mudado sobre os trópicos, mas o estigma continua, ainda que o aclamado “Éden” e as suas florestas tenham sido, em grande parte, devastados, ainda que as nativas desses trópicos continuem a serem devassadas. Devassadas pelo forasteiro, devassadas pelos nativos de suas próprias “tribos”. Devassadas pela miséria social, devassadas por uma legislação que durante esses mais de quinhentos anos, em sua aplicação, só pune e reconhece a violência sexual quando praticada contra mulheres brancas e das classes superiores. E as índias, e as filhas das filhas das índias? Ah, essas se entregam ao bel-prazer, não são vítimas de quaisquer tipos de exploração sexual. Se algo as vitimiza, esse algo são os seus próprios vícios. Foi assim que, passados cinco séculos, o conquistador e o invasor continuaram as mesmas práticas sexuais dos tempos selvagens no Brasil, prosseguiram com a mesma perspectiva, os mesmos desejos e o mesmo elã de seus antecessores, dentre elas, a prática do estupro.

A princípio, essas práticas parecem perpetuarem-se em razão de uma ambiência selvagem e sexualmente predatória, sobre a qual foi delineada a sociedade brasileira. As nativas, índias e negras, essas últimas, não nativas, mas integradas ao processo de estigmatização e de exclusão, continuam a serem reificadas e abusadas através do sangue e da pele de suas descendentes índias, brancas, negras e mestiças, herdeiras de uma sociedade de enclaves, herdeiras de uma dor tatuada no tempo. A dor de serem as imperdoáveis pecadoras vitimizadas pelos pecadores com perdão.

Se fôssemos fotografar a violência sexual no Brasil, através do tratamento dado pelo legislador, o diagnóstico poderia ser alvissareiro. Durante a colonização do país, a lei vigente em solo pátrio eram as Ordenações Portuguesas e no que tange ao âmbito criminal, o Livro V das Ordenações Filipinas esteve vigente de 1603 a 1830. Nele podemos repousar os olhos sobre uma lei repressora que punia os crimes de estupro, conjunção carnal pelas vias “normais”, ou seja, introdução do pênis do homem na vagina da mulher, com a pena de morte. No entanto, sabemos que essa rigidez era aplicada, tão somente se as vítimas fossem mulheres brancas e virgens, se solteiras, mulheres pertencentes às classes abastadas e se o criminoso fosse um despossuído, pois rezava a Lei no seu Título XVIII “se o praticar com mulher que ganhe dinheiro per seu corpo ou com scrava, não se fará execução” (sic). Mesmo sendo brancas e não escravas, as mulheres estupradas das classes inferiores, uma vez “desonradas”, teriam por destino, geralmente, a sarjeta dos bordéis, já que não seriam mais portadoras de quaisquer moedas de troca no mercado matrimonial. Cumpriam pena pelo crime do qual haviam sido vítimas. Não havia o que se falar em estupro das índias ou das negras escravas, muito menos quando praticados pelos senhores dessas últimas. Essas eram mulheres naturalmente, sexualmente, disponíveis, lascivas, erotizadas pelo imaginário do invasor, sedutoras, quando o que ocorria era uma condição de vulnerabilidade social e subalternização, estando em jogo as suas próprias sobrevivências. Mesmo Gilberto Freyre (2006), na sua obra-prima Casa Grande e Senzala, criticado por aqueles que afirmam que o “Mestre de Apipucos” enfatizou tão apenas o caráter idílico das relações entre, principalmente, brancos e negras, afirma em seu livro que dentre os povos brancos, negros e índios, o mais libidinoso e luxurioso era o povo branco, o povo invasor. Com o Código Criminal do Império de 1830, as penas para os crimes sexuais continuaram rigorosas, assim como a aplicabilidade da maioria dos crimes continuou restrita, por lei e de fato, às chamadas mulheres “honestas”. O legislador de 1830 intitulou os crimes sexuais de “Crimes contra a Segurança da Honra”. Portanto o bem jurídico tutelado das vítimas era a honra, honra sua, honra de seus pais e de seus irmãos, honra de seus maridos, de suas famílias. O posterior Código Criminal de 1890, promulgado após a proclamação da República e a abolição da escravatura, intitulava os crimes sexuais de “Da Violência Carnal, migrando do bem jurídico “honra” para o bem jurídico “carne”, sendo que o espírito conservador patriarcal da lei, bem pouco foi modificado, ao contrário, abrandou as penas a serem aplicadas aos criminosos. No que tange ao crime de estupro, as penas continuaram diferenciadas na hipótese da vítima ser mulher “honesta” ou prostituta, a chamada “mulher pública”. Quanto aos outros crimes carnis não havia essa distinção simplesmente porque a prostituta não era considerada uma vítima dos mesmos quando contra elas os eram cometidos.

A Lei Penal de 1940, denominou, *ab initio*, os crimes dessa seara de “Crimes contra os Costumes”, enfatizando não mais a honra das vítimas, ou suas carnes, mas a moral social em detrimento da sexualidade individual. Com a reforma introduzida pela Lei 12.015/2009, os crimes sexuais passaram a ser denominados de “Crimes Contra a Dignidade Sexual, valorizando o individual sobre o social. O crime de estupro no Brasil é tipificado como crime hediondo, previsto no art. 213 do Código Penal Brasileiro. No entanto, apesar do rigor da lei, dados oferecidos pelo 9º Anuário Brasileiro da Segurança Pública, do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, apontam que em 2014, a cada 11 minutos, foi feita uma notificação de estupro no Brasil. Isso porque, os dados também apontam que apenas 35% dos casos foram A cada duas horas e meia, em 2016, de acordo com dados do Ministério da Saúde, uma mulher sofreu estupro coletivo em algum rincão do Brasil, dos grandes centros às regiões mais periféricas. Em 2017, 3.256 casos foram registrados pelas unidades de saúde de todo o país. Houve um incremento de 124% comparando-se esses dados aos dados de 2011. Em 2014, o IPEA apresentou a Nota Técnica Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da saúde. Esta pesquisa avalia que, pelo menos, 527 mil pessoas são estupradas por ano no Brasil e que, deste número, apenas 10% dos casos chega à polícia judiciária. Uma maioria mais do que expressiva: 89% das vítimas, são do sexo feminino o que revela um expressivo recorte de gênero na leitura desses resultados, a princípio.

Em vista desses dados trágicos, a sociedade brasileira, através de seu Poder Legislativo, respondeu com o Projeto de Lei 8.403 proposto em 2017 pelo Deputado Federal Vitor Valim. O projeto propôs acrescentar parágrafo ao art. 213 do Código Penal vigente, tipificando-se, assim, o crime de estupro coletivo, ou seja, aquele praticado por dois ou mais autores. Originariamente, a pena estabelecida era a severa pena de vinte a trinta anos de reclusão. No dia 25 de setembro de 2018, foi, finalmente, sancionada e promulgada a Lei 13.718 que não apenas aumenta a pena para o estupro coletivo, mas também, torna crime a importunação sexual, a alcunhada “vingança pornográfica” e a divulgação de cenas de estupro. Desde então, a Lei já se encontra em pleno vigor. No entanto, o aumento de pena para a prática do tipificado estupro coletivo, ao invés, do rigor substancial previsto, inicialmente, no Projeto, apenas alterou o aumento da pena já estabelecido para essa prática: de um quarto para até dois terços. O mesmo aumento de pena foi estipulado para o chamado "estupro corretivo", aquele que tem como escopo reverter uma orientação sexual da vítima, geralmente sendo praticado contra mulheres lésbicas e que tem tido, tal como divulgado pelos órgãos de imprensa, ocorrência useira e vezeira nos últimos anos no Brasil. Quanto à divulgação de cenas de crimes de estupro, a pena para quem a praticar passou a ser a de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos.



Urge salientar que na realização da genealogia encetada pela atual pesquisa, não são levados em consideração apenas o discurso jurídico, mas também, o discurso médico e sociológico.

## 7 CONCLUSÃO

Portanto, à pesquisa está sendo aplicado o método genealógico tal como utilizado por Michel Foucault. Como método histórico, a genealogia vai de encontro a uma interpretação metafísica ao compreender que determinadas instituições são construções históricas. Logo, a noção de estupro não está desarticulada de uma contingência histórica, assim como partimos da concepção de que a história não se dá ao acaso, mas sim em meio a um campo de forças em luta. E é em meio à uma luta de forças que a noção de estupro é forjada desde a colonização brasileira nas relações de poder entre o europeu colonizador e os índios, seguidos pelos senhores e escravos até nas relações desiguais de gênero atuais. A descrição genealógica está sendo realizada pela perscrutação de um jogo de máscaras, pois por detrás do que se revela a história pode estar algo completamente diferente, desconhecendo-se ser a mesma portadora de uma eventual “essência”. E essa descrição não pode estar alheia aos processos de subjetivação através dos quais esses sujeitos têm se reconhecido e se decifrado como estupradores e estuprados, posição essa não muito nítida, principalmente, quando se trata de estupro marital, estupro contra prostitutas ou de estupro contra homossexuais.

Logo, ao fazer-se uma genealogia do estupro enquanto “experiência” na acepção foucaultiana, temos analisado não apenas a sociedade brasileira e as suas ideologias, não apenas os comportamentos individuais, mas uma história da verdade na qual temos identificado as condições nas quais o estupro passou a ser problematizado. Essa problematização é inaugurada com as transformações que atravessam a sociedade brasileira, sendo possível identificá-la através da análise dos discursos jurídicos desde as Ordenações Portuguesas até o Código Penal de 1940 e as suas posteriores modificações. A análise dos discursos sociológicos, tais como aquele de Gilberto Freyre em sua obra de referência “Casa Grande e Senzala” também tem integrado a presente genealogia. Na continuidade da pesquisa pretende-se integrar à genealogia do estupro no Brasil, o discurso médico e o discurso literário.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. v. II. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**: Edição Pastoral. Tradução de Ivo Storniolo et al. São Paulo: Paulus, 1990.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 15a ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade II: O uso dos Prazeres**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2007.

\_\_\_\_\_ **Microfísica do Poder**. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

FREUD, Sigmund. **O Mal-Estar na Civilização**. Lisboa: Relógio D'Água, 2008.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala**: Formação da Família Brasileira sob o Regime de Economia Patriarcal. São Paulo: Global Editora, 2006.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Tristes Trópicos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim Falava Zaratustra**. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

PARKER, Richard Guy. **Corpos, Prazeres e Paixões: a Cultura Sexual no Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Best Seller, 1991.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica**. São Paulo: Javo, 1980.

VILA NOVA, Sebastião. **Introdução à Sociologia**. São Paulo: Atlas, 1995.

VIKMAN, Elisabeth. **Violência Sexual em Guerra**. Parte I, volume 12. Edição 1, abril 2005.  
Leis: Mini Código 2017: Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal – Equipe Rt.



# UMA EPISTEMOLOGIA INTERSECCIONAL E FEMINISTA PARA A COMPREENSÃO DO FEMINICÍDIO NO BRASIL: ENEGRECENDO A ANÁLISE CRIMINOLÓGICA PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA CRIMINOLOGIA ANTIRACISTA E FEMINISTA

*Elita Isabella Morais Dorvillé de Araújo*  
(Universidade Federal de Alagoas)  
isabelita\_morais@hotmail.com

**RESUMO:** Este trabalho pretende, através do estudo e da análise de dados quantitativos sobre violência feminicida no Brasil, buscar refletir sobre este tipo de violência direcionada às mulheres negras. Para tanto, pretende-se estabelecer uma relação entre as perspectivas recentes da criminologia feminista no Brasil como contraponto e crítica a criminologia crítica e, juntamente a esta análise, estabelecer a necessidade de se refletir sobre o feminicídio de mulheres negras no país tendo como base as contribuições históricas do feminismo negro e a teoria da interseccionalidade para os estudos das categorias raça, gênero e classe no Brasil e, nesse sentido, demarcar a necessidade de uma epistemologia feminista na criminologia que esteja comprometida com as perspectivas e a compreensão das dinâmicas de raça, gênero e classe que circundam a violência feminicida contra mulheres negras no Brasil.

**Palavras-chave:** Feminicídio. Mulheres negras. Criminologia.

## 1 INTRODUÇÃO

O feminismo como concepção e perspectiva política, se constitui em um dos marcos mais importantes e paradigmáticos do mundo. A perspectiva feminista e a marcha histórica das mulheres através deste movimento são responsáveis por subverter a ordem de modelos tradicionalmente androcêntricos nas ciências trazendo a opressão feminina no sistema patriarcal para o centro das discussões das ciências humanas a partir da compreensão das relações sociais em sociedades patriarcais e as formas como elas se desencadeiam no modo de produção capitalista. Nesse sentido, o gênero se torna um dos eixos centrais por onde se organizam as experiências no mundo social (MIGUEL; BIROLI, 2014, p.8).

A marcha política das mulheres através dos movimentos feministas não pode ser compreendida exclusivamente como um movimento por igualdade formal com os homens, as teorias feministas possibilitaram um verdadeiro desnudamento das relações sociais nos sistemas capitalistas patriarcais revelando o papel subalterno e invisível na história relegado às mulheres assim como as diversas violências físicas e simbólicas as quais foram submetidas no decorrer da história.

Nesse sentido, as teorias feministas possibilitaram as mais diversas discussões de modo que não é possível hoje compreender as formas como se dão as relações sociais nas sociedades capitalistas no mundo sem compreender as relações entre os gêneros, assim, “não é mais possível discutir teoria política ignorando ou relegando as margens a teoria feminista” (MIGUEL; BIROLI, 2014, p. 17). Portanto, a perspectiva feminista é “um pensamento que parte das questões de

gênero, mas vai além delas, reorientando todos os nossos valores e critérios de análise” (MIGUEL; BIROLI; 2014, p.17).

O ativismo político das mulheres possibilitou também desnudar as abstrações de universalismo presente nos discursos sobre direitos humanos e na composição das normas jurídicas, a jurista afro-americana Kimberle Crenshaw, principal representante da perspectiva teórica da interseccionalidade no feminismo negro, relembra que a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulheres só foi possível graças à luta política e teórica travada pelas feministas para fazer compreender que, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), embora fosse um avanço importante ao instituir a igualdade de gênero, ainda não contemplava as mulheres “assegurando a maior inclusão do tema do abuso dos direitos relativos às mulheres e ao gênero nos discursos dos direitos humanos” (CRENSHAW, 2002).

No entanto, por dentro dos movimentos feministas, a construção teórica e política do sujeito mulher, ou, mais especificamente, desse ser mulher no mundo não aconteceu de forma pacífica. A lógica unívoca e também universalista na problematização do patriarcado e das experiências das mulheres no mundo foi um problema enfrentado, especialmente, pelas mulheres negras. Portanto, amparadas em uma perspectiva não homogênea, compreendendo que a diferença nas vivências e nas experiências históricas das mulheres são distintas e desiguais, o que significa uma agenda política com necessidades específicas, que as mulheres negras encararam a luta dentro dos movimentos feministas trazendo para esse movimento as experiências históricas de mulheres racialmente marginalizadas (CRENSHAW, 2002) a partir da compreensão e problematização das categorias de gênero, raça e classe.

Assim, a perspectiva histórica e política das mulheres negras permitiu um avanço significativo na compreensão da opressão das mulheres através de mecanismos que, de modo específico, interagem e reproduzem desigualdades sociais (MIGUEL; BIROLI; p. 9). Portanto, o feminismo negro direcionou uma crítica contundente ao feminismo marcadamente branco das teorias feministas desmitificando os discursos homogêneos que acabavam reproduzindo o racismo em suas análises e, na esteira de intelectuais negras como Patrícia Hill Collins, desenvolveram um estudo sobre a natureza interligada da opressão na vida das mulheres negras (COLLINS, 2016) demonstrando que os mecanismos de exploração e opressão historicamente presentes na vida dessas mulheres contrariam o estereótipo universalista de mulher desenvolvido pelo patriarcado, um estereótipo que é marcadamente racista (DAVIS, 2016, p.17).

Os aportes e as contribuições da teoria feminista avançaram em todos os ramos das ciências humanas refletindo sobre diversos campos de saber, inclusive o discurso jurídico. São as

feministas que estudam com propriedade como o mecanismo de poder do Estado se reflete também sobre os diversos aspectos da vida das mulheres para a manutenção da divisão entre espaços privados e espaços públicos embora, importa destacar, essa divisão clássica de estudos sobre as teorias feministas se reflitam de modos distintos na vida das mulheres negras.

Com as mulheres negras, conforme aponta Angela Davis, os mecanismos clássicos de divisão entre os espaços privados e públicos nunca funcionaram conforme eram postos para as mulheres brancas pelo sistema patriarcal no modo de produção capitalista. Sobre isso, Davis reflete que essas mulheres poderiam ser consideradas como verdadeiras “anomalias” (DAVIS, 2016, p. 18) diante de uma ideologia patriarcal que enfatizava o papel das mulheres como mães, protetoras, frágeis, emotivas, parceiras e donas de casa amáveis para seus maridos e filhos (DAVIS, 2016, p. 18).

Nesse sentido, os mecanismos de dominação e opressão que se refletiam através do discurso jurídico sobre a vida das mulheres funcionavam de modos distintos, e nas normas estatais de manutenção dessa ordem/sistema de opressão por parte do Estado, também tinham suas peculiaridades. Assim, importa dizer que o Estado, através de um discurso jurídico que sempre o respaldou, sempre operou no sentido de manter esse status de opressão sobre as mulheres e mesmo hoje esse discurso ainda reverbera, basta se atentar, por exemplo, as discussões sobre descriminalização do aborto, para entender como os mecanismos de dominação sobre os corpos femininos são mantidos através da norma penal. De fato, não é uma preocupação real com a vida das mulheres o que a norma penal reflete, mas todo um discurso moralista e religioso de controle sobre os corpos femininos que, além de ir de encontro com a laicidade do Estado, é um ataque contra os direitos sexuais e reprodutivos femininos e uma ofensa ao princípio da dignidade humana.

Assim, a norma jurídica pode ser considerada como um instrumento poderoso não apenas de respaldo, mas de manutenção e reprodução desse *status quo* de dominação do sistema patriarcal sobre as mulheres. Nesse sentido, ganha destaque às críticas tecidas sobre o sistema de justiça penal sobre as mulheres, sistema esse que reproduz o patriarcado e é “latentemente protegido pela sublógica da honestidade” (ANDRADE, 2012, p. 154) que ainda paira sobre a legislação penal brasileira e “reforça a cumplicidade punitiva e o controle patriarcal” (ANDRADE, 2012, p. 156).

No presente artigo, compreendendo o sistema de justiça penal, como também mantenedor das opressões que operam sobre as mulheres negras assim como a necessidade de proteção das mulheres, pretende-se refletir sobre o feminicídio de mulheres negras no Brasil a

partir de dados quantitativos do último período tendo como base para a presente reflexão o feminismo negro, o conceito de interseccionalidade historicamente alçado pelas feministas negras assim como toda uma base epistemológica ampara nas discussões sobre racismo, violência de gênero, criminologia feminista e criminologia crítica.

Nesse sentido, pretende-se discutir como os temas relativos ao gênero não têm sido refletidos na criminologia, ou melhor, como as problemáticas relativas ao sistema patriarcal têm ficado a margem das discussões sobre criminologia com reflexões feitas por homens e para homens, inclusive na própria criminologia crítica que, embora tenha sido um paradigma importante para revelar o papel estigmatizante e excludente do sistema penal nas sociedades capitalistas, também foi afetada pela pouca discussão sobre o papel cumprido pelas mulheres dentro desse sistema.

Portanto, o presente artigo pretende discutir sobre o papel cumprido pelas epistemologias feministas na criminologia nas sociedades contemporâneas para demonstrar o papel subalterno cumprido pelas mulheres nas sociedades a partir das discussões feitas recentemente pela criminologia feminista como novo paradigma de reflexões sobre o papel das mulheres nas sociedades e refletidos também pelo sistema penal em sociedades neoliberais.

O aporte teórico feito pelo feminismo negro e interseccional nesse sentido é fundamental para demarcar que, mesmo que a criminologia feminista venha cumprindo um importante papel de discutir a opressão feminina na criminologia tecendo críticas importantes inclusive a criminologia crítica, esse papel só poderá ser cumprido plenamente colocando o racismo como plano central de reflexões para as diversas violências sofridas pelas mulheres brasileiras, especialmente as mulheres negras, que são as principais vítimas da violência de gênero no Brasil. Assim, os aportes teóricos que discutam o feminicídio no Brasil precisam ter como base para as suas reflexões as categorias de raça, gênero e classe.

## **2 UM PANORAMA SOBRE O FEMINICÍDIO NO BRASIL: O RACISMO E O SEXISMO QUE SE INTERCONECTAM**

Neste ponto do presente artigo pretende-se demonstrar a evolução do feminicídio de mulheres no Brasil no último período revelando que, em todos os momentos, ganha destaque os altos índices de feminicídio de mulheres mesmo com o advento da Lei 11.340/06 conhecida como Lei Maria da penha e junto com esses índices, o racismo como o principal marcador social. Nesse sentido, pretende-se reunir as principais pesquisas realizadas no último período com uma análise de dados quantitativos sobre o tema.

O destaque para esses índices de aumento das taxas de morte de mulheres em decorrência de sua situação de gênero no Brasil, embora seja um dado estudado e analisado há bastante tempo pelas teorias feministas, tiveram as discussões sobre raça negligenciadas. Portanto, o marcador racial não é um dado recente, têm sido uma constante tanto nos índices de violência contra as mulheres, como nas taxas relacionada às mortes violentas, especialmente a juventude negra. Nesse sentido, é necessário não apenas demonstrar os índices, mas aprofundar as análises imbricadas de gênero, raça e classe que permeiam a morte das mulheres brasileiras e não relegar mais o racismo a uma segunda categoria de análise, como se racismo e sexismo não andassem necessariamente juntos.

O feminicídio, ou seja, a morte de mulheres em decorrência de conflitos de gênero ou de sua posição social como mulher é a expressão máxima da violência sexista no Brasil, geralmente, está embasada em uma série de conflitos e violências anteriores que marcam suas vidas, são crimes perpetrados por homens e em geral parceiros que estabelecem com a vítima algum tipo de relação íntima (GARCIA; FREITAS; SILVA; HÖFELMANN, 2013). Em torno de 40% de todos os homicídios de mulheres no mundo são cometidos por seus parceiros íntimos (GARCIA; FREITAS; SILVA; HÖFELMANN, 2013).

Segundo o IPEA, no período entre 2001 e 2011 estima-se que ocorreram mais de 50 (cinquenta) mil feminicídios no Brasil o que equivale a 5 (cinco) mil mortes ao ano, a estimativa é que parte considerável desses óbitos tenham ocorrido no ambiente doméstico (GARCIA; FREITAS; SILVA; HÖFELMANN, 2013). Desses dados as conclusões não são as melhores, pois significa dizer que a Lei Maria da Penha parece não ter surtido os impactos esperados. Segundo aponta o IPEA, não ocorreu redução das taxas anuais de mortalidade quando comparados períodos anteriores e posteriores a vigência da lei (GARCIA; FREITAS; SILVA; HÖFELMANN, 2013), mas apenas um leve decréscimo no ano de 2007 (GARCIA; SILVA; HÖFELMANN, 2013).

Em estudo específico sobre feminicídio entre 2007 e 2009 e 2011 e 2013 em capitais e municípios brasileiros de grande porte populacionais, as taxas apontadas também não são das melhores. Segundo apontado por essa pesquisa, entre os anos de 2007 e 2009 ocorreram 4.368 (quatro mil trezentos e sessenta e oito) óbitos femininos por agressão e entre os anos de 2011 e 2013 foram 4.834 (quatro mil oitocentos e trinta e quatro) (MENEGUEL; ROSA; CECCON; HIRAKATA; DANILEVICZ, 2017) nos 58 (cinquenta e oito) municípios e capitais pesquisados<sup>1</sup>. Isso

---

<sup>1</sup> Para essa pesquisa, foram colhidos dados sobre agressão feminina que resultou em morte de 58 (cinquenta e oito) municípios, são eles: Rio Branco, Maceió, Macapá, Manaus, Salvador, Feira de Santana, Fortaleza, Brasília, Vitória, Vila Velha, Serra, Goiânia, Ap. de Goiânia, São Luís, Cuiabá, Campo Grande, Belo Horizonte, Betim, Uberlândia, Contagem, Juiz de Fora, Curitiba, Londrina, João Pessoa, Belém, Ananindeua, Recife, Jaboatão do Guararapes, Teresina, Rio de

representa um aumento de 10% entre os dois triênios pesquisados (MENEGUEL; ROSA; CECCON; HIRAKATA; DANILEVICZ, 2017).

Nesse sentido, observando esses dados minuciosamente em suas particularidades, a pesquisa conclui que nos municípios pesquisados o perfil de mulheres mortas em decorrência de sua situação de gênero são jovens, pobres, negras, solteiras e de baixa escolaridade (MENEGUEL; ROSA; CECCON; HIRAKATA; DANILEVICZ, 2017). Um destaque interessante que a pesquisa denota é que há um agravamento das mortes femininas em decorrência do gênero no que diz respeito à pobreza, ao pentecostalismo e homicídios masculinos em territórios marcados também pela violência intencional (MENEGUEL; ROSA; CECCON; HIRAKATA; DANILEVICZ, 2017).

Não irá se adentra aqui nas relações específicas sobre a morte de mulheres pentecostais, ou seja, de determinada denominação religiosa, já que este não é o centro de análise do presente estudo, no entanto, a associação entre feminicídio e territórios com altos índices de homicídios masculinos é uma relação importante para demonstrar as vulnerabilidades as quais as mulheres negras estão expostas.

Ou seja, os territórios onde essas mulheres estabelecem sua residência, marcadamente violentos e em regiões de pobreza, são um demonstrativo de que para se verificar as mortes de mulheres negras as relações entre raça, gênero e classe não devem ser separadas e menos ainda evidenciadas de modo hierárquico, elas estão na verdade imbricadas. São mulheres que, quando não morrem vítimas da violência de gênero, perdem seus filhos e companheiros para a violência intencional que marca os territórios de pobreza e que extermina especialmente a juventude negra. Portanto, é uma série de violências simbólicas contra essas mulheres diretamente relacionadas à sua condição não apenas de gênero, mas racial e de classe em um contexto, diga-se passagem, neoliberal e de redução do Estado em políticas públicas e avanço da violência institucional.

A relação entre feminicídio e mortalidade masculina por agressão, que apresentou maior força de associação, foi encontrada nos estudos realizados no âmbito desta pesquisa e indicou que onde há mais assassinatos de mulheres também há mais homicídios masculinos. O modelo econômico neoliberal em países periféricos agudizou as desigualdades econômicas e de gênero. Esse modelo propiciou o aumento da exploração das mulheres, principalmente as mais jovens, pobres e negras, expondo-as a violências cada vez mais graves. A nova divisão sexual do trabalho colocou grande parcela de mulheres no mercado informal, em rotas de migração, de exploração sexual e em trabalhos ilegais. Elas têm mais pessoas sob sua responsabilidade, menor mobilidade e precisam aceitar os piores trabalhos, os menores salários e as condições mais perigosas. O

---

Janeiro, Campo dos Goytacazes, São Gonçalo, Duque de Caxias, Nova Iguaçu, Belford Roxo, Niterói, São João de Meriti, Natal, Porto Alegre, Caxias do Sul, Porto Velho, Boa vista, Florianópolis, Joinville, Aracajú, São Paulo, São José do Rio Preto, Guarulhos, Mauá, Santos, Campinas, São Bernardo do Campo, Osasco, Santo André, São José dos Campos, Sorocaba, Ribeirão Preto, Palmas.



aumento da violência estrutural no sistema patriarcal produz alguns dos novos cenários dos feminicídios (MENEQUEL; ROSA, CECCON; HIRAKATA; DANILEVICZ, 2017).

Outra pesquisa sobre feminicídios por agressões de mulheres no Brasil, desenvolvida também pelo IPEA no período compreendido entre 2011 e 2013, também evidencia o predomínio da relação de raça, gênero e classe nas mortes femininas em decorrência de sua situação de gênero no Brasil. Estima-se, segundo essa pesquisa, dessa vez com uma abrangência nacional, que ocorreram nesse período 17.581 óbitos de mulheres por agressão em todo país, esse dado corresponderia, em média, a 5.860 (cinco mil oitocentos e sessenta) mortes a cada ano, 488 (quatrocentos e oitenta e oito) a cada mês, 16,06 a cada dia, ou uma morte a cada uma hora e trinta minutos (GARCIA; SILVA, 2016). As vítimas, segundo a pesquisa, são mulheres jovens, concentradas principalmente nas regiões centro-oeste, nordeste e norte (GARCIA; SILVA, 2016). As mortes femininas apresentam uma alta concentração nos domicílios das vítimas (GARCIA; SILVA, 2016). A pesquisa destaca, porém, que quase dois terços dos feminicídios que ocorreram neste período foram de mulheres negras, 64% desse total (GARCIA; SILVA, 2016), a pesquisa aponta que as mulheres negras foram as principais vítimas em todas as regiões do país, com exceção da região sul.

O Atlas da violência de 2018 também traz dados sobre o feminicídio relativos ao ano de 2016. O marcador racial continua o mesmo, sem perspectivas de mudanças concretas no cenário brasileiro. Segundo o atlas, em 2016, 4.645 (quatro mil seiscentas e quarenta e cinco) mulheres foram assassinadas no país, com um aumento de 6,4% ao mês. Entre as mulheres negras houve um aumento de 15,4% enquanto que entre as não negras houve uma redução de 8% (CERQUEIRA; LIMA; BUENO; COELHO; ALVES; REIS; MERIAN, 2018).

Portanto, as principais pesquisas elaboradas no último período, além de apontarem para a necessidade de uma perspectiva interseccional que compreenda as intersecções entre gênero, raça e classe, apontam também para a dificuldade de se obter informações confiáveis referentes aos feminicídios.

É importante destacar que a obtenção de informações acuradas sobre feminicídios e sua relação com a violência de gênero é um desafio, pois, na maioria dos países, assim como no Brasil, os sistemas de informação sobre mortalidade não documentam a relação entre vítima e perpetrador, ou os motivos da morte por agressão. Conhecer essa realidade é importante para subsidiar e avaliar políticas públicas, e não há dúvidas de que informações mais detalhadas são necessárias (GARCIA; SILVA, 2016).

No próximo ponto do presente artigo, a partir da análise aqui empreendida, pretende-se estabelecer a necessidade de uma criminologia que, para além de partir de uma epistemologia feminista, coloque o racismo como centro das análises do feminicídio de mulheres no Brasil, a

partir de uma perspectiva interseccional, ou seja, que coloque raça, gênero e classe como chave para a compreensão da violência feminicida.

### **3 GÊNERO, RACISMO E CRIMINOLOGIA: A INTERSECCIONALIDADE E O FEMINISMO NEGRO COMO APORTES PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA CRIMINOLOGIA ANTIRACISTA E FEMINISTA NA COMPREENSÃO DO FEMINICÍDIO DE MULHERES NEGRAS NO BRASIL**

A Lei 13.104/15, conhecida como Lei do feminicídio, fez uma alteração no art. 121 do código penal brasileiro (CPB). Assim, essa lei passou a colocar o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Portanto, de acordo com essa qualificadora descrita no §2º inciso VI, o feminicídio seria a morte de mulheres em decorrência de sua condição de sexo feminino, embora, importante registrar, o termo “condição de sexo feminino” descrito na lei mereça a crítica de ser um artifício utilizado pelo legislador para não garantir a aplicação da lei para mulheres transexuais, o que demonstra um claro aspecto conservador da câmara de deputados. O §2ºA descreve as formas em que a qualificadora ocorre, quais sejam, quando o crime envolve violência doméstica e familiar ou por menosprezo ou discriminação a condição de mulher, o feminicídio foi incluído também no rol de crimes hediondos. Além disso, o §7º A estabelece as causas de aumento de pena.

A tipificação do feminicídio foi fruto de muitas polêmicas e discussões, no entanto, importa dizer que a discussão ensejada pelo dispositivo de lei não é nova e nasce, especialmente, em um contexto de defesa dos direitos humanos das mulheres, pois é fruto de um debate anterior bastante rico em toda a América Latina em torno de instrumentos de defesa internacional, especialmente a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará, tendo como uma de suas referências para discussão os assassinatos e o desaparecimento de mulheres ocorridos na Ciudad de Juarez no México e que proporcionou na América Latina uma ampla discussão com a utilização dos termos femicídio e feminicídio (MELLO, 2017, p. 21).

As críticas ensejadas pela lei do feminicídio se deram, especialmente, em meio à polêmica da utilização do direito penal como arma para o combate a violência de gênero. Tendo como referência que as mulheres negras são as maiores vítimas de feminicídio no país, essa discussão ganha ainda maior relevância pelas críticas tecidas pela criminologia crítica, também elaborada pelo pensamento feminista negro.

Assim, cabe pontuar que a criminologia crítica representa uma profunda evolução do pensamento criminológico positivista e da escola liberal clássica do direito penal, sendo um marco

dos mais importantes para a compreensão do papel do sistema de justiça penal e das prisões nas sociedades capitalistas a partir de um novo paradigma, o paradigma da reação social. Nesse sentido, a criminologia crítica, com base nas elaborações principalmente do marxismo, permitiu uma discussão real sobre o significado histórico da pena, uma ampla discussão sobre a violência institucional do Estado por intermédio do sistema de penal e da sua função excludente e estereotipada na vida dos sujeitos nas sociedades capitalistas contemporâneas.

No entanto, sendo o patriarcado um sistema anterior ao modo de produção capitalista, é necessário ampliar as perspectivas para a compreensão da opressão feminina, nesse sentido, embora a criminologia crítica tenha sido fundamental para a compreensão do papel do sistema de justiça penal em sociedades desiguais e divididas em classes sociais, foi completamente omissa quanto ao papel do feminino nas análises criminológicas.

Nesse sentido, a epistemologia feminista foi fundamental para desenvolver uma profunda crítica às criminologias, inclusive a criminologia crítica, destacando que o pensamento criminológico também reproduziu o androcentrismo científico que subalternizou as mulheres. Portanto, Vera Regina Pereira Andrade entende que o sistema de justiça criminal reproduz os estereótipos de gênero presentes nas sociedades capitalistas (ANDRADE, 2012, p. 131) e que, reproduzindo o patriarcado não “previne novas violências, não escuta os distintos interesses das vítimas e que representa também uma espécie de controle que tem seu início na família e que, portanto, duplica a vitimação feminina” (ANDRADE, 2012, p. 131).

Reconhecendo a invisibilidade feminina na criminologia, Soraia da Rosa Mendes destaca que não basta apenas que a criminologia reflita sobre as demandas e as necessidades femininas, mas que, de fato, se estabeleça um giro epistemológico feminista (MENDES, 2017, p. 158), ou seja, um saber construído a partir dos pressupostos teóricos do feminismo (CAMPOS, 2017, p. 11). Nesse sentido, significa dizer que uma proposta de criminologia não deve ignorar o impacto da violência na vida das mulheres e a sua busca por justiça, essas devem ser objeto de análise da criminologia atual (CAMPOS, 2017, p. 257).

No entanto, se é verdade que para a análise da violência de gênero, em especial, a violência feminicida, a criminologia feminista foi um aporte crítico necessário às teorias criminológicas, é preciso levar em consideração que, se são as mulheres negras as principais vítimas dessa forma de violência, só é possível formular uma criminologia feminista e crítica abordando as experiências concretas das mulheres negras em suas análises, assim, é necessário uma criminologia que possa refletir a partir de sujeitos femininos que estão ainda mais a margem a partir das categorias de gênero, raça e classe, uma epistemologia feminista e interseccional.

Carla Akotirene, na obra “O que é Interseccionalidade?” diz que “é da mulher negra o coração do conceito de interseccionalidade” (AKOTIRENE, 2018, p. 19). E não é por acaso. Apesar de ganhar fôlego na academia a partir da alcunha dada por ele pela jurista afro-americana Kimberle Crenshaw, esse conceito vem de um processo longo e intenso de discussões dentro do feminismo negro a partir das disputas com os movimentos feministas hegemonicamente brancos que, na esteira do pensamento da feminista negra Bell Hooks, “tinha pouca ou nenhuma compreensão da supremacia branca como estratégia, do impacto psicológico da classe e de sua condição política dentro de um Estado racista, sexista e capitalista” (HOOKS, 2002) para as mulheres negras.

Pode-se dizer, portanto, que o conceito de interseccionalidade já vinha ganhando suas bases a partir das disputas das feministas negras dentro dos movimentos feministas, dentro dos movimentos antirracistas já que as mulheres negras também combatiam o patriarcado dentro do movimento negro para trazer as discussões sobre a condição das mulheres nas sociedades, além de ser fruto das próprias lutas dos negros/as por direitos civis e políticos e a segregação racial legalmente institucionalizada nos EUA.

A interseccionalidade é, portanto, um conceito que ganhou terreno fértil a partir do ativismo político de mulheres negras nos movimentos sociais que, posteriormente, adentraram a academia e trouxeram suas experiência e vivências sociais. Para a socióloga e feminista afro-americana Patrícia Hill Collins, a interseccionalidade é um método de investigação crítica e de práxis emancipatória (COLLINS, 2017), que entende que as categorias raça, gênero e classe, apesar de serem formas distintas de opressão, estão absolutamente interligadas e que, portanto, não é um conceito estanque ou hierárquico de compreensão da opressão, isso porque “raça, gênero, classe social e sexualidade moldavam a experiência da mulher negra” (COLLINS, 2017).

Assim, posteriormente, Kimberle Crenshaw alcunhou esse conceito no artigo “*Mapping the margins: Intersectionality, Identity politics, and violence against women of color*” em 1991, onde investigava a violência de gênero e o estupro contra mulheres negras. Refletindo sobre intersecção de forma estrutural, Crenshaw compreendeu que a agressão física direcionada as mulheres negras em situação de violência de gênero seriam a consequência imediata de sua subordinação nas sociedades (CRENSHAW, 1991), mas que outras violências estruturais as acompanhavam, eram mulheres que se encontravam em graves situações de vulnerabilidade social, estavam desempregadas ou em empregos precarizados (CRENSHAW, 1991), em situação de pobreza, fatores diretamente relacionados à sua condição de classe social e também de mulher negra (CRENSHAW, 1991).

Portanto, o panorama descrito no presente artigo, a partir dos dados apresentados e discutidos, onde se identifica claramente as intersecções entre raça, gênero e classe, permite dizer que uma análise criminológica feminista para tratar de maneira consequente o que representa o feminicídio no Brasil, precisa partir de uma epistemologia interseccional em que o racismo não seja tratado como mero apêndice de análise, mas compreendido de forma estrutural, especialmente em países de capitalismo dependente como o Brasil.

Assim, é preciso dizer que o recurso primeiro ao sistema penal como método de resolução dos conflitos de gênero de fato não é o caminho a ser seguido, já que esse sistema, não apenas reproduz o patriarcado, mas, conforme aponta Ana Luiza Pinheiro Flauzina, é um aparelho formatado para o trato com as pessoas negras (FLAUZINA, 2008, p. 153), o que não significa negar a responsabilização por crimes de gênero ou negar o reconhecimento do feminicídio como fenômeno social, significa apenas compreender que a aposta no recrudescimento penal como principal estratégia de ação não beneficia as mulheres negras e que, portanto, é necessário sempre pensar em “alternativas situadas num horizonte que tenha o Direito Penal mínimo como referência” (FLAUZINA, 2016).

Portanto, pensar criminologia feminista no Brasil deve significar pensar a partir de mulheres que estão à margem das relações sociais, nesse sentido a resposta dada pelo feminismo negro é a interseccionalidade não só como método de análise, mas como estratégia emancipatória para se pensar em epistemologias que de fato deem conta das experiências concretas e complexas das mulheres negras e periféricas no Brasil.

## **5 CONCLUSÃO**

O presente artigo teve como proposta discutir a problemática do feminicídio de mulheres negras no Brasil tendo por finalidade compreender essa problemática a partir de uma perspectiva em especial, a perspectiva do feminismo negro e interseccional através dos marcadores de raça, gênero e classe.

Através de uma análise das principais pesquisas quantitativas feitas no último período procurou-se demonstrar que o gênero não é a única opressão que atua na vida das mulheres negras brasileiras e que, portanto, compreender o fenômeno social do feminicídio no país requer dos operadores do direito uma ampliação dos debates para se perceber que na violência feminicida direcionada as mulheres no Brasil, as categorias de raça, gênero e classe se interconectam e que, portanto, uma análise sobre a violência de gênero precisa, necessariamente,

articular essas categorias para refletir de forma concreta sobre a realidade e as vivências das mulheres negras.

Nesse sentido, os dados sobre violência feminicida no Brasil revelaram não apenas um aumento gradativo dessa violência, mesmo com a Lei Maria da Penha, como também evidenciaram, em todos os períodos estudados, raça e classe social como um marcador social relevante para a compreensão desse fenômeno. Os estudos demonstram que, além da condição de gênero dessas mulheres, a sua vulnerabilidade social encontra-se marcada pela sua condição nas sociedades, assim, as pesquisas evidenciam, por exemplo, que o feminicídio de mulheres negras estão também relacionados, embora, é preciso dizer, não se deva fazer essa ligação de forma automática ou determinista, com os homicídios masculinos em áreas com altos índices de violência intencional.

Portanto, ao apontar que as mulheres vítimas de feminicídio em geral são jovens, pobres, negras e com baixos índices de escolaridade, essas pesquisas demonstram que uma epistemologia feminista que não esteja em direta conexão com as categorias de raça e classe social estarão fadadas a compreender apenas uma parte do problema e, portanto, não vão de encontro a realidade concreta das mulheres vítimas da violência de gênero no Brasil.

Assim, procurou-se demonstrar que a epistemologia feminista foi fundamental para dá voz e reconhecimento aos sujeitos subalternizados e historicamente colocado às margens das sociedades e que, portanto, foram importantes para revelar o androcentrismo científico e compreender que sem uma análise do sistema patriarcal nas relações sociais não é possível refletir sobre os sujeitos. Reconhecendo, também, o papel do discurso jurídico que respalda institucionalmente a opressão feminina e o *status quo* do patriarcado especialmente através do sistema penal.

A criminologia crítica, através de um novo paradigma, o paradigma da reação social, foi fundamental para revolucionar as bases do pensamento criminológico baseados no positivismo criminológico e no Direito Penal clássico, revelando o papel central ocupado pelo sistema penal, especialmente por intermédio da pena privativa de liberdade, para a exclusão social e manutenção das desigualdades sociais. No entanto, assim como os estudos que vieram antes, a criminologia crítica também formulou uma concepção que refletia o androcentrismo científico e que, portanto, relegou para a subalternidade os estudos sobre gênero e violência.

Assim, este artigo entende que a epistemologia feminista que formulou (e continua formulando) importantes críticas à criminologia apesar de ter cumprido (e ainda cumpre) um papel importantíssimo nos estudos de gênero na criminologia, precisa avançar ainda mais em suas

perspectivas de análise e a interseccionalidade, como método teórico e prática emancipatória precisa ser utilizada como perspectiva de análise a partir das formulações e contribuições do feminismo negro para assim dá respostas que estejam efetivamente conectadas às especificidades mulheres das mulheres negras, principais vítimas da violência feminicida no Brasil.

## REFERÊNCIAS

AKOTIRENE, Carla. **O que é interseccionalidade?**. Belo Horizonte-MG: Letramento: Justificando, 2018.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da Criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro, Ed. Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2012

CAMPOS, Carmen Hein de. **Criminologia Feminista: Teoria feminista e crítica às criminologias**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

COLLINS, Patrícia Hill. **Aprendendo com a outsider within: a significação sociológica do pensamento feminista negro**. Soc. Estado, vol.31, n.1, 2016.

COLLINS, Patrícia Hill. Se perdeu na tradução? Feminismo negro, interseccionalidade e política emancipatória. **Parágrafo**, Jan/Jun, V.5, N.1, 2017.

CRENSHAW, Kimberle. **Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero**. Revista Estudos Feministas, vol.10, n.1, 2002.

CRENSHAW, Kimberle. Mapping the margins: Intersectionality, Identity politics, and violence against women of color. **Stanford Law Review**. V. 32, N.6, 1991, p. 1241-1299.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. 1ª ed. – São Paulo: Boitempo, 2016.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. O feminicídio e os embates das trincheiras feministas. **Discursos sediciosos, crime direito e sociedade**. Ano 20, números 23/24, 1º e 2º semestres de 2016.

HOOKS, Bell. Black women: shaping feminist theory. **Revista Brasileira de Ciência Política**, 2015, n.16, pp.193-210.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; FBSP, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Atlas da violência 2018**. Rio de Janeiro, junho de 2018.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada, Brasília. **Mortalidade de Mulheres por agressões no Brasil: perfil e estimativas corrigidas (2011-2013)**. Rio de Janeiro, 2016.


MELLO, Adriana Ramos de. **Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista: novos paradigmas**. 2º ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MENEGUEL, Stela Nazareth; ROSA, Bruna Alexandra Rocha da; CECCON, Roger Flores; HIRAKATA, Vania Naomi; DANILEVICZ, Ian Meneguel. Feminicídios: estudo em capitais e municípios brasileiros de grande porte populacional. **Revista Ciência e Saúde Coletiva**, vol. 22, n. 9, p. 2.963-2970, 2017.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política: uma introdução**. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2014.





## “JESUS, RAINHA DO CÉU”: DISPUTAS DE GÊNERO E SEXUALIDADE NA TESSITURA DO CRIME E DA VIOLÊNCIA

*José Clayton Murilo Cavalcanti Gomes*  
(Universidade Federal da Paraíba)  
cavalcanti-2011@hotmail.com

*Octávio Gabriel de Barros Barbosa*  
(Universidade Federal da Paraíba)  
octavioufpb@gmail.com

**RESUMO:** Este trabalho objetiva compreender o modo como, reciprocamente, gênero e sexualidade, crime e violência se constituem. Desse modo, através da análise do caso em que o cantor Johnny Hooker disse que ‘Jesus é travesti’, causando diversas reações, dentre elas o acionamento do Sistema de Justiça Criminal, por meio de uma notícia crime. Desse modo, através da análise dos comentários nas redes sociais de jornais que noticiaram o fato, do instrumento acusatório e das declarações daqueles que se posicionaram contra o fato, objetivamos, também, compreender o modo como as reciprocidades constitutivas constroem o sujeito criminalizável.

**Palavras-chave:** Sexualidade. Crime. Violência.

### 1 INTRODUÇÃO

“Jesus é travesti, sim, Jesus é transexual, sim, Jesus é bicha, sim”. A polêmica frase proferida pelo cantor Johnny Hooker foi parte de um dos discursos em defesa de Renata Carvalho, atriz transexual que encena um monólogo intitulado “O Evangelho Segundo Jesus, Rainha do Céu”, em que Jesus é tido como uma mulher transexual. A peça enfrentou resistência em diversas partes do Brasil, mas foi no Festival de Inverno de Garanhuns (FIG), em Pernambuco, que ocorreram as cenas mais violentas e com maior repercussão. Inicialmente havia a previsão da encenação do monólogo dentro da programação divulgada pela organização do evento; esta, contudo, não permaneceu na grade de atrações por muito tempo. Setores encabeçados por membros do clero da Igreja Católica, pastores evangélicos e o prefeito da cidade de Garanhuns pressionaram o Governo do Estado de Pernambuco para a retirada da peça do Festival. Sob os argumentos de que a execução do espetáculo causaria a “perda de parcerias estratégicas e nobres” que viabilizam o Festival de Inverno de Garanhuns, além de desvirtuar o propósito dos festejos que são para “unir e divulgar expressões culturais e não para dividir e estimular a cultura do ódio”, a encenação de Renata Carvalho foi vetada do FIG.

Os conflitos travados para que houvesse a execução da peça, entretanto, estavam longe chegar ao fim. No dia 26 de julho, a pedido do Ministério Público, o desembargador Silvio Neves Baptista determinou que o espetáculo retornasse à programação do Festival, sob pena de multa em caso de descumprimento. A primeira sessão foi marcada para o fim da tarde da sexta-feira, dia 27 de julho, um dia após a liminar que permitiu o reingresso da peça no FIG, mesmo com forte

resistência. Logo após a remarcação do espetáculo e já com data definida, a Ordem dos Pastores Evangélicos de Garanhuns ingressou com uma ação para cassar a decisão antes proferida. Na versão destes, a encenação da peça violaria o sentimento religioso da comunidade e os valores histórico-dogmáticos, argumento que foi acatado pelo relator da ação, o desembargador Roberto da Silva Maia. O magistrado acrescentou, ainda, que o monólogo “fomenta o ódio e a intolerância, máxime conservadora e que valoriza sua historicidade e os escritos estanques”.

A briga de decisões judiciais, entretanto, somente veio à tona no intervalo entre a primeira e a última apresentação, marcada para o fim da noite. Trazendo a segunda decisão liminar, os oficiais de justiça do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), junto com a Polícia Militar, impediram que as pessoas ingressassem ou saíssem do local de apresentação. A produção da peça, junto com Renata Carvalho, contudo, resistiram e abriram as portas do local. A resistência, contudo, não impediu que funcionários da Secretaria de Cultura de Pernambuco desmontassem a estrutura, sob o argumento de cumprimento da ordem judicial. A atitude, encarada como boicote à apresentação, não impediu que houvesse o espetáculo, mesmo sem estrutura.

O Festival é uma das mais importantes atividades culturais e artísticas de Pernambuco e na edição de 2018 carregou um tema que parece, *a priori*, antagônico aos atos manifestados durante o desenrolar das apresentações: “Um viva à liberdade”. Na tentativa do exercício da liberdade muitos se manifestaram nos palcos do FIG em favor da execução do espetáculo, mas foi a fala de Johnny Hooker que tomou as maiores proporções, levando um advogado de Alagoas a prestar notícia crime contra o cantor, alegando haver uma ofensa aos seguidores do cristianismo. Ainda segundo o advogado, Jesus é, para os cristãos, “uma pessoa do sexo masculino e heterossexual”, sendo, então, necessário uma investigação para punição àquele que “vilipendiou publicamente” o Deus dos cristãos. Além da notícia crime, ameaças de morte e notícias falsas, um elevado número de comentários com mensagens violentas foram feitos nas redes sociais do cantor e de páginas que vincularam sua fala, tornando o “caso” singular pela visibilidade, ataques e acionamento do Sistema de Justiça Criminal, além de, em inúmeros comentários e no próprio instrumento acusatório, a sexualidade e o gênero do cantor e da divindade entrarem em disputa, produzindo, por sua vez, reciprocamente, crime e violência.

Desse modo, através da análise empírica da notícia crime, dos comentários das redes sociais e dos discursos pronunciados no Festival de Inverno de Garanhuns, além dos pronunciamentos das entidades e autoridades que se posicionaram contra o espetáculo, este ensaio objetiva compreender como o manejo dos conceitos de gênero e sexualidade no presente caso produz criminalização e, por sua vez, violência. A disputa pela identidade de uma divindade

gera polêmicas, violência, ameaças de morte e o acionamento do sistema penal. Assim, objetiva-se compreender, também, o modo como as relações de crime e violência são deslocadas para, reciprocamente, constituírem o gênero e a sexualidade dentro dos processos de Estado.

## **2 “JESUS CRISTO É UMA PESSOA DO SEXO MASCULINO E HETEROSSEXUAL”**

Em nove páginas carregadas de referências ao cristianismo, sua divindade e números que atestam a universalidade da religião, o advogado alagoano Jethro Silva construiu a notícia crime que, segundo ele, deve ser acatada porque o cantor Johnny Hooker proferiu uma “ofensa à fé cristã”. Esta “ofensa” encontraria fulcro em dois tipos penais. O primeiro deles localizado no art. 208 do Código Penal, isto é, “escarnecer de alguém publicamente por motivo de crença ou função religiosa[...]”, tendo por pena a detenção de um mês a um ano, ou multa. O segundo dispositivo legal manejado pelo advogado foi o art. 20 da Lei de Racismo que prevê uma pena de reclusão de dois a cinco anos para quem “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Acusando o cantor de crimes graves, o advogado, mesmo sem justificativa, ainda pediu a prisão preventiva de Johnny Hooker.

A observação da notícia crime e dos discursos daqueles que se posicionaram efusivamente contra a apresentação da peça, contudo, traz à tona um fato analiticamente importante e que deve ser levado em consideração: somente Johnny Hooker, dentre todos os que se manifestaram em favor da apresentação do espetáculo, teve sua fala transformada em instrumento acusatório dentro do sistema penal. A análise superficial dos fatos pode acarretar na afirmação simplista de que tal fato só ocorreu em virtude da gravidade de suas palavras foram mais gravosas e de cunho mais explícito. Nos afastando deste tipo de interpretação de mera causa e efeito, entendemos que o adensamento de certos movimentos e convenções nos garantirão uma melhor compreensão das disputas e conflitos que permeiam as relações já descritas, de modo que a umbilical relação entre gênero, sexualidade, crime e violência, neste “caso”, garante o resgate de elementos que são primordiais para a inteligibilidade das possíveis causas de alguns que tornam alguns sujeitos mais criminalizados e terem suas falas – e sexualidade, além de questões relacionadas ao gênero, diríamos nós - muito mais contestadas.

## **3 “E SE JESUS VOLTASSE À TERRA COMO UMA TRAVESTI?”: SOBRE GÊNERO E SEXUALIDADE**

Não muito tempo após a fala de Hooker no Festival de Inverno, diversos *sites* e páginas do Facebook traziam manchetes que evidenciam, de pronto, sua fala. “Ih, ih, ih, Jesus é travesti.” As manchetes cumprem o papel de chamar a atenção das pessoas que a veem para que, com isso, a

leitura da matéria completa seja possibilitada. O fato é que, nessa apreensão, partes isoladas dos discursos são interpretadas de forma equivocada por parcelas sociais, mesmo que outros segmentos, conforme pretendemos demonstrar, com a compreensão do teor contextualizado das falas, não admite comparações de uma divindade a alguém tido como ‘a margem da sociedade’.

“E se Jesus voltasse agora à terra como uma travesti?”, indagou o cantor recifense. “Não era para amar ao próximo como a si mesmo? Estamos aqui num festival de falso viva à liberdade. Pois, eu quero dizer que Jesus também é travesti”. As vaias que tiveram sua origem no camarote e os aplausos vindos do público que se encontrava na frente do palco demonstravam o misto de reações que viriam, também, a dividir opiniões nas redes sociais e nas discussões que envolveriam o “caso”. As afirmações de Hooker e os desdobramentos destas, em defesa de Renata Carvalho, contudo, adquirem dimensões que extrapolam o imaginário das redes sociais e adentram, inexoravelmente, em questões de gênero e sexualidade, mas também de racialização.

O advogado, ao manejar um instrumento que aciona o sistema penal, citou que Jesus era, de acordo com a visão dos cristãos, um ser do sexo masculino e heterossexual, sendo “qualquer afirmativa diferente desses dogmas considerada uma ofensa à fé cristã”. A consideração feita por Jethro compreende uma resposta direta às afirmativas de Johnny Hooker, mas, de forma mais complexa, adquire o tom de disputa acerca da sexualidade e do gênero do Cristo, que, de modo similar levará a uma disputa da própria sexualidade do cantor.

Este movimento de dupla disputa ocorre muito fortemente dentro de comentários em redes sociais acerca da fala do cantor, mas um movimento parecido acontece, também, dentro da notícia crime. Ao afirmar em caixa alta que Jesus é heterossexual e homem, tentando, também, apontar para a cisgeneridade da divindade, ele ingressa num movimento de disputa acerca do gênero e da sexualidade. O documento entregue na delegacia com o pedido de prisão do cantor surge, então, muito mais como uma resposta e contestação a fala de Hooker que propriamente um documento legal que urge uma prisão cautelar. A disputa cumpre o papel de afastar a figura do Cristo daquilo que é moralmente reprovável por certos segmentos sociais, mas, de modo mais profundo, a disputa em torno do gênero e da sexualidade de Jesus tem por finalidade, também, dar legitimidade as intervenções e contenções realizadas em torno do sexo e do gênero que são historicamente apreendidas por movimentos religiosos.

A despeito destas disputas e contenções, é imprescindível compreender o modo como a própria figura do *homossexual*<sup>1</sup> surge para, então, tornar inteligível o modo como católicos e

---

<sup>1</sup> Utilizamos o itálico para designar as categorias êmicas e expressões sob rasura, como *homossexual*, *homossexualidade*, *travesti* ou *transexual*..

evangélicos estão historicamente ligados ao movimento de contestação de certos aspectos da sexualidade, do gênero e à manutenção do *status quo* de certas convenções.

Desse modo, para Michel Foucault (2010), não é possível falar em *homossexual* ou qualquer variação do acrônimo LGBT antes do século XIX, visto que todos os povos que vivenciaram tal experiência caracterizaram e significavam de forma diferente, nomeando-a, por exemplo, de sodomia. Alguns poderão afirmar que a mera mudança no conceito não significa que a figura específica do “*homossexual*” não existia antes do século XIX, contudo, para Foucault, o “sodomita era um reincidente, agora o *homossexual* é uma espécie” (FOUCAULT, 2010, p. 43).

Nesse contexto, então, é impreciso afirmar que determinadas sociedades da Antiguidade experienciaram a *homossexualidade*, visto que, apesar de haver a penetração ou sexo entre dois homens, a figura do *homossexual* ainda não existia, não sendo nominada – e ainda que caracterizada –, não criava uma personagem. O ser não-heterossexual do século XIX, portanto, surge através da “especificação do indivíduo” (FOUCAULT, 2010, p. 42), em que o sujeito possui “um passado, uma história, uma infância, um caráter, uma forma de vida; também é morfologia, com uma anatomia indiscreta e, talvez, uma fisiologia misteriosa” (FOUCAULT, 2010, p. 43). Assim, tal personagem surge quando os sujeitos sofrem uma sujeição, ou seja, uma constituição do sujeito enquanto tal figura. Isso ocorre não somente com a prática do sexo, mas com a designação de um tipo de sujeito que praticaria tais atos e estaria sujeito a eles, sendo assim, suas práticas o forjavam, constituíam-no, devendo sua “conduta desviante” ser tratada.

A “especificação” de que fala Foucault (2010) faz com que a *homossexualidade*, a *transexualidade*, a *travestilidade* e as diversas performances de sexo e gênero, então, irrompam como algo medicalizado, uma condição patologizada e que necessita ser regulada a todo custo. Não à toa, as primeiras investidas conceituais sobre *homossexuais* e *transexuais* tiveram como produto a palavra “homossexualismo” e “transexualismo” caracterizando, segundo Futino e Martins (2006), o *status* de doença, marcado pelo sufixo “ismo”. É perceptível, portanto, como, ao longo do tempo, são forjadas estratégias para controle dos corpos, das sexualidades, especialmente daqueles que se apresentam enquanto desviantes dos padrões construídos socialmente.

A construção social, por sua, não se dá ao acaso. Na visão de Foucault (1998), esta acontece através de instituições de poder que dizem aquilo que melhor se adequa a sua vontade, ditando o que é verdade e mentira, certo e errado. As igrejas podem ser compreendidas enquanto tais instituições, visto que possuem um forte poder de persuasão e convencimento e se valeram

de tal poder ao longo do tempo para contestar a sexualidade e condenar todas as suas expressões que desviam do padrão estabelecido, já que

à medida que, na vida cotidiana, o modo de vida ocidental, branco, cristão, heterossexual e dominante, é instituído como o critério e conceito de “verdade”, é identificado como correto, como útil e é apreendido como dogma, não permite questionamentos, não permite dissidências (BARRETO, 2014, p. 115).

As instituições religiosas, portanto, atuam desde o surgimento das formas modernas de especificação da sexualidade e do gênero, além das tentativas de conterem expressões mais antigas, como a prostituição. Assim, não somente as igrejas atuam nesse movimento de contenção e disputa, mas a cristandade, representada pelo advogado que afirma que qualquer “ofensa a Jesus Cristo é uma ofensa aos 178 milhões de brasileiros [que professam a fé cristã] e particularmente ao notificante”, atua, também, nessa contestação.

A compreensão, portanto, das disputas sexuais e de gênero da divindade são primordiais para entender, também, o modo como a sexualidade do cantor entra em jogo e, junta com a disputas conceituais de gênero e sexualidade do Cristo, produzem violência e criminalização. Os comentários feitos nas páginas que veicularam a notícia ou em redes sociais como o *Twitter* ou *Facebook* demonstram o modo como a sexualidade de Johnny Hooker é evidenciada para, então, questões violentas e criminalizantes sejam suscitadas. “Um dia você vai queimar no inferno e lembrar da merda que falou no FIG”, foi um dos comentários escritos por um usuário do *Twitter*, mas, o “queimar no inferno” parece pequeno diante do dimensionamento tomado pelas ameaças, tendo a sexualidade sempre enquanto base para o comentário. “Esse viado criminoso! Deus irá se vingar”, escreveu um. “Vamos dar uma surra nessa bichinha”. As ameaças, contudo, não param no teor de agressão física e partem para ameaças de morte, como o comentário em que um usuário do Facebook afirmou que iria “queimar esse bicho vivo”. Todos os comentários evidenciam a dimensão da sexualidade como fonte primeira de geração da violência e criminalização, levando, portanto, a uma relação entre a disputa forjada pelo gênero e sexualidade do Cristo e do cantor na produção recíproca dos conceitos já mencionados. Assim, neste caso, gênero e sexualidade produzem crime e violência e estes, por sua vez, elaboram gênero e sexualidade. Uns fazem os outros reciprocamente.

Assim, o acionamento do sistema de Justiça alcança, em partes, aquilo que Gayle Rubin (1998) chamou “pânico moral” (RUBIN, 1998; WEEKS, 1981), que atua na supressão da sexualidade. Na visão de Rubin (1998) o sexo é político e, por isso, sempre disputado. No entanto, em certos momentos da história a sexualidade é muito mais disputada, “mais nitidamente contestada e mais excessivamente politizada” (RUBIN, 1998, p. 100). Tais conflitos encontram

gênese em momentos de grande tensão social, onde a guerra à sexualidade ou a “disputa sobre o comportamento sexual” (Idem) são usadas enquanto meio para suprir certos anseios sociais. Nesse sentido, os pânicos morais coagulam aflições da sociedade (WEEKS, 1981), fazendo com que o clamor social exija respostas rápidas e, na maioria das vezes, desarrazoadas, que atacam e inflam a marginalização de grupos já marginalizados.

A sociedade norte-americana vivenciou, ao longo do século XX, inúmeros produtos dos pânicos morais, como bem notou Gayle Rubin (1998), ao citar inúmeras Leis que proibiam certos atos eróticos para determinados segmentos da sociedade cuja sexualidade era tida como “desviante” – no geral prostitutas e homossexuais. As dinâmicas no Brasil parecem seguir o mesmo *modus operandi* diante das tensões vivenciadas, em especial nos últimos anos em que a menção as palavras gênero e sexualidade inflama inúmeros setores da sociedade.

#### **4 SOBRE CRIME E VIOLÊNCIA**

A produção de crime e violência, conforme já argumentado, neste caso, passa pelas próprias disputas de gênero e sexualidade, de modo que uns forjam aos outros. Tendo isso em vista, é preciso analisar, então, o modo como crime e violência são entendidos dentro do “caso”. Das cadeiras da faculdade de Direito aprendemos que o crime, no sentido legal, é constituído quando há a presença de três elementos: o fato típico, antijurídico e culpável. Há, ainda, a conceituação que é apresentada no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, dizendo que “considera-se crime a infração penal que a lei comina em pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa[..]”. Desse modo, na apreensão legal, crime é a violação ou a tentativa de violação de um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal

Acontece que, nas relações sociais, as dinâmicas não estão desde sempre adequadas aos parâmetros que a lei carrega. Crime, neste caso, supera o seu conceito tripartido imposto pela lei. É bem verdade que, ao provocar a polícia com uma notícia crime, pode-se compreender que há a referência ao Código Penal e a Lei de Racismo, o que constituiria aquilo que corriqueiramente, nas faculdades de direito, conhecemos enquanto crime. A questão, entretanto, complexifica-se quando, baseados naquilo que Roberto Efreim (2018) chama de “corporificação”, é possível empreender que o crime não é, de pronto, somente a conceituação legal. Pelo contrário, “o crime é o sujeito”; diz respeito a quem conjuga o verbo, não a quando o verbo criminalizante é conjugado, já que, como bem explicou Zaffaroni

A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a

ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população. Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado (ZAFFARONI, 2001, p.26).

Nesse sentido, se todos os crimes cometidos de acordo com as proposituras legislativas fossem punidos, restariam poucos de nós fora do sistema prisional. Assim, crime não corresponde, neste caso, ao fato típico, antijurídico e culpável, mas a quem conjuga o verbo tipificado, de modo que a conjugação está ligada ao gênero, a sexualidade, ao território e a raça, mesmo que quem seja incriminado nesses moldes não experiencie tais interseccionalidades tão profundamente, mas ainda assim é por elas tocado.

Desse modo, se crime diz respeito a corporificação de quem conjuga o verbo, violência, como bem notou Roberto Efrem (2018), segue caminhos semelhantes no que diz respeito a não correspondência com os conceitos que corriqueiramente somos apresentados. Há constantemente a associação de crime e violência, de modo que só compreendemos violência quando se encaixa em determinado tipo penal. Desse modo, caso alguém assassina seu vizinho, pode-se entender o ato enquanto violento porque ele atinge certo tipo penal, neste caso, o art. 121 do Código Penal. A violência, aqui, não é acionada através de cenas de brutalização; a violência é uma linguagem.

Membros da Igreja Católica, Igrejas evangélicas e setores conservadores acusam Johnny Hooker de ter cometido violência contra a sua divindade e, em último caso, contra eles, ao atingir sua fé de modo tão significativo. Ocorre que, nos movimentos que surgem enquanto resposta as palavras do cantor, a violência também se instala. Há, então, um giro de partes, isto é, na tentativa de reprimir a suposta violência de um parte, aqueles que acreditam ter sofrido a violência acabam por cometê-la. Os atos, contudo, não são compreendidos enquanto violência porque assumem, em partes, meios legais para se legitimar. Usam, portanto, a linguagem para propagar sua mensagem, mensagem violenta.

Assim, crime e violência, são acionados não de modo neutro, mas através das relações sociais que trazem à tona as interseccionalidades de raça, gênero, sexualidade, território e geração, sendo crime e violência, também, parte dessas interseccionalidades. É possível compreender, portanto, que crime e violência fazem também gênero e sexualidade. Fazem, insistimos, umas as outras. Assim, ao afirmar que 'Jesus é travesti', há disputa sexual e de gênero, não somente do Cristo, mas também daquele que pronuncia a "ofensa". Há também disputas religiosas, interseccionalizadas com classe e racialização, forjando um sujeito criminalizável. Há racialização



porque travestis são figuras, em primeiro momento, racializadas, visto que, em sua constituição, são marcadas, no geral, pela seu território e condição de classe. Estes, por sua vez, dizem respeito a lugares também racializados. Portanto, a raça cruza, também, tal disputa, visto que é inimaginável um Cristo que fuja do padrão europeu.

## 5 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que, ao tencionar a visão eurocêntrica de um Cristo branco, homem, heterossexual e cisgênero, mesmo que o fazendo comparativamente, na defesa de uma performance artística, os conceitos religiosos entram em disputa, produzindo, como argumenta Gayle Rubin, “conflitos contemporâneos sobre valores sexuais e condutas eróticas”. A explosão midiática das notícias criou um pânico moral, levando a sexualidade e o gênero a serem mais contestados, mais politizados e, de modo mais complexo, produz criminalização, executa denúncia, cria violência e ódio nas redes, provoca ameaça de morte. “Esse viado criminoso! Deus irá se vingar”. Assim, as reciprocidades constitutivas das relações sociais produzem o sujeito criminoso, criam o sujeito vitimizável.

## REFERÊNCIAS

BARRETO, Marta Simone Vital. **Famílias (in) visíveis?: a realidade de famílias homoafetiva com filhos/as adotivos/as na cidade do Natal/RN**. 2014. 155f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014.

EFREM FILHO, Roberto. Os Meninos de Rosa: sobre vítimas e algozes, crime e violência. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 51, e175106, 2017. Available from [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-83332017000300307&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332017000300307&lng=en&nrm=iso). Acesso on 30 nov. 2018.

FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**. Aula Inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. 4 ed., São Paulo: Edições Loyola, 1998.

\_\_\_\_\_. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. São Paulo, Graal, 2010. [Tradução de Maria Theresa da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque].

RUBIN, Gayle. “The traffic in women: notes on the ‘political economy’ of sex”. In: RAITER, R. (ed.). **Toward anthropology of women**. Nova York: Monthly Review Press. 1975

\_\_\_\_\_. **Thinking sex: notes for a radical theory of politics os sexuality**. In: NARDI, Peter M. & SCHNEIDER, Beth E. (eds). *Social perspectives in lesbian and gay studies: a reader*. New York: Routledge, 1998. P.100-133.

WEEKS, J. (1981 ) **Sex, Politics and Society: The Regulation of Sexuality since 1800** , New York: Longman.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas** – A perda de legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 281

# "É ESTRANHO POIS NÃO VEJO MARCAS NA SUA CARA": PERCEPÇÕES DE GÊNERO E VIOLÊNCIA NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA EM SÃO PAULO

*Maria Clara D'Ávila*

(Instituto Terra, Trabalho e Cidadania - ITTC)  
mclara.davila@gmail.com

*Raissa Belintani*

(Instituto Terra, Trabalho e Cidadania - ITTC)  
raissabelintani@gmail.com

**RESUMO:** O artigo busca identificar as principais formas de violência relatadas por mulheres em audiências de custódia, bem como de que modo os elementos relacionados ao gênero influenciam nos encaminhamentos dados pelos atores institucionais a tais relatos. Trata-se de resultado parcial de pesquisa de campo realizada por pesquisadoras do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania – ITTC, que acompanharam 213 audiências de custódia em São Paulo e realizaram entrevistas semiestruturadas com atores institucionais envolvidos no procedimento. A partir da análise de três principais formas de violência identificadas, conclui-se que, apesar de as audiências de custódia terem ampliado os espaços que permitem averiguação de abusos policiais, as violências marcadas por elementos de gênero ainda não são, de fato, levadas em consideração nos processos decisórios, seja para determinar os encaminhamentos de apuração necessários, seja para reconhecer a ilegalidade do flagrante, além de integrarem a própria violência institucional perpetrada pelos atores do sistema de justiça criminal.

**Palavras-chave:** Violência institucional. Gênero. Audiências de custódia.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende identificar as principais formas de violência relatadas por mulheres em audiências de custódia, bem como de que modo os elementos relacionados ao gênero influenciam nos encaminhamentos dados pelos atores institucionais a tais relatos. Trata-se de resultado parcial de pesquisa de campo realizada pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), entre dezembro de 2017 e abril de 2018, em fóruns criminais da região metropolitana de São Paulo.

A investigação vem sendo conduzida como parte de um projeto mais amplo, “MulhereSemPrisão”, que busca entender quais dinâmicas do sistema de justiça criminal dificultam a aplicação de alternativas à prisão provisória para mulheres, além de aprofundar a compreensão sobre o aprisionamento e a realidade do encarceramento feminino. Em relatório publicado em 2017, identificou-se que expressiva quantidade das mulheres entrevistadas narrou ter sido agredida de diversas formas pelos policiais responsáveis pela abordagem no momento do flagrante. Contudo, em somente 7,2% dos documentos de delegacia examinados havia registros a respeito da violência policial relatada.

O relatório analisou prisões em flagrante realizadas no segundo semestre de 2014, quando não havia audiência de custódia e a apresentação a uma autoridade judicial só era feita meses após a prisão, inexistindo controle institucional quanto ao registro de violência pela delegacia. Por

se tratar do primeiro encontro com o Poder Judiciário após a prisão em flagrante, a audiência de custódia se configura como um instrumento especialmente importante à garantia dos direitos das pessoas detidas.

Atualmente, as audiências de custódia já estão sendo realizadas na maior parte das capitais do país e em diversos municípios do estado de São Paulo, local onde foi realizada a pesquisa “MulhereSemPrisão”. Assim, partindo da conjuntura de aumento acelerado de encarceramento em massa de mulheres e levando em consideração a ausência de estudos específicos sobre a ingerência dos aspectos de gênero no desenrolar das audiências de custódia, o artigo também pretende examinar de que forma essa nova fase pré-processual alterou a dinâmica de identificação, apuração e encaminhamentos com relação às violências sofridas por mulheres em prisões em flagrante, bem como se os obstáculos detectados na pesquisa anterior permanecem.

## **2 METODOLOGIA DA PESQUISA**

A pesquisa é pensada a partir da articulação de dois eixos de análise: (i) levantamento quantitativo de dados e informações sobre as audiências de custódia e (ii) realização de entrevistas com juízas(es), promotoras(es) e defensoras(es) públicas(os) que efetuam o procedimento no estado. Dessa forma, optou-se pela técnica de métodos mistos, caracterizada como procedimento de coleta e análise combinada de técnicas quantitativas e qualitativas em uma mesma pesquisa.

Para tanto, optou-se pelo mapeamento e cruzamento de categorias que influenciam as decisões, como, por exemplo: (a) condições pessoais da mulher indiciada (idade, raça, identidade de gênero, nacionalidade, situação de rua, deficiências, escolaridade, ocupação, renda, etc); (b) antecedentes criminais (primária ou reincidente); (c) maternidade (gestante, se tem filhos e suas idades, exercício do cuidado); (d) questões de saúde (tratamento médico contínuo, relação com uso de drogas ilícitas e lícitas); (e) relatos de violência (ilegalidades cometidas na prisão em flagrante); (f) atuação do Ministério Público (gênero do profissional, pedido formulado e justificativa); (g) atuação da Defensoria Pública (gênero do profissional, pedido formulado e justificativa); (h) atuação da Magistratura (gênero do profissional, decisão proferida e justificativa).

Em relação às audiências escolhidas para a pesquisa, a equipe optou por assistir todas as que envolvessem mulheres e que pudessem ser acompanhadas no período em que se deu o campo. Por vezes, audiências com mulheres eram realizadas ao mesmo tempo, de modo que a escolha entre qual assistir tornava-se arbitrária. Não houve nenhuma restrição, e a pesquisa incluiu mulheres de todas as faixas etárias, presas em flagrante por diferentes crimes e nas mais

diversas circunstâncias. Também incluem-se mulheres trans e travestis, pois um dos objetivos do estudo era, justamente, averiguar o tratamento dado à população LGBT por agentes do Estado durante o flagrante e no decorrer do trâmite processual.

A escolha dos locais de acompanhamento das audiências foi pautada pelo interesse na obtenção de um comparativo entre as realidades da capital e do interior. Desse modo, o campo centrou-se no Fórum Criminal “Ministro Mário Guimarães”, também conhecido como “da Barra Funda”, em São Paulo, e na comarca de Osasco. No entanto, o número de audiências realizadas na comarca de Osasco durante o período de acompanhamento pela equipe foi bastante inferior ao esperado, tornando necessário um reajuste no cronograma inicial.

No mais, foram realizadas entrevistas, a partir do formato de condução semiestruturada, com profissionais do direito que participam ou participaram das audiências de custódia nos fóruns eleitos. O uso dessa técnica se justifica por ser a entrevista um método que permite colocar em evidência que existem perspectivas, valorações ou pontos de vista diferenciados sobre os fatos sociais, além daqueles já estabelecidos pela literatura ou pelas concepções do próprio entrevistador. Desse modo, a equipe pretendia conhecer as percepções dos atores entrevistados sobre o fenômeno do encarceramento provisório de mulheres, bem como sobre os desafios do sistema de justiça criminal diante do problema.

Além disso, as pesquisadoras também detinham autonomia para aprofundar questões-chave que, mesmo não antecipadas no questionário, considerassem pertinentes para a compreensão do fenômeno. As perguntas inseridas no questionário foram elaboradas objetivando explorar as percepções dos atores envolvidos no procedimento da audiência de custódia acerca de questões de gênero que, de alguma forma, aparecem na condução da audiência; levando-os, ainda, a refletir criticamente sobre o sistema de justiça criminal e os principais fatores que influenciam no processo decisório.

Todas as pessoas entrevistadas tiveram suas identidades protegidas por anonimato, sendo apenas ressalvados a categoria profissional a que pertenciam e o gênero com o qual se identificavam. As narrativas foram registradas com gravador ou anotadas pelas pesquisadoras, de acordo com a preferência da entrevistada, e optou-se por realizar entrevistas com paridade de gênero, privilegiando um número igual de depoimentos de homens e mulheres.

### **3 VIOLÊNCIAS IDENTIFICADAS**

Para além da própria violência institucional que permeia o sistema de justiça criminal, as agressões sofridas por mulheres no momento da prisão em flagrante assumem complexidades de

gênero - relacionadas, de maneira interseccional, com marcadores como os de raça e de classe - que, raramente, são registradas no decorrer do processo criminal.

Para mulheres presas em flagrante, o momento da audiência de custódia pode significar uma maior visibilidade de suas especificidades de gênero e vulnerabilidades, especialmente em relação às violências sofridas. A própria Resolução CNJ 213/2013 prevê que em todas as audiências de custódia o magistrado deverá perguntar à pessoa presa “sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis” (art. 8º, VI<sup>1</sup>).

Nesse sentido, foi observada consonância na percepção da maioria dos atores institucionais entrevistados a respeito da finalidade da audiência de custódia quanto à identificação de eventuais violências cometidas na realização do flagrante. É o que se percebe, por exemplo, nesse trecho de fala de membro do Ministério Público:

**Pesquisadora:** E em sua opinião, qual deve ser a principal finalidade das audiências de custódia?

**Promotor:** Tem duas né, para as quais elas foram concebidas né. A regularidade na atuação da polícia, e quando falo polícia é em sentido amplo: os órgãos de segurança pública, que estão a frente das prisões em flagrante (polícia civil, guarda civil, polícia militar). Se tanto o ato em si da detenção como a análise voltada para o ato que justificou a detenção. Se aquilo justificaria mesmo aquela detenção. Às vezes uma prisão é irregular sob um aspecto técnico jurídico, mas ela é regular na sua efetivação né. A interpretação do policial, havia um crime, houve **abordagem sem violência ou, havendo necessidade dentro dos limites que se espera ali né... Sem algum tipo de excesso, pelo menos**. Então eu acho o bom da audiência de custódia é essa análise imediata também do fato, para saber se a pessoa mesmo está em uma situação que pode ter sua liberdade restringida.

Apesar disso, a pesquisa evidenciou divergências entre o que se entende por violência, por assumirem complexidades que levam em consideração aspectos de gênero, raça e classe, que não são identificadas pelos atores na tomada de decisões e nos encaminhamentos necessários para cada caso. Neste sentido, a pesquisa verificou algumas formas de violência recorrentemente descritas pelas mulheres levadas às audiências de custódia, independentemente de terem ou não algum tipo de encaminhamento por parte dos atores institucionais responsáveis. Por terem algumas características em comum, tanto nos relatos, quanto na interpretação pelos atores

---

<sup>1</sup>Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

[...]

VI – perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis;

VII – verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que:

a) não tiver sido realizado;

b) os registros se mostrarem insuficientes;

c) a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado;

institucionais, foram caracterizadas as seguintes: (a) violência física, (b) violência psicológica e/ou verbal e (c) revista vexatória. Essas categorias foram analisadas pela equipe a partir das características em comum que permeiam a violência, das interpretações dos atores envolvidos nas audiências e dos dados quantitativos a respeito dos encaminhamentos concedidos ou não.

### 3.1 Violência física

Após quatro anos de esforço de implementação das audiências de custódia, nota-se que a função de identificação e apuração de abusos, tortura e maus-tratos por parte de policiais no momento do flagrante já está amplamente difundida e, em geral, aceita pelos atores institucionais. Isso foi evidenciado na maioria das respostas obtidas nas entrevistas realizadas, bem como a presença de pergunta a esse respeito, ainda que sob diferentes formas, na atuação de magistrados e magistradas nas audiências. Das 213 mulheres cujas audiências foram acompanhadas pela pesquisa, apenas a 18 não foi perguntado sobre terem sofrido alguma forma de violência.

É importante observar, no entanto, que apesar das orientações contidas no Protocolo II da Resolução 213 do CNJ<sup>2</sup>, as formas como eram feitas as perguntas não possuíam padrão, podendo assumir diferentes conotações, inclusive no sentido de atribuir à custodiada a responsabilização pela eventual violência que possa ter sofrido. É o caso de perguntas como "você reagiu à prisão?", que evidentemente deslocam a culpabilização pela violência. Ainda assim, perguntas como essa eram computadas, para a finalidade de pesquisa, como um questionamento sobre violência, por representarem uma possibilidade ao surgimento de relatos sobre violência.

Levando esse fator em consideração, 40 mulheres afirmaram ter sofrido algum tipo de violência e 155 responderam negativamente quando indagadas sobre o tema. Ainda, em 34 casos as perguntas sobre violência foram realizadas por juízes ou juízas, em cinco a questão foi levantada pela defesa, em um surgiu espontaneamente na fala da mulher e em nenhum foi trazida pelo Ministério Público; devendo ser ressaltada, ainda, a possibilidade de que mais de um ator institucional falasse sobre a violência em um mesmo caso.

---

<sup>2</sup> Intitulado "*Procedimentos para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes*", o documento tem por objetivo "orientar tribunais e magistrados sobre procedimentos para denúncias de tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes". São apresentados o conceito de tortura, as orientações quanto a condições adequadas para a oitiva do custodiado na audiência, os procedimentos relativos à apuração de indícios das práticas de tortura durante a oitiva da pessoa custodiada e as providências a serem adotadas em caso de identificação de práticas de tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Esses 40 casos não necessariamente se restringem a relatos de violência física, de modo que, a depender da forma como era feita a pergunta, surgiam outras denúncias das custodiadas sobre eventuais abusos, incluindo ilegalidades na prisão. Esses relatos surgiam a partir de perguntas feitas pelos juízes e juízas, que nem sempre se limitavam à pergunta específica "você sofreu violência?", mas partiam de questionamentos mais amplos como "ocorreu tudo bem com a sua prisão?" ou "tem algo a reclamar da sua prisão?". Apesar disso, esses relatos não obtinham encaminhamentos necessários nem eram incentivados com mais perguntas para melhor compreensão do caso.

Dessa forma, deixa-se de se utilizar o espaço da audiência de custódia enquanto primeiro contato com o Poder Judiciário para averiguar outras formas possíveis de ilegalidades na prisão em flagrante, que não somente resultem em constatação de violência física. Isso foi verificado em atitudes de magistrados e magistradas ao interromperem falas que relatam flagrantes forjados e entradas ilegais em domicílio para a realização do flagrante, por exemplo, além da própria ausência de encaminhamentos ou mesmo consideração como fator que leva ao relaxamento do flagrante.

Essa conduta nas audiências encontra consonância com a percepção dos atores sobre a finalidade das audiências para identificação de agressões, em particular de juízes e juízas:

**Pesquisadora:** Tinha algum tipo de violência que era mais comum vocês encaminharem?  
**Juíza:** Não, é, eu encaminhava todas as violências, assim tudo que era violência física, que era considerada violência física, eu encaminhava, que tinha sido indicação tal e eu encaminhava [...]

Nesse sentido, o primeiro entrave à identificação, apuração e encaminhamento de casos de violência cometida no momento do flagrante encontra-se já no filtro do que se compreende por violência contra mulheres acusadas de cometimento de crimes, que depende de julgamento subjetivo por parte dos atores. Se esses elementos não vêm acompanhados de evidências de violência física, sequer é colocada nos autos a indicação do ocorrido, o que poderia subsidiar argumentos para o relaxamento do flagrante. É o que se observa de maneira muito explícita nesta decisão:

Em que pese a conduzida tenha alegado situação que poderia ser entendida como violência policial, tenho que nenhuma marca ficou em seu rosto (a agente teria levado tapas na face) e ainda diz não ser capaz de identificar os policiais.

Assim, o segundo entrave diz respeito à constatação da violência - física - narrada. De acordo com os resultados da pesquisa, nem todos os relatos desencadeiam algum tipo de encaminhamento por não atenderem a critérios, por vezes, discricionários por parte dos atores. A pesquisa agrupou esses critérios em três principais: a) prevalência da palavra dos policiais sobre a



palavra da custodiada; b) ausência de marcas da violência no corpo da custodiada; e c) incapacidade da vítima identificar quem eram os agressores. Esses pontos podem ser ilustrados neste trecho de decisão a seguir transcrita:

Em que pesem o (s) conduzido (s) tenha (m) alegado situação que poderá ser entendida como violência policial, desde logo é de se verificar que: (i) os policiais indicam que houve franca resistência à abordagem, por isso a necessidade de força; (2) em seu interrogatório na Delegacia, confessou estar nervosa na abordagem (tanto que mentiu o nome) e disse que foi agredida pelas vítimas, não por policiais, (3) em audiência apresentou versão confusa, dirimindo a credibilidade do relato e ainda se mostrando incapaz de reconhecer quem lhe teria agredido. Assim, por ora, deixo de remeter o feito ao DIPO 5/Corregedoria Permanente e Distribuído de 1ª Instância da Polícia Militar.”

A decisão baseia-se, antes de tudo, na divergência entre o depoimento prestado à autoridade policial para desqualificar o relato proferido na audiência de custódia, ora para indicar que os policiais tinham motivo para cometer violência em razão da custodiada ter supostamente resistido à prisão, ora para indicar que a custodiada havia alegado na delegacia que a violência teria sido cometida pelas supostas vítimas do crime ao qual estava sendo acusada; por fim, afirma simplesmente que o depoimento em audiência de custódia foi confuso e que não seria capaz de reconhecer quem lhe teria agredido.

O caso é exemplificativo de muitas decisões que objetivam deslegitimar relatos de violência, ainda que hajam indícios suficientes para instaurar investigação da denúncia, inclusive no tocante à identificação dos policiais que possam ter cometido a violência, já que esse dado pode ser conferido no próprio auto de prisão em flagrante. Ainda, o fato de o depoimento prestado perante a autoridade policial eventualmente divergir do relato em audiência de custódia não pode servir para deslegitima-lo, uma vez que, na maior parte das vezes, não há assistência jurídica que acompanhe a assinatura do auto de prisão em flagrante e o próprio espaço corporativo da delegacia configura situação vulnerável para denúncias de violência policial, especialmente para mulheres.

Assim, o desrespeito aos protocolos básicos de condução para coleta de depoimentos sobre práticas de tortura, maus-tratos e outras formas de abusos policiais pode levar tanto a uma subnotificação de tais casos, problema característico da sistematicidade da violência institucional, quanto ao baixo número de encaminhamentos para averiguação aos casos ainda assim notificados.

Das 40 mulheres que afirmaram ter sofrido algum tipo de violência, apenas quatro tiveram o caso encaminhado ao DIPO 5, divisão dentro do próprio Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO) responsável pelo recebimento e processamento das denúncias de violência policial. Desses quatro, somente a um caso também foi determinado "encaminhamento ao Ministério Público

para apuração de eventual crime de usurpação da função pública"<sup>3</sup>. Esses casos envolviam relatos mais extremos de violência física, normalmente acompanhados de marcas identificáveis pelos juízes e juízas nas audiências, além da capacidade de reconhecimento dos possíveis agressores.

Não houve nenhum tipo de encaminhamento em 72,5% dos casos, isto é, 29 mulheres. A defesa deixou de pedir encaminhamento em 62,5% dos casos e o Ministério Público, em 82,5%. Apenas uma custodiada teve decisão de relaxamento do flagrante decretada ao final da audiência. Ainda assim, o argumento que baseou a decisão não se deu em razão da violência denunciada. Nesse sentido, observa-se que mesmo quando há encaminhamento para o DIPO 5 ou determinação de providências cabíveis, isso não necessariamente gera entendimento de que a prisão em flagrante foi ilegal. Isso também se reflete na atuação do Ministério Público, que pediu o relaxamento em somente três casos, enquanto a defesa pediu para 19.

Assim, a pesquisa foi capaz de concluir que, no tocante à identificação, averiguação e investigação de casos de tortura, maus-tratos e outras formas de violência física relatados por mulheres em audiências de custódia, há uma naturalização das violências praticadas quando da realização de prisões em flagrante. Isso faz com que, apesar de reconhecerem o papel das audiências de custódia em identificar abusos, os atores institucionais sigam desrespeitando protocolos de condução das perguntas e encaminhamento de providências cabíveis.

Essa omissão por parte dos atores institucionais é especialmente danosa quanto à identificação das especificidades relativas à violência de gênero, já invisibilizadas e naturalizadas. Ainda, há que se notar as condições de vulnerabilidade ligadas ao perfil das mulheres que relataram ter sofrido violência. Das 40 mulheres, 27 (67,5%) possuem filhos, 4 (10%) estavam grávidas (considerando que 34 não foram perguntadas a respeito). Ainda, 55% afirmou, quando questionada, ser usuária de drogas. Quanto ao crime ao qual estavam sendo acusadas, 65% era por tráfico e 25% furto. E, por fim, a maioria das mulheres era negra, segundo o registro nos autos (72,5%).

### **3.2 Violência psicológica/verbal**

Conforme já indicado, o entendimento dos atores institucionais acerca do que se considera violência dificilmente envolve a violência psicológica à qual são submetidas mulheres presas em flagrante delito. A pesquisa entendeu por violência psicológica os relatos envolvendo diferentes

---

<sup>3</sup> A submissão das pessoas sob guarda ou custódia de autoridade pública a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei, assim como qualquer atentado à incolumidade física do indivíduo constituem crime de abuso de autoridade, previsto nos artigos 3º e 4º da Lei 4.898/1965.

formas de abusos e maus-tratos que não necessariamente resultam em agressões físicas visíveis, desde ameaças de agressões e xingamentos, até outras formas de abuso que, no mínimo, configurariam práticas ilegais por parte de policiais.

Decidiu-se por essa classificação uma vez que a violência institucional praticada contra mulheres alvos da seletividade penal perpassa por diversas práticas de violação contra corpos, dignidade e liberdade, seja por manifestações explícitas de agressões físicas, seja por abusos de poder que levam à criminalização de mulheres socialmente vulneráveis.

Essas práticas naturalizadas pelo sistema de justiça criminal se refletem nas audiências de custódia. Exemplo disso é um dos casos em que uma mulher relatou ter sido forçada a assinar papéis que não leu, os quais continham depoimento seu denunciando outro homem que estava na mesma audiência. Transcreve-se, a seguir, o diálogo presenciado pela equipe de pesquisa:

**Custodiada:** ameaçaram dar socos, cotoveladas.

**Juiz:** mas não chegaram a efetivamente agredir fisicamente?

**Custodiada:** não.

O caso, dentre outros semelhantes, revela a imbricação entre abusos policiais que levam à criminalização, ao passo que são sistematicamente desconsiderados por magistrados e membros do Ministério Público. Apesar de recorrentes os relatos indicando prisões ilegais a partir do questionamento sobre violência, a dinâmica nas audiências de custódia não permitiam espaço de fala e análise qualificada sobre os relatos:

**Custodiada:** invadiram a minha casa, jogaram as minhas coisas no chão

**Juiz:** só invadiram? Não sofreu violência?

**Custodiada:** não

A prática também faz com que casos de violência psicológica sejam ainda mais marcados pela subnotificação, já que também podem ser naturalizados pelas próprias mulheres que eventualmente tenham sofrido. Ainda assim, com base nos relatos das audiências, a equipe de pesquisa identificou nove casos de violência psicológica ou verbal. Destes, apenas dois tiveram encaminhamento para apuração de abuso policial, mas porque também envolviam agressões físicas. Isto é, nenhum caso envolvendo unicamente violência psicológica teve qualquer tipo de encaminhamento.

É importante notar que muitos casos que foram considerados violência psicológica são marcados por discriminação de gênero, como xingamentos e ameaças aos filhos. Mesmo quando as mulheres denunciavam os casos entendendo como formas de violência, a negativa ao encaminhamento vinha expressa na decisão:

Houve indicação de violência psicológica. DEIXO de remeter o feito ao DIPO 5 pois não haverá indicação de lesão. Poderá tanto o MP como a defensoria requerer o que entender a qualquer tempo.

O que se pretende demonstrar, no entanto, é que as violências psicológicas e verbais constituem método de intimidação e abuso de poder de polícia que podem configurar práticas de tortura e maus-tratos definidos tanto nas Convenções da ONU e da OEA, quanto na definição da própria legislação brasileira, uma vez que destinadas a finalidades específicas como obtenção de confissões, discriminação e punições extralegais.

### 3.3 Revista vexatória

A prática da revista íntima vexatória, além de ser uma grave violação de direitos humanos, perpetua a violência de gênero, ao permitir que agentes do Estado mexam, toquem e controlem o corpo feminino, historicamente vulnerado por um conjunto de estereótipos que lastreiam a possibilidade de violá-lo e de intervir sobre ele.

Apesar de considerada violência sexual e tortura por organismos internacionais, bem como de ser vedada pela Lei estadual nº 15.552/2014, a lógica de humilhação, violência e discricionariedade que permeia a realização da revista vexatória permanece mesmo em estados como São Paulo, no qual já foram implementados *scanners* corporais em quase todas as unidades prisionais. E a prática também tem sido utilizada como um instrumento de investigação criminal aceito pelo sistema de justiça, como se observa em alguns dos casos acompanhados durante a realização do trabalho de campo.

Entre dezembro de 2017 e abril de 2018 foram registrados nove casos<sup>4</sup>; número que pode ser bastante superior, considerando que o universo da pesquisa foi restrito às audiências que a equipe acompanhou no período mencionado. Ademais, a violência de gênero, costumeiramente relativizada em razão da opressão enfrentada pelas mulheres na sociedade, muitas vezes não é identificada como tal pelas vítimas.

Quatro das situações relatadas resultaram de inspeções praticadas em unidades prisionais, após o uso do *scanner* corporal, e cinco de “buscas pessoais” em abordagens policiais<sup>5</sup>. Esse tipo de conduta extrapola a já discricionária previsão do artigo 240, §2º do Código de Processo Penal, segundo a qual poderá ser efetuada a denominada “busca pessoal” por agentes policiais quando “houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou

---

<sup>4</sup> A contabilização dos casos foi realizada da seguinte forma: em sete casos a defesa alegou a ocorrência da revista vexatória; em dois casos a configuração da prática se deu pela interpretação das pesquisadoras a partir do relatado em audiência, e em três casos ela apareceu na narrativa da custodiada, após provocação da defesa.

<sup>5</sup> Importante pontuar que em dois dos casos acompanhados, a revista também foi realizada por agentes da Guarda Civil Metropolitana, cuja competência para tal é constitucionalmente contestada (cf. artigo 144 da Constituição Federal).

papéis que constituam corpo de delito”. Como a praxe demonstra, tais “buscas” costumam ser baseadas em construções sociais estereotipadas e em juízos de valor dos próprios agentes.

Em relação ao elemento de gênero, também prevê o Código de Processo Penal, em seu artigo 249, que a busca pessoal em mulher será feita por outra mulher, “se não importar retardamento ou prejuízo da diligência”; ressalva que muitas vezes fundamenta a realização de revistas por homens, de maneira a potencializar a violência e a humilhação da abordagem. No entanto, ainda que efetuada por outra mulher, o excesso na conduta não é necessariamente afastado.

Quanto à instrumentalização dos relatos de revista vexatória pelos atores institucionais, em sete dos nove casos registrados a defesa pediu relaxamento da prisão em flagrante com base na ilicitude da prova colhida a partir da prática, e em um o mesmo pedido foi efetivado pelo Ministério Público. Contudo, em nenhum caso o relaxamento foi consentido, sendo decretada a prisão preventiva em sete e em dois concedida liberdade provisória com cautelares, mas por razões diversas.

Argumentos como “houve revista íntima vexatória para averiguação de drogas no interior da vagina da indiciada” ou “foi realizada revista vexatória em sala privada, tendo que se ajoelhar nuas em frente aos seus filhos e no presídio havia *scanner*” eram utilizados pela defesa nos pedidos de relaxamento das prisões em flagrante. No entanto, a despeito da ressalva específica feita pela defesa, essas denúncias não foram encaminhadas, pelos juízes e juízas condutores das audiências, à averiguação cabível; nem, tampouco, foram suficientes para que a revista fosse considerada meio ilegal de produção de provas.

Tais práticas do sistema de justiça criminal brasileiro evidenciam a naturalização da revista vexatória como instrumento de investigação criminal, bem como a desconsideração da violência por ela representada. Esta postura institucional pode ser exemplificada pela fala abaixo transcrita:

**Pesquisadora:** A senhora costuma ver quais tipos de violência relatadas? Especialmente com mulheres... Por que muitas vezes as mulheres acabam passando por um tipo de violência vexatória né...

**Juíza:** Nunca ouvi, nunca ouvi. Já ouvi mulheres relatando revista por policiais femininas, mas não como vexatórias, e nunca ouvi relatos específicos de mulheres de violência.

Vê-se, assim, que conforme a tradicional retórica da violência de gênero, a revista íntima vexatória acaba sendo atenuada nos discursos dos atores do sistema de justiça criminal e até mesmo pelas vítimas, configurando invisibilidade perpetuada no decorrer do procedimento penal como um todo.

#### 4 CONCLUSÃO

Diante das primeiras impressões obtidas na pesquisa, tem-se observado que a audiência de custódia continua a representar uma conquista importante no tocante à averiguação de abusos policiais e prisões ilegais. No entanto, a realização das audiências, por si só, não garante a redução do aprisionamento ou mesmo o devido encaminhamento de casos nos quais relatada algum tipo de violência, especialmente quando examinadas questões de gênero.

Conforme demonstrado, a pesquisa tem permitido a constatação de várias divergências entre o que se entende por violência e os encaminhamentos institucionais dados aos casos observados. E tais divergências podem ser atribuídas à falta de consideração dos aspectos de gênero, raça e classe, dentre outros marcadores sociais que constituem a subjetividade das mulheres, pelos atores envolvidos na realização das audiências de custódia.

Nesse sentido, têm sido elencadas as formas de violência identificadas, com maior recorrência, nos relatos das mulheres cujos casos foram acompanhados em audiências de custódia, resultando nas seguintes: (a) violência física, (b) violência psicológica e/ou verbal e (c) revista vexatória. No mais, ainda tem sido observado como a atuação institucional potencializa e também amplia a gama de violências suportadas pelas pessoas submetidas às audiências de custódia, em especial quando analisados elementos concernentes ao gênero.

A violência física foi a categoria com maior porcentagem de identificação, sendo até mesmo considerada, por alguns dos atores institucionais entrevistados pela equipe do ITTC, como a única forma de violência passível de encaminhamento a medidas oficiais cabíveis. No entanto, foi verificado que o desrespeito aos protocolos básicos de condução para coleta de depoimentos sobre práticas de tortura, maus-tratos e outras formas de abusos policiais pode levar tanto a uma subnotificação de tais casos, problema característico da sistematicidade da violência institucional, quanto ao baixo número de encaminhamentos para averiguação aos casos notificados.

A violência psicológica, por sua vez, constitui a categoria com maior subnotificação, em grande medida pela alegada dificuldade de ser constatada com o uso dos precários meios de averiguação disponibilizados pelo sistema de justiça criminal. Englobando, de acordo com a estipulação conceitual da pesquisa, relatos de diferentes formas de abusos e maus-tratos como ameaças de agressões, xingamentos e práticas ilegais por parte de agentes policiais, a violência psicológica reflete as discriminações de gênero, raça e classe que tornam mulheres socialmente vulneráveis alvos constantes da seletividade penal.

No mais, tem sido observada a naturalização da revista íntima vexatória, realizada na entrada de estabelecimentos prisionais ou em abordagens policiais, como meio de colheita

probatória. Atores que participam das audiências de custódia negligenciam ou relativizam a violência sofrida pelas mulheres quando submetidas a formas vexatórias de revista, gerando óbices à sua identificação e, principalmente, aos encaminhamentos que seriam devidos, como o reconhecimento da ilicitude da prova obtida a partir de tal prática.

Conclui-se, assim, que os atores institucionais envolvidos nas audiências de custódia reconhecem como um dos principais objetivos do procedimento a necessidade de identificação e averiguação de casos de violência policial. No entanto, a partir da análise qualitativa e quantitativa que embasa a pesquisa desenvolvida, tem-se verificado que as violências marcadas por elementos de gênero ainda não são, de fato, levadas em consideração nos processos decisórios, seja para determinar os encaminhamentos de apuração necessários, seja para reconhecer a ilegalidade do flagrante.

# ATORES INSTITUCIONAIS E A CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CARCERÁRIAS EM MEIO A PROCESSOS DE ESTADO GENERIFICADOS

Roberta Olivato Canheo  
(Universidade Federal Fluminense - UFF)  
rocanheo@gmail.com

**RESUMO:** Este trabalho objetiva revisitar considerações tecidas em minha dissertação de mestrado, intitulada “‘Puxa pro Evaristo’: produção e gestão da *população LGBT* presa na cidade do Rio de Janeiro” (CANHEO, 2017). A dissertação - desenvolvida a partir de entrevistas semiestruturadas com atores institucionais implicados na formulação de resoluções destinadas ao “acolhimento” de pessoas LGBT aprisionadas no Rio de Janeiro; e com travestis e transexuais alocadas no presídio Evaristo de Moraes, classificado como *seguro* – objetivou demonstrar como atores institucionais articulam e manejam requisições de acesso a direitos de pessoas LGBT presas no Rio de Janeiro. Neste artigo, pretende-se apresentar parte do percurso de pesquisa percorrido, em que processos de Estado, observados a partir de relações com ativistas, atores institucionais, documentos, ocasionaram um deslocamento do objeto inicial da pesquisa: o de estudar a produção de sujeitos específicos de direito ao invés de etnografar as vidas desses sujeitos presos.

**Palavras-chave:** Atores institucionais. População LGBT. Prisão.

## 1 INTRODUÇÃO

As considerações expostas neste texto têm como origem minha dissertação de mestrado, intitulada “‘Puxa pro Evaristo’: produção e gestão da *população*<sup>1</sup> LGBT presa na cidade do Rio de Janeiro” (CANHEO, 2017). Trabalho este que teve por principal fim investigar quais os processos de Estado que levaram à constituição de pessoas LGBT privadas de liberdade como novos sujeitos políticos de direitos na atualidade; quais as técnicas de governamentalidade- construídas por feixes múltiplos de agências, agentes, documentos- presentes nesses processos. E como, através destes, uma determinada *categoria mulher* é produzida, reproduzida, mantida e reforçada.

Em suma, a dissertação objetivou apresentar reflexões sobre o papel de atores institucionais na gestão do acesso a direitos de presos e presas LGBT no Rio de Janeiro, e como esses atores produzem, esquadrinham jurídica e normativamente essa *população LGBT* numa plataforma de direitos cis/heteronormativa.

Neste artigo, buscarei revisitar e adicionar reflexões relacionadas ao meu percurso de pesquisa, e como este percurso me colocou durante o trabalho de campo em um emaranhado de relações com ativistas, atores institucionais, pessoas acadêmicas, além de documentos. E como, inclusive pelo fato de me perceber envolvida nas malhas estatais e suas burocracias - em específicos processos de estado - o objeto da pesquisa acabou por sofrer um deslocamento: o de estudar a produção de sujeitos específicos de direito por agentes estatais, ao invés de perseguir no intento de etnografar as vidas desses sujeitos aprisionados.

---

<sup>1</sup> Os termos nativos estão escritos no trabalho em itálico, ao passo que as citações diretas virão entre aspas.



Este deslocamento se deu em dois sentidos: em decorrência primeiramente das dificuldades burocráticas para realização de uma pesquisa de campo dentro de qualquer unidade prisional no Rio de Janeiro, o que me compeliu a abrir o espectro da pesquisa para outras direções, considerando ainda o tempo curto para realização de uma pesquisa de mestrado. O segundo, que sucede do primeiro, veio da percepção de que os obstáculos burocráticos por mim enfrentados já constituíam por si só um amplo campo de pesquisa, que me colocavam frente a frente e dentro de processos de estado, e da agência de diversos documentos que circulavam dentro desses mesmos processos.

Dessa forma, em que pese meu impulso inicial tenha sido movido em grande medida pelo interesse nas vivências experimentadas por *peçoas LGBT* privadas de liberdade no Rio de Janeiro, a pesquisa que se materializou em minha dissertação não partiu de uma etnografia de um espaço prisional específico, nem das vidas aprisionadas neste espaço, suas contendas, seus afetos e relacionamentos, ou das torturas por elas vivenciadas<sup>2</sup>. Ainda assim, parte de meu trabalho de campo consistiu, por fim, em visitas ao Presídio Evaristo de Moraes<sup>3</sup>, presídio classificado como *seguro*, destino histórico e na atualidade “modelo de acolhimento” da *população LGBT* presa no Rio de Janeiro. Minha inserção neste presídio se deu como auxiliar da Defensoria Pública, acompanhando uma pesquisa com mulheres transexuais e travestis ali alocadas, vez que o acesso ao presídio via autorização da Secretaria de Administração Penitenciária não se formalizou.

## 2 ATORES, DOCUMENTOS E A ELABORAÇÃO DO CAMPO ETNOGRÁFICO

As percepções advindas das visitas ao Presídio Evaristo de Moraes, contudo, não serão o foco deste texto, em que se abordará mais detidamente processos de estado que conformam aquilo que se pode chamar de “prisão sistema”. Importante fazer a ressalva, no entanto, que o

---

<sup>2</sup> Para um estudo que privilegie as trajetórias e tenha como principais interlocutoras pessoas representantes da *população LGBT* encarcerada, ver Boldrin (2014;2017), Sander (2016), Zamboni (2017), Ferreira (2014) e Passos (2014).

<sup>3</sup> O Presídio Evaristo de Moraes, ou “galpão” da Quinta como é popularmente chamado- devido a suas paredes não alcançarem o teto, à semelhança de um galpão- localiza-se no bairro São Cristóvão, na zona norte da capital fluminense, entre Quinta da Boa Vista e o morro da Mangueira. Neste presídio reúnem-se, além de *minorias*, acusados e condenados por crimes sexuais, assassinatos, e por outras tipificações consideradas “odiosas” que, como disseram em mais de uma ocasião os agentes penitenciários, constituem a “escória do crime”. São aqueles que ou pelos crimes em que foram enquadrados, ou por terem traído alguma das grandes facções- notadamente o Comando Vermelho (CV), a Amigos dos Amigos (ADA) e o Terceiro Comando no Rio de Janeiro- precisavam estar no *seguro*, caso contrário correriam risco de morte. A edificação deste presídio como “modelo”, por sua vez, é produzida pelo discurso subjacente dos *direitos humanos* da *vulnerabilidade* e do *risco*, pela narrativa de necessidade de um espaço *seguro* para os novos sujeitos de direitos vulneráveis, a “*população LGBT* privada de liberdade”. Essa edificação, assim, traz um status de “sucesso” frente ao sabido fracasso do Sistema Penitenciário nacional, sucesso este que necessita ser intensamente visibilizado e acompanhado. Por outro lado, o encarceramento dessa *população LGBT* é produzido como um fenômeno externo às instituições masculinistas, externo aos aparelhos de Estado.

trabalho de campo no presídio não implicou o abandono da análise dos processos de estado e da atuação de atores institucionais como o objeto primordial da pesquisa.

Pelo contrário, o empreendimento de se produzir através de pesquisas - institucionais ou acadêmicas - um perfil da população presa, a sala destinada às entrevistas, as condições estruturais do presídio, a superlotação, enfim, todas essas questões foram analisadas como processos de estado. Todas faziam emergir a contradição fundamental entre um Estado que tem grandes políticas públicas, atreladas aos preceitos fundamentais dos *direitos humanos*, mas que, simultaneamente, produz um lugar efetivo de abjeção a esses corpos fora da norma (BUTLER, 2000), a esses corpos *locus* último de materialização das tensões constitutivas de um Estado generificado.

Como o título deste artigo sugere, a elaboração de meu campo etnográfico deu-se a partir das narrativas de atores institucionais, o que me permitiu refletir sobre os efeitos perversos da *categoria mulher* nos processos de *fazer* Estado, que produzem e reificam a prisão na dobradura da produção de uma *população* vulnerável como novos sujeitos políticos de direitos. A partir então deste novo desenho, o núcleo de defesa dos direitos homoafetivos e diversidade sexual da Defensoria Pública (NUDIVERSIS), o programa Rio sem Homofobia (RSH), a Secretaria de Administração Penitenciária (SEAP), a Secretaria Estadual de Assistência Social e Direitos Humanos (SEASDH) compuseram a malha de instituições do que, durante a pesquisa, convencionou-se chamar de Estado. Instituições, portanto, que, através de uma política de governança, produzem aquilo que se entende por Estado e concomitantemente a *população* LGBT enquanto sujeitos de direitos.

E nesse sentido, meus interlocutores privilegiados, entrevistados entre outubro de 2015 e outubro de 2016, a partir de entrevistas semiestruturadas e transcritas, foram os atores institucionais representantes de tais instituições. A escolha por tais atores se deu a partir de uma pesquisa prévia que os identificou como responsáveis pela elaboração e implementação da resolução 558 de 2015, que estabeleceu diretrizes e normativas para o tratamento da população LGBT no Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, assinada pelo então secretário de Estado de Administração Penitenciária; e da resolução nº 34, que criou o Grupo de Trabalho Permanente de Políticas LGBT no Sistema Penitenciário do Estado, assinada também pelo secretário de Estado de Administração Penitenciária e pela então secretária de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos.

Esta resolução trazia o diferencial de nomear para a composição do GT (Grupo de Trabalho), pessoas transexuais e travestis egressas do Sistema Penitenciário. Além disso, um

Termo de Cooperação Técnica entre os órgãos havia sido assinado. As normativas, diretrizes e propostas das resoluções foram encaminhadas através do programa Rio sem Homofobia (RSH), criado pelo governo do Estado, coordenado pela Superintendência de Direitos Individuais, Coletivos e Difusos (SUPERDIR), da Secretaria de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos.

Após a descoberta das resoluções e localizados os principais atores institucionais envolvidos em sua formulação, quatro entrevistas foram realizadas: (1) com a então Assessora Técnica da Superintendência de Direitos Individuais, Coletivos e Difusos (SUPERDIR) da Secretaria de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos (SEASDH) e presidenta da Astra-Rio, a Associação de Travestis e Transexuais do Estado do Rio de Janeiro; (2) com a defensora pública responsável pela coordenação do NUDIVERSIS - Núcleo de Defesa dos Direitos Homoafetivos e Diversidade Sexual; (3) com o então coordenador do programa Rio sem Homofobia; e (4) com uma assessora da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (SEAP).

O encontro inicial com a defensora pública responsável pelo NUDIVERSIS foi particularmente importante para a continuidade das entrevistas com os demais atores, vez que ela compunha o GT estabelecido pela resolução nº 34, e pode me indicar seus demais membros. As outras entrevistas, que se sucederam nos meses posteriores, foram pautadas por essas indicações, ainda que eu não tenha obtido resposta de todos os integrantes contatados.

### **3 O ‘FAZER ESTADO E O “FAZER GÊNERO” NA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESPECÍFICAS**

A partir dos enunciados dos atores institucionais entrevistados, foi possível entender primeiramente o importante papel de Conferências e Conselhos LGBT na confecção das resoluções e no encaminhamento de outras políticas públicas. Nesses espaços - a partir do inferido pelas leituras dos relatórios oriundos dos encontros, assim como da narrativa dos atores -, categorias como *Estado, sociedade civil, ativismo*, eram reiterados e colocados, por vezes, na condição de entes estáticos, delimitados por fronteiras fixas. Marcados pela presença de inúmeros coletivos que trabalham com a diversidade sexual e de gênero, de personagens consideradas “líderes” do movimento LGBT, de ONGs, de pesquisadores e de representantes da “sociedade civil”, esses eventos contam com a *assinatura* da participação social, ao serem enxergados como lugares de exposição de conflitos.

São também espaços que englobam trajetórias pessoais, profissionais, militantes, acadêmicas, propícios para o encontro de diferentes marcadores e da emergência de contendas por poder. “São ao mesmo tempo espaços fundamentais para a enunciação de identidades e

demandas que aparecerão decantadas mais tarde nos documentos construídos como corolários desses encontros/confrontos” (AGUIÃO, 2014a, p. 52-53).

As conferências e conselhos são então responsáveis pela produção não só de debates, mas de documentos, acordos, atualização de lideranças, afirmação de compromissos e sedimentação ou desmantelamento de relações. A partir deles, agentes institucionais tomam iniciativas, muitas vezes em articulação uns com os outros, culminando, ao fim, no impulso para a edição de novas normativas.

O recorrente emprego de expressões como “avaliar”, “acompanhar”, “monitorar”, “executar” pelos atores, por sua vez, mostra a pretendida interação entre a “sociedade civil” e o “Estado”- como se fossem distintas esferas-, ao passo que as Conferências passam a ser lidas como espaços de participação democrática, onde a diversidade sexual e de gênero é fomentada, seja por aqueles colocados na categoria de “Estado”, ou os entendidos como “sociedade civil”, ou ainda por quem se enquadra na categoria “ativismo”.

Tais termos entram num domínio léxico comum compartilhado tanto por agentes governamentais como por aqueles que compreendem e dominam a “morfologia de Estado” presente nessas políticas públicas, o que delimita o campo no qual esses sujeitos LGBT são produzidos e conseqüentemente passíveis de serem administrados enquanto “população”, “imaginável”, modelável, e adaptável dentro de uma certa gramática, cujas regras e limites são mais ou menos elásticos” (AGUIÃO, 2014a, p. 239).

Aguião (2014b, p. 117-118), ao destrinchar questões de seu campo de pesquisa, explica como a criação de uma parceria entre a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e a Secretaria de Assistência Social e Direitos Humanos - para o apoio de algumas ações do programa Rio sem Homofobia e implementação do Centro de Referência ao Combate à Homofobia e Promoção da Cidadania LGBT- culminou na explicitação da reificação de três categorias atribuídas usualmente aos sujeitos : “a universidade”, “a gestão pública” e “o movimento social”.

As reificações, presentes também na composição dos Conselhos, e na dinâmica das Conferências, representadas pela atribuição de características específicas a esferas consideradas distintas, levam à impressão de que esses espaços de atuação são determinados pelo pertencimento a uma dessas categorias, o que potencializa a produção de “ficções institucionais estanques”. Estas, por sua vez, nos remetem à ideia de fronteiras artificiais trabalhadas por Mitchell (2006), e no quão borradas são essas fronteiras, sendo que muitas vezes o “nós” se confunde com o “eles”. Como pontuado por Aguião, tais divisões, entre a Universidade, o ativismo e o governo, nos dizem sobre disputas no campo político, por financiamentos e pelo poder nas

hierarquias desses processos de estado (AGUIÃO, 2014b, p. 122-124). Mas, ao mesmo tempo, elas não podem ser definidas, fixadas, produzem-se mutuamente e são manejadas contextualmente a depender dos interesses envolvidos.

A composição do Conselho LGBT, e também a composição do Grupo de Trabalho estabelecido pela resolução nº 34 de 2015, no caso de minha pesquisa, espelham esse remanejamento de posições e indefinição de fronteiras, ao passo, por exemplo, que travestis e transexuais egressas do Sistema Penitenciário passam a compor o corpo de formuladores de políticas públicas que irão implementar normativas destinadas à *população LGBT* em situação de cárcere. De maneira parecida, eu, apesar de pesquisadora acadêmica, era enxergada pelas presas no presídio Evaristo de Moraes enquanto uma agente da Defensoria, que poderia, por exemplo, interceder pelo fornecimento de um remédio, pelo acompanhamento de um benefício processual, etc; o que, de alguma maneira, também me afiançava no campo.

Dessa forma, podemos observar uma relação produtiva entre “Estado”, “sociedade civil” e “ativismo”, e a produção de sujeitos, acompanhada da institucionalização de demandas, que desta relação, ou demarcação de fronteiras, advém. Porém, não apenas as arenas públicas de contendas assumidamente políticas devem ser consideradas para se entender o funcionamento da máquina estatal, mas também aquilo que se produz nos meandros menos visíveis das malhas administrativas do poder, aquelas técnicas e práticas por meio das quais um preciso “efeito estado” (MITCHELL, 2006) é produzido, e adquire materialidade através de uma série de efeitos estruturais que se conjugam.

Além disso, tudo o que se coloca no campo das *conquistas, avanços*, a presença do que seria a *sociedade civil* na persecução de políticas direcionadas à *população LGBT*, constituem também matéria de processos de estado. Inclusive nós, que pesquisamos, somos *sujeitos de Estado*, da mesma forma que somos sujeitos do ativismo e de determinado posicionamento político. E nisso reside a dificuldade de voltarmos a análise para os processos de estado que se dão através da gestão e administração de uma certa *população*, de um certo ativismo, ao invés de quase cairmos na crença de que a “política está avançando”. Essa crença é ela própria também um “efeito de Estado” (MITCHELL, 2006), vez que nos meandros das disputas por versões e formas ideais de ação, subscreve-se a ideia de um “horizonte justo” a ser perseguido também através de políticas públicas, corroborando-se um tipo de ilusão orientadora das possibilidades de ação dos atores, em meio a um universo de desigualdades das mais variadas ordens (VIANNA, 2013, p. 16).

Os processos de estado comportam, ademais, dimensões inerentemente contraditórias e tensões produtivas. Uma dessas tensões é a representada pelo conjunto de documentos

considerado na pesquisa (dentre eles as citadas resoluções, e os relatórios oriundos das Conferências), que para além da sua rentabilidade e natureza etnográfica, devem ser compreendidos a partir de suas especificidades e heterogeneidade no modo de circulação. Como já comentado, muitas foram as dificuldades no percurso de obtenção de autorizações para realização de minha pesquisa dentro de um presídio específico, como a tensão na espera por respostas dos responsáveis pelo processamento do meu pedido, o preenchimento de termos de responsabilidade, a autorização judicial e a ansiedade com a descoberta de uma resolução que impossibilitava a continuação do pedido.

Nesse registro, remeto-me ao trabalho de Lowenkron e Ferreira (2014), para quem “um pedaço de papel”, uma “autorização explícita”, “deixam claro o aspecto chave do modo como as organizações burocráticas funcionam: a imposição tanto da incerteza como da espera como fontes eficazes de poder” (LOWENKRON; FERREIRA, 2014, p. 96, tradução nossa). Ler o despacho da juíza, a autorização e qualquer outra sentença que possibilitasse a continuação da pesquisa, já se apresentavam a mim como fatos etnográficos (*ibid*, p. 96-97) mesmo antes de minha entrada no presídio.

Esses elementos e situações são representantes de toda uma faceta do Estado enquanto rotina, representada pelo “outro lado do balcão”, pelo “guichê”, por todas as microtransações que se afastam da ideia de Estado enquanto simulacro, ou do Estado-ideia, nos termos de Abrams (2006). As margens dos processos de estado (DAS; POOLE, 2004), nesse ínterim, relacionam-se aos processos de governamentalidade presentes nas variações e incertezas da rotina administrativa; no acionar, por exemplo, de uma normativa específica por uma pessoa específica, dirigida a outro alguém específico.

Ao mesmo tempo, existe também uma dimensão inerentemente espetacular e performática dos processos de estado. Fazer estado é fazer “cena” de estado (VIANNA; FARIAS, 2011), é a inauguração de uma política, de uma “Ala LGBT”, é a criação de um programa de governo pioneiro, vanguardista, acompanhado de uma grande campanha midiática e de um generoso orçamento<sup>4</sup>, a exemplo do Programa Rio sem Homofobia. Estado é, assim, tanto

---

<sup>4</sup> No livro “Retratos da Política LGBT no Estado do Rio de Janeiro”, partes da entrevista com Claudio Nascimento, então coordenador do Programa Rio sem Homofobia, conduzida por Silvia Aguião, exemplificam o *fazer* Estado através do *fazer* cena de Estado, tal como: “C.N.: (...)Nesse ínterim, a gente vinha também, desde 2010, negociando o lançamento da campanha do Rio Sem Homofobia, que era uma reivindicação da conferência: fazer uma campanha publicitária para todo o estado, envolvendo anúncio de TV, anúncio de rádio, material gráfico, lançamento em várias partes do estado. A gente negociou em 2010 e foi lançado em maio de 2011. A gente criou grupos focais, grupos para discutir a campanha publicitária. Participaram os LGBT, participou o governo, a gente fez grupos focais diversificados com lésbicas, gays, travestis, depois juntos (...). A gente lançou em maio e também com uma grande cerimônia aqui – com a presença da senadora Marta Suplicy, do então secretário estadual de Assistência Social e Direitos Humanos,

performance e espetáculo como rotina, sendo que as duas dimensões se alimentam mutuamente (VIANNA, 2013).

Por fim, o Estado é constituído também de processos, categorizações, imaginações, que não são outra coisa que generificados- ao revés de um ente que apenas se derrama sobre o campo da sexualidade e do gênero, aquele que cede, concede ou nega, mas permanece e se relaciona a este campo a partir de uma exterioridade. Isso implica em pensar a hipótese repressiva de Foucault (2015)<sup>5</sup> não apenas em termos puramente de sexualidade, em que ela é de fato bem trabalhada. Mas estender e questionar essa hipótese em termos de processos de estado. Podemos pensar desde os modelos de Estado nacional, nos desejos de produção correta, ou ainda, nas narrativas de atores institucionais responsáveis pela implementação de políticas públicas. Há, portanto, nos termos colocados por Adriana Vianna e Laura Lowenkron (2017), um duplo *fazer* do gênero e do Estado, sendo o *fazer Estado* necessariamente um *fazer e desfazer gênero*, e vice versa.

#### 4 CONCLUSÃO

Ao centrar as análises na atuação de atores institucionais – e também de atores do ativismo -, busco provocar o questionamento sobre a quem atende a materialização de Grupos de trabalho, e a regulação de políticas públicas para a *população LGBT* presa; e se esses dois processos não estariam em realidade a serviço da governamentalidade de uma determinada *população*. Para além também da heterogeneidade de forças e disputas presentes nas arenas de Estado, busco pensar os interlocutores da pesquisa enredados no acionamento de certos documentos de espetáculo, que somados a grandes cenas de Estado, são capazes de sustentar as ambivalências de um Estado que se coloca no lugar de comprometido com os *direitos humanos* e das *minorias*, ao passo que produz o acirramento das condições de precarização de populações marginalizadas e encarceradas.

---

Rodrigo Neves, e do governador Sérgio Cabral”; e também “C.N.: Teve o projeto da campanha publicitária em 2009 e 2010, e em 2011 já fizemos. E a campanha, só de exibição em televisão e rádio, são R\$ 4,4 milhões – fora os lançamentos, mais os materiais gráficos, mais o pagamento da empresa que realizou e tudo mais, quase R\$ 7 milhões. Fora o orçamento de 2011, da execução das ações aqui; então, realmente, o orçamento de 2011 foi um orçamento bem gordo, foram quase R\$ 10 milhões. E se a gente pensar, em se tratando de uma política específica, de um segmento único, nem a política da mulher, a da igualdade racial, a de setores especiais – isso fazendo um comentário lateral – tiveram esse aporte.” (CARRARA; AGUIÃO, LOPES; TOTA, 2017, p. 223-225).

<sup>5</sup> Em “História da sexualidade I”, Foucault (2015) mostra um sexo colocado em discurso à exaustão, e não um sexo reprimido e silenciado, colocando-se além da hipótese repressiva. Por “hipótese repressiva”, refere-se à ideia de que a repressão do sexo seria uma evidência histórica, indicando a instauração ou acentuação, a partir do século XVII de um regime de repressão ao sexo. O autor opõe-se a essa hipótese não indicando sua falsidade, mas a recolocando “numa economia geral dos discursos sobre o sexo no seio das sociedades modernas a partir do século XVII”, questionando a singularidade da interdição do sexo na constituição da sexualidade do sujeito moderno (FOUCAULT, 2015, p. 15-17).



Assim, mesmo que em muitos momentos essas análises possam parecer externas ao universo prisional, por não falar propriamente de seus muros, celas, e das vidas ali encerradas, pretendo chamar a atenção para a materialidade da construção de políticas públicas ou programas governamentais, que edificam uma prisão “sistema”, trabalhada enquanto um dispositivo de *fazer e fazer-se* no Estado, executado por atores sociais específicos.

Nesse sentido, objetivou-se trabalhar em cima da ausência apontada por Salla (2006) nas pesquisas sobre prisão, do estudo sobre a construção de políticas públicas, engendrada por diversos fatores que interferem em sua formulação. No caso de minha pesquisa, políticas que produzem uma população *vulnerável*, que deve ser *segurada*, e que reproduzem uma determinada *categoria mulher*, em termos essencialistas.

## REFERÊNCIAS

ABRAMS, Philip. Notes on the Difficulty of Studying the State. In: SHARMA, Aradhana; GUPTA, Akhil (Ed.). **The anthropology of the state: a reader**. Malden, MA: Blackwell, 2006, p. 112-130.

AGUIÃO, Silvia. **Fazer-se no ‘Estado’**: uma etnografia sobre o processo de constituição dos ‘LGBT’ como sujeitos de direitos no Brasil contemporâneo. 2014. Tese (Doutorado em Antropologia). UNICAMP, Campinas.

\_\_\_\_\_. Produzindo o campo, produzindo para o campo: um comentário a respeito de relações estabelecidas entre "movimento social", "gestão governamental" e "academia". In: RODRIGUES CASTILHO, Sergio Ricardo; SOUZA LIMA, Antonio Carlos de; COSTA TEIXEIRA, Carla (orgs). **Antropologia das práticas de poder**: reflexões etnográficas entre burocratas, elites e corporações. Rio de Janeiro: Contra Capa; Faperj, p. 115-126, 2014b.

BOLDRIN, Guilherme. **Desejo e Separação**: monas, gays e envolvidos num presídio em São Paulo. Dissertação de Mestrado: UFSCAR, 2017.

\_\_\_\_\_. **Monas, envolvidos e o crime**: etnografia com travestis e homossexuais em uma prisão paulista. Monografia: UFSCAR, 2015.

BUTLER, J. Corpos que pesam: Sobre os limites discursivos do “sexo”. In: LOURO, G. L. (Org.). **O corpo educado**: Pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

CANHEO, R.O. **“Puxa pro Evaristo”**: produção e gestão da *população LGBT* presa na cidade do Rio de Janeiro. 2017. Dissertação (Mestrado em Sociologia e Direito). UniverAGUisidade Federal Fluminense, Niterói.

CARRARA, Sergio; AGUIÃO, Silvia; LOPES, Paulo Victor Leite; TOTA, Martinho. **Retratos da Política LGBT no estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: CEPESC, 2017.

DAS, Veena & POOLE, Deborah. State and its Margins: Comparative Ethnographies. In: DAS, Veena & POOLE, Deborah. (org.) **Anthropology in the Margins of the State**. Oxford, James Currency, 2004, pp. 3-33.



FERREIRA, Guilherme Gomes. **Travestis e Prisões**: a experiência social e a materialidade do sexo e do gênero sob o lusco-fusco do cárcere. Dissertação de mestrado: PUC-RS, 2014.

FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade I**: a vontade de saber. 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

LOWENKRON, L.; FERREIRA, L. C. M. Anthropological perspectives on documents: ethnographic dialogues on the trail of police papers. **Vibrant**, Brasília, v. 11, n. 2, p. 75-111, Jul./Dec. 2014.

MITCHELL, Timothy. Society, economy, and the state effect. In: SHARMA, Aradhana; GUPTA, Akhil (Ed.). **The anthropology of the state: a reader**. Malden, MA: Blackwell, 2006, p. 169-186.

PASSOS, Amilton Gustavo da Silva. **Uma Ala Para Travestis, Gays e Seus Maridos**: Pedagogias institucionais da sobrevivência no Presídio Central de Porto Alegre. Dissertação de Mestrado: UFRGS, 2014.

SALLA, F. A Pesquisa sobre as prisões um balanço preliminar. In: KOERNER, Andrei (org.) **História da Justiça Penal no Brasil**. São Paulo: Ibccrim, 2006.

SANDER, Vanessa. **“O melhor lugar para arrumar marido”**: Conjugalidades e afetos entre travestis em privação de liberdade. Anais do Seminário dos alunos PPGAS, 2016.

SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA E SECRETARIA DE ESTADO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E DIREITOS HUMANOS. Cria o Grupo de Trabalho Permanente de Políticas LGBT no Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro. **Resolução nº 34**, de 29 de maio de 2015.

SECRETARIA ESTADUAL DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. Estabelece diretrizes e normativas para o tratamento da população LGBT no Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro. **Resolução nº 558**, de 29 de maio de 2015.

VIANNA, Adriana. “Introdução: fazendo e desfazendo inquietudes no mundo dos direitos”. In: VIANNA, Adriana (org.) **O fazer e o desfazer dos direitos**: experiências etnográficas sobre política, administração e moralidades. Rio de Janeiro: E-papers, 2013, p. 15-35.

VIANNA, Adriana e FARIAS, Juliana. 2011. “A guerra das mães”. **Cadernos Pagu**, 37, p. 79-116.

VIANNA, Adriana e LOWENKRON, Laura. O duplo fazer do gênero e do Estado: interconexões, materialidades e linguagens. *Cadernos Pagu*, 51, 2017.

ZAMBONI, Marcio. O barraco das monas na cadeia dos coisas: notas etnográficas sobre a diversidade sexual e de gênero no sistema penitenciário. **Aracê - Direitos Humanos em Revista**, v. 4, p. 93-115, 2017.



# “SEGURO” E ESTIGMA CARCERÁRIO: PERCEPÇÕES A PARTIR DA COMUNIDADE MADRE PELLETIER

*Simone Schroeder*

(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC)  
schroeder02@gmail.com<sup>1</sup>

*Virginia B. D. Corrêa*

(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC)  
vbdcorrea@hotmail.com<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como estudo as percepções acerca dos estigmas reproduzidos entre as mulheres aprisionadas na Madre Pelletier. Analisamos como o “seguro”, isolamento de mulher(es) em determinada galeria, sob o fundamento de proteção da integridade física, pode contribuir ou resultar na (re)produção de estigmas que violam direitos. A metodologia foi a pesquisa qualitativa. Analisamos os registros dos diários de campo, dos diálogos e narrativas, a partir das oficinas realizadas com as presas. Para dar suporte a análise a ferramenta do “seguro” e o(s) estigma(s) decorrentes dessa prática na Madre Pelletier os pilares teórico principais foram Goffman, David Garland, Becker. Em relação aos resultados da pesquisa pontuamos que embora as mulheres aprisionadas estejam em situação conjunta de aprisionamento, não há sentimento solidário entre elas. Por outro lado, tivemos a possibilidade de averiguar que as oficinas realizadas com as presas possibilitou um empoderamento e o sentimento de pertencimento ao grupo.

**Palavras-chave:** Prisão feminina. Estigma. Direitos humanos. Aprisionamento feminino.

## 1 INTRODUÇÃO

Analisar a ferramenta do “seguro” e os estigmas decorrentes das práticas institucionais que oferecem proteção sob o fundamento de manutenção da integridade física às presas, foram os nossos objetivos. Especificamente, verificamos as violações de direitos que decorrem do “seguro”, sistematizamos os estigmas (re)produzidos e estabelecemos diretrizes quanto a percepção da comunidade pelletier sobre as presas que ocupam o “seguro”.

O que é o “seguro”? Um espaço em que as mulheres presas pelos delitos de homicídio qualificado e estupro estão acomodadas e separada das demais. Essa galeria é denominada de B4.

Metodologicamente recorreremos a análise qualitativa, ou seja, nos ativemos a análise das narrativas. Realizamos oficinas de leituras, produção textual, escritas criativas, poesias e troca de cartas. As atividades eram desenvolvidas semanalmente, com encontros continuados e com o mesmo grupo, facilitado por bolsistas da área da psicologia, do design, do direito e da nutrição. As estagiárias eram coordenadas por professores dessas áreas.

Os registros dos diários de campo foram fundamentais para fazer conexão aos dados de outros estudos desenvolvidos desde 2013. A partir da construção de atividades com as oficinas de

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito PUCRS e Doutoranda em Ciências Criminais PUCRS – Bolsista Capes. Professora Uniritter.

<sup>2</sup> Mestre em Sociologia das Organizações PUCRS

arte e poesia, gerou aproximações. A arte aproxima as pessoas, alcança novas percepções e oportuniza a fala e o diálogo.

A estratégia metodológica para investigar as experiências dos sujeitos em seus diferentes contextos e de discursos que são produzidos e que os produzem vêm sendo utilizadas em estudos qualitativos. Ricardo Azevedo Pacheco, Rosana Onocko-Campos afirmam (2018, p.3): “O uso de narrativas pode ser pensado para além de um instrumental metodológico. Segundo os autores tal perspectiva dialoga com a proposição da pesquisa narrativa como pesquisa-intervenção.

Analisar a fala a partir dos registros dos encontros extensionistas com as presas, especificamente no ano de 2018 e a observação de alguns olhares circunscritos pode dizer muito sobre as práticas prisionais.

Ao trabalharmos com mulheres no cárcere, o espaço prisão se transformou em lugar de fala, possibilitando emergir a consciência de novos sujeitos para uma relação dialógica. Segundo Freire:

“A construção de relações dialógicas sob os fundamentos da ética universal dos seres humanos, enquanto prática específica humana implica a conscientização dos seres humanos, para que possam de fato inserir-se no processo histórico como sujeitos fazedores de sua própria história”. (FREIRE, 1996, p10.)

A partir de uma abordagem empírica, por meio das narrativas das mulheres privadas de liberdade, percebeu-se uma das formas que a intervenção da sociedade civil assume no cárcere, a partir do art. 4º da Lei de execução penal, por meio da extensão universitária.

A proposta do projeto entre os cursos de direito, design, juntamente com a psicologia e nutrição surgiu a partir do interesse de trabalho em redes colaborativas e de troca de conhecimento com forte capital intelectual, próprias a projetos de inclusão social, interdisciplinaridade e sustentabilidade. (Manzini & Vezzoli (2002).

Neste contexto, as possibilidades de construção de uma nova face, permeada por algumas falas e escritas de diversas presas, naquele espaço prisional as oficinas permanentes e de escuta, com a utilização de um grupo focal, no regime fechado, em Porto Alegre/Rs. Apesar da prisão ser por excelência o “espaço do não-dizível – isto é, o que acontece e o que se sente na vida no cárcere não são temas facilmente verbalizáveis, nesse espaço onde o uso da palavra é regulamentado e os discursos (des)legitimados a todo momento, – nos dá acesso apenas a uma parte da história.”( BRAGA,p.53).

No entanto, é fundamental a construção de pesquisas, relatos e narrativas que levem em consideração o olhar feminino acerca da prisão, pois o sistema de justiça criminal ainda comporta práticas que desconsideram as especificidades femininas (BUGLIONE, 2000; MENDES, 2014).

Dessa forma, pensar o cárcere a partir do olhar feminino possibilitou a produção de conhecimento que leva em consideração vozes que foram (e ainda são) por muitas vezes desprezadas, simplesmente por se encontrarem aprisionadas e, por consequência, usurpadas (equivocadamente) da condição de sujeitos de direitos.

Tendo como principal viés a leitura, o diagnóstico da realidade e a intervenção numa perspectiva interdisciplinar, pode-se propor contribuições significativas na aplicação de referências que sustentam ações sociais. Agregando-se, assim, novos conhecimentos à prática educativa com abordagens e formas diferentes de inserção nas comunidades. Essa forma de interação com a sociedade, por meio de projeto de investigação e intervenção, promoveu a relação como forma de apoio para o desenvolvimento social, a capacitação das presas, por meio de oficinas de empreendedorismo com design de moda na confecção de produtos, para que mulheres segregadas pudessem aprender e empreender, mesmo no espaço prisional.

## **2 A CONSTRUÇÃO POR MEIO DAS OFICINAS E A DESCONSTRUÇÃO PELA ESCUTA**

As primeiras oficinas oferecidas no Madre Pelletier foram realizadas com a equipe interdisciplinar. O início das atividades de 2018, em razão da galeria B4 ser um espaço que aloja mulheres que cometeram os delitos de homicídio qualificado e estupro e que, por sua vez, são estigmatizadas pelas demais mulheres presas e o fato de existir poucas atividades nesse espaço, a sugestão era de iniciar um projeto piloto nessa galeria.

A galeria B4, possui 23 apenadas onde estão presas provisórias, aguardando o julgamento pelo Tribunal do Júri, em razão dos delitos dolosos contra a vida e ainda presas já condenadas cujas penas são em média de 22 a 30 anos de prisão. Elas permanecem nessa galeria de forma separada, em razão da não aceitação das demais em relação às presas em detrimento do delito cometido.

As inscrições foram efetuadas por um setor dentro da prisão que se chama – Valorização Humana e ficaram abertas para presas que tivessem interesse. Deve-se ressaltar que as mulheres encarceradas tiveram a oportunidade de escolher e desenvolver as atividades de seus interesses.

A proposta foi realizada na galeria B4, espaço ocupado por mulheres, “não aceitas pelas demais,” além disso, a repulsa existente é reforçada pelo discurso utilizado pela administração prisional, por terem que preservar à segurança dessas mulheres, em razão da gravidade do delito ( art. 121 do CP, art. 217 A do CP). Essa galeria caracteriza-se com o objetivo de proteção da integridade física e emocional dessas mulheres, na medida em que não são aceitas pelas demais

presas por dois fatores; o crime cometido causa hostilidade nas demais presas; o segundo, em razão da vulnerabilidade das vítimas, por envolver crianças.

As oficinas se caracterizaram por um espaço diferenciado. A existência de muitas mulheres com olhar de profunda tristeza, um olhar perdido de solidão em meio a efeitos dos medicamentos. Muitas relatam “que a solidão é um espaço cheio dentro do ambiente, onde “o vazio invade todos os dias”. Outras referem “não recebo visitas, preciso ainda de tempo para isso, porque não aceito o que fiz, e não há aceitação de muitos, da família”.

As presas da galeria B4 que fizeram todas as oficinas, no total, foram 5 mulheres. Muitas que se inscreveram desistiram pela medicalização, presente em face da depressão que são recorrentes.

Também podemos identificar, durante a realização das oficinas, a confirmação do discurso utilizado pela administração prisional sobre a repulsa em relação as presas da galeria B4. Ficou evidente na fala das outras presidiárias.

Sendo elas,

[...]não posso nem olhar. Se pudesse faria a mesma coisa. Já chega a gente que está presa aqui por um delito de tráfico. Mas homicídio contra a criança, eu não consigo admitir, muito menos conviver. ( presa 1)

[..]se eu pudesse encontrar essas mulheres dentro da cadeia, colocaria água quente para ela sentir a dor que não passa, com água fervendo e ainda no rosto, para ela não poder se olhar. ( presa 2)

[..]eu não quero acreditar que essas pessoas que matam crianças inocentes possam querer ter alguma desculpa. Eles não pediram para nascer, são pequenos. Como podem fazer essa loucura. No mínimo deve ser uma louca. (presa3)

[..]matar um bebê e colocar no lixo. Lixo é ela, merece morrer e ser colocada na latrina. Monstro! Vai mofar na prisão. (presa 4)

Essas são algumas declarações de mulheres que faziam oficinas que pertenciam a outras galerias. Quando falavam com as narrativas acerca da vida, memórias, ausência e criminalidade, a naturalização da não aceitação do outro, é recorrente por dois aspectos; o delito do outro não pode ser perdoado. Primeiro por que o crime é grave. E questionadas sobre o que significa crime grave para você? “Crime violento.”

Segundo Garland (2008, p. 65) o motivo pelo qual os criminosos passaram a ser vistos como sujeitos não detentores de direito e a cidadania perpassa a ideia de que a comunidade se convence de que tais sujeitos são o “outro”, o “sujeito perigoso” a ser combatido e excluído do espaço público.

Ao observar as palavras de (GOFFMAN, 1998, p. 13), estigma é “[...] um tipo de relação entre atributo e estereótipo [...]”. E completa:

"Enquanto o estranho está à nossa frente, podem surgir evidências de que ele tem um atributo que o torna diferente de outros que se encontram numa categoria em que

pudesse ser - incluído, sendo, até, de uma espécie menos desejável - num caso extremo, uma pessoa completamente má, perigosa ou fraca. Assim, deixamos de considerá-lo criatura comum e total, reduzindo-o a uma pessoa estragada e diminuída. Tal característica é um estigma, especialmente quando o seu efeito de descrédito é muito grande - algumas vezes ele também é considerado um defeito, uma fraqueza, uma desvantagem - e constitui uma discrepância específica entre a identidade social virtual e a identidade social real". [...] (GOFFMAN, 1998, p. 12).

Percebe-se nas atividades que muitas são fulminadas pelo olhar do outro, por não serem merecedoras de credibilidade. Esse espaço passa a ter outra conotação, o estigma das estigmatizadas, a invisibilidade por meio do delito e a não aceitação por ser o outro. As malhas do poder, auxiliam na estigmatização com um discurso de proteção a uma “pessoa moralmente manchada e com a qual devia evitar contato, especialmente em locais públicos”. (Goffman, 1988, p.15) De outro lado, Becker desenvolveu a ideia de que o desvio é criado por grupos sociais, cuja infração das regras o constitui e rotula as pessoas consideradas desviantes. (BECKER, ano, p. 22). Dessa forma, o ato em si não possui a qualidade de desviante, e sim, um conjunto de regras formuladas por um grupo de pessoas constitui e qualifica o comportamento como uma infração, e, portanto, um crime. Assim, “[...] desvio não é uma qualidade que reside no próprio comportamento, mas na interação entre a pessoa que comete um ato e aquelas que reagem a ele [...]” (BECKER, 2010, p. 27).

A reprodução de estigma permeia o discurso de proteção e de estigmatização por restar ali, naquele espaço, o sentimento do não pertencimento do sistema prisional, apesar de estar presa naquele local. Talvez, esse espaço seja retratado na gestão penitenciária e nas próprias desviantes que cometeram o delito, por não se sentirem merecedoras de tal convívio dentro do cárcere, com as demais.

Dessa forma, percebe-se, primeiramente, que a presa é rotulada através do estigma que lhe é imposto. A sociedade impõe e seleciona os meios de categorizar as pessoas, e do mesmo modo, quais atributos deverão ser considerados comuns. Diante dessa percepção se o indivíduo possuir algumas características diferenciadas ou estiver dentro de certas categorias, a ação automática é em diminuí-lo, fazendo com que se torne algo indesejável (GOFFMANN, 2004 p. 6).

No trabalho realizado, naquele espaço, o estigma imposto é ainda mais visível, considerando que o indivíduo já é visto como algo desprezível e perigoso, justamente por já carregar o rótulo de criminoso classificado pelo próprio sistema penal. Aliado a isso, há uma sobreposição, uma outra categoria de dominação pelo delito cometido, dentro de uma categorização na prisão que gera mais estigma ainda. Na realidade, o que ocorre é a internalização de um rótulo já imposto, e o destaque de uma subcultura através do comportamento do

indivíduo, por toda essa estrutura do próprio sistema penal, que se tornou um participante e que somente correspondeu às expectativas inicialmente impostas (BECKER, 2008, p. 74).

Quando da realização das oficinas, permitiu-se desenvolver escritas, falas, poesias e muitas aproximações. Os delitos jamais foram verbalizados, exceto de uma, que entende que foi uma injustiçada, inclusive seu processo está na Comissão Interamericana de Direitos Humanos-CIDH. Outras assumem as suas responsabilidades, mas entendem que precisam passar por isso, porque fizeram e sabem que o Estado ( juiz ) fez o julgamento correto, “ porque fiz mesmo”. De outro lado, algumas preferem falar da vida, a partir do julgamento e não antes dele. Há um silêncio barulhento (ou seja, a timidez vai se abrindo e o silêncio consegue ser desvelado, a fala chega com receio e muitas conseguem demonstrar os sentimentos mas por ali permanece dor e embaraço). Entretanto, podemos ressaltar que a partir do terceiro encontro, percebe-se a voz, o interesse e o desenvolvimento em querer fazer algo novo que seja diverso da solidão e rótulo criado por elas mesmas, pela gestão penitenciária e pelas demais. Junto com o interesse de fazer o novo veio o entendimento que o outro merece punição, no mesmo espaço, apesar do crime cometido e da condenação. “Te julguei mal, isso poderia ter acontecido comigo” fala de uma das presas que reconheceu e se colocou no lugar da outra.

Os estudos de textos, escritas e poesias, no momento da capacitação das presas, foi muito rico. Esses momentos de capacitação existiram trocas de conhecimento locais muito valiosos para o desenvolvimento na construção de um novo sujeito.

Dessa forma, após realizar os dez encontros na instituição prisional foi concretizada a formatura. Após as comemorações e o discurso da formada, abriu-se inscrições para novas turmas e as presas já tinham sido informadas que as detentas da galeria B4 seriam as monitoras das novas turmas. Quando abrimos um novo grupo, já havia 20 inscritas que começaram as novas atividades com tais monitoras. Assim, se evidenciou o pertencimento, uma transformação no espaço prisional, uma aproximação, conversas, escritas e novos diálogos. O interesse em aprender e empreender, juntamente com escritas sobre alteridade, respeito, tempo e memória foram trabalhadas juntamente com as oficinas.

O que se vislumbrou foi uma total aproximação com as presas, ora estigmatizadas. Olhar para o outro e julgar existe todo o tempo na galeria B4, mas ao fazer oficinas em conjunto, o estigma desaparece, em ver o outro com empatia e ter uma escuta ativa. Inclusive, os delitos foram falados, as impressões comentadas e abriu-se a possibilidade de novas pontes. A troca de saberes, a experiência em aprender foram mais fortes que o estigma reverberado há poucos meses atrás. A empatia e a escuta podem ser demonstradas nas falas das presas:

“Pensei que jamais ia me sentar do lado dela” Julgava mais e olhava menos! (presa 4)  
Vi que além de toda pena havia sofrimento demais, mas julguei muito mais. Queria a morte, talvez hoje eu deseje a ela, a sorte”. (presa 5)  
Não conseguia conviver com ela, achava que traficar não era nada, mas o crime dela teve um motivo, e tenho receio de verbalizar, que sentia. Agora sofro pelos restos que sobram da vida dela ( presa 6) .

A partir do empoderamento, da escuta e da troca de ideias, outros comportamentos surgiram, a formatura proporcionou o direito à remição, isto é, o direito de abater parte da execução da pena pelo trabalho e ou estudo e as presas do B4 passaram a conviver, foram designadas como monitoras das demais, sem qualquer menção rotulatória.

### 3 CONCLUSÃO

Confirmamos ao término do trabalho que as mulheres presas se constroem enquanto indivíduos a partir da forma como se veem e veem o outro. O preconceito existente em torno das presas da galeria B4 tem a sua especificidade, são estigmatizadas com o agravo da percepção da gestão prisional ao propagar o discurso de uma proteção denominada o “seguro”, ou seja, a manutenção da integridade física das presas, reproduzindo ainda mais, as marcas da estigmatização. Por fim, a proposição de trabalhar com as narrativa das presas foi fundamental, ao proporcionar um espaço de fala, de pertencimento como sujeito de direitos. As angústias e os sofrimentos foram sendo revelados e a construção de um empoderamento aproximou as presas, as suas memórias e suas vidas.

### REFERÊNCIAS

- BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008
- BUBLIONE, Samantha. O dividir da Execução penal: Olhando Mulheres, olhando diferenças.p. 123-144. In. Carvalho, Salo de (org.) **Crítica à Execução Penal**. Doutrina, Jurisprudências e projetos Legislativos, Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2002.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 20. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- GARLAND, David. **A cultura do controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. (tradução André Nascimento). Rio de Janeiro. Ed. Revan.2008.
- GOFFMAN, Erving. **Estigma: nota sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Tradução: Marcia Bandeira de Melo Letie Nunes. 4 ed. Rio de Janeiro: Livros técnicos científicos, 1988.
- IDEO. **HCD Human Centered Design: Kit de Ferramentas - Metodologia de Design Social**. 2017.
- MANZINI, Ezio. **Design para a inovação social e sustentabilidade: comunidades criativas**,



organizações colaborativas e novas redes projetuais. Coordenação de tradução: Crala Cipolla; Equipe: Elisa Spampinato, Aline Lys Silva. Rio de Janeiro: E- papers, 2008. (Cadernos di Grupo de Altos Estudos; v. 01). p.104.

PACHECO, Ricardo Azevedo, CAMPOS, Rosana Onocko- **“Experiência-narrativa” como sintagma de núcleo vazio: contribuições para o debate metodológico na Saúde Coletiva**. Physis: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 28(2), p280212, 2018



**GP6**

# **DIREITO E A ECONOMIA DA IMIGRAÇÃO**

Coordenação:

Prof. Dr. Marcelo Pereira de Mello (UFF)

Prof. Dr. Cícero Luz (FDSM)

Prof. Me. Igor Pinho dos Santos (UFF)



# A ECONOMIA DO REFÚGIO EM UGANDA: ANÁLISE DO EXEMPLO UGANDENSE COMO DEMONSTRATIVO DE SOLUÇÕES DURÁVEIS PARA A CRISE DE REFÚGIO DO SÉCULO XXI

*Estela Cristina Vieira de Siqueira*  
(Faculdade Três Pontas – FATEPS/Unis)  
estelacvieira@gmail.com

**RESUMO:** No que diz respeito à abordagem de soluções duráveis quanto ao acolhimento de refugiados pelo Estado anfitrião, a análise do exemplo de integração econômica em Uganda, um país que confere amplas liberdades de inserção comercial aos refugiados que buscam abrigo no país, oferece elementos para a desconstrução de mitos comumente difundidos quanto às práticas econômicas de populações deslocadas, e que servem de substrato para a elaboração de políticas públicas de incentivo a integração em outros países, com crescente fluxo de migração. Não se trata apenas de uma crise humanitária, mas também de uma crise de desenvolvimento, em razão da incapacidade de se absorver todo o espectro de habilidades oferecido por esse ser humano que, impossibilitado de retornar ao seu lugar de origem, pode contribuir substancialmente com o país que o acolhe.

**Palavras-chave:** Refugiados. Soluções duráveis. Integração econômica.

## 1 INTRODUÇÃO

No início deste século, no qual persiste o maior fluxo de refugiados da história moderna, a maioria dos estudos sobre economia do refúgio são direcionados aos impactos no país hospedeiro, sem, no entanto, observar o modo de vida das pessoas sob o ponto de vista delas, sendo escassas pesquisas no mesmo tema no que diz respeito a migrações forçadas. A maior parte da literatura se desenvolve sobre os aspectos econômicos de migrações voluntárias (BORJAS, 2014).

O indivíduo em situação de refúgio, para além da definição jurídica que o restringe, possui um espectro de habilidades, *backgrounds* culturais e diversidade linguística que muito tem a acrescentar ao país de acolhimento, inclusive em sua dimensão econômica, desassociando-nos do pensamento de que esta é apenas uma crise humanitária. É também uma crise de desenvolvimento - o refugiado contribui com o país que o hospeda, podendo se tornar um empreendedor na *host community*.

Conforme pesquisas desenvolvidas em Uganda - país que, segundo dados do ACNUR (UNHCR, 2018), possui a segunda maior população de refugiados do mundo, atrás apenas da Turquia, com 3,5 milhões de refugiados, e empatando com o Paquistão em 1,4 milhão - com refugiados provenientes de países vizinhos, como a República Democrática do Congo, Sudão do Sul, Burundi e Somália, o país tem desenvolvido uma política incomum de acolhimento (BETTS, 2017), garantindo amplas liberdades socioeconômicas aos seus mais de 1.400.000 refugiados, dando a eles a maiores possibilidades de garantir sua própria subsistência.

A escolha de Uganda para análise, assim como a justificativa apresentada pelo Refugee Studies Centre, ao desenvolver a pesquisa na qual o presente estudo se baseia, se dá em razão de três elementos principais: o primeiro deles, o caráter relativamente permissivo da inserção de refugiados na economia local, o que permite uma perspectiva ampliada acerca das hipóteses de integração econômica o segundo, em razão da gama de nacionalidades, já mencionada, presentes no mesmo território, o que confere uma multiculturalidade que permite analisar diferentes padrões de comportamento no mesmo espaço; o terceiro, em razão da grande população de refugiados urbanos, presentes em Uganda, em contraponto a outras regiões do globo, com população refugiada majoritariamente inserida em contextos rurais (BETTS, 2017).

O problema de pesquisa que se pretende analisar busca compreender como o exemplo de interação e integração econômica entre refugiados e país hospedeiro em Uganda pode contribuir para aperfeiçoar a experiência de acolhimento em refúgio em outros países com fluxo crescente de migração, sob uma perspectiva de empreendedorismo e desenvolvimento, compreendendo-se também que a tendência para o presente século é de que os fluxos de deslocamento se intensifiquem cada vez mais, seja em razão da frequência crescente de conflitos armados ou por razões climáticas.

Neste sentido, serão analisados cinco mitos populares sobre a atuação econômica de refugiados, perpetuados pelo senso comum, através de percepções equivocadas sobre: 1) como sua atividade econômica se desenvolve, dando a entender que ocorreria de forma isolada, dentro de seus próprios grupos, sem interação entre eles ou com o mercado externo; 2) de que ela é um fardo para o país de acolhimento; 3) de que as práticas econômicas são sempre homogêneas; 4) de que os refugiados são tecnologicamente iletrados; e 5) de que são dependentes de assistência humanitária (BETTS, 2014).

De forma a atingir o objetivo pretendido, o presente estudo se apoiará em metodologias analíticas interdisciplinares entre direito internacional, sociologia e economia, com base em análise de dados qualitativos e quantitativos coletados em pesquisas participativas realizadas pelo Refugee Studies Centre (RSC), da Universidade de Oxford, com base em 2 assentamentos de refugiados, em Nakivale e Kyangwali, e também na capital Kampala, e que resultaram em um relatório final, denominado “Refugee Economies: rethinking popular assumptions”. Além do relatório, o marco teórico é composto por autores utilizados na parte bibliográfica da pesquisa do RSC, sobretudo as obras de Alexander Betts, sobre economia do refúgio e integração econômica nos planos locais e internacional.

O exemplo de Uganda oferece dados significativos com relação à interação entre economia e acolhimento, onde pode-se perceber que um dos mecanismos alternativos à redução de impacto demográfico a longo prazo do acolhimento de refugiados pode estar em conferir a esses refugiados, em sua maioria congolezes, o direito de buscar suas próprias oportunidades, como forma de incluí-los nos processos de desenvolvimento e reduzir a *“relief-to-developmen gap”* (BETTS, 2014), um dos maiores obstáculos ao acolhimento em temática de refúgio no século XXI.

## **2 O EXEMPLO DE INSERÇÃO ECONÔMICA, CONFORME OBSERVADO EM UGANDA**

Ao abordar as hipóteses de refúgio, é necessário, inicialmente, delimitar quem é considerado refugiado pela legislação internacional, pois para fins de assistência humanitária, o status de refúgio é essencial à promoção de políticas de acolhimento. Os refugiados gozam de proteção especial pela legislação internacional em razão da especificidade da sua condição de deslocamento, que diz respeito à fuga de conflitos armados, perseguições políticas, étnicas ou religiosas, conforme a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951 (UNHCR, 1951), além da ampliação conceitual e contextual acerca das graves violações de Direitos Humanos, conforme o texto da Declaração de Cartagena, de 1984 (UNHCR, 1984).

O texto da Convenção de 1951 aborda também a necessidade de reinserção de refugiados no mercado de trabalho, como mecanismo de acolhimento, nos artigos 17 (sobre emprego assalariado), 18 (sobre emprego não-assalariado) e 19 (sobre profissionais liberais), sendo que para todas as 3 hipóteses, o caput dos artigos explicitam que

(...) os Estados Contratantes darão aos refugiados que se encontrarem regularmente no seu território tratamento tão favorável quanto possível e, em todo caso, tratamento não menos favorável do que o que é dado, nas mesmas circunstâncias, aos estrangeiros em geral (UNHCR, 1951).

Com relação a hipóteses de refúgio protraído, com a permanência de seres humanos fora de seus lugares de origem por prolongados períodos de tempo (BETTS, 2017), questiona-se o fato de que, em teoria, deveria haver uma rápida transição quanto à resposta internacional a crises de migração, indo de assistência de emergência para a chamada "solução duradoura" (BETTS, 2014), que envolve também a inserção destes indivíduos em processos econômicos, que envolvam troca, comércio e poder de compra.

Além disso, a oferta de emprego a refugiados, como solução a longo-prazo, pode se constituir como mecanismo de resgate do local onde o conflito se inseriu. Se firmas internacionais optarem por instalar unidades em países-ancoradouros (COLLIER; BETTS, 2017), em lugares próximos dos quais ocorrem os conflitos – levando-se em consideração que, por mais longos que

estes sejam, eles sempre chegam a um fim -, quando a paz se estabelecer, a empresa contará com uma mão-de-obra qualificada, composta por cidadãos que, muito provavelmente, terão interesse em retornar ao lar de origem – um retorno que, em último caso, pode representar uma perda para a indústria.

No entanto, mecanismos de cooperação entre Estado e setor privado podem ser convergidos no sentido de tanto continuar a promover empregos na região, quanto de permitir maior permanência a essas empresas, levando-se em consideração que é bastante improvável que uma indústria tenha interesse em permanecer apenas a curto prazo em um local onde possa adquirir lucro, tendo-se em vista também que empresas não agem como “instituições de caridade” e não possuem nem “autorização legal para fazê-lo” (COLLIER; BETTS, 2017. p.183).

Uma alternativa mais sustentável à longa permanência em um status de limbo quanto aos processos econômicos não se encontra disponível, por vezes, por razões políticas, o que ocasiona uma realidade na qual a duração da permanência em assentamentos ou áreas urbanas de menor índice de desenvolvimento humano se torna um obstáculo a soluções de longo prazo.

Embora não se possa dizer que exista uma “economia típica” (WERKER, 2007) de campos de refugiados, isso não significa que as próprias comunidades de refugiados não busquem, por si mesmas, soluções para seus desafios de desenvolvimento. Seja no mercado formal ou informalmente, as atividades econômicas de refugiados, no exemplo estudado, em Uganda, integram-se a sistemas econômicos “vibrantes e complexos” (BETTS, 2014).

Compreender essa realidade se apresenta como uma maneira de canalizar tais atividades não apenas para proveito do Estado acolhedor, mas também para os próprios refugiados, além de oferecer ao setor econômico privado a possibilidade de incorporar essas tendências empreendedoras, que até então, têm sido negligenciadas pelo mercado.

No entanto, são escassos os estudos acerca dos hábitos econômicos de populações deslocadas (BETTS, 2014) e, para as hipóteses nas quais houve, de fato, análise de práticas de comércio, a concentração dos dados foi realizada em apenas dois aspectos: em primeiro lugar, sobre a análise de subsistência, a fim de compreender como os refugiados desenvolvem atividades geradoras de renda e, em segundo lugar, sobre a análise de impacto da presença de refugiados no Estado acolhedor.

Nenhuma das duas vias de estudo, no entanto, compreende a complexidade das atividades desenvolvidas pelos refugiados, pois suas práticas econômicas não se reduzem à subsistência – eles se inserem em um espectro complexo de hábitos econômicos que compreendem consumo e produção de valores –, o que compele os esforços acadêmicos em outra direção: se a abordagem

de pesquisa até então tem sido realizada “de cima para baixo” (BETTS, 2014), desde o Estado, analisando apenas subsistência e impacto, deve-se iniciar uma abordagem “de baixo para cima”, considerando a vida econômica das pessoas sobre o ponto de vista delas, conferindo-lhes voz nos processos de integração.

A Solutions Alliance, uma iniciativa lançada em 2014 pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (UNDP, 2016), com o objetivo de integrar atores internacionais de ordem humanitária e de desenvolvimento, beneficiando proporcionalmente comunidades refugiadas e países de acolhimento, ao fundar-se nessa abordagem econômica, no sentido de que o

displacement is pre-eminently a humanitarian and human rights challenge, but development-led approaches to displacement can challenge the notion of the refugee burden and recognise that in the long run and in aggregate terms, refugees can become self-reliant economic actors. Substantial economic opportunities exist in displacement, and many of the negative impacts of refugees can be compensated by market-led adjustments in the local economy (BETTS, 2017, p.38).

Nesse sentido, há 5 mitos tipicamente relacionados às práticas econômicas desenvolvidas por refugiados, que passam a ser analisados e desconstruídos por pesquisas realizadas pelo Refugee Studies Centre, de forma a superar a estigmatização acerca do comportamento de refugiados na ordem econômica, permitindo integrá-lo e perceber seus complexos hábitos de consumo, sob a perspectiva pessoal e de acolhimento.

## **2.1 Mito 1: As atividades econômicas se desenvolvem de forma isolada, dentro de seus próprios grupos, sem interação entre refugiados e o meio que os acolhe**

Com respeito ao primeiro mito analisado, de que haja isolamento quanto às práticas econômicas por parte dos refugiados, o resultado dos estudos se deu no sentido de contrariar tal percepção do senso comum, demonstrando que a economia do refúgio, especialmente no caso específico de Uganda, não existe em uma espécie de “vácuo” (BETTS, 2014), desacoplada da economia local.

Embora haja um isolamento geográfico, por vezes, com relação aos assentamentos de refugiados, algo que pode ser visualizado em razão da escolha física dos locais de inserção de refugiados – um exemplo que pode ser facilmente identificado no caso de outro país africano, o Quênia -, a localização remota dos campos tem motivação de exclusão. Nesse caminho,

The government feared that the refugees might become settled in valuable areas of the country, especially in the highlands. Accordingly, the Kakuma and Dadaab camps were located in a semi-arid environment with a density of less than 0.05 inhabitants per hectare, compared with 5 in rural districts like Kisii (MONTCLOS; KAGWANJA, 2000. p.207).

Em um sentido ainda mais aprofundado, com relação às distorções institucionalizadas que se criam acerca das práticas econômicas de migração (BETTS, 2017), não apenas em aspecto de dados, mas quanto à imagem acerca das atividades realizadas pelos refugiados, há que se levar em consideração não apenas a integração dos refugiados entre si, e nem apenas com o mercado local, mas também com o mercado de origem e mercados informalizados, o que se manifesta no sentido de que

the camp economy may have strong links to markets in the refugee-producing country. Finally, due to the nature of law enforcement within the camp and the composition of the refugee population, the camp may also have strong ties to grey and black markets in the host country and abroad—a manifestation of the ‘transborder shadow economies’ that Duffield (2001) describes as characterizing the political economy of post-Cold War conflict (WERKER, 2007, p.462).

Nessa mesma linha, os dados do Refugee Studies Centre identificaram que dentro dos assentamentos de Nakivale e Kyangwali, é comum que haja interação econômica entre refugiados de nacionalidades, etnias e religiões distintas, quando há interesse de se estabelecer comércio e troca (BETTS, 2014), permitindo que se visualize um “aninhamento” dos mercados internos vivos e ativos dos campos dentro dos mercados locais, apesar da localização de assentamentos mais rurais. Quanto a refugiados localizados em ambientes urbanos, o desenvolvimento de atividades autônomas os coloca em contato ainda mais amplo à economia local e às redes internacionais de negócios.

Especificamente, em Kyangwali, na região oeste de Uganda, no Distrito de Hoima – considerado um dos campos de economia mais complexa – embora haja uma maioria de refugiados inseridos em atividades tipicamente rurais, há lojas dentro do próprio campo, como casas de chá, além da localização do assentamento ser relativamente próxima a mercados locais, o que permite maior integração de mão-de-obra e consumo (WERKER, 2007). Dentre os produtos oferecidos em pequenos mercados, ainda que bastante humildes, estão insumos agrícolas, em pequenas quantidades, produtos importados, como fósforos e louça; há outras tantas pequenas lojas que vendem refrigerante, cerveja e cigarros, também importados, supridos por caminhões vindos de uma cidade que também leva o nome de Hoima.

Segundo dados fornecidos pela ONG alemã Aktion Afrika Hilfe (AAH), mesmo com relação à produção agrícola, em razão da fertilidade da terra em Kyangwali, os refugiados recebem “um pacote com itens não-alimentares, como equipamentos agrícolas e de cozinha, uma lona, alguns cobertores, um lote de terra e sementes” (WERKER, 2007), além de lotes de ração alimentar para 2 a 4 estações. A eles também é concedido atendimento de saúde, acesso a educação básica, água e programas de inserção de renda.



Desconstruída a hipótese de que as práticas econômicas de refugiados ocorrem em isolamento, tanto interno quanto externo, procede-se à análise do segundo mito, o de que são um fardo para a economia local – o que pode ser visto também como um reflexo do primeiro mito, pois o fato de que haja integração com a economia local já nos permite iniciar o questionamento acerca do impacto da população refugiada no país anfitrião.

## **2.2 Mito 2: a presença de refugiados representa um fardo para a economia do país anfitrião**

Com relação ao impacto na economia, acerca do suposto peso que os refugiados possuem quanto às políticas de acolhimento no país anfitrião, uma das formas mais substanciais de se desconstruir tal mito é através da análise da contribuição direta efetivada pelo exercício do poder de compra (BETTS, 2014).

Pesquisadores do Refugee Studies Centre, ao entrevistar refugiados domiciliados, perguntaram a eles de quem eles possuíam o hábito de comprar produtos de utilização diária, como comida, créditos de celular, carvão, velas e produtos de papelaria. Como resultado (BETTS, 2014), nos assentamentos de Kyangwali e Nakivale, as estatísticas indicaram que cerca de 90% dos refugiados consomem produtos comprados de outros refugiados.

No entanto, 68% deles responderam que também compram os mesmos produtos regularmente de ugandenses. Já na capital, Kampala, a tendência apresentada foi de que menos refugiados comprem de outros colegas refugiados, sendo que 97% dos entrevistados comprava produtos diários de ugandenses, uma movimentação significativa para a economia local. Uma terceira hipótese analisada pelo relatório também considera pequenos empreendimentos de propriedade de refugiados, que passam não apenas a gerar riquezas para o mercado local, mas também a empregar trabalhadores ugandenses, gerando emprego para Uganda (BETTS, 2014).

A essa última característica – a de gerar empregos no mercado local – atribui-se também a responsabilidade pela desconstrução do terceiro mito apresentado na pesquisa, sobre a homogeneidade das atividades desenvolvidas por refugiados, o que não prospera na análise realizada.

## **2.3 Mitos 3 e 4: as práticas econômicas desenvolvidas por refugiados são padronizadas e homogêneas, e eles são tecnologicamente iletrados**

O terceiro mito abordado pela pesquisa é acerca da homogeneidade das práticas econômicas de refugiados, nos campos de Uganda e também na capital, Kampala. Os dados tendem à desmistificar a imagem do refugiado africano que trabalha exclusivamente no meio

rural, servindo de mão-de-obra para colheitas. Há inúmeros refugiados exercendo atividades comerciais (BETTS, 2014), iniciando pequenos negócios, sendo que 24% do capital dos entrevistados era proveniente de atividade comercial, o que aponta para a existência pelo menos 70 atividades, de acordo com as entrevistas, sendo a maioria empresas relacionadas aos cuidados com a beleza, transporte, hospedagem, vestuário, alimentação, entre outras.

No entanto, apesar da tecnologia se relacionar comumente à práticas comerciais, dentro de uma perspectiva ocidentalizada de mercado e a despeito da variedade de atividades desenvolvidas pelos refugiados, rompendo com o paradigma de homogeneidade de hábitos, o quarto mito, quanto aos refugiados serem tecnologicamente iletrados, confirmou-me, mas sob o aspecto de que o acesso aos bens tecnológicos, como aparelhos eletrônicos, continua sendo uma barreira de difícil transposição por parte dos refugiados.

O acesso a internet em campos rurais é de apenas 10%, embora 70% dos entrevistados tenham afirmado possuir um aparelho celular (BETTS, 2014). No entanto, há iniciativas por parte do Alto Comissariado das Nações Unidas para refugiados, no sentido de reverter tais estatísticas, com a implantação de projetos para a sua inserção tecnológica (BETTS, 2017), em razão do papel que tais atividades possuem, também, na ampliação de possibilidades de geração de renda e emprego, o que, mais uma vez, os desvincularia do quinto e último mito abordado pelo Refugee Studies Centre, sobre a dependência de assistência humanitária.

#### **2.4 Mito 5: os refugiados são dependentes de assistência humanitária**

Uma das formas distorcidas pelas quais se percebe o comportamento de refugiados é através do mito de que todo refugiado é sempre dependente de assistência humanitária, uma visão equivocada, que nem sempre corresponde à realidade. Embora 78% dos refugiados lotados no assentamento da capital de Uganda, Kampala, recebam assistência do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, a relação entre a permanência no campo e a limitação do status de refúgio pelo texto da Convenção de 1951, reduz a abrangência do amparo, que é gradualmente reduzido a cada ano (BETTS, 2014).

Nesse sentido, é importante frisar que a assistência oferecida pelo ACNUR somente é oferecida para refugiados que estejam inseridos em contextos de assentamento e campos (WERKER, 2007), o que não abrange refugiados que, embora amparados pelo status, estejam eventualmente inseridos em contextos alheios às estruturas de assistência humanitária.

Em suma, os refugiados em Uganda somente recebem auxílio caso estejam residindo em campos e assentamentos, o que não é estendido a aqueles que, porventura, tenham decidido se

estabelecer em outros locais, fazendo com que esse grupo de *self-settled refugees* (WERKER, 2007) seja negligenciado. Isso os propõe, necessariamente, a ter de buscar outras formas de sobreviver, o que impacta diretamente a economia do país anfitrião, através da inserção no mercado de trabalho e na produção de renda.

Da mesma forma, mesmo para os refugiados que residam nos campos, a forma como o auxílio humanitário é distribuído impacta seu comportamento, pois existem dois tipos de assistência: a assistência geral (a chamada *blanket assistance* ou assistência de cobertura) e a assistência direcionada (a *targeted assistance* ou assistência-alvo), mais especializada (WERKER, 2007). No caso da assistência geral, cada refugiado recebe uma porção de auxílio, indistintamente, enquanto na assistência direcionada, apenas recebem auxílio aqueles refugiados que se inserirem em uma determinada categoria X.

A diferença entre a maneira como essas duas formas de assistência são ofertadas se reflete diretamente sobre os hábitos econômicos dos refugiados, pois aqueles que recebem a *blanket assistance* poderão trabalhar menos horas, sem comprometer a subsistência de sua família, pois a assistência cobre parcialmente a sua subsistência, caso esse seja seu único objetivo; já os que recebem a *targeted assistance* podem tanto trabalhar mais, quando a assistência estiver ligada ao cultivo de terra, por exemplo, como trabalhar menos, se todos os indivíduos receberem o mesmo auxílio.

É importante salientar que os objetivos da *targeted assistance* são distintos dos objetivos da *blanket assistance*: a assistência de cobertura tem por objetivo cobrir a lacuna de assistência, enquanto a assistência direcionada tem por objetivo afetar a composição demográfica dos campos (que não reflete a composição demográfica do país de origem), permitindo inserção no mercado de trabalho, retomada do poder de consumo, e se relaciona diretamente à maior vulnerabilidade de certos grupos de refugiados, de acordo com os estudos de população realizados pelo ACNUR.

Assim, embora haja um forte impacto com relação à assistência humanitária, a dependência total ou parcial quanto à sua existência é exclusivamente *temporária*. O que significa que, tão logo cesse a vulnerabilidade ampliada, os refugiados começarão a se inserir nas comunidades econômicas internas, dos próprios assentamentos, ou locais, dos países anfitriões, que é o que ocorre em Uganda.

De acordo com as entrevistas realizadas pelo Refugee Studies Centre, apenas 1% dos entrevistados não possuía outros mecanismos de subsistência além da assistência humanitária, o que significa que 99% deles desenvolviam outras atividades econômicas para garantir seu próprio bem-estar e de sua família, o que evidencia um padrão de comportamento nos assentamentos

estudados, de que os refugiados não aguardam passivamente pela assistência, compreendendo seu caráter temporário, demonstrando-se sinceros com relações às perguntas elaboradas, inclusive quanto à incorporação dos valores fornecidos em assistência em práticas econômicas não permitidas pelas regras, mas que potencializam as estratégias de inserção a longo prazo (BETTS, 2014).

O que difere, essencialmente, a economia interna dos campos de refugiados da economia externa dos locais de acolhimento, é a presença de políticas humanitárias que, caso fossem removidas, alterariam as dinâmicas econômicas do próprio campo e também a “maquiagem demográfica”, os caracteres de composição de uma determinada população – no caso, a de refugiados.

Da mesma forma, dentro dos campos, surgem mecanismos de ajuda próprios das comunidades formadas dentro das estruturas, e um exemplo abordado no relatório do Refugee Studies Centre é o da comunidade somali dentro do campo de Kampala, no qual surgiram mecanismos informais de seguridade denominados “*ayuto*” (BETTS, 2014), uma espécie de ciranda de colaboração interna, populares especialmente entre as mulheres. As contribuições, que podem durar meses até atingirem uma quantidade significativa, são oferecidas aos membros mais vulneráveis do grupo, para ajudá-los a iniciar o próprio negócio.

Outras formas de auxílio comunitário também provém de práticas religiosas, como o *zakat* islâmico, uma demonstração de amor ao próximo, que aparece em forma de contribuição financeira com os mais necessitados, uma espécie de dízimo comunitário, que, nas palavras de uma refugiada somali entrevistada (cujo nome não foi revelado), se opera da seguinte forma:

As Muslims, every Friday we get an announcement in the Mosque that so and so has a problem. So contributions in form of money and in kind are made by the members to help their colleague to get out of problems. (BETTS, 2014, p.38)

Logo, a retórica com motivação excludente que tenta encaixar o refugiado no estereótipo de “vítima passiva” (HOVIL, 2007) não prospera, pois o fato de que muitos estejam inseridos em contextos de campos e assistência humanitária não se dá em razão de um sentimento voluntário, mas em razão da própria situação do refúgio, pela impossibilidade de retornar ao lar de origem, e o mais importante, no que diz respeito à possibilidade de reinserção na sociedade, dadas as trágicas circunstâncias nas quais o refúgio ocorre, quando conseguem sair das estruturas de assistência humanitária compulsória,

by choosing to self-settle, such refugees are able to decide where to live according to the circumstances in which they find themselves. In other words, they are able to interact with the context and, despite the hugely limiting factors within which they operate, can seek greater protection for themselves as a result (HOVIL, 2007, p.612).

Assim, a atual política de auxílio em Uganda se desenvolve sob um aspecto participativo, que se reflète na metodologia de pesquisa adotada pelo RSC, no sentido de promover as plenas capacidades dos refugiados pra que eles se desenvolvam por eles mesmos, com toda a complexidade cultural e de habilidades que trazem consigo.

### **3 CONCLUSÃO**

Analisar dados referentes à integração econômica de refugiados cria uma oportunidade de repensar a forma com a qual o sistema de economia do refúgio, até então baseado quase que exclusivamente em padrões de assistência humanitária, pode se converter em um sistema baseado na promoção de oportunidades sustentáveis de acolhimento, ao invés de aprofundar estratégias de assistência, pura e simples.

Em específico, no que diz respeito à experiência de Uganda quanto ao acolhimento econômico de migrantes, sendo um país que acolhe a segunda maior população de refugiados do mundo, com 1,4 milhão de indivíduos, provenientes de países vizinhos como Somália, Burundi, República Democrática do Congo e Sudão do Sul, pode-se compreender que existe a possibilidade de integração econômica e que 5 maiores mitos relacionados à presença de refugiados, quanto a seus aspectos econômicos, em grande parte, não prosperam.

Os dados coletados, tanto em pesquisas quantitativas quanto qualitativas, demonstrando um interessante uso de metodologias para desenvolvimento de relatórios por parte do Refugee Studies Centre, de forma a otimizar os resultados, demonstram também como a atividade econômica de refugiados se dá em 2 tipos de ambientes distintos, para refugiados instalados em ambientes urbanos, como é o caso da capital, Kampala, e assentamentos mais distantes, como Kyangwali e Nakivale.

De forma geral, demonstrou-se que a atividade econômica nos assentamentos interage com o mercado local, não ocorrendo de forma isolada, e que o vibrante mercado interno permite interação entre as múltiplas nacionalidades e religiões presentes no mesmo espaço, promovendo relações comerciais não apenas com o setor econômico de Uganda, mas inclusive a nível transnacional, com o mercado do país de origem.

Da mesma maneira, o mito de que a presença de refugiados se configure como um fardo para o país de acolhimento também não prospera, pois os hábitos de consumo, um reflexo do poder de compra dessa população, interfere diretamente nas dinâmicas da economia local, sendo que parte dos dados analisados demonstrou que os refugiados nos 3 assentamentos estudados

compravam bens diários de ugandenses – e em maior proporção nesse sentido, no assentamento de Kampala.

A tendência a se visualizar o refugiado como um trabalhador rural, especialmente em contextos de migração relacionados a país africanos, devido à presença de grandes plantações, também se liquefaz ao constatar-se a presença de mais de 70 atividades econômicas entre os migrantes, das mais variadas, desde a venda de produtos básicos, até pequenos empreendimentos relacionados a consumos mais supérfluos, como salões de beleza. Assim, percebe-se que as práticas econômicas desenvolvidas pelos refugiados não são, de modo geral, homogêneas.

Um dos obstáculos à inserção completa, ainda, é a ausência de acesso a bens tecnológicos e ao acesso à internet. Muitos refugiados entrevistados possuíam celulares, mas o acesso à rede de informações era escasso, o que torna mais difícil desconstruir o mito de que não utilizem a tecnologia em seus processos econômicos – algo que tem sido revertido, em partes, através de projetos desenvolvidos pelo ACNUR.

Já no que diz respeito à assistência humanitária, a própria condição limitante quanto à concessão do status e o fato de que, gradualmente, a proteção oferecida pelo ACNUR seja reduzida, faz com que inúmeros refugiados tenham de buscar outros meios de subsistência, permitindo a formação de estratégias mais sustentáveis de inserção no mercado local, muitos se convertendo em microempreendedores.

Não significa que a assistência humanitária não exista ou que não haja dependência, em determinados casos, principalmente com relação a indivíduos em condição de maior vulnerabilidade. Apenas que, como as próprias entrevistas demonstram, os refugiados sabem que ela será temporária. E querem se reinserir no mercado, de modo a buscar condições melhores para uma existência digna.

As peculiaridades do exemplo de Uganda nos oferecem uma visão ampliada quanto à interação e integração entre economia e acolhimento, entre solidariedade e desenvolvimento, onde pode-se perceber que, a longo prazo, fomentar a prática de hábitos econômicos sustentáveis pode ser uma alternativa à redução do impacto demográfico causado pela inserção de grandes populações no meio local, permitindo a outros seres humanos o direito de buscar suas próprias oportunidades, contribuindo para a diminuição da lacuna entre ajuda e desenvolvimento, a *“relief-to-development gap”*, um dos maiores desafios a seres enfrentados em um século que já se inicia marcado pelas grandes migrações.

## REFERÊNCIAS

BAKEWELL, Oliver. Document. Refugee aid and protection in rural Africa: working in parallel or cross-purposes?. **Refugee Survey Quarterly**, v. 21, n. 1\_and\_2, p. 228-241, 2002.

BETTS, Alexander. **Forced migration and global politics**. Chichester: John Wiley & Sons, 2009.

\_\_\_\_\_. Public goods theory and the provision of refugee protection: The role of the joint-product model in burden-sharing theory. **Journal of refugee studies**, v. 16, n. 3, p. 274-296, 2003.

\_\_\_\_\_. Survival migration: A new protection framework. **Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations**, v. 16, n. 3, p. 361-382, 2010.

\_\_\_\_\_. **Survival migration: Failed governance and the crisis of displacement**. Nova York: Cornell University Press, 2013.

BETTS, Alexander; et al. **Refugee economies: Forced displacement and development**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

\_\_\_\_\_. **Refugee economies: Rethinking popular assumptions**. Oxford: University of Oxford, Refugee Studies Centre, 2014.

BORJAS, George J. **Immigration Economics**. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

COLLIER, Paul; BETTS, Alexander. **Refuge: Transforming a broken refugee system**. Londres: Penguin Books, 2017.

HOVIL, Lucy. Self-settled refugees in Uganda: An alternative approach to displacement?. **Journal of Refugee Studies**, v. 20, n. 4, p. 599-620, 2007.

JACOBSEN, Karen. Can refugees benefit the state? Refugee resources and African statebuilding. **The Journal of Modern African Studies**, v. 40, n. 4, p. 577-596, 2002.

KAISER, Tania. Between a camp and a hard place: rights, livelihood and experiences of the local settlement system for long-term refugees in Uganda. **The Journal of Modern African Studies**, v. 44, n. 4, p. 597-621, 2006.

MONTCLOS, Marc-Antoine Perouse de; KAGWANJA, Peter Mwangi. Refugee camps or cities? The socio-economic dynamics of the Dadaab and Kakuma camps in Northern Kenya. **Journal of refugee studies**, v. 13, n. 2, p. 205-222, 2000.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 22a ed. São Paulo: Cortez Editora, 2002.

UNDP. **The Solutions Alliance, 2016 Statement**. Disponível em: <<http://www.europe.undp.org/content/geneva/en/home/partnerships/the-solutions-alliance.html>> Acesso em: 01 out. 2018.

UNHCR. **Declaración de Cartagena sobre Los Refugiados**. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/about-us/background/45dc19084/cartagena-declaration-refugees-adopted-colloquium-international-protection.html>> Acesso em: 01 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Figures at a Glance**. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/uk/figures-at-a-glance.html>> Acesso em: 01 out. 2018.

UNHCR. **Convention and Protocol Relating to the Status of Refugees**. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/protection/basic/3b66c2aa10/convention-protocol-relating-status-refugees.html>> Acesso em: 01 out. 2018.

WERKER, Eric. Refugee camp economies. **Journal of Refugee Studies**, v. 20, n. 3, p. 461-480, 2007.





# CONFIGURAÇÕES E RECONFIGURAÇÕES DOS FLUXOS MIGRATÓRIOS INTERNACIONAIS E AS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

*Julianna Fernandes Mendes*  
(Faculdade Sul-Americana)  
juliannafernandes@gmail.com

*Lílian Silva do Amaral Suzuki*  
(Faculdade Sul-Americana)  
liliansuzuki2@hotmail.com

**RESUMO:** O Brasil foi formado a partir de grandes fluxos migratórios. Porém, é possível perceber significativas mudanças com relação ao padrão dos fluxos migratórios rumo ao Brasil nos últimos anos. O objetivo desse trabalho é analisar a reconfiguração dos fluxos migratórios internacionais rumo ao Brasil. Para tanto, pretende-se discutir: a) a dinâmica entre o mercado de trabalho brasileiro e os trabalhadores imigrantes ao longo da história; b) como o Brasil se insere no contexto das migrações internacionais do século XXI; e de que maneira é possível observar uma reconfiguração dos fluxos migratórios no Brasil atual. Com relação à metodologia aplicada, esse trabalho utilizou tanto dados qualitativos quanto legais. A análise da legislação corrobora empiricamente com a dinâmica da migração brasileira e demonstra como o Estado brasileiro lidou com a situação em cada momento histórico, determinando a transição do trabalho escravo para o livre.

**Palavras-chave:** Fluxos migratórios. Políticas migratórias. História das migrações brasileiras.

## 1 INTRODUÇÃO

Diversos estudos (CASTLES, HAAS e MILLAR, 2003; CASTLES, 2007) demonstram que até recentemente, a maioria dos fluxos migratórios internacionais mantinham um padrão, pois ocorriam de um Estado-Nação para outro, e geralmente havia a tendência de ocorrer a fixação do migrante de modo permanente no local de destino ou o retorno do mesmo para o seu local de origem.

Porém, atualmente, devido aos processos de globalização os padrões migratórios modificaram-se expressivamente. Castles, Haas e Miller (2003) compreendem que a globalização propiciou a exacerbação das desigualdades entre as nações, e isso refletiu diretamente nos movimentos migratórios internacionais, pois, enquanto os movimentos de pessoas através das fronteiras moldaram estados e sociedades desde os tempos imemoriais, o que é característico dos últimos anos é o alcance global das migrações, sua centralidade para a política interna e internacional e suas enormes consequências econômicas e sociais.

Essa relevância no cenário nacional e a intensificação dos fluxos migratórios internacionais para o Brasil, gerou uma enorme necessidade de se repensar a política migratória brasileira, e desde então diversas medidas legais – como a aprovação da Lei de Imigração (Lei nº 13.445/2017), em 24 de maio de 2017 – foram adotadas buscando considerar a complexidade do fenômeno migratório.

A análise de processo histórico dos fluxos migratórios internacionais para o Brasil a partir do século XIX até a segunda década do século XXI, é necessária para compreender as configurações e reconfigurações neste panorama, demonstrando o papel do imigrante na transição do trabalho escravo para o livre e como essas relações influenciaram as políticas públicas migratórias brasileiras.

## **2 A TRANSIÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO PARA O TRABALHO LIVRE NO BRASIL**

A formação do Brasil assim como do mercado de trabalho brasileiro encontra-se amplamente interligada a grandes fluxos migratórios internacionais. Portanto, para que se possa compreender a dinâmica entre o mercado de trabalho brasileiro e os trabalhadores imigrantes na atualidade é fundamental resgatar alguns aspectos históricos importantes do processo de formação do Brasil, assim como do mercado e das relações de trabalho no Brasil.

Segundo Fausto (1996) o processo de colonização acabou por fazer do Brasil um grande receptor de imigrantes que contribuíram fortemente com a formação do país. Primeiramente a migração veio atender aos interesses da corte de Portugal e propiciar a ocupação das terras brasileiras. Após esse período, ocorre o fluxo de escravos, sendo esta a maior quantidade de imigrantes forçados a entrar no país.

Já em meados do século XIX e até o fim do século XX um grande fluxo de imigrantes chega ao Brasil, a fim de atender a falta de mão de obra nas lavouras – principalmente nos cafezais – e na indústria. Nesse momento, inicia-se a formação do mercado de trabalho livre no Brasil. Segundo Cosentino (2013) esse momento é primordial para que se compreenda a estruturação do mercado de trabalho a partir de meados do século XIX, pois as características do

O encaminhamento da transição para o trabalho livre é marcado por diversas tentativas de controle da mão-de-obra e regulamentação do trabalho, que nem sempre, necessariamente, surtiram grandes efeitos. É preciso reconhecer que, enquanto a realidade escravista era predominante, a questão da formação do mercado de trabalho encontrava dificuldades. O processo de construção e constituição do mercado de trabalho é longo e se estendeu pelas primeiras décadas do século XX [...]. Portanto, trata-se de reconhecer que o processo de transição do trabalho escravo para o trabalho livre está na base da formação incompleta do mercado interno no país. Isto acabou por resultar num capitalismo precário, dependente e incapaz de garantir direitos mínimos à maioria da população. (COSENTINO, 2013, p. 37).

O Brasil foi um dos últimos países do mundo a acabar com o tráfico de escravos e desde 1808 quando a família real portuguesa desembarcou no Brasil, a Inglaterra pressionava os portugueses para que abolissem o comércio de escravos. Portanto, o fim do tráfico de escravos no Brasil pode ser visto como resultado de um longo processo político, que surge após uma série de discussões e eventos que ocorreram ao longo da primeira metade do século XIX.

Nesse período, duas leis de 1850 que foram instituídas quase que concomitantemente, serão essenciais para a transição do trabalho escravo para o trabalho livre, inaugurando assim, a era capitalista no Brasil: a Lei que aboliu o tráfico de escravos e a Lei de Terras. Sobre a implementação da Lei de Terras, Gadelha (1989) explica que:

A Lei de Terras aparecia agora como urgente e necessária, não mais dando prioridade à questão das terras e, sim, à necessidade da substituição dos braços escravos, consequência imediata da suspensão do tráfico, em uma sociedade que não pensava no escravo como trabalhador e, sim, como mero instrumento de trabalho. Procurava-se, assim, contrabalançar os efeitos da abolição, incentivando a colonização através da possibilidade que teriam os colonos imigrantes, da aquisição de lotes de terras devolutas. [...]. Quanto aos escravos - e a Lei alegava também a necessidade de substituição dos braços escravos -, tratava-se de resolver o novo fator de irracionalidade que atingira o sistema escravagista, encarecendo o custo do escravo e de sua exploração, consequência maior da abolição do tráfico africano. Porém, os objetivos capitalistas dos proprietários só seriam alcançados se o acesso do solo aos ex-escravos e aos trabalhadores nativos fosse dificultado. (GADELHA, 1989, p. 160).

Portanto, com a lei de terras a possibilidade de acesso à terra passava a ocorrer apenas por meio de compra. O intuito dessa lei ficava bastante evidente e vinculava-se aos desejos da oligarquia agrária existente na época, que buscava uma forma de solucionar o problema da abundância das terras no Brasil, questão inclusive que foi fundamental para a própria instituição da escravidão no país.

Silva e Mattei (2015) demonstram que um dos principais motivos da utilização de trabalho escravo no Brasil era o excesso de terras e a constante possibilidade de o trabalhador livre rejeitar as condições de trabalho oferecidas e optar pelo modelo de subsistência. Desse modo, o trabalhador livre só poderia ser contratado mediante a oferta de altos salários; assim, tornava-se um transtorno chegar a uma proposta para esses trabalhadores que fosse mais satisfatória que a alternativa deles atuarem como produtores autônomos.

A lei de terras de 1850, ao dificultar o acesso do trabalhador livre à terra, acabava por legitimar a estrutura fundiária já existente no país, pois, “ao transformar a terra em mercadoria, e estando boa parte dela sobre o domínio do Estado, restringiu-se o acesso via preços de mercado”. (SILVA e MATTEI, 2015, p. 289).

Porém, mesmo mediante todos os cuidados tomados durante a transição do trabalho escravo para o trabalho livre, através de leis como essa que buscavam preservar os privilégios da elite latifundiária já estabelecida no Brasil, não foi possível solucionar o problema da falta de mão de obra.

A importação de imigrantes tornou-se, portanto, a solução para o problema da falta de mão de obra. Cosentino (2013) explica que era possível perceber que a própria lei de terras de 1850 já adiantava que a atração de trabalhadores imigrantes para o Brasil seria o recurso utilizado

para enfrentar a falta de mão de obra no país. De acordo com Silva e Mattei (2015), a lei de terras estabelecia que os imigrantes que adquirissem terras no Brasil seriam naturalizados após dois anos e que o dinheiro adquirido pelo Estado através da venda de terras deveria ser utilizado com a finalidade exclusiva de cobrir os gastos com a medição de terras e a importação de imigrantes. Estabelecia-se, portanto, um acordo estatal baseado numa política externa de migração que passaria a orientar a constituição do mercado de trabalho livre no Brasil.

O objetivo do projeto imperial era demarcar as terras devolutas, vendê-las, promover um projeto de colonização e financiar, através do dinheiro das vendas, a imigração estrangeira para país. Assim, remediava-se uma eventual ausência de braços, desencadeada com o fim do tráfico. (COSENTINO, 2013, p. 18).

Azevedo (1985) demonstra que o “projeto imigrantista” teve o seu início em São Paulo no final da década de 1840 e que esse projeto foi marcado desde o começo pelo “tema do imigrante ideal” e sobre as condições que deveriam ser oferecidas para que esse trabalhador permanecesse no país e auxiliasse no desenvolvimento e no progresso do Brasil. A questão racial, desse modo, torna-se fundamental para que se possa compreender esse período de transição do trabalho escravo para o trabalho livre, pois nesse momento ocorre uma explícita “associação entre os males da escravidão e a inferioridade racial do negro”. (AZEVEDO, 1985, p. 92).

Os imigrantes europeus foram os eleitos para virem trabalhar nas lavouras de café, em função da crença “na superioridade inata do trabalhador europeu” (FURTADO, 1967, p. 131). Essa ideia ganha ainda mais força após o grande movimento migratório que ocorria de pessoas saindo da Europa rumo aos Estados Unidos naquele momento. De acordo com Furtado (1967), isso parecia “indicar a direção que cabia tomar. E, com efeito, já antes da independência começara, por iniciativa governamental, a instalação de “colônias” de imigrantes europeus”. (FURTADO, 1967, p. 131).

Arruda (2015) afirma que, nesse período, as políticas de branqueamento da população aparecem aliadas e disfarçadas como forma de valorização da miscigenação e desse modo, a adoção de medidas imigrantistas passaram a “compor, então, após a abolição da escravidão em 1888, o quadro das ações do Estado brasileiro”. (ARRUDA, 2015, p. 13).

Porém, segundo Furtado (1967) a política de imigração implementada pelo governo imperial não apresentava vantagens para o imigrante, pois o mesmo não conseguia organizar a sua própria lavoura para fins comerciais, em virtude da falta de financiamento disponível para isso e ainda que conseguissem adquirir terras e organizá-las para a produção, tornava-se praticamente impossível concorrer com a elite do café já que a maioria ainda mantinha trabalhadores escravos.

Por isso, os primeiros imigrantes oriundos da Alemanha que chegaram no Brasil a partir desse período através da política de imigração permaneciam presos às fazendas onde se instalavam, pois o que acontecia na prática era um modelo de servidão, denominado pelo governo como sistema de parceria.

De acordo com Silva (2003), no sistema de parceria os imigrantes que chegavam da Europa eram levados para as fazendas de café em que iriam trabalhar. Nesse instante, as despesas que com relação ao transporte e a subsistência do colono e sua família eram consideradas como um adiantamento feito pelo dono da plantação ao colono. Cada família passava a ser responsável por um número específico de plantações de café de acordo com a sua capacidade de mantê-los. Após a venda do café, metade do lucro era destinado para o colono e sua família, porém devido aos adiantamentos realizados pelo dono das plantações no momento anterior, eram cobrados juros de até 6%. A renda do trabalhador era incerta e, se a colheita não fosse boa o suficiente, os colonos ficavam presos à terra até conseguirem quitar suas dívidas.

Prado Jr. (2004) explica que grande parte do problema acontecia em razão dos hábitos dos proprietários de terras que estavam acostumados a lidar com escravos e como muitos ainda mantinham trabalhadores escravos trabalhando juntamente com os colonos, estes proprietários não conseguiam tratar os colonos como trabalhadores livres. Dessa forma, a notícia sobre as dificuldades enfrentadas pelos imigrantes recém-chegados ao Brasil chegou rapidamente à Europa, o que dificultou bastante a vinda de novos imigrantes para o país.

A partir da década de 1860 devido o fracasso do sistema de parceria foi adotado um outro sistema denominado de misto. Segundo Furtado (1967) no sistema misto era garantido ao colono uma remuneração fixa, assim o colono se encarregava de cuidar de uma quantidade específica de plantações de café em troca do salário e além dessa remuneração fixa o colono recebia um ágio que variava de acordo com a produtividade da colheita.

Lamounier (1988) aponta que uma outra importante lei que surge nesse período de transição do trabalho escravo para o trabalho livre, é a lei de 1879, que irá regular a contratação de serviços para parcerias agrícolas e parcerias pecuárias. Portanto, essa lei passava a organizar o mercado de trabalho livre, pois criava regras que regulamentava o trabalho dos imigrantes e facilitava a contratação de trabalhadores nacionais. A intenção era oferecer garantias de contratação aos produtores que tinham uma oferta regular de trabalho, promovendo a imigração e a estabilidade do mercado de trabalho.

Segunda Arruda (2015), em 1890 é implementada “a primeira lei específica direcionada a imigrantes e esta já veio com o teor racalista que permeava desde o início do século os debates

políticos e sociais no país”. (ARRUDA, 2015, p. 14). Dessa forma, o Decreto nº 528, de 28 de junho de 1890, que regularizava o serviço de introdução e localização de imigrantes no Brasil, trazia uma série de medidas que buscavam auxiliar a vinda dos trabalhadores imigrantes “desejáveis” para o país.

A implementação destes marcos legais foram fundamentais para a atração de mão de obra estrangeira para o Brasil, assim como outros fatores, como a mudança com relação ao tratamento que os donos das lavouras de café passaram a dar aos colonos, pois os “proprietários, já com dificuldades muito maiores de mão-de-obra, e contando cada vez menos com outros recursos além do imigrante europeu, procurarão ter com ele mais considerações e trata-lo de acordo com sua condição de homem livre” (PRADO JR., 2004, p. 194). Outro importante fator que beneficiou a vinda de imigrantes para o Brasil, ocorreu em razão da unificação italiana; naquele momento a península itálica passava por uma enorme crise sócioeconômica e a imigração para o Brasil passou a ser uma alternativa para muitos italianos.

Oliveira (2015) atenta para o fato da existência de dois tipos diferentes de imigração nesse período: a “imigração subvencionista” e a “imigração espontânea”. Nesse sentido, a imigração subvencionista foi aquela que contou com uma série de ações e incentivos organizados pelo Estado brasileiro e, tiveram, portanto, diferentes efeitos sociais, tanto em relação aos grupos de imigrantes que eram escolhidos para virem rumo ao Brasil, quanto em relação a sua distribuição geográfica no país.

Em sentido inverso, imigrantes alemães, poloneses, russos e ucranianos, cuja imensa maioria se dirigiu aos estados do sul do país, é o exemplo típico da *imigração espontânea*. A imigração não foi um fenômeno que se espalhou por todo o país. Os estados de São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul abrigavam 34,44% de todos os estrangeiros que residiam no país em 1890, passaram a 58,41% em 1900 e alcançaram 70,13% em 1920. Da mesma forma, apenas o estado de São Paulo abrigava 41,37% de todos os estrangeiros que residiam no Brasil em 1900 e passou a 52,42% em 1920. (OLIVEIRA, 2015, p. 05).

Segundo Oliveira (2015) a quantidade de imigrantes que faziam parte da população total desta região era bastante superior à média nacional, “com efeito, a maior parte dos estrangeiros que residia no Brasil havia se fixado no Brasil Meridional: em 1900, correspondia a 58,41% e em 1920 eram 70,13% do total” (OLIVEIRA, 2015, p. 06).

De acordo com Oliveira (2015), entre 1822 e 1876, chegou ao Brasil um total de 350.117 imigrantes, sendo que a maior parte se estabeleceu nos estados da região sul do país. Já entre 1877 e 1914, a quantidade de imigrantes aumentou quase dez vezes, chegando ao final desse período um total de 3.013.841 imigrantes. É possível destacar dentre os grupos de imigrantes mais significativos durante esse período, “os italianos (1,5 milhões), portugueses (1,2 milhões),

espanhóis (600 mil), alemães (160 mil), japoneses (150 mil), poloneses (100 mil), sírio-libaneses (90 mil) ”. (OLIVEIRA, 2015, p. 05).

### **3 IMIGRAÇÃO E TRABALHO ENTRE 1930 – 1970**

Esses grandes fluxos migratórios continuaram de modo bastante expressivo para o Brasil até 1930. Segundo Koifman (2012), a partir de então a imigração para o país foi desestimulada por uma série de acontecimentos, como a Revolução de 1930 no país, que determinou medidas restritivas à imigração; a Constituição de 1934, que limitava a entrada de estrangeiros por nacionalidade; a Segunda Guerra Mundial; assim como a melhoria do padrão de vida de diversas populações da Europa.

Com relação ao mercado de trabalho brasileiro, Dedecca (2005) explica que foi apenas a partir da década de 1930 que o Brasil começou a integrar nacionalmente tanto as atividades econômicas como o mercado de trabalho, pois “até então, a unidade política não encontrava qualquer articulação interna na organização de seu sistema econômico” (DEDECCA, 2015, p. 98).

A crise econômica de 1929, que comprometeu o mercado internacional, impedia a negociação de café para o mercado externo; a saída foi o desenvolvimento do mercado consumidor interno no país e para isso era necessário a integração dos mercados regionais. Dessa forma, essa integração possibilitou acabar com a situação de “isolamento dos mercados regionais, permitindo o início da mobilização dos trabalhadores nordestinos para o processo de industrialização concentrado na Região Sudeste, em especial no estado de São Paulo” (DEDECCA, 2015, p. 98).

Segundo Welch (2016) o governo provisório de Vargas buscou enfatizar a necessidade de se aproveitar da mão de obra do trabalhador brasileiro em detrimento dos trabalhadores estrangeiros.

Villen (2015) afirma que é durante esse período em que se evidencia o desenvolvimento de uma forte campanha nacionalista promovida pelo governo, e que surge a dicotomia entre a categoria “trabalhador nacional” e “trabalhador estrangeiro”, desta maneira, se anteriormente a promoção da imigração era vista como algo essencial a manutenção do mercado de trabalho, a partir desse instante, o trabalhador nacional passa a ser o agente fundamental para a efetivação e o funcionamento deste mercado. Desse modo, a entrada de trabalhadores estrangeiros no país ficava condicionada à não existência de trabalhador brasileiro apto a desempenhar a função para a qual tal trabalhador estrangeiro estaria sendo designado.

As restrições aos imigrantes aumentaram ainda mais a partir da convocação da Assembleia Constituinte de 1933, onde foram apresentadas emendas que tratavam a questão da imigração e da colonização: “Temas como trabalho e povoamento suscitaram a elaboração de discursos e debates que abordavam desde a miscigenação e a assimilação até propostas de proteção ao trabalhador nacional.” (GERALDO, 2009, p. 177).

A lei de cotas (Decreto nº 24.215 de 09 de maio de 1934) estabelecia novos limites à entrada de estrangeiros, pois de acordo com texto do Decreto, a entrada desordenada de estrangeiros seria uma das causas do desemprego, “que nem sempre trazem o concurso útil de quaisquer capacidades, mas freqüentemente contribuem para o aumento da desordem econômica e da insegurança social”. (BRASIL, 1934).

De acordo com Arruda (2015) a tendência a nacionalização, assim como a necessidade de se pensar sobre questões relacionadas à segurança nacional em razão do período entre guerras que se intensificou com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, fez com que através do Decreto-Lei nº 3.175 de 07 de abril de 1941 a responsabilidade de se administrar a entrada de estrangeiros fosse transferida do Ministério das Relações Exteriores para o Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Dessa forma, “a imigração, que era tratada no âmbito da diplomacia, passou a ser operada como um caso de justiça”. (ARRUDA, 2015, p. 18). Este Decreto tornou-se o marco legal mais restritivo da história do país e perdurou até 1945.

Em 01 de maio de 1943 o governo Vargas promulgou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que passou a reger as normas de trabalho individual e coletivo no Brasil; nesse documento ficou estabelecido que toda empresa brasileira deve ter ao menos 2/3 de cidadãos brasileiros ocupando o número total de cargos disponíveis e do valor da folha de salários da empresa.

As medidas que limitavam à entrada de imigrantes perduraram entre 1930-1945, e foram revistas após esse período devido à demanda do mercado que surgia após a Segunda Guerra Mundial. Esse contexto possibilitou a abertura parcial do país aos estrangeiros, mas tal abertura “continuou atrelada a princípios seletivos da “proteção do trabalhador nacional”, do “respeito à ascendência eleita [europeia]” para a população brasileira e da imigração dirigida por políticas estatais para servir ao progresso do país”. (VILLEN, 2015, p. 69).

Andena (2013) afirma que a partir de 1964 o governo militar irá incluir na categoria de “inimigos internos” os imigrantes de esquerda ou provenientes de países socialistas. Dessa maneira, “se o então vigente Decreto-Lei nº 7.967/45 já mencionava preocupação com a segurança nacional no trato da questão imigratória, o Decreto-Lei nº 941/69 seria ainda mais rígido” (ANDENA, 2013, p. 97). Esse Decreto definia a situação jurídica dos estrangeiros nos Brasil



e estabelecia de modo específico os procedimentos que deveriam ser adotados com relação a expulsão do estrangeiro considerado nocivo à ordem pública.

Por fim, em 19 de agosto de 1980 foi promulgada a Lei nº 6.815 – Estatuto do Estrangeiro – onde o imigrante aparece como uma ameaça à “estabilidade e à coesão social” do país, dessa forma, esse Estatuto se baseia na questão da segurança nacional, e o objetivo, portanto, era conter a entrada de todos aqueles que pudessem adentrar as fronteiras do Brasil e causar desordem em solo brasileiro. Essa Lei criou ainda o Conselho Nacional de Imigração (CNIg), que de acordo com Oliveira (2017) passou a praticar a “política do mobilizar, selecionar e localizar, que desde sempre predominou nas políticas migratórias implementadas no país, seguindo a lógica de atender às demandas por força de trabalho estrangeira. “ (OLIVEIRA, 2017, p. 171).

#### **4 MERCADO DE TRABALHO E AS MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS NO BRASIL A PARTIR DE 1980**

A partir dos anos 1980 – quando o Brasil atravessou uma grave crise econômica – foi possível observar uma grande quantidade de brasileiros deixando o país rumo ao exterior. A recessão entre 1981 e 1983 gerou uma grande retração do mercado interno e a queda da produção industrial do país, fazendo com que algumas empresas buscassem realizar suas vendas no mercado mundial.

De acordo com Patarra e Pacheco (1998) o que se refletiu de modo imediato nos mercados de trabalho metropolitanos foi uma intensa terceirização da estrutura ocupacional “acompanhada pela deterioração da maioria dos indicadores disponíveis: queda dos rendimentos reais, redução relativa do assalariamento e da cobertura dos vínculos jurídico institucionais” (PATARRA E PACHECO, 1998, p. 15).

Costa (2003) afirma que durante esse período a economia brasileira passou por uma série de mudanças estruturais que se iniciaram com a abertura comercial fomentadas pelo governo de Fernando Collor – entre 1990-1992 – e ampliadas em seguida pelo governo de Fernando Henrique Cardoso – entre 1995-2002 –, dessa forma tais mudanças afetaram significativamente o setor industrial brasileiro, “rompendo com a política de substituição de importações, sustentáculo dos programas de desenvolvimento do país desde os anos 30. ” (COSTA, 2003, p. 03).

A partir desse momento, a adoção de medidas buscando competitividade no mercado global gerou bruscos processos de reestruturação produtiva nas empresas e a consequência imediata destas ações pôde ser observada através do fechamento de diversas fábricas, o enxugamento de plantas, processos de terceirização, desenvolvimento tecnológico, rearranjo organizacional de processos produtivos, dentre outras. Essas ações “sintetizaram as estratégias

empresariais, como alternativas mesmo de sobrevivência, resultando num fenômeno de demissão em massa de dimensão jamais vivida na história da industrialização do país.” (COSTA, 2003, p. 03).

É perceptível a partir desse período, portanto, grandes mudanças com relação ao funcionamento do mercado de trabalho brasileiro que afetaram diretamente os trabalhadores assalariados do país. Todo esse processo desencadeou a adoção cada vez maior de regimes de trabalho flexíveis com relação a jornada de trabalho, salários, assim como, o início da desregulamentação do sistema normativo de proteção do trabalho e do trabalhador.

Segundo Sasaki (2006) mediante esse contexto que o Brasil atravessava observou-se um grande número de brasileiros de classe média deixou o país em busca de melhores oportunidades no exterior como trabalhadores migrantes, exercendo geralmente trabalhos rejeitados pelos trabalhadores nacionais, sendo que os principais destinos eram: Estados Unidos, Paraguai, Japão e Europa.

Borges (2012) explica que após a fase mais intensa da reestruturação produtiva ditadas pelas políticas neoliberais que resultaram em profundas mudanças no emprego urbano no Brasil a partir do início dos anos 1990, a economia brasileira voltou a crescer, especialmente a partir da segunda metade dos anos 2000, assim as taxas de ocupação se “recuperaram, enxugando parte do excedente de trabalhadores e derrubando as taxas de desemprego que, não obstante, ainda permaneceram num patamar extremamente elevado”. (BORGES, 2012, p. 19).

Entre 2004 e 2008 o Brasil passava por uma fase econômica bastante positiva, sendo notório o crescimento do PIB, de acordo com Mattos (2015) esse cenário poderia ser explicado fatores diversos como a demanda externa exercida mediante o aquecimento da economia internacional principalmente, pela economia chinesa e medidas implementadas pelo governo federal que impactaram a atividade econômica e conseqüentemente, o mercado de trabalho, nos anos subsequentes.

Com relação ao fluxo migratório de brasileiros para outros países, este foi intenso até a crise econômica iniciada no final de 2007 que eclodiu nos sistemas financeiros dos países desenvolvidos e industrializados. Assim, a brusca desaceleração da economia global acabou por devastar economias nacionais, empresas e trabalhadores de países centrais, e com isso percebeu-se um intenso retorno de brasileiros que se encontravam no exterior. Porém, além do retorno de uma expressiva quantidade de brasileiros que estavam no exterior, observou-se também a entrada significativa de imigrantes no Brasil a partir desse momento, já que o país atravessava uma boa fase econômica.

Segundo Oliveira (2017) essa relevância no cenário nacional e a sua intensificação a partir de 2007/2008 gerou uma enorme necessidade de se repensar a política migratória brasileira e nos últimos anos, as questões migratórias estavam sendo tratadas basicamente de duas formas distintas:

Na primeira, seguiu-se a receita dos Estados Unidos e da União Europeia, promovendo a regularização dos estrangeiros que residiam há determinado tempo no país. Essa medida, tomada tanto no governo autocrático quanto nos democráticos, nem conseguia atender/satisfazer a todos que se encontravam nessa situação, nem resolvia o essencial – a necessidade de uma política migratória clara, que abarcasse, ao menos, os eixos da regulação, integração e cooperação internacional, seja qual fosse o viés ideológico que orientasse tais políticas. Na segunda, o CNIg passou a enfrentar o problema emitindo, pontualmente, Resoluções Normativas para cada questão surgida. Não obstante avanços importantes em aspectos humanitários, proteção, livre circulação dos trabalhadores do Mercosul, entre outros, o que se produziu foi um verdadeiro emaranhado normativo, que, da mesma forma, está longe de afrontar as questões migratórias com a necessidade e a profundidade requeridas. Deve-se enfatizar que, nesse ínterim, o país também aderiu a medidas internacionais que visam a proteção e garantias dos direitos dos imigrantes, como na questão da Convenção Contra o Crime Organizado e o Tráfico de Pessoas, em 2004. (OLIVEIRA, 2017, p. 172).

Dessa maneira, após longos debates em 24 de maio de 2017 foi aprovada a nova lei de migração (Lei nº 13.445/2017) que trouxe importantes mudanças e representa um enorme avanço, pois essa legislação se afasta da perspectiva de tratar a imigração e os imigrantes como questão de segurança nacional – perspectiva presente no Estatuto do Estrangeiro, lei que vigorava anteriormente – e se aproxima da dimensão dos direitos humanos. Dessa forma, esse marco legal passa a reconhecer o imigrante enquanto a “pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil”. (BRASIL, 2017).

Dentre os principais pontos de mudança observados nessa lei é possível destacar: a diminuição da burocracia para se requerer o visto permanência no país; proteção aos apátridas; determinação da existência de visto temporário específico para o migrante que se encontra em situação de “acolhida humanitária” (pessoas que estão fugindo de alguma situação no país de origem, mas que não se enquadram na lei do refúgio); oportunidade de regularização da situação aos migrantes que não possuem documentação ou que estão no país de modo irregular; o fim da proibição de imigrantes de participarem de qualquer atividade de natureza política, como reuniões políticas ou sindicatos e o fim da prisão por situação irregular.

## **5 CONCLUSÃO**

A partir da análise e da interpretação histórica do período compreendido entre o século XIX e início do Século XXI, pode-se apresentar as configurações e reconfigurações dos fluxos migratórios e as políticas públicas brasileiras que tiveram por objetivo regularizar a vinda e a

permanência do migrante no país. Conclui-se que a questão legal foi de suma importância para propiciar a transição do trabalho escravo para o livre. Entretanto, foram vários os entraves percorridos que as mudanças acontecessem gradativamente.

Pôde-se perceber que o Brasil foi formado a partir de significativos fluxos migratórios e que essa relação foi marcada por períodos de abertura e políticas de atração de mão de obra estrangeira, buscando suprir a demanda existente do mercado e por períodos de fechamento e endurecimento com relação as políticas de recepção de imigrantes no país.

Um fato bastante importante salientado nesse trabalho foi a recente modificação na lei de imigração brasileira, que vem substituir a antiga legislação remanescente da época da ditadura militar, que incorporava uma postura de segurança nacional e de criminalização do estrangeiro.

## REFERÊNCIAS

ANDENA, Emerson. **Transformações da legislação imigratória brasileira: os (des)caminhos rumo aos direitos humanos.** (Dissertação de mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 154f., 2013.

ARRUDA, Aline. Brasil e Canadá: uma breve comparação sócio-histórica das políticas migratórias entre os séculos XIX e XXI. In: **Política migratória e o paradoxo da globalização.** Ana Maria Nogales Vasconcelos, Tuíla Botega orgs., Porto Alegre : EDIPUCRS, Brasília : CSEM, p. 11-32, 2015.

AZEVEDO, Célia. **Onda Negra, Medo Branco. O negro no imaginário das elites no século XIX.** Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1985.

BORGES, Ângela. O emprego no Brasil urbano nos anos 2000: recuperação e reconfiguração. **XV Congresso Brasileiro de Sociologia,** Curitiba-PR, 2011. Disponível em:< [http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=2316&Itemid=171](http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=2316&Itemid=171)>. Acesso em: 15/03/2017.

BRASIL. Decreto nº 24.258, de 16 de maio de 1934. **Aprova o regulamento da entrada de estrangeiros em território nacional.** Disponível em:< <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24258-16-maio-1934-557864-publicacaooriginal-78583-pe.html>>. Acesso em: 26/10/2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 28/03/2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.44, de 24 de maio de 2017. **Institui a nova lei de migração.** Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm)>. Acesso em: 25/12/2017.

CASTLES, Stephen; HAAS, Hein de; MILLER, Mark. **The age of migration: international population movements in the modern world.** Palgrave Macmillan. UK, 3ª Edição, 2003.

CASTLES, Stephen. Twenty-First-Century Migration as a Challenge to Sociology. **Journal of Ethnic and Migration Studies**, v. 33(3), p. 351-371, 2007.

COSENTINO, Daniel. A economia mineira no século XIX e a transição do trabalho escravo para o trabalho livre. **Revista Debate Econômico**, v.1, n.2, p. 28-53, jul/dez 2013.

COSTA, Márcia. O Sistema de Relações de Trabalho no Brasil: alguns traços históricos e sua precarização atual. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v.20, no.59, São Paulo, 2005.

DEDECCA, Cláudio Salvadori. Notas sobre a evolução do mercado de trabalho no Brasil. **Revista de Economia Política**. vol. 25, n. 01 (97), pp. 94-111, janeiro-março, 2005.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1967.

GADELHA, Regina. A lei de terras (1850) e a abolição da escravidão capitalismo e força de trabalho no Brasil do século XIX. **Revista História**, São Paulo. 120, p. 153-162, jan/jul. 1989.

GERALDO, Endrica. A “lei de cotas” de 1934: controle de estrangeiros no Brasil. In: **Cadernos AEL**, v.15, n.27, 2009.

KOIFMAN, Fábio. **Imigrante ideal: O ministério da justiça e a entrada de estrangeiros no Brasil (1941-1945)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

LAMOUNIER, Maria Lúcia. **Da escravidão ao trabalho livre**. Campinas: Papyrus, 1988.

MATTOS, Fernando. Avanços e dificuldades para o mercado de trabalho. **Estudos Avançados**, 29 (85), p. 69-85, 2015.

OLIVEIRA, Antônio. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. In: **Revista Brasileira de Estudos de População**, Belo Horizonte, v.34, n.1, p.171-179, jan./abr. 2017.

PACHECO, Carlos Américo.; PATARRA, Neide Lopes. Movimentos migratórios anos 80: novos padrões?. 1º Encontro Nacional sobre Migração. Sessão Temática 4: Reflexões teóricas e metodológicas para os estudos de migração no Brasil. Curitiba, Anais..., 1998.

PRADO JR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. 23ª edição. São Paulo: Brasiliense, 2004.

SASAKI, Elisa. A imigração para o Japão. **Revista Estudos Avançados**, USP, São Paulo, vol. 57, p. 99-117, 2006.

SILVA, Maicon; MATTEI, Lauro. A transição do trabalho escravo para o trabalho livre no Brasil: Um processo de acumulação primitiva em uma economia dependente. **Rebela**, v.5, n.2. mai./ago. 2015.

SILVA, Luís. **Percursos desiguais: trajetórias ocupacionais dos trabalhadores no setor de telecomunicações no período pós-privatização**. (Tese de Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 241f., 2013.

VILLEN, Patrícia. **Imigração na modernidade dependente: “braços civilizatórios” e a atual configuração polarizada.** (Tese de Doutorado), Unicamp, Campinas, 284f., 2015.

WELCH, Clifford. Vargas e a reorganização da vida rural no Brasil (1930-1945). In: **Revista Brasileira de História.** São Paulo, v. 36, nº 71, 2016.



## O COMPARTILHAMENTO DE RESPONSABILIDADES E O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

*Lícia Christynne Ribeiro Porfírio*  
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP)  
liciacrp@gmail.com<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho visa buscar, no compartilhamento de responsabilidades entre os atores internacionais – Estados, organizações humanitárias, sociedade civil e os próprios refugiados –, soluções mais efetivas para os impasses enfrentados pelo Direito Internacional dos Refugiados. Sabendo que o acolhimento de milhões de pessoas demanda uma estrutura migratória bem organizada e gera altos custos aos Estados, a divisão de responsabilidades se torna essencial para que haja uma proteção humanitária mais efetiva. A criação do refúgio tem como base a proteção dos direitos humanos, bem como o respeito à dignidade da pessoa humana e a garantia do exercício da cidadania. Desse modo, cabe à comunidade internacional unir esforços, seguindo os princípios da cooperação e da solidariedade internacional, para dar o máximo de proteção aos refugiados e, também, para buscar medidas preventivas e soluções para as causas do refúgio. E isto somente é possível por meio do compartilhamento de responsabilidades.

**Palavras-chave:** Refugiados. Responsabilidade compartilhada. Solidariedade internacional.

### 1 INTRODUÇÃO

Segundo os dados mais recentes do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), até o final de 2017, havia, no mundo, 68,5 milhões de deslocados forçados, dentre os quais, mais de 25 milhões são refugiados; isto é, mais de 25 milhões de pessoas que foram forçadas a deixar seus lares, devido a alguma forma de perseguição ou de violação de direitos humanos, em busca de proteção e de uma vida digna. Em meio a esse cenário alarmante, é importante lembrar que a busca pelo asilo – em sentido amplo – não é algo recente. A necessidade de deslocamento sempre existiu nas sociedades humanas, na medida em que sempre houve motivos que impossibilitavam a estadia no local de origem.

Após os acontecimentos da Primeira e da Segunda Guerras Mundiais, a demanda pelo refúgio teve um enorme aumento, surgindo a necessidade de se institucionalizar, internacionalmente, essa proteção humanitária. Sendo assim, com a criação do ACNUR, em 1950, foi estabelecida a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, em 1951 (Convenção de 1951), a qual transformou o refúgio em instituto jurídico internacional. A partir daí, passou-se a regulamentar internacionalmente a concessão do refúgio, constituindo um direito público subjetivo; ou seja, independente da discricionariedade dos Estados. Qualquer ser humano tem o direito de solicitar refúgio, em qualquer lugar do globo, sendo que sua base jurídica está na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (DUDH), a qual, em seu artigo XIV, prevê o direito ao asilo como um direito humano.

---

<sup>1</sup> Advogada. Especialista em Direito Internacional (PUC/SP). Mestranda em Direito (PUC/SP).

Com os diversos conflitos armados que perduram pelo mundo, bem como com as graves violações de direitos humanos, como a pobreza extrema, aumenta cada vez mais a demanda pela proteção humanitária do refúgio. Isto quer dizer que os países acolhedores, a cada ano, recebem um maior número de refugiados, o que gera consequências tanto na esfera econômica, quanto na política e na social. O acolhimento de refugiados acarreta extensos custos aos Estados, vez que há necessidade de financiar o deslocamento, a moradia, a educação, o acesso à saúde e a integração local dessas pessoas, a fim de que tenham um mínimo de dignidade humana. E a solução não é o fechamento das fronteiras. Deve-se criar meios para proteger os direitos humanos desses milhões de pessoas que se veem forçadas a se deslocar.

Nesse sentido, partindo da noção de que o refugiado é pessoa humana e, portanto, sujeito de direitos, e da concepção de que a condição de refúgio é algo que deve ser temporário, o presente artigo visa demonstrar a importância do compartilhamento de responsabilidades entre os atores internacionais, quais sejam, os Estados, as organizações humanitárias internacionais, a sociedade civil e os próprios refugiados, a fim de que a qualidade do refúgio seja a melhor possível; isto é, que o refugiado tenha acesso aos direitos humanos básicos e que possa exercer a cidadania, mesmo estando em um país diverso do de origem.

Para tanto, por meio de uma pesquisa empírica, incluindo as principais fontes bibliográficas, bases de dados e legislações acerca do refúgio, serão estabelecidos, primeiramente, além das semelhanças e diferenças entre o asilo e o refúgio, os conceitos de refugiados, visando saber quem são os verdadeiros destinatários dessa proteção humanitária especial, tanto no âmbito internacional, por meio da Convenção de 1951, quanto no nacional, pelo previsto na Lei nº 9.474/97.

Em seguida, serão analisados os principais fundamentos do refúgio, os quais funcionarão como base e como justificativa para o estabelecimento das responsabilidades, em meio a um cenário de aumento da demanda pela proteção e de negativa da sua concessão. Apesar de ser notória a realidade crítica dos refugiados, ainda é grande a resistência em relação ao dever de acolhimento e de proteção dessas pessoas.

Ademais, trataremos do compartilhamento de responsabilidades como instrumento-chave para uma proteção mais efetiva e humanitária dos refugiados, passando por alguns exemplos concretos. Será demonstrado que até mesmo os próprios refugiados podem e devem contribuir para que a condição de vulnerabilidade seja o mais breve possível.



Por fim, apresentar-se-ão alguns dos desafios encontrados pelo refúgio, que tornam o acolhimento humanitário mais demorado e mais custoso, prolongando, assim, essa situação de extrema vulnerabilidade em que milhões de pessoas se encontram.

Desse modo, o objetivo deste artigo é demonstrar que o refúgio é um direito público subjetivo e, em contraposição, é dever não apenas dos Estados, mas também de toda a comunidade internacional agir para prevenir suas causas, proteger aqueles que precisam e, também, buscar soluções para que não surjam novos fluxos migratórios forçados. Para tanto, restará demonstrada a essencialidade de um compartilhamento das responsabilidades.

## **2 QUEM SÃO OS REFUGIADOS?**

Antes de adentrarmos nas definições de refugiados, é importante apresentar as semelhanças e as diferenças existentes entre os institutos do refúgio e do asilo (político). O ponto em comum entre o refúgio e o asilo é que eles compõem um bloco de direito ao acolhimento, sendo, ambos, proteções humanitárias oferecidas pelos Estados. Nas palavras de André de Carvalho Ramos: representam “o acolhimento daquele que sofre uma perseguição e que, portanto, não pode continuar vivendo no seu local de nacionalidade ou residência” (2011, p. 15).

Assim,

Tanto o instituto do refúgio quanto o do asilo visam à proteção da pessoa humana, em face da sua falta no território de origem ou de residência do solicitante, a fim de assegurar e garantir os requisitos mínimos de vida e de dignidade, residindo em tal fato a sua principal semelhança, traduzida por meio do caráter humanitário de ambos. (JUBILUT, 2007, p. 43)

Passando às diferenças, o asilo, em seu sentido amplo, é o gênero, ao qual pertencem o asilo político e o refúgio. Ele está previsto, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu artigo XIV, segundo o qual: “Todo homem, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países”.

Asilo político é, portanto, forma de acolhimento humanitário, destinada a proteger pessoas que fogem de perseguições políticas, inclusive em razão do cometimento de crimes políticos. Ele pode ser dividido em asilo territorial (quando o solicitante já se encontra no território do país ao qual pede a proteção), asilo diplomático (concedido em extensões do país de acolhida) e asilo militar (concedido em locais militares). Ademais, além de ser um ato discricionário do Estado, para que seja concedido o asilo político, é necessário que a perseguição seja atual.

O instituto do refúgio, por sua vez, é, também, forma de acolhimento humanitário; no entanto, visa proteger pessoas que possuem um temor de perseguição, por motivos de raça,

religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, e que, por isso, fogem do seu local de origem, em busca de proteção e de uma vida digna, em que possa ser exercida a cidadania. Nas palavras de Bauman: “os refugiados são refugio humano, sem função útil para desempenharem na terra a que chegaram e na qual permanecerão temporariamente, nem a intenção ou perspectiva realista de serem assimilados e anexados ao novo corpo social” (2005, P. 98).

Diferentemente do asilo político, a concessão do refúgio não é ato discricionário do Estado, tendo em vista ser um direito público subjetivo de toda e qualquer pessoa humana. Desse modo, a decisão que concede o refúgio é meramente declaratória. Além disso, a perseguição, para que gere situação de refúgio, não precisa ser atual ou com caráter de urgência; pode ser passada e, até mesmo, futura, bastando o fundado temor de perseguição.

Feita essa breve diferenciação entre os dois institutos, passemos, agora, à conceituação de refugiados, pessoas que se encontram em situação de extrema vulnerabilidade e que, por isso, demandam atenção e proteção especiais da comunidade internacional.

Após os acontecimentos das duas grandes guerras mundiais, a comunidade internacional decidiu criar uma organização, de caráter internacional, com o objetivo de promover a paz e de impedir a repetição da barbárie. Desse modo, em 1945, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU). Em seguida, em 1948, foi estabelecido o primeiro documento internacional com previsão expressa dos direitos humanos: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a qual, como já dito, dispõe acerca do direito ao asilo, em seu artigo XIV.

Seguindo nessa perspectiva de proteção dos direitos humanos e percebendo o grande aumento no número de pessoas que solicitavam refúgio, em 1950, foi criado o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), que estabeleceu a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (Convenção de 1951), responsável por institucionalizar, internacionalmente, o refúgio. A partir daí, as milhões de pessoas que buscavam proteção humanitária passaram a ter o amparo de um tratado internacional, no âmbito global.

## **2.1 O conceito clássico: Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951**

Segundo a Convenção de 1951<sup>2</sup>, são refugiados:

Art. 1º - Definição do termo "refugiado"

A. Para os fins da presente Convenção, o termo "refugiado" se aplicará a qualquer pessoa:  
(...)

---

<sup>2</sup> Disponível em [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf). Acesso em 19/11/18.

2) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Importante ressaltar, de início, que esse conceito, chamado de clássico, apresentava duas ressalvas, uma temporária e outra geográfica. Assim, o refúgio tinha como intuito proteger pessoas que fugiam dois acontecimentos decorrentes da Segunda Guerra Mundial (até 1951), na Europa. Entendemos que, à época, a necessidade de refúgio era tida como algo passageiro e limitado ao continente europeu e, dessa forma, não haveria necessidade de ampliar o escopo da proteção. No entanto, em 1967, percebendo que ainda havia busca por essa proteção jurídica, em diversas partes do globo, foi estabelecido um Protocolo Adicional à Convenção de 1951, retirando as referidas ressalvas.

O refúgio, então, passou a ser direito público subjetivo de qualquer pessoa humana, de todas as partes do mundo, em consequência de perseguições ocorridas em qualquer época.

Destaca-se, ainda, que, para que se possa solicitar refúgio, basta o temor de perseguição; isto é, não é necessário provar a perseguição, sendo suficiente o caráter subjetivo, juntamente com a realidade objetiva do país de origem. Um exemplo é o que acontece na Síria. Se uma pessoa proveniente daquele país solicitar refúgio, a junção do elemento subjetivo (temor de perseguição) com o objetivo (guerra civil que perdura há anos) já seria suficiente para a consideração e a concessão do pedido.

Esse conceito apresentado pela Convenção de 1951 é chamado de conceito clássico, já que, como veremos a seguir, algumas modificações foram feitas no âmbito regional, tornando-o incompleto e incoerente com as necessidades específicas de cada região do mundo.

## **2.2 Ampliação do conceito**

Apesar de o Protocolo Adicional de 1967 ter ampliado os limites de proteção do refúgio, a definição apresentada pela Convenção de 1951 ainda não se mostrava suficiente para abarcar grande parte das situações que geravam (e ainda geram) grandes deslocamentos forçados de pessoas, no âmbito regional.

Desse modo, em 1969, tendo em vista as peculiaridades do continente africano, foi elaborada a Convenção da Organização de Unidade Africana para Refugiados<sup>3</sup>, a qual ampliou o

---

<sup>3</sup> Disponível em [http://www.refugiados.net/cid\\_virtual\\_bkup/asilo2/2couaapr.html](http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2couaapr.html). Acesso em 28/11/18.

âmbito de proteção do instituto do refúgio, acrescentando, aos motivos do deslocamento forçado, a agressão, a ocupação externa, a dominação estrangeira e os acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública. Nesse sentido, de acordo com o artigo I da referida Convenção:

(...)

2 - O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, **devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade**, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutra lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade. (grifo nosso)

No âmbito interamericano, da mesma forma, em meio às peculiaridades regionais, a comunidade interamericana se reuniu e elaborou a chamada Declaração de Cartagena<sup>4</sup>, de 1984, a qual, na sua terceira conclusão, acrescentou ao conceito clássico de refugiado:

(...) a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela **violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública**. (grifo nosso)

É possível perceber que, atendendo às peculiaridades regionais, o instituto do refúgio foi estendido a um maior número de pessoas, possibilitando, assim, uma proteção mais ampla, já que são diversos os motivos que levam pessoas a se deslocarem pelo mundo.

A legislação brasileira acerca do refúgio – a Lei nº 9.474/97 –, adotou esse conceito amplo, ao prever, em seu artigo 1º, a grave e generalizada violação de direitos humanos como uma das causas possíveis para a solicitação do refúgio:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a **grave e generalizada violação de direitos humanos**, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país. (grifo nosso)

Sendo assim, o Estado brasileiro se comprometeu não apenas com a legislação internacional sobre o refúgio, como, também, aumentou as possibilidades para a concessão dessa proteção humanitária tão importante.

Em conclusão, o refúgio é um instituto jurídico criado para dar proteção internacional a pessoas que, por motivos de perseguição ou de violação de seus direitos humanos, não

---

<sup>4</sup> Disponível em [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Declaracao\\_de\\_Cartagena.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf). Acesso em 28/11/18.

conseguem mais permanecer em seus locais de origem e, dessa forma, são obrigadas a buscar asilo em outros países. As previsões legislativas internacionais e nacionais estabelecem os mecanismos de efetivação dessa proteção.

### 3 FUNDAMENTOS DO REFÚGIO

Após identificar as diferenças entre o asilo e refúgio, bem como apresentar as características deste nas legislações internacionais e nacional, é importante fazer uma análise dos fundamentos da proteção humanitária do refúgio – o porquê de abrigar e de proteger os direitos de pessoas que são nacionais de outro país ou, até mesmo, que não possuem nacionalidade.

Pode-se afirmar que a base para a existência de um ramo do Direito específico para a proteção de refugiados é o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual consiste em valor intrínseco a todo ser humano, resultando, assim, no imperativo categórico de Kant, pelo qual o ser humano é sempre um fim em si mesmo e deve, sempre, ser concebido como sujeito e, nunca, como objeto. Desse modo:

A dignidade humana, que não é concedida por ninguém, não pode ser retirada pelo Estado ou pela sociedade, em nenhuma situação. Ela é inerente à personalidade humana e, portanto, embora possa ser violada e ofendida pela ação do Estado ou de particulares, jamais será perdida pelo seu titular. (SARMENTO, 2016, p. 104)

Nesse sentido, o surgimento e a consolidação do Direito Internacional dos Refugiados estão diretamente ligados à proteção da pessoa humana e ao respeito à sua dignidade, sendo esta algo que nunca pode ser perdido. Em constante diálogo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito dos Refugiados visa proteger os direitos humanos de pessoas que se encontram em situação de extrema vulnerabilidade, tendo em vista não terem a proteção de Estado algum.

Immanuel Kant propõe a ideia de um direito cosmopolita, baseado na proteção da hospitalidade universal. Assim, “trata-se (...) não de filantropia, mas do direito, e hospitalidade significa, aqui, o direito de um estrangeiro, por conta de sua chegada à terra de um outro, de não ser tratado hostilmente por este” (2017, p. 37). Ao falar acerca dessa proposta de Kant, Norberto Bobbio afirma que todo ser humano seria, portanto, cidadão do mundo inteiro e, não apenas, de um Estado só. Além disso, a Terra seria uma cosmópolis, uma “potencial cidade do mundo” (2004, p. 127).

Ao unir a dignidade da pessoa humana com os direitos humanos, fica claro que a proteção dos direitos dos refugiados prescinde da existência de vínculo jurídico com algum Estado; isto é, independe de nacionalidade – apesar de esta ser um direito de todos. Seguindo os ensinamentos

de Kant e de Bobbio, chegamos à conclusão de que os refugiados, como seres humanos, são cidadãos do mundo e isso quer dizer que são sujeitos de direitos e de deveres em todo o globo e, portanto, devem ter seus direitos humanos protegidos e garantidos.

Essa noção de cidadão do mundo está de acordo com o pensamento de Hannah Arendt, que, em sua obra *Origens do Totalitarismo*, apresenta um conceito amplo de cidadania, não mais restrita ao exercício de direitos e deveres políticos, mas relacionado à condição humana. Cidadania, para a autora, seria o primeiro de todos os direitos: o direito a ter direitos (2012, p. 406). E, desse modo, partindo da afirmação de que toda pessoa humana tem direito a ter direitos e, portanto, é cidadão em qualquer lugar do globo, tem-se a base para o Direito Internacional dos Refugiados.

Dessa forma, a justificativa para a criação de um ramo específico do Direito, voltado à proteção jurídica de um grupo de pessoas, está ligada à situação de extrema vulnerabilidade, bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana, à proteção dos direitos humanos, à garantia do exercício da cidadania, em todo o globo e por qualquer pessoa humana, além do dever de hospitalidade dos Estados.

#### **4 A RESPONSABILIDADE EM RELAÇÃO AO ACOLHIMENTO DE REFUGIADOS**

Afirma Zygmunt Bauman:

Os refugiados são destituídos de Estado, mas num novo sentido: sua condição de sem Estado é alçada a um nível totalmente inédito devido à inexistência de uma autoridade estatal à qual sua cidadania possa referir-se. (...) São proscritos e fora da lei de um novo tipo, produtos da globalização e principal síntese e encarnação do seu espírito de terra de fronteira. (...) eles foram lançados à condição de “náufragos liminares”, sem possibilidade de saber se tal condição é transitória ou permanente. (2005, p. 96)

Partindo dessa noção de que os refugiados são pessoas as quais deixam de ter ou nunca tiveram a proteção jurídica de algum Estado, sendo, portanto, seres humanos em situação de extrema vulnerabilidade, passamos, agora, a tratar do escopo da responsabilidade da comunidade internacional, no que concerne ao acolhimento e à proteção dos direitos dos refugiados em todo o mundo.

##### **4.1 O compartilhamento de responsabilidades**

Como é possível ver nos diversos noticiários, são frequentes medidas como a construção de muros, o fechamento de fronteiras, as viagens perigosas de barco e as rotas clandestinas. Tudo isso configura consequência da falta de cooperação entre os atores internacionais, a fim de

respeitar e de efetivar as normas de Direito Internacional dos Refugiados, bem como de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Defendemos a noção de que, apesar de que os Estados têm a responsabilidade primária em relação ao acolhimento de refugiados, em decorrência dos tratados internacionais de direitos humanos – dever jurídico –, como visto anteriormente, o restante da comunidade internacional – sociedade civil, organizações internacionais humanitárias e os próprios refugiados – deve compartilhar e exercer as tarefas relacionadas à proteção dos direitos dos refugiados.

Isso porque, em decorrência do grande aumento da demanda pela proteção jurídica do refúgio – milhões de pessoas ainda são forçadas a deixar seus países de origem, em razão de alguma forma de perseguição ou de violação de seus direitos humanos –, os países mais buscados pelos refugiados acabam ficando sem recursos e sem estrutura para a realização de um acolhimento efetivo e humanitário.

É sempre importante lembrar que o intuito do instituto jurídico do refúgio não é ser eterno; ou seja, não se pretende estar refugiado para sempre e, para sair dessa situação jurídica de vulnerabilidade, é necessário que os atores internacionais se unam, em esforços de garantir o exercício da cidadania e de respeitar os direitos humanos dos refugiados, a fim de que cheguem, o mais rapidamente possível, a uma situação de autossuficiência.

Desse modo, entendemos que o elemento-chave para uma proteção mais efetiva e humanitária dos refugiados é o compartilhamento de responsabilidades entre os atores internacionais: Estados, sociedade civil, organizações humanitárias e os próprios refugiados. Os Estados exercem essa responsabilidade e o dever de hospitalidade acolhendo os migrantes e possibilitando o exercício da cidadania, por meio da proteção dos seus direitos humanos. A sociedade civil tem papel de grande importância, já que ela é a principal responsável pela integração local dos refugiados, o que agiliza o processo de saída da condição de refúgio. As organizações humanitárias, por sua vez, possuem atuação imprescindível no apoio e na ligação entre os refugiados e o aparato estatal, facilitando, dessa forma, o acolhimento. Já os refugiados garantem a mais rápida solução ao refúgio buscando meios de subsistência e, conseqüentemente, integração local ou reassentamento.

Um relevante, inovador e concreto exemplo de compartilhamento de responsabilidades é o Programa de Patrocínio Privado para Refugiados<sup>5</sup>, presente no Canadá desde 1978. A partir dele, pessoas físicas e empresas privadas, por meio de acordo com o Departamento Federal de

---

<sup>5</sup> Disponível em <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/corporate/publications-manuals/guide-private-sponsorship-refugees-program.html>, Acesso em 01/12/18.

Imigração, Refugiados e Cidadania do Canadá, têm a opção de financiar o acolhimento de refugiados que precisam de reassentamento, retirando, assim, um pouco dos custos do Estado e, mais importante, promovendo a garantia de uma vida digna a essas pessoas. Por meio desse programa, o refugiado é reassentado no Canadá, sob o patrocínio de uma empresa privada, de um grupo de ao menos cinco pessoas ou de organizações não-governamentais, que terá duração mínima de 12 meses e máxima de 36 meses. O objetivo é dar uma ajuda inicial para que o refugiado atinja a autossuficiência.

Outro exemplo de divisão de responsabilidades na proteção dos refugiados é a chamada interiorização do refúgio, principalmente em países com dimensões continentais, como é o caso do Brasil. Aqui, a maior parte dos migrantes está localizada no Estado de São Paulo (atualmente, com a chegada dos venezuelanos, o Estado de Roraima é o que mais abriga deslocados forçados no Brasil), mais especificamente na cidade de São Paulo. Entendemos que, no caso específico dos refugiados, seria interessante a sua realocação em outras cidades ou em outros Estados da federação, dividindo, assim, as responsabilidades em torno do acolhimento humanitário.

A importância das responsabilidades compartilhadas está no fato de que os custos associados à proteção e à assistência aos refugiados são distribuídos de forma desigual (MARTIN, DAVIS, BENTON, WALIANY, 2018, p. 4). No continente europeu, por exemplo, devido ao Regulamento de Dublin, o primeiro país onde o solicitante de refúgio chegar será o responsável pelo processamento da solicitação. Como o é crescente o número de migrantes nas fronteiras dos países do Mar Mediterrâneo (principal rota de chegada à Europa), a opção acaba sendo o fechamento das fronteiras. A interiorização e o reassentamento para outros países do continente seriam a solução para essa questão, facilitando, assim, o acolhimento das pessoas que necessitam de proteção.

Ademais, a maior parte dos refugiados são pessoas que fogem de países subdesenvolvidos e com grandes instabilidades políticas e solicitam o refúgio em países que passam por situações similares, não sendo possível, assim, um acolhimento efetivamente humanitário. Segundo dados do ACNUR, os três países que possuem o maior número de refugiados são a Turquia, com mais de 3,5 milhões de pessoas, Paquistão e Uganda, cada um com 1,4 milhões (ACNUR, 2018, p. 3). Essa realidade demonstra a importância e a urgência da cooperação internacional com o intuito de favorecer o compartilhamento de responsabilidades em relação ao acolhimento e à proteção dos refugiados.

Nesse sentido, para Susan Martin, Rochelle Davis, Grace Benton e Zoya Waliany,

*In refugee matters, the logic of burden-sharing starts from the premise that helping refugees is a jointly held moral duty and obligation under international law. By*



*institutionalizing the sharing in accordance with agreed principles of equity, states can discharge these obligations in a manner that simultaneously promotes national interests. **Organized sharing means more predictable responses, greater international order, and lower transaction costs during a refugee/migration emergency**—all of which are goods that states value, and which they seek to obtain through organized international cooperation (...). (grifo nosso). (2018, pp. 6 e 7)<sup>6</sup>*

## 5 DESAFIOS

Após tratar dos conceitos de refugiados, dos fundamentos do refúgio e do compartilhamento de responsabilidades, é imperativo apresentar os principais desafios enfrentados pelo Direito Internacional dos Refugiados.

Sendo assim, um dos maiores é a criminalização da migração, consistente no tratamento criminal da migração; ou seja, o uso do Direito Penal como reforço no controle de fronteiras e na negativa da condição de refúgio. Essa forma de política migratória, muito presente nos Estados Unidos da América, por exemplo, não vê os refugiados como vítimas, mas como criminosos e, assim, utiliza a irregularidade da migração como justificativa para negar a concessão do refúgio.

Em clara violação ao princípio do *non-refoulement*, segundo o qual é proibida a devolução de um indivíduo, seja solicitante de refúgio ou não, ao local onde sofre risco à sua vida e/ou à sua integridade física,

o que se vê na atualidade é o recrudescimento dos controles estatais nas fronteiras, de forma a barra a entrada de indivíduos que fogem de seus países em função de atores ou agentes coercitivos, que podem ser representados por Estados (de onde são nacionais), ou forças de Estado, ou, ainda, por agentes independentes e grupos criminosos, pela violência generalizada, por sérias violações de direitos humanos, por fatores ambientais, conflitos internos e internacionais, pela ocupação estrangeira, dentre outros. (SARTORETTO, 2018, p. 30)

Ademais, para Celso Lafer, alguns dos maiores desafios encontrados pelos refugiados são:

(I) Existem sérios obstáculos em muitas partes à sua repatriação voluntária; (II) o país de primeiro asilo – o do asilo temporário –, muito frequentemente, como foi visto acima, é subdesenvolvido e tem limitada capacidade econômica para transformar refugiados em imigrantes; e (III) é difícil encontrar países que absorvam refugiados em virtude dos problemas de toda natureza que têm hoje em dia os Estados para receberem novas e significativas correntes migratórias. (1988, P. 221)

Concordamos com essa afirmação, no sentido de que, na maioria das vezes, a negativa da concessão do refúgio se dá pelo fato de que o país acolhedor não vê essa proteção humanitária como algo emergencial e temporário. E é exatamente para evitar que a condição de refúgio se

---

<sup>6</sup> Tradução livre: Em matéria de refugiados, a lógica do compartilhamento de responsabilidades parte da premissa de que ajudar os refugiados é um dever moral e uma obrigação conjunta de Direito Internacional. Ao institucionalizar o compartilhamento de acordo com os princípios de equidade acordados, os Estados podem cumprir essas obrigações de maneira a promover, simultaneamente, os interesses nacionais. **Compartilhamento organizado significa respostas mais previsíveis, maior ordem internacional e menores custos de transação durante uma emergência de refúgio/migração** - todos os quais são bens que valorizam e que eles buscam obter através da cooperação internacional organizada.

torne algo eterno que ser propõe o compartilhamento de responsabilidades entre os atores internacionais.

Flávia Piovesan enumera alguns desafios centrais à problemática dos refugiados e, conseqüentemente, ao compartilhamento de responsabilidades: 1) a compreensão do refúgio como um fenômeno complexo e dinâmico; 2) a falta de dados e de estatísticas sobre a geografia do refúgio e o perfil dos refugiados; 3) a compreensão das causas do refúgio; 4) o alcance dos deveres dos Estados em relação aos direitos dos refugiados; 5) o combate à xenofobia e a outras práticas de intolerância; e 6) o avanço na cooperação internacional (2017, pp. 276 a 278).

Dessa forma, em meio aos desafios encontrados pelo Direito Internacional dos Refugiados, no sentido de dar maior proteção às pessoas que são forçadas a deixar seus locais de origem, devido a algum tipo de perseguição ou violação de direitos humanos, é preciso que a comunidade internacional atue em um espírito de solidariedade e de cooperação, a fim de aliviar essa situação de extrema vulnerabilidade.

## 6 CONCLUSÃO

O aumento no número de deslocados forçados no mundo, especialmente de refugiados, os quais já totalizam mais de 25 milhões de pessoas, é algo preocupante e que deve ser encarado como prioridade pela comunidade internacional, assim como pelo Direito.

Além de estabelecer tratados e leis internas que protejam os direitos dessas pessoas em situação de extrema vulnerabilidade, é necessário que sejam implementados mecanismos de efetivação desses direitos, a fim de que o *status* de refugiado seja o mais breve possível.

Como forma de ajudar o processo de acolhimento dos refugiados, de garantir o exercício da cidadania por essas pessoas, bem como de agilizar a saída da condição de refúgio, o presente artigo propôs um compartilhamento de responsabilidades entre os atores internacionais. Para chegar a essa conclusão, inicialmente, foram feitas considerações acerca dos conceitos de refugiados, além das semelhanças e das diferenças entre os institutos do asilo e do refúgio. Foram apresentadas, ainda, as conceituações clássica e ampliada do refúgio, tendo em vista as peculiaridades regionais.

Em seguida, passou-se a tratar dos fundamentos do refúgio. Como se trata de oferecer acolhimento e de garantir direitos a pessoas que são nacionais de outros países (ou, muitas vezes, sem nacionalidade alguma), há quem questione a sua obrigatoriedade. Desse modo, o artigo apresentou como base fundamental o respeito à dignidade da pessoa humana, no sentido de que

toda pessoa humana tem dignidade e, portanto, é necessário que sejam protegidos os seus direitos humanos, dentre eles, o direito ao refúgio.

Além da dignidade humana, apresentou-se como fundamento a hospitalidade e a cidadania universais. Assim, os Estados têm o dever de receber os refugiados e de proteger os seus direitos humanos mais essenciais, independentemente do vínculo jurídico nacionalidade. Acrescenta-se, aqui, que o direito de pertencer a uma comunidade e de ter seus direitos humanos protegidos é algo que decorre da condição humana e, não, da relação jurídica com algum Estado.

Feitas essas considerações, adentramos no compartilhamento de responsabilidades como solução-chave para uma proteção de refugiados mais eficaz e humanitária. Dessa forma, temos os Estados como responsáveis primários, mas, também, a sociedade civil, as organizações humanitárias e os próprios refugiados podem e devem atuar de maneira a garantir a brevidade da condição do refúgio.

Destacamos a existência do Programa de Patrocínio Privado para Refugiados, no Canadá, por meio do qual pessoas físicas e empresas privadas podem oferecer acolhimento e ajuda para uma integração local mais rápida aos refugiados. Concluímos ser esta uma medida bastante eficaz, tendo em vista que dá a oportunidade para pessoas que querem e podem ajudar, além de retirar um pouco dos custos do Estado acolhedor, que, muitas vezes, é um país subdesenvolvido ou em desenvolvimento.

Assim, é imperativo que a comunidade internacional aja sob os princípios da solidariedade e da cooperação internacionais, dialogando para estabelecer mecanismos mais eficazes de prevenção (evitar o surgimento de novos fluxos migratórios forçados), proteção (das pessoas que já se encontram em situação de vulnerabilidade devido a alguma forma de perseguição e/ou violação de direitos humanos) e solução (para que a condição de refugiado seja breve).

Por fim, foram apresentados alguns dos principais desafios encontrados pelo Direito Internacional dos Refugiados, como é o caso da criminalização da migração e da limitada capacidade econômica dos países de acolhimento. Tais obstáculos dificultam a proteção dos refugiados e acabam por perpetuar essa condição de vulnerabilidade.

Sendo assim, a fim de garantir o respeito à dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos humanos, bem como de fazer com que a condição de refúgio seja a mais breve possível, superando os desafios e obstáculos, é imprescindível que haja um compartilhamento de responsabilidades, baseado na solidariedade e na cooperação internacionais, com o maior comprometimento dos Estados e, também, com a conscientização da sociedade civil para o fato de que os refugiados são pessoas humanas que necessitam de proteção.

## REFERÊNCIAS

ACNUR. **Relatório Tendências Globais sobre Deslocamento Forçado em 2017**. Disponível em <https://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5b27be547/unhcr-global-trends-2017.html>. Acesso em 01 dez. 2018.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Apresentação: Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. Tradução: Marco Zingano. Porto Alegre: RS:L&PM, 2017.

MARTIN, Susan F.; DAVIS, Rochelle; BENTON, Grace; WALIANY, Zoya. **International Responsibility-Sharing for Refugees**. KNOMAD's Thematic Working Group (TWG) on Forced Migration and Development. Março de 2018. Disponível em <https://www.knomad.org/sites/default/files/2018-03/KNOMAD%20WP%20International%20Responsibility-Sharing%20for%20Refugees.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. Prefácio: Fábio Konder Comparato. 10ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas**. In 60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro / André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme Assis de Almeida, (orgs.). — São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARTORETTO, Laura Madrid. **Direito dos Refugiados – do eurocentrismo às abordagens de terceiro mundo**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2018.



# IMIGRAÇÃO CHINESA: A ENTRADA, A PERMANÊNCIA E A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DOS IMIGRANTES CHINESES NO RIO DE JANEIRO

*Nicolli de Souza Bernardes Ribeiro*  
(PPGSD/UFF)  
nicolibernardes@gmail.com

**RESUMO:** O dinâmico fluxo migratório, principalmente chinês, reflete sobre importantes aspectos da política migratória brasileira e do país como tradicional destino dos imigrantes ao redor do mundo. A comunicação, interação e socialização do imigrante é um ponto de contato importante para entender a [intenção de] entrada, a [motivação de] permanência e o [acesso e possibilidade de] participação política dos chineses na cidade do Rio de Janeiro. Desse modo, o presente trabalho traz um recorte temporal, apreciando o período entre 2011 a 2017, para, a seguir, construir a interpretação pretendida, de modo que a interação e a participação do imigrante chinês seja o objeto central e formador, a partir desse objeto, a análise medular desse trabalho.

**Palavras-chave:** Imigração chinesa. Sociabilidade. Participação política.

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho teve sua origem em pesquisa iniciada no ano de 2016, realizada no Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), com fomento do Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq), intitulada “Imigração e Fluência Cultural: imigrantes chineses no Rio de Janeiro”, cujo objetivo era a análise da sociabilidade e comunicação do sujeito imigrante, através de uma perspectiva cognitiva. Essa mesma pesquisa também deu origem à Monografia “Imigração chinesa no Rio de Janeiro: uma análise da entrada, permanência e participação política dos imigrantes chineses” escrita ao final de minha Graduação em Sociologia (Departamento de Sociologia/Faculdade de Ciências Humanas e Filosofia/Universidade Federal Fluminense – Niterói – RJ).

Ambas tiveram como objetivo principal compreender a interação dos chineses que se estabeleciam no Rio de Janeiro, na tentativa de elucidar o tipo de relação que esses imigrantes estabeleciam com os brasileiros, principalmente com os cariocas.

Desenvolveu-se uma análise breve – porém detalhada – sobre a imigração chinesa no Brasil e algumas de suas relevantes implicações. A partir da entrada e permanência desses imigrantes no país – especificamente os que se estabeleceram nas cidades do Rio de Janeiro e Niterói – foram observados e considerados alguns aspectos desse fluxo migratório.

Se antes o maior contingente de estrangeiros era originário de países europeus, mais tarde – principalmente a partir do século XXI – percebe-se um deslocamento de asiáticos para o Brasil. Esse aumento coincide com o momento em que o país retoma sua característica de destino atrativo para estrangeiros, quando se observa um gradativo aumento do número de imigrantes

que chegam ao Brasil – processo que ocorre por volta do ano 2000. Esse crescimento mantém-se durante toda primeira década do novo século e avança até 2012.

Na reflexão sobre a estada desses imigrantes no Brasil é extremamente relevante observar as relações políticas, diplomáticas e comerciais entre Brasil e China. Nesse contexto, é importante salientar as relações que esses imigrantes estabelecem com a política no Brasil. Para além da análise da relação em si e dos tipos de interação existentes entre brasileiros e imigrantes chineses, buscava-se entender como tais imigrantes enxergavam a política em solo brasileiro, como se organizavam e como dela participavam, inclusive percebendo a posição legislativa do Estado sobre essa questão.

Por isso a necessidade de fazer uma breve análise da lei que coordena a política migratória. Durante a pesquisa, a Lei de Migração (Lei 13.445/2017) entra em vigor, substituindo o Estatuto de Migração (Lei 6.815/1980) que, desde a sua criação na década de 80, orientava as diretrizes das migrações no Brasil. O ponto de encontro entre esse artigo e a legislação será a verificação de como se dá a garantia de participação política do imigrante segundo a lei.

## **2 RELAÇÕES CRIADAS A PARTIR DA ENTRADA, PERMANÊNCIA E PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DOS IMIGRANTES CHINESES**

Considereei ser importante começar por compreender as relações diplomáticas existentes entre os dois países em foco: China e Brasil. Entender essa interrelação nos ajuda a clarificar e apreender melhor o movimento de entrada de chineses no Brasil, uma vez que o bom relacionamento sustentado entre os dois países influencia um notável fluxo migratório.

Ao iniciar a pesquisa, foram realizadas algumas consultas em sites do Governo Federal e sites institucionais, tais como: Ministério de Relações Exteriores (Itamaraty), Ministério do Trabalho, Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Ministério da Justiça e Segurança Pública (Polícia Federal), Câmara Brasil-China e da Embaixada da China no Brasil. As consultas feitas nessas plataformas tinham como objetivo nortear a pesquisa. Buscavam entender a relação bilateral entre Brasil e China, tanto em suas relações comerciais, mas, principalmente, no contexto das relações migratórias entre os dois países, destacando, assim, o fluxo migratório de chineses em direção ao Brasil.

Desde 1975, quando foram estabelecidas relações diplomáticas entre os dois países, Brasil e China nutrem um diálogo amigável e de cooperação. Desde então os países tornaram-se grandes parceiros comerciais – sendo a China a maior parceira comercial do Brasil. Tal parceria estratégica foi elevada a um nível global no ano de 2012. Dois anos depois, em 2014, inaugura-se a sessão de

Diálogo Estratégico Global Brasil-China. Esta relação entre os dois países tem propiciado avanços nas áreas da tecnologia, nanotecnologia e aeroespacial, por exemplo. Além disso, ambos os países são parceiros nos BRICS<sup>1</sup> e no BASIC<sup>2</sup>. Brasil e China também compõem o G20<sup>3</sup>.

Como resultado dessa boa relação, foram criados alguns conselhos e comissões para integrar os interesses bilaterais: o Conselho Empresarial Brasil-China (CEBC), a Comissão Sino-Brasileira de Alto Nível de Acordo e Cooperação (COSBAN), o Plano/Programa de Ação Conjunta (PAC) e o Plano Decenal de Cooperação (PDC). Todos foram criados com o objetivo de aproximar Brasil e China em todos os âmbitos convenientes a eles.

O Conselho Empresarial Brasil-China foi criado em 2004 por grupos independentes dos dois lados com o intuito de promover melhor interação entre as Companhias brasileiras e chinesas. Diversas empresas brasileiras fazem parte desse Conselho: Itaú, Bradesco, BNDES, Odebrecht, Associação Brasileira de Indústria Exportadora de Carne, Embraer, Vale e outras.

A COSBAN, também fundada em 2004, tem por objetivo realizar, a cada dois anos, a aproximação dos principais líderes dos dois países como uma maneira de reforçar as relações bilaterais. Dessa forma, são acordados entre os países algumas alianças importantes, tanto em plano nacional quanto internacional.

Em 2010 foi assinado o Plano/Programa de Ação Conjunta, que trata de um acordo entre os dois países para definir os objetivos das relações entre China e Brasil, ampliando a cooperação bilateral. Em 2015 o PAC foi renovado e terá vigência até 2021. Junto ao Plano de Ação Conjunta, o Plano Decenal de Cooperação também tem elevada importância na relação entre os dois países. O PDC conjectura ações em diversas áreas consideradas importantes para o desenvolvimento brasileiro e chinês, como ciência, tecnologia, energia, infra-estrutura, cooperação cultural, comercial e econômica, por exemplo.

São notáveis também as parcerias realizadas na seara educacional. A união entre o Instituto Alberto Luiz Coimbra de Pós-Graduação e Pesquisa de Engenharia, da Universidade Federal do Rio de Janeiro/COPPE - UFRJ e a Universidade de Tsinghua, objetiva promover avanços nas áreas de nanotecnologia, biocombustíveis e satélites meteorológicos, por exemplo, por meio

---

<sup>1</sup> BRICS é um bloco composto por cinco países em desenvolvimento para discutir algumas questões da agenda internacional. Além do Brasil e China também compõem o bloco a Rússia, Índia e África do Sul.

<sup>2</sup> “O grupo conhecido pelo acrônimo BASIC agrega autoridades e altos oficiais de quatro países em desenvolvimento (Brasil, África do Sul, Índia e China) para coordenar posições e formular propostas concretas relacionadas às mudanças climáticas.” Disponível em <http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2011/11/entenda-o-basic>.

<sup>3</sup> The Group of Twenty is comprised of 19 countries plus the European Union. The countries are Argentina, Australia, Brazil, Canada, China, France, Germany, India, Indonesia, Italy, Japan, Mexico, Russia, Saudi Arabia, South Africa, South Korea, Turkey, the United Kingdom and the United States of America. Disponível em [https://www.g20.org/Webs/G20/EN/G20/Participants/participants\\_node.html](https://www.g20.org/Webs/G20/EN/G20/Participants/participants_node.html).

de pesquisas conjuntas, podendo ser percebidos avanços nessas áreas. Também resultado dessa sinergia no campo da educação, a Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e a Universidade de Hebei fundaram o Instituto Confucius na PUC-Rio, com o propósito de viabilizar o ensino da língua e da cultura chinesa, ofertando cursos e atividades que possibilitem o intercâmbio entre brasileiros e chineses. Na cidade de Niterói foi instalada uma unidade estadual de educação intercultural entre Brasil e China. O colégio, que recebe o nome de Ensino Médio Intercultural Brasil-China, é uma escola que tem as ciências exatas e línguas com um dos focos principais, integrando um programa de escola bilíngue, voltado ao ensino do mandarim na grade curricular dos alunos.

Considerando que a boa relação diplomática entre Brasil e China corrobora para a ótima relação comercial há muito estabelecida entre ambos, observar a relação comercial tanto quanto a relação diplomática entre estes dois países é importante no sentido da compreensão dos laços de interação e proximidade sino-brasileiros, o que por sua vez, está fortemente relacionado ao fluxo migratório de chineses para o Brasil.

Para isso, utilizamos uma tabela que explica melhor, em cifras, a relação comercial de exportação e importação dos produtos entre a China e o Brasil. Essas tabelas dispõem sobre a relação comercial entre os dois países em questão. Para tal, foram observados os dados comerciais dos últimos anos, a fim de se compreender o tipo de relação existente entre o Brasil e a China. Saliento o fato de o Brasil manter uma balança comercial favorável - exportando mais produtos para a China que a China importando para o Brasil – considerando, como antes exposto, que a China é a maior parceira comercial do Brasil.

**Tabela 1:** Balança comercial entre o Brasil e China, do ano 2000 até o ano de 2016

RELAÇÃO COMERCIAL BRASIL-CHINA		
ANO	EXPORTAÇÃO	IMPORTAÇÃO
2011	44.314.595.336	32.790.634.943
2012	41.227.540.253	34.251.274.099
2013	46.026.153.046	37.303.817.486
2014	40.616.107.929	37.344.958.579
2015	35.607.523.612	30.719.405.022
2016	35.133.589.864	23.363.994.789

Fonte: Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior

Outro ponto forte explorado neste trabalho é a entrada de chineses por meio da concessão de visto de caráter laborativo. As informações sobre o fluxo de entrada no Brasil podem ser melhor percebidas ao serem analisadas as autorizações de trabalho que são concedidas aos estrangeiros. Por meio delas pôde-se observar, dentre outros aspectos: a) as nacionalidades que mais procuram o Brasil para exercer algum tipo de atividade laboral; b) quantitativamente, o



movimento de entrada por meio de concessões de trabalho. Dessa maneira, essas autorizações de trabalho se tornam elementares para o desenvolvimento e entendimento da pesquisa.

Os chineses fazem parte do grupo de estrangeiros que mais demonstraram interesse de entrada no país, mais ainda, no Rio de Janeiro. No ano de 2011 todo o país recebeu um total de 2.639 chineses para exercer atividades laborais. No ano posterior foram 3.082 autorizações de trabalho concedidas aos chineses, batendo recorde do período observado. Nos anos seguintes essas entradas passam a sofrer uma gradativa diminuição, chegando ao ano de 2016 com 975 autorizações concedidas a chineses. Quando pormenorizadas as entradas no Estado do Rio de Janeiro, os números, apesar de menores, mantêm uma boa média em comparação com os outros Estados que estão entre os principais destinos de imigrantes, como São Paulo e Minas Gerais. No ano de 2012, das 3.082 concessões de trabalho dadas aos chineses, 728 foram para o Rio de Janeiro.

Por um período considerável, a média de chineses que ingressava no país com autorização de trabalho se repetia. Abaixo, a partir das tabelas, é possível identificar o número total de autorizações de trabalho concedidas, por ano, no Brasil; o número de imigrantes dos principais países chegados ao país, por década; e o número de autorizações de trabalho concedidas a chineses.

**Tabela 2:** Número total de autorizações de trabalho concedidas, por ano, no Brasil

<b>AUTORIZAÇÕES DE TRABALHO CONCEDIDAS</b>	
<b>ANO</b>	<b>AUTORIZAÇÕES</b>
<b>2011</b>	69.077
<b>2012</b>	67.220
<b>2013</b>	62.387
<b>2014</b>	46.740
<b>2015</b>	36.868
<b>2016</b>	28.658
<b>Total</b>	<b>310.950</b>

Fonte: Ministério do Trabalho

**Tabela 3:** Número de imigrantes dos principais países chegados ao Brasil, por década

<b>AUTORIZAÇÕES DE TRABALHO CONCEDIDAS POR PAÍSES</b>						
<b>PAÍSES</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>
<b>EUA</b>	10.102	9.138	8.943	6.741	5.519	3.952
<b>REINO UNIDO</b>	4.919	4.363	4.089	3.315	2.610	1.844
<b>ITÁLIA</b>	2.426	2.925	2.688	2.558	1.954	1.664
<b>ESPANHA</b>	1.847	1.992	2.677	2.242	1.210	1.389
<b>FRANÇA</b>	1.766	2.256	2.362	1.791	1.475	1.204
<b>ALEMANHA</b>	3.162	3.589	2.900	1.446	1.255	1.228
<b>CHINA</b>	2.639	3.082	2.593	1.837	1.405	975
<b>OUTROS</b>	40.863	39.875	36.135	26.810	16.195	11.886
<b>Total</b>	<b>69.077</b>	<b>67.220</b>	<b>62.387</b>	<b>46.740</b>	<b>36.868</b>	<b>28.658</b>

Fonte: Ministério do Trabalho

No ano de 2017 foi revogada a Lei de Migração, a Lei 13.445/2017, que reformulou alguns aspectos da política migratória do Brasil. A nova lei, que foi sancionada em 24 de maio de 2017, é considerada uma das mais humanitárias e avançadas do mundo. A Lei de Migração trata das diretrizes, direitos e deveres do imigrante e do país ao recebê-los. A Lei se manifesta sobre alguns assuntos centrais na discussão que perpassa as políticas migratórias do crescente fluxo mundial de migração, como por exemplo, o repúdio a xenofobia e discriminação; a universalidade e interdependência aos Direitos Humanos; a não criminalização da migração; acolhida humanitária. Também aborda de forma clara os direitos considerados básicos como o direito do imigrante a reunião familiar, igualdade de tratamento e oportunidade, inclusão por meio de políticas públicas, acesso igualitário a serviços públicos, direito legais e contratuais trabalhistas. Além disso, traz pontos inéditos até então sobre o assunto, como por exemplo, sobre a condição de apátrida<sup>4</sup>.

O Estatuto do Estrangeiro, a Lei 6.815 de 19 de agosto de 1980, que anteriormente regia a política migratória brasileira, foi substituído pela Lei de Migração. O Estatuto, sob alguns aspectos, era considerado ultrapassado visto que foi criado durante o período da Ditadura Militar. Apesar de ter sido reconhecidamente considerado uma política *avant-garde* no mundo, era também entendida como atrasada sob alguns aspectos, principalmente por conceber o imigrante como uma figura que representa uma ameaça à segurança nacional. De acordo com o Estatuto “a política migratória continua intimamente ligada às políticas de segurança,” em razão da associação da imigração ao iminente perigo, associando equivocadamente, inclusive, ao terrorismo [SUAREZ, M. 2013] “uma vez que o imigrante é visto como uma ameaça à segurança e a paz pública, reforçando a visão securitária sobre as migrações” [BÓGUS e FABIANO, 2015]. Explicitando, portanto, um reducionismo do Estatuto do Estrangeiro quanto à figura do imigrante.

Como dito anteriormente, uma das propostas deste trabalho é analisar a relação e a participação – ou a não participação política – do imigrante que reside no Brasil. Por isso vou me ater a alguns pontos tanto da Lei de Migração, quanto do Estatuto do Estrangeiro sobre esse assunto. De modo a compreender, sob a ótica do Estado, os direitos de participação política por parte do estrangeiro. A não possibilidade de atuação política do imigrante vinha colocada de forma explícita no artigo 107 do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980), sendo vedado ao

---

<sup>4</sup> “São pessoas que não têm sua nacionalidade reconhecida por nenhum país. A apatridia ocorre por várias razões, como discriminação contra minorias na legislação nacional, falha em reconhecer todos os residentes do país como cidadãos quando este país se torna independente (secessão de Estados) e conflitos de leis entre países.” Segundo dados da ACNUR, há 10 milhões de apátridas no mundo. Disponível em <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>.

estrangeiro uma série de atividades com conotação política. O artigo, na sua integralidade, diz que:

“Art. 107. O estrangeiro admitido no território nacional não pode exercer atividade de natureza política, nem se imiscuir, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do Brasil, sendo-lhe especialmente vedado:

I - organizar, criar ou manter sociedade ou quaisquer entidades de caráter político, ainda que tenham por fim apenas a propaganda ou a difusão, exclusivamente entre compatriotas, de idéias, programas ou normas de ação de partidos políticos do país de origem;

II - exercer ação individual, junto a compatriotas ou não, no sentido de obter, mediante coação ou constrangimento de qualquer natureza, adesão a idéias, programas ou normas de ação de partidos ou facções políticas de qualquer país;

III - organizar desfiles, passeatas, comícios e reuniões de qualquer natureza, ou deles participar, com os fins a que se referem os itens I e II deste artigo.

Parágrafo único: O disposto no caput deste artigo não se aplica ao português beneficiário do Estatuto da Igualdade ao qual tiver sido reconhecido o gozo de direitos políticos.” (Lei 6.815/1980)

O inciso VII do artigo 106 da Lei 6.815/1980, alude sobre o impedimento do imigrante de “participar da administração ou representação de sindicato ou associação profissional, bem como de entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada”. De maneira indireta, retira do estrangeiro a possibilidade de manter qualquer tipo de relação política no país. Comparando-se a Lei 6.815/1980 com a Lei 13.445/2017 sobre esse aspecto, chega-se a duas informações centrais para esse trabalho: a) primeiro, na Lei de Migração apresenta-se a possibilidade de reuniões e associações sindicais aos imigrantes; b) segundo, a nova Lei não traz em seu teor nada a respeito do impedimento do imigrante em exercer ou participar de atividades políticas. Sobre o primeiro aspecto salientado, a Lei de Migração (Lei 13.445/2017), no seu artigo 4º, incisos VI e VII, é tratado da seguinte maneira:

“Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:

(...)

VI - direito de reunião para fins pacíficos;

VII - direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos;” (Lei 13.445/2017)

Para ajudar a compreender as motivações dos chineses para se tornarem imigrantes no Brasil foram realizadas algumas entrevistas. Essas entrevistas se deram em momentos, ocasiões e circunstâncias diferentes e específicas. Destaco que há ainda, no geral, uma grande dificuldade em manter uma comunicação com os chineses, considerando o não domínio da língua portuguesa e por serem pouco acessíveis e sociáveis.

Apesar de haver uma entrada constante de estrangeiros no país, existe ainda, uma resistência por parte dos brasileiros quanto à recepção aos imigrantes. Essa relutância por parte dos nacionais compromete a interação e a adaptação do ingressante no país. Esse problema ficou

claro ao ser externado verbalmente por esses imigrantes. Desse modo, a inserção do estrangeiro ao país é gradual e, por vezes, não completa. Quanto a esse aspecto da adaptação e integração do imigrante, Alfred Schutz declara que:

“A adaptação do recém-chegado ao grupo interno que à primeira vista pareceu ser estranho e não familiar para ele, é um processo contínuo de indagação do padrão cultural do grupo aproximado. Se este processo de indagação tiver sucesso, então este padrão e seus elementos tornar-se-ão para o recém-chegado uma coisa natural, um inquestionável estilo de vida, um abrigo e uma proteção. Porém, então o estrangeiro não será mais um estrangeiro e seus específicos problemas terão sido resolvidos.” (SCHUTZ, p. 129).

As primeiras conversas com chineses que residem no Brasil foram feitas durante a Festa de Ano Novo Chinês, que foi comemorado nos dias 27 e 28 de janeiro de 2017 no bairro da Lapa, na cidade do Rio de Janeiro. A festa mostrou um pouco da cultura chinesa com apresentações teatrais, musicais e de dança em um palco localizado nos arcos da Lapa. Na festa pude conversar com alguns imigrantes e descendentes chineses de forma mais tranquila, uma vez que estavam em um clima mais descontraído.

Considerando que os chineses costumam ser contidos, introduzir uma conversa se torna mais complexo que o habitual. Apenas duas das pessoas que conversei aceitaram gravar a conversa, algumas ainda tinham pouca fluência no português, o que também dificultou para que tivéssemos uma conversa mais prolongada. As duas pessoas que tiveram as conversas gravadas são jovens – entre 18 e 21 anos – e estudantes. A primeira entrevistada é filha de imigrantes, está no Brasil desde quando nasceu e mora na cidade de Rio de Janeiro. O segundo entrevistado está no Brasil desde criança e reside na cidade de Niterói.

Com o propósito de granjear mais informações sobre a vinda dos chineses ao Brasil, foi realizada uma busca por professores chineses de mandarim. Em uma breve visita ao Colégio Ensino Médio Intercultural Brasil-China, foi contatada uma professora de mandarim que leciona nesse colégio e na época era recém-chegada ao Brasil, residindo aqui há um pouco mais de quatro meses. A conversa com a professora de mandarim se deu em um ambiente neutro, no dia 31 de maio de 2017. O tempo de gravação seguindo o roteiro previamente estruturado, consistindo em perguntas e respostas foi razoavelmente bom e produtivo. A parte não documentada e gravada foi reveladora e instigante, uma vez que a entrevistada estava mais confortável. Dessa forma, foi notada a real percepção de uma imigrante chinesa convivendo e se relacionando com brasileiros há poucos meses.

Em um terceiro momento, no Festival do Dia da China, evento realizado pelo Consulado Chinês, que se realizou na Cidade das Artes, na Barra da Tijuca, nos dias 29 e 30 de setembro de 2017, tive contato com mais imigrantes chineses surgindo a possibilidade de produzir mais

entrevistas. Esse evento contava com a participação de inúmeras entidades e empresas chinesas que estão presentes no país. Além de exposições artísticas, culturais e culinárias. Essas conversas realizadas, duas delas, com engenheiros há poucos anos no Brasil, foram gravadas.

Nota-se que todos os entrevistados que aceitaram participar da entrevista e ter as conversas gravadas tem como ponto em comum o fato de serem estudantes, jovens, falarem um bom português com uma boa fluência, incluindo a professora chinesa chegada há poucos meses ao país. Os imigrantes com mais idade não aceitaram ser entrevistados ou alegaram e demonstraram não ter boa pronúncia da língua portuguesa, mesmo os que residem no país há um tempo consideravelmente longo. Outro ponto de confluência interessante de ser observado é que a interação dos chineses é maior nos eventos. Apesar de permanecerem esquivos ao diálogo, estão mais descontraídos, em um clima maior de informalidade ao que habitualmente estão expostos. Desse modo, por meio das entrevistas realizadas com os chineses, foi possível ter uma melhor noção do fator que motivou a saída deles da China rumo ao Brasil, as concepções que eles trouxeram e adquiriram em relação ao país e aos brasileiros, as atividades que exercem no Brasil, suas relações e sua comunicação no contexto desse país no qual é estrangeiro.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Esse notável deslocamento de chineses para o Brasil nos faz avaliar positivamente a parceria de ambos os países, tanto na seara política quanto na seara econômica. De modo que os laços diplomáticos entre o Brasil e a China foram estreitados nos últimos anos. Por isso, considerei de extrema relevância para um melhor entendimento a respeito do fluxo migratório, analisar de maneira mais detalhada, os dados referentes à entrada dos imigrantes chineses no Brasil, e mais enfaticamente, no Rio de Janeiro.

Apesar de ser sempre notado como um país com uma boa “receptividade”, inclusive historicamente, é possível perceber que nos últimos anos o número de imigrantes tem decrescido. No ano de 2011, quase 70 mil imigrantes entraram no Brasil a trabalho. Já em 2016, o número de imigrantes foi de um pouco mais de 28 mil. Houve, então, uma redução de mais de 50% nesse intervalo analisado. Com um número de imigração progressivo por alguns anos, a partir do ano de 2013 até o primeiro trimestre de 2017<sup>5</sup>, foi notada uma queda no número de autorizações de trabalho concedidas aos chineses. Isso nos faz observar uma redução de interesse no movimento de ingresso para o Brasil.

---

<sup>5</sup> Em comparativo com os primeiros trimestres dos anos analisados em 2014 foram 10.488 autorizações concedidas; em 2015 foram 9.415; em 2016 foram 7.325; em 2017 caiu para 6.415 autorizações de trabalho.

Todos os dados apresentados a respeito do contingente de entrada no país estão relacionados à concessão de vistos tendo como fim a atividade laboral. Assim, notamos que o imigrante chinês - e também de outras nacionalidades - é aqui inserido na forma de mão-de-obra e sua relação fortuitamente excede esse limite, posto que, considerando a distinção de labor e trabalho, a atividade laboral é uma atividade humana que concerne ao homem [ARENDT, H. 1958], ele estando no seu país de origem ou no Brasil.

Uma vez que o objetivo deste trabalho foi compreender a relação dos imigrantes no país e a sua participação nele, e, uma vez que estão inseridos na sociedade brasileira, analisar o Estatuto do Estrangeiro e a Lei de Migração foi fundamental para compreender a participação política do estrangeiro sob a ótica do Estado e, principalmente, sob a ótica do chinês que vive no Brasil.

Por meio das conversas e entrevistas realizadas, tanto com imigrantes, quanto com descendentes de imigrantes chineses, foi notado o tipo de relação que apresentam e mantêm com o país. Desse modo, conseguimos observar quais são as apreensões dos imigrantes chineses sobre a política e de que maneira enxerga a sua relação “estrangeira” e alheia a ela.

Notavelmente, foi possível obter devida compreensão do que foi proposto para a realização deste trabalho: observar as concepções criadas pelos chineses que interferem e influenciam a sua [boa] relação, no geral, com os brasileiros. Algumas dessas ideias estão inerentes aos imigrantes como parte do imaginário estereotipado do que é ser brasileiro e o que é ser chinês. Como exemplo, saliento que todos os entrevistados desta pesquisa não estão inseridos em campos de trabalho comumente relacionados ao imigrante chinês – dado que a imagem do chinês é atrelada ao trabalho em comércios ou ao ramo alimentício.

É patente que o contrário também acontece, de modo que o imigrante chinês encontra alguns reveses, fruto de uma pré-concepção do brasileiro em relação aos chineses. Ambos os julgamentos são estruturais e podem obstaculizar a interação entre o brasileiro e o imigrante chinês. É perceptível a forma com a qual os imigrantes se colocam, destacando-se dos brasileiros. Durante o tempo de conversa que tive com alguns desses imigrantes, foi notado tal afastamento e a percepção de que eles não se sentem inseridos, quase uma espécie de *outsiders* [ELIAS, N. 2000]. Mesmo os imigrantes que aqui estão há mais tempo, mantêm esse afastamento de modo que não se sentem parte do local onde habitam.

Possivelmente essa relação de não pertencimento à sociedade brasileira seja fruto da pouca interação entre chineses e brasileiros. Isso porque, embora o fluxo migratório dos chineses para o Brasil seja intenso e esteja presente há algum tempo, eles conservam seus costumes e hábitos, são pouco comunicativos e, no geral, são relativamente discretos. Apesar de se

considerarem díspares ao brasileiro, julgo haver dois fatores propulsores para a saída desses imigrantes da China para escolher viver no Brasil. Um primeiro está relacionado à condição econômica dos dois países e está ligado a um movimento de saída anterior, num momento em que economicamente o Brasil era mais exitoso se comparado com a China. Um segundo fator tem relação com a crença estigmatizada de que o brasileiro é invariavelmente feliz, fazendo com que se sintam atraídos a viver aqui.

Aqui elenco as conclusões que se originaram da pesquisa, da análise de dados, das fontes e informações sobre o tema da imigração de chineses para o Brasil. O assunto é vasto e merece um trabalho de mais fôlego que aprofundará as questões já levantadas anteriormente, buscando sempre refletir e dar relevo à relação entre imigração, legislação, comunicação e participação política.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2003.

BÓGUS, Lúcia; FABIANO, Maria. O Brasil como destino das migrações internacionais recentes: novas relações, possibilidades e desafios. **Revista Ponto e Vírgula PUC-SP**, São Paulo, n. 18, p. 126-145, 2015.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John. **Os Estabelecidos e os Outsiders**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

FERNANDES, Durval. **O Brasil e a migração internacional no século XXI**: notas introdutórias. Migrações e Trabalho. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015.

MARX, K. **Manuscritos Econômico-filosóficos**. In, Marx – Coleção Os Pensadores. Abril Cultural Ed. São Paulo, 1974.

MELLO, Marcelo P. **Imigração e Fluência Cultural**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

SANTOS, Luan F; ASSUNÇÃO, Thiago. **Política de migração brasileira**: o que esperar de uma política respaldada no Estatuto do Estrangeiro de 1980? São Paulo, 2016.

SHUTZ, Alfred. O Estrangeiro: Um ensaio em Psicologia Social. São Paulo, **Revista Espaço Acadêmico**, n 113, 2010.

SPRANDEL, Márcia A. **Migração e Crime**: a Lei 6815, de 1980. Brasília, Ano XXIII, n. 45, p. 145-168, 2015

SUAREZ, M. **As guerras de George W. Bush e o terrorismo no século XXI**. Curitiba: Editora Appris, 2013.

## Outras referências

Ministério do Trabalho. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/>. Acesso em 24 mai. de 2017

Ministério do Indústria, Comércio Exterior e Serviço. Disponível em: <http://www.mdci.gov.br/>. Acesso em 20 out. 2017.

Ministério das Relações Exteriores (Itamaraty). Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/>. Acesso em 08 set. 2017.

Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/>. Acesso em 05 set. 2017.

OBMigra. Autorizações de trabalho concedidas a estrangeiros, Relatório 1º trimestre 2017 (jan - mar)/ Observatório das Migrações Internacionais; Ministério do Trabalho e Previdência Social/ Coordenação Geral de Imigração. Brasília: OBMigra, 2017.

OBMigra. Autorizações de trabalho concedidas a estrangeiros, Relatório Anual 2015/2016. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério do Trabalho e Previdência Social/Coordenação Geral de Imigração. Brasília: OBMigra, 2017.

OBMigra. *Autorizações de Trabalho Concedidas a Estrangeiros: Resumo anual 2011, 2012, 2013 e 2014*. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério do Trabalho e Previdência Social/ Coordenação Geral de Imigração. Brasília: OBMigra, 2015.

Polícia Federal. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/>. Acesso em 05 set. 2017.

Câmara Brasil-China. Disponível em: <http://camarabrasilchina.com.br/>. Acesso em 27 jun. 2017.

Conselho Empresarial Brasil-China. Disponível em: <http://www.cebc.org.br/pt-br>. Acesso em 27 jun. 2017

Embaixada da República Popular da China no Brasil. Disponível em: <http://br.china-embassy.org/por/>. Acesso em 27 jun. 2017

Consulado Geral da República Popular da China no Rio de Janeiro. Disponível em: <http://riodejaneiro.china-consulate.org/pot/>. Acesso em 27 jun. 2017.

COSBAN. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/siglarior2/c/COSBAN.html>. Acesso em 27 jun. 2017.

IBGE. População e Demografia: Migrações - Pessoas residentes não-naturais do município de residência. Disponível em <http://serieestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=10&op=0&vcodigo=POP801&t=migracoes-pessoas-residentes-naonaturais-municipio-residencia>. Acesso em 09 set. 2017.

IBGE. População e Demografia: Migrações externas - Total de imigrantes no Brasil. Disponível em: <http://serieestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=10&op=0&vcodigo=POP2&t=migracoes-externas-total-imigrantes-brasil>. Acesso em 09 set. 2017.

BRASÍLIA, Lei 6.815 de 19 de agosto de 1980.

BRASÍLIA, Lei 13.445 de 24 de maio de 2017.






**GP7**

## **LINGUAGEM E DIREITO**

Coordenação:

Profa. Dra. Virgínia Leal (UFPE)

Prof. Dr. Antonio Callegari (UFF)



# DEMOCRACIA, DISCURSO E LINGUAGEM NO BRASIL: A DISPUTA DO CONCEITO DE DEMOCRACIA NO ESTADO NOVO E OS DISCURSOS DE FRANCISCO CAMPOS

*Iani Panait*

*Robert Georges Otoni de Melo*

**RESUMO:** Este presente trabalho pretende debater como o conceito de democracia foi ‘remodelado’ nos anos 30. Pode ser importante retornar ao legado intelectual de Francisco Campos para melhor dimensionar o processo histórico. Francisco Campos foi um dos juristas e políticos mais importantes para a consolidação do Estado Novo, sendo o responsável por escrever a Constituição de 1937. O intelectual de Minas Gerais se dedicou a construir um conceito ‘substancial’ de democracia que, nas palavras do jurista, definiam o Estado Novo.

## 1 INTRODUÇÃO

O período conhecido como Estado Novo (1937-1946) pode ser lido como um período de ruptura na relação entre o direito e da política no Brasil. Os elementos que auxiliam na identificação dessa ruptura encontram-se, por exemplo, no vocabulário político da época. Termos como “desenvolvimento”, “desenvolvimentismo”, “modernidade” e “modernização” são parte de uma disputa presente mesmo no texto constitucional da época.

Redigida pelo jurista Francisco Campos, o texto da Constituição de 1937 nasce justamente para romper com a política construída desde a República Velha. Não de outro modo percebe-se que a ordem constitucional inaugurada com esse texto constituiu-se como uma continuidade ao processo iniciado na Revolução de 1930 momento em que Getúlio Vargas chega à Presidência da República.

Por isso, a Revolução de 1930 rompeu vários fios da tradição política brasileira, mas continuou a adotar o Direito como forma privilegiada de ordenação do mundo e contar com os bacharéis em postos de destaque (LIMA E CHALOUB; 2018; p. 211).

Pondo essa ruptura em uma perspectiva histórico-internacional, é possível ver que essas instabilidades mesmas instabilidades em outros contextos: a crise econômica norte-americana, o surgimento do fascismo em diferentes países e do nazismo na Alemanha, além do fortalecimento do socialismo real soviético pressionam a gangorra em direção de políticas de recrudescimento das estruturas do Estado o que, nas palavras de Hobsbawm, é a retirada do liberalismo durante toda a era da catástrofe’ (1997; p.93).

O presente trabalho tem por escopo menos ambicioso: observar como esse processo ocorreu no Estado brasileiro. Uma primeira pergunta pode ser interessante para guiar essa experimentação: qual o papel dos juristas na condução do Estado Novo? A pergunta induz a outra:

quais juristas conduziram o Estado Novo? E uma terceira pergunta pode ser suficiente para delimitar o objeto deste artigo: como e quais juristas do Estado Novo conduziram esse processo?

Essas e outras perguntas podem ser úteis nessa *investigação*. A começar pelos juristas atuando à época. De fato, não foram poucos os juristas de relevância no período. Nomes como os de Francisco José de Oliveira Vianna e Gustavo Capanema Filho ganharam força durante o período sendo aquele introdutor das ideias de direito do trabalho no Brasil e este, Ministro da Educação no Estado Novo, responsável por consolidar a política educacional estadonovista.

Não de outra forma, na figura de Francisco Campos que se concentram as atenções do trabalho. Primordialmente, por ser um dos juristas de maior legado intelectual e por ter atuado diretamente na implementação do regime, assumindo, por duas vezes, o Ministério da Justiça e sendo o responsável por redigir a Carta Constitucional de 10 de Novembro, que fundou o ‘Novo Estado Brasileiro’.

Compreender o pensamento de Francisco Campos frente aos problemas de seu tempo também pode ser interessante sob duas perspectivas: uma dos princípios caracterizadores do Estado segundo as suas postulações, sucedida por uma investigação dos impactos de seus discursos na formação do Estado brasileiro.

## **2 OS DISCURSOS DE FRANCISCO CAMPOS**

O legado jurídico e político de Francisco Campos foi deixado através de suas palestras e monólogos transcritos. Do ponto de vista de produção bibliográfica, Campos deixou, de fato, cursos de Direito Constitucional e Administrativo. Rigorosamente, o auge de sua carreira pode ter sido a incumbência de redigir a Constituição de 1937, além de contribuir também para a edição de textos de leis.

Entretanto, são nos livros oriundos de compilações e palestras que os estudiosos do Estado Novo buscam as maiores contribuições de Campos. Os exemplos de “*O Estado Nacional*”, seu livro de maior difusão, e “*Educação e Cultura*”, demonstram o impacto de seus discursos. Este artigo também procurará usar este livro, em específico, para sua argumentação por dois motivos: é a obra de maior difusão e é o livro no qual Campos parece debruçar maior clareza sobre o seu entendimento do que significa “democracia”.

Voltando à breve contextualização histórica tecida na introdução deste presente *paper*, faz-se necessário repisar o momento de “retração do liberalismo”, como alcunhou Hobsbawm, nos dois primeiros quartéis do século XX. Isto posto, é possível debater o lugar da democracia no

debate político brasileiro dos anos 30. Por conseguinte, levanta-se a pergunta: qual a funcionalidade do ‘modelo democrático’ de Campos?

Ao seguir essa investigação, tentando, sociologicamente, fundamentar as suas palavras, pode-se observar já o primeiro capítulo, de nome “A política e o nosso tempo” da obra supracitada, como uma ferramenta necessária. Tal capítulo se trata, na verdade, de uma transcrição da Conferência na Escola de Belas-Artes em 28 de setembro de 1935.

Neste discurso, oferecido na Conferência, Campos chama atenção dos destinatários de que não só o Brasil, como o mundo, viviam em uma época de transição. No primeiro momento, o jurista mineiro quis alertar sobre os ‘aspectos trágicos’, que são endêmicos às épocas de substituição de regimes políticos.

Esse mundo está mudando à nossa vista, e mudando sem nenhuma atenção para com as nossas ideias e os nossos desejos. Nele a nossa geração não encontra resposta satisfatória às questões que aprendeu a formular, nem quadram com as soluções que lhe foram ensinadas por uma laboriosa educação os problemas que desafiam a sua competência. Que esta é a situação em que nos encontramos há mais de vinte anos é o que mostra, com relevo extraordinário, o movimento que se vem operando na educação. A esta é que incumbe, com efeito, adaptar o homem às novas situações. (CAMPOS; 2001; p.12)

Nesse momento, “Chico Ciência” inaugura uma divergência sobre um ponto que viria a ser fundamental no Estado Novo: a questão educacional. Campos criticava os intelectuais e teóricos da educação contemporâneos a ele, culpabilizando-os por deixá-la em descompasso com os tempos atuais. Esse limbo, no qual os intelectuais jogaram a educação, fizeram com que ela não pudesse “exercer-se sobre problemas definidos” (Campos; 2001; p.12). A educação seria o eixo a partir do qual a Nação poderia construir, visando enquadrar-se nos tempos modernos, caracterizados pelo primado da irracionalidade e pelas transformações constantes (Muanis; 2003; p.5).

No segundo tópico, “a educação para o que der e vier”, o jurista nascido em Dores do Indaiá percebe uma *incapacidade* - nos seus termos - que a sua geração deparava em solucionar problemas. Nessa esteira, seria justamente um investimento organizacional da educação que viria a deslindar a situação de estagnação.

Há, porém, o problema das gerações já educadas, ou em curso de educação, das que foram ou estão sendo educadas num determinado clima espiritual ou no pressuposto de haver problemas definidos suscetíveis de soluções definidas. Essas gerações foram ou estão sendo educadas por um mundo anterior ao atual, por um mundo em que havia tipos e arquétipos, por um mundo de espírito platônico, um mundo de ordem e de hierarquia, um mundo de modelos e de formas, em que os problemas eram dóceis e educados como essas árvores de jardim que obedecem, no seu crescimento, à direção do jardineiro. E enquanto, na pedra de aula, no papel e nas preleções, os educadores construía os modelos segundo os quais haviam de configurar-se os problemas humanos, estes, como se o mundo houvesse passado da escala de Platão para a de Heráclito, estavam mudando, e mudando num sentido estranho, porque segundo uma razão que não era a da mecânica dos quadros negros e sob a influência de valores não computados na tabulação das

peças educadas. Daí, o mundo da interpretação – construído segundo os nossos desejos, e o mundo da realidade – refratário a um sistema interpretativo, em desacordo com a escala e o passo dos acontecimentos. (Campos; 2001; p.14)

Campos ainda disserta mais sobre a incompatibilidade de uma interpretação de um mundo presente por forças intelectuais do passado:

O demônio do tempo, como sob a tensão escatológica da próxima e derradeira catástrofe, parece acelerar o passo da mudança, fazendo desfilar diante dos olhos humanos, sem as pausas a que estavam habituados, todo o seu jogo de formas que, nas condições normais, teriam que ser distribuídas segundo uma linha de sucessão mais ou menos definida e coerente. Daí, o caráter problemático de tudo: acelerado o ritmo da mudança, toda situação passa a provisória, e a atitude do espírito há de ser uma atitude de permanente adaptação não a situações definidas, mas simplesmente de adaptação à mudança. A função normal do espírito (normal pelo menos em relação aos cânones até então consagrados pela escala de referências válida, ou tida como válida fossem quais fossem as circunstâncias), passou a ser precisamente o oposto, isto é, a de mudar perpetuamente o seu sistema de referências, em função de posições em movimento (Campos; 2001; p. 14)

Esse subcapítulo de “O Estado Nacional” deve ser lido numa chave de interpretação da história no tempo no qual Campos dialogando com uma preocupação do jurista com o legado da formação desta nova política, a ser consolidada em 1937, mas que já estava em curso desde a Revolução de 1930.

Desde os seus primeiros discursos, na Faculdade Livre de Belo Horizonte (1914), já tinha a relativização do conceito de Democracia como característica fundamental para construção de seu pensamento político, tendendo a uma visão que valoriza a ‘autoridade’ como princípio orientador do Estado. Sustentava que a educação política da monarquia, capitalizada durante meio século de regimen liberal, ia servir de lastro ao exercício imoderado do poder, que assalta os regimens novos de seu berço e esgota, pela desordem, a sua autoridade.(Campos; 1940; p.6)

Contudo, não deve ser observada como uma simples relação de autoridade, endêmica da estrutura hierárquica e de prerrogativas que a Administração Pública exerce sobre os particulares. Mas, tendendo aos usos despóticos de tais prerrogativas. Ao analisar a Constituição de 1937, redigida pelo mineiro, o jurista Oliveira Vianna caracterizou-a como orientada por um “princípio da autoridade”

Não fomos nós [os Fluminenses], com colaboração de paulistas e mineiros, os que construímos o Império, e com êle, a Nação Política, dando-lhe, com o princípio da autoridade, aquela disciplina coletiva, aquela organização jurídica, aquela “fibra legal”, como diria Ihering, que tem sido até agora a garantia da nossa ordem pública e a condição de toda a nossa prosperidade e progressiva grandeza (Vianna; 1940; p.9/10).

Ainda que analisada de maneira breve, é possível observar que são três os fatores orientadores da política de Campos: a) a construção discursiva do conceito de democracia; b) a formação do Estado sob o prisma da autoridade (autoritarismo); a valorização da educação pública.

O objetivo na política de Campos era a construção de um Estado autoritário, politicamente orientado. Para tal, precisaria discutir o conceito de ‘democracia’, intimamente ligado ao pensamento liberal. Campos, ao observar a política de seu tempo, percebeu que o século XX era marcado pela inclusão das massas nas fórmulas políticas, em uma época na qual a democracia enquanto regime oficial dos estados nacionais iniciavam a sua consolidação.

No subcapítulo “o primado do irracional”, de *O Estado Nacional*, Campos observava a integração das massas na realidade política como ‘o primado do inconsciente coletivo. Como forma de criticar o modelo liberal de constituição da política, que historicamente se dava através da representação, tornou-se um ferrenho crítico da chamada ‘democracia de partidos’. No contexto dos anos 1930, essa associação de democracia a um sistema de contestação pública e de competição eleitoral foi objeto de ampla crítica, elaborada tanto à esquerda e quanto à direita do espectro político (CINTRA; 2013, P. 137).

É justamente nesta esteira que a questão da linguagem toma para si uma característica fundamental no pensamento de Francisco Campos. Dentre as três preocupações teóricas de Campos (democracia, autoridade e educação), a autoridade traduz-se no único caráter objetivo no pensamento, ao passo que educação e democracia possuíam um relevante valor subjetivo, a serem construídas semanticamente. O Estado Novo, como “denso Estado de consciência coletiva”(Campos; 1941; p. 289), seria uma reação à cooptação do Estado pela política.

### **3 A “MÍMESIS DO TEMPO”**

Neste segundo tópico aborda-se, com o suporte metodológico da história dos conceitos, a noção de “mímesis do tempo”, que foi desenvolvido pelo professor Marcelo Jasmim. Essa é uma importante ferramenta para se pensar a construção do argumento nos anos 30. Mímesis pode ser entendida como uma oposição entre ‘sincronismo’ e ‘anacronismo’.

O anacronismo significava os regimes liberais de governo, que, na opinião de Campos, estavam em uma situação de ‘atraso’ em relação aos anseios do ‘espírito do tempo’ dos anos 30.

Jasmin observou que o conceito de mímesis estava calcado sobre a dimensão da Nação. Ou seja, o pensamento conservador, inicialmente, pretendia fundar um conceito de nação para o Brasil. Entrementes, com as contribuições de Campos e Capanema, além de outros expoentes como Azevedo Amaral e Francisco Torres, Jasmin notou que o conceito de mímesis passou a se desenvolver com fulcro na dimensão temporal.

O argumento dos teóricos autoritários para combater o liberalismo era que o tempo presente já não mais suportava o liberalismo enquanto ideologia válida. A mimesis em Campos, em sua dimensão temporal, possuía dois grandes sustentáculos: O Direito e a educação.

O Direito seria a fórmula capaz de dar legitimidade à fundação de um novo Estado. Portanto, o Direito seria a vertente objetiva da mimesis do tempo. Ao passo que a educação seria um caminho para doutrinar o 'povo' em consonância com a nova postura política e esse novo Estado fundado pelo Direito. A educação seria a vertente subjetiva da mimesis do tempo.

A noção de educação e de cultura para Campos, ia muito além de uma noção individualista e privada. Não se limitava à sala de aula e à relação professor-aluno. O jurista mineiro postulava uma verdadeira educação pública, que orientasse politicamente o Brasil. A educação, para Campos, tinha um papel de formação 'cívica', que preparasse o 'povo brasileiro' (categoria usada por Campos) para entender o que seria o Novo Estado Brasileiro.

Ainda sobre o conceito de educação, três eram os pilares da nova versão educacional forjada no Estado Novo. Primeiro, seria a educação básica. Após, a criação e o fortalecimento da educação técnica. Por fim, a difusão do ensino superior universitário. A educação básica teria a função de dar o primeiro contato com as diretrizes políticas do novo regime, a educação técnica prepararia o brasileiro para o ingresso no mundo do trabalho, enquanto o ensino público superior serviria de base para a formação das elites dirigentes brasileiras.

Os 15 anos da ditadura Vargas foram decisivos para a consolidação de um padrão autoritário de interação entre o Estado e a sociedade que persiste de certa forma ainda hoje. Apesar da diversidade de táticas políticas de que fez uso Vargas, o período como um todo apresenta uma unidade significativa, mesmo levando-se em conta que um regime plenamente autoritário só emergiu em 37. E a característica unificadora por excelência aqui cai a importância estratégica conferida ao Estado enquanto ator político relevante em si e por si mesmo. Essa importância cresceu de forma persistente, atingindo seu ponto máximo sob o Estado Novo. (REIS, 1988; p. 194)

A história dos conceitos nos auxilia, sobretudo, ao constatarmos que determinados conceitos são resultado de um processo de teorização (Koselleck; p. 137). Essa problemática é possível de ser analisada por meio de trabalhos com as fontes. (idem; p. 137). Ainda na esteira dos ensinamentos de Koselleck, os conceitos não são somente fenômenos linguísticos, mas também um indicativo 'para além da língua'.

Um conceito relaciona-se sempre àquilo que quer se compreender, sendo portanto a relação entre conceito e o conteúdo a ser compreendido, ou tomado inteligível, uma relação necessariamente tensa. [...]. Todo conceito articula-se a um certo contexto sobre o qual também pode atuar, tornando-se compreensível. Pode-se entender esta formulação tornando- mais instigante. (Koselleck, p. 137).

Campos, ao pensar o 'novo estado brasileiro', almejando uma formação autoritária, pretendeu compatibilizar o 'princípio da autoridade' com o conceito de democracia. Para isso, fez

um esforço retórico para subdividir os conceitos de democracia. À democracia liberal, que, para o jurista estava em anacronia com o ‘espírito do tempo’, deu a nomenclatura de ‘democracia formal’.

Ao ‘modelo democrático’ pensado no Estado Novo, chamou de ‘democracia substancial’. Para tal, rediscutir o conceito de democracia, de modo a combater o ‘monopólio’ liberal obtido em sua essência..

Ela operava uma fusão entre o povo e seu líder e Getúlio Vargas convertia-se em uma espécie de homem-povo . Para os autores, a ditadura engendraria um mecanismo de identificação direta, no qual o povo-um adquiria forma política no líder carismático, dispensando assim o artifício. Vale a pena destacar a afinidade entre essa concepção do político esboçada pelos autores com a matriz simbólica do totalitarismo, tal como analisada por Claude Lefort. Como assinala no capítulo 1, o totalitarismo não opera a partir de uma negação da democracia, mas como “prolongamento fantástico” desta, como uma recusa da mediação simbólica exigida pelo político. Os regimes totalitários se empenham na realização da utopia de construção de identidade substancial (não de uma figuração) entre povo e poder, eliminando as fronteiras entre o social e o político. No totalitarismo – seja na figura do líder, seja no partido de classe – abandona-se a ideia de figuração como uma construção simbólica artificial, e a própria indeterminação democrática, para se operar com uma lógica da encarnação entre sociedade e poder. Ver, Lefort, 2001 [1981], A invenção democrática, especialmente o capítulo 4, “A imagem do Corpo e o Totalitarismo”. Ver também Rosanvallon (1998, pp. 306-308). Outra analogia pode ser traçada em relação ao que Hannah Pitkin (1967) denomina “representação simbólica”, que opera a partir da evocação de temas sentimentais e afetivos. Trata-se, segundo a autora, da perspectiva de uma lealdade emocional, ancorada nas crenças irracionais capazes de produzir identidade entre o povo e seu governante (cf. Pitkin, 1967, pp. 92-112). 154 figuração política ou o processamento de suas divisões internas. Estado e Nação, Líder e Povo, formariam uma unidade política e moral indivisível. (Cintra; 2013; pps. 153/154)

#### 4 CONCLUSÃO

Observar o papel dos juristas e o uso da linguagem do direito como instrumento de poder é interessante para ajudar a compreender os *comos* e os *porquês* das dinâmicas do próprio poder, suas relações com as elites políticas locais e seus impactos na própria produção da normatividade do direito e das políticas em si. Este artigo fez uso de um recorte histórico próprio do Brasil, o Estado Novo e lança mão de uma estratégia que julga necessária para entender como Francisco Campos atuou e genuinamente disputou espaço hegemônico no país durante o período, sem perder vista os motivos ensejadores dessa disputa.

Sua influência no campo jurídico-linguístico transparece em documentos constitutivo do Estado, como a Constituição de 1937, e nas lições de direito de cursos universitários, impondo a hegemonia de um discurso, se reflexo à realidade internacional da época ainda não se está evidenciado, mas, certamente, sem dispensar o efeito *backlash* ao liberalismo vigente no Brasil à época. Por isso, através de um *recontar* da história dos conceitos, neste artigo procurou-se fazer



uma breve contribuição para o campo do direito e linguagem ao se identificar nos elementos presentes nos discursos de Francisco Campos a sua racionalidade e ideias sobre Estado.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República**. Rio de Janeiro, 1937

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial. Coleção da Biblioteca Brasileira. 2001. Último acesso em 30/11/2018.

CINTRA, Wendel Antunes. **Qual democracia?** O governo do povo no pensamento político brasileiro (1914-1945). Iesp/UERJ. Rio de Janeiro. 2013. Disponível em <>. Último acesso em 30/11/2018.

GONET BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7a edição. Editora Saraiva e Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2012.

HOBBSAWM, ERIC. **A Era dos extremos**. Companhia das Letras. São Paulo. 1997.

KOSELLECK. Reinhart. **Uma história dos conceitos**: problemas teóricos e práticos. Ensaios históricos. Rio de Janeiro. Vol. 5, n. 10, 1992, p. 134-146.

LIMA, Pedro Luiz; CHALOUB. Jorge. OS JURISTAS POLÍTICOS E SUAS CONVICÇÕES: PARA UMA ANATOMIA DO COMPONENTE JURÍDICO DO GOLPE DE 2016 NO BRASIL. **Revista de Ciências Sociais**. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza. V. 49, N. 1. p.202-252, mar./jun. (2018)

MIGUEL, Luis Felipe. Em torno do conceito de mito político. **Revista Dados** vol. 41 n. 3. Rio de Janeiro. 1998. Disponível em <>. último acesso em 11/12/2017.

MUANIS, Maria Comes. **O Tempo e a Nação**: os Discursos Educacionais de Francisco Campos. XI Congresso Brasileiro de Sociologia. Campinas. São Paulo. 2013.

REIS, Elisa Pereira. Elites agrárias, State-Building e autoritarismo. **Revista Dados**. Volume 25, n. 3. Rio de Janeiro. 1982.

\_\_\_\_\_. **O Estado Nacional como ideologia**. Último acesso em 25/11/2018.

VIANNA, Oliveira. Prefácio in; ALMEIDA, Antônio Figueira. **A Constituição de Dez de Novembro explicada ao Povo**. D.I.P. Rio de Janeiro. Imprensa Nacional. 1940. pgs. 9/10

WERNECK VIANNA, Luiz. (1991), "Americanistas e Iberistas: A Polêmica de Oliveira Vianna com Tavares Bastos". **Dados**, vol. 34, nº. 2.



# A SOCIOTERMINOLOGIA APLICADA AO CAMPO JURÍDICO: AUSÊNCIAS DE EQUIVALÊNCIA TERMINOLÓGICA EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS ENTRE BRASIL E FRANÇA

*Karina Rodrigues*  
(Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP)  
kelcibr@yahoo.com.br

*Márcio Henrique Pereira Ponzilacqua*  
(Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP)  
marciorique@usp.br

**RESUMO:** Este artigo pretende expor uma reflexão acerca das ausências de equivalências terminológicas no cotejo de termos de contratos de locação de imóveis no âmbito francês-português. A lacuna terminológica origina não somente uma dificuldade na compreensão do documento por locadores e locatários estrangeiros e, por consequência, um óbice para o exercício da cidadania, como também um comprometimento do processo tradutório que supõe a existência da mesma realidade sociocultural na língua de chegada. Acreditamos que o substrato cultural característico e próprio de cada comunidade é o aspecto responsável por essas dessemelhanças terminoconceituais. Nossos estudos servem-se de metodologia comparativa, em que os conjuntos terminológicos, culturais e sociais brasileiros e franceses acerca do domínio da locação imobiliária se apresentam lado a lado para que deles extraíamos as referências necessárias à compreensão do fenômeno sociolinguístico e, para tanto, utilizamos embasamento teórico da Sociologia do Direito, da Socioterminologia e da Lexicultura.

**Palavras-chave:** Sociologia do Direito. Lexicultura. Terminologia Cultural. Locação Imobiliária.

## 1 INTRODUÇÃO

O cotejo de conjuntos terminológicos em âmbito internacional desvela similitudes e distanciamentos linguísticos que, sustentados pela prática dos fazeres técnicos, profissionais e científicos específicos de cada grupo, podem levar à identificação de uma equivalência ou a um vazio terminológico na cultura de chegada.

O fenômeno da ausência de equivalência terminológica não é de todo raro e oportuniza um trabalhoso exercício para tradutores que se deparam com a tarefa da recomposição textual do documento em língua alvo, uma vez que o conceito e, por consequência, o termo não existem na cultura para a qual se verte ou traduz.

Os dados que relatamos aqui são oriundos de pesquisa de Pós-Doutorado, em estado inicial de investigação, e esta, por sua vez, é decorrente de análise de Doutorado (UNESP - São José do Rio Preto), e de estágio de pesquisa na França (*Université Sorbonne Nouvelle*), de Karina Rodrigues. Ambos projetos acerca da Terminologia de Contratos de Locação de Imóveis, doravante CLIs, no Brasil e na França foram agraciados com auxílio Fapesp e resultaram na verificação de ausência de equivalência terminológica de alguns termos em francês em comparação com a terminologia correspondente em português (RODRIGUES, 2017, p. 289).

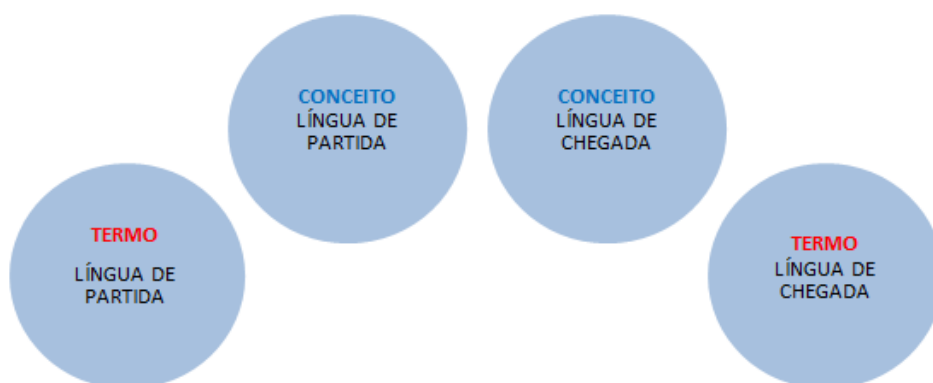
No encontro das terminologias sob análise, foram identificadas cerca de vinte unidades francesas sem equivalentes em português. A lacuna terminológica em português sobre

determinados conceitos próprios da cultura francesa foi o interesse embrionário dessa pesquisa que objetiva o conhecimento mais aprofundado dos traços sociais que justificam o fato de um termo existir somente em francês. Para tanto, fundamentamos nossos estudos em um tripé teórico-metodológico, a Sociologia (pelos aspectos sociais que justificam a criação dos conceitos mencionados e pelo desvendamento de mecanismos de elucidação de sua formação e os valores-símbolos de que os termos são portadores), a Terminologia (pelos fenômenos linguísticos e, mais precisamente, terminológicos que atuam na questão das equivalências) e a Lexicultura (pelos aspectos culturais que subjazem aos termos).

A abordagem socioterminológica proposta visa à compreensão do fenômeno da ausência de equivalência de termos, aqui entendidos como “designação, por meio de uma unidade linguística, de um conceito definido em uma língua de especialidade” (ISO 1087, 2000, p. 5), em francês em comparação com a terminologia correspondente em português dentro da Terminologia Cultural e a uma contribuição ao domínio dos direitos sociais, especialmente o direito à habitação subjacente aos CLIs. Presta-se igualmente ao reconhecimento da identidade social dos dois países no domínio da habitação, explicitada nos CLIs. Sabe-se que a Socioterminologia concebe a elaboração terminológica como eminentemente dinâmica, razão por que a associação com a compreensão sociológica é fundamental. As unidades terminológicas não se isolam do conjunto social em que são engendradas. O desafio de tradução ou busca de equivalências terminológicas implica um esforço de compreensão dos substratos semânticos em que os termos são empregados (CABRÉ, 1993, 246).

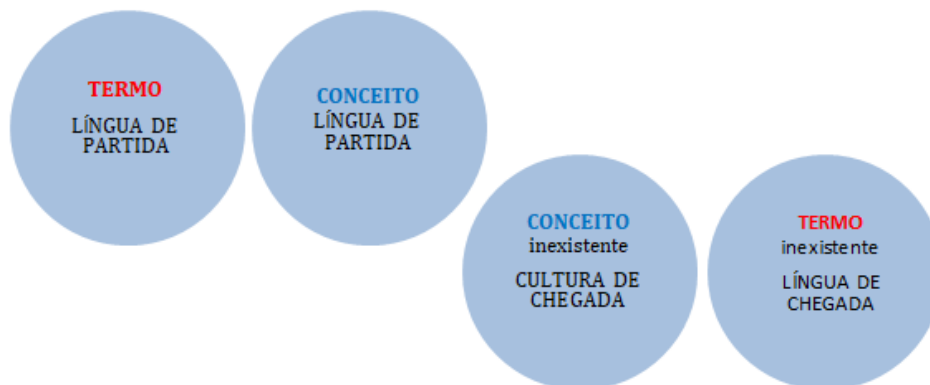
Nesse processo socioterminológico de busca de equivalências, é imprescindível que se acione o conceito denominado pelo termo em cultura de partida, para que seja recuperado o mesmo conceito na cultura de chegada e, finalmente, se descubra sua denominação na língua alvo. É irrefutável, portanto, que o percurso trilhado pelo tradutor nesse procedimento laboral constrói-se em meio às formações sociais.

**Figura 1:** Equivalência conceitual. Elaboração dos autores



Na identificação de ausências de equivalências, o processo de levantamento dos conceitos em cultura de chegada depara-se com um hiato conceitual, ou seja, não há uma formação social em idênticas condições para o estabelecimento da mesma realidade factual, em consequência, não se verificam o conceito nem o termo que o denomina.

**Figura 2:** Ausência de equivalência. Elaboração dos autores



Os CLIs constituem-se importantes registros sociojurídicos fortemente embrenhados nas formações sociais que versam sobre a habitação. Documentam as relações de locação envolvendo direitos e deveres entre as partes, especialmente os que atribuem sentido aos direitos reais. Igualmente, consignam interesses subjacentes aos grupos sociais em que estão atrelados. Portanto, comunicam dimensões societárias relevantes, como o são os desenvolvimentos das formas de direito, as expressões culturais e até mesmo as configurações socioeconômicas de um povo. Em outras palavras, os contratos de locação são expressões sociais e demandam análises sociológicas para elucidação de sua constituição, bases axiológicas, expressões comunitárias a que se vinculam, padrões de negociação, disputas pelos capitais que veiculam (capitais econômicos, simbólicos, culturais, sociais, transformados em capitais jurídicos) (PONZILACQUA, 2018; BOURDIEU, 1986; 1991).

Os nexos existenciais são traduzidos para terminologia específica do domínio, e, ao mesmo tempo em que revelam escalas axiológicas das comunidades concretas onde se manifestam, eles também desvelam disputas por apropriações de diversos capitais associados ao capital jurídico: sociais, econômicos e simbólicos.

O universo do direito sofre variações nas mais diferentes expressões jurídicas comunitárias e nacionais. Cada Estado, em concordância com suas tradições culturais, valores e disputas, engendrados no campo social, desenvolve *paripassu* variações terminológicas e semânticas.

## 2 AUSÊNCIA DE EQUIVALÊNCIA TERMINOLÓGICA EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS

No caso do objeto de análise ora apresentado, o encontro do Brasil e da França no que concerne aos CLIs apresenta lacunas legais, conceituais e terminológicas que podem comprometer a inteligibilidade contratual e, por consequência, afetam a comunicação e o pleno exercício da cidadania para locadores e locatários estrangeiros, uma vez que dificultam a compreensão de contratos de relevância sociológica, afetas às políticas de habitação.

Nas análises ensejadas no Doutorado, e que agora avançam em pesquisas pós-doutorais, foram identificados termos axiais para o desvendamento dos significados e da comunicação contratual, que careciam de criação terminológica na língua a ser vertida, por não corresponderem a um lastro social ou cultural.

No estado atual da pesquisa, é possível reconhecer que as especificidades culturais locais têm papel determinante no estabelecimento e na fixação de conjuntos terminológicos de cada comunidade e sua análise socioterminológica e sociojurídica é fundamental e inescapável para uma apreciação semântica adequada, essencial nos processos de tradução das modalidades dos CLIs, concernentes ao direito à habitação.

A não correspondência conceitual no cotejo dos conjuntos terminológicos francês e brasileiro pode ser observada nos exemplos que apresentamos a seguir.

### 2.1 *Supplément de loyer de solidarité*

Segundo o *site* estatal francês *Service Public*<sup>1</sup>, o termo *supplément de loyer de solidarité* denomina o valor excedente ao aluguel que pode ser cobrado de um locatário cuja renda, ao longo do contrato de locação, ultrapassa (em 20%) o teto exigido para a atribuição de um imóvel classificado em um dos programas de habitação popular na França (SERVICEPUBLIC.FR, 2015).

O termo designa, pois, uma realidade específica do mercado de locação francês. As pessoas de baixa renda podem obter, por intermédio do Estado, uma locação denominada *HLM*, *habitation à loyer modéré*, cujos valores locatícios são mais moderados. Para serem beneficiados por esse programa, os candidatos à *HLM* não podem ter renda superior a um determinado teto. Caso o locatário venha a ter uma renda superior a esse teto máximo, ele pode ser instado a pagar um acréscimo no aluguel, denominado *supplément de loyer de solidarité*.

---

<sup>1</sup> *Un supplément de loyer dit supplément de loyer de solidarité (SLS) peut être réclamé au locataire dès lors que ses revenus excèdent les plafonds de ressources exigés pour l'attribution d'un logement social. Les locataires assujettis au SLS sont ceux dont les ressources excèdent d'au moins 20% les plafonds de ressources pour l'attribution d'un logement social.* (SERVICEPUBLIC.FR, 2015).

Como vemos, trata-se de um conceito correspondente a uma realidade francesa, ligada a programas de assistência locatícia. Embora tenhamos no Brasil programas de habitação popular, estes são, em sua maioria, voltados ao financiamento para a compra de imóveis a valores módicos e não exatamente a contratos de aluguel nas mesmas condições que os franceses. Dessa forma, o conceito expresso pelo termo *supplément de loyer de solidarité* não encontra equivalente no conjunto terminológico brasileiro do domínio da locação imobiliária.

O próximo exemplo insere-se em uma mesma noção de especificidade sociocultural. Trata-se de uma realidade que se compõe de três aspectos essenciais: a densidade demográfica de algumas cidades em determinadas regiões na França, a demanda por imóveis nessas áreas e a qualidade do parque residencial nesses lugares. Ainda interfere nesse contexto a autoridade pública que atua na regulação do ímpeto especulativo do mercado imobiliário nesses locais.

## **2.2 Zone tendue**

O termo *zone tendue*<sup>2</sup> é a designação de certas áreas de urbanização, na França, com elevado interesse demográfico, geralmente com população superior a 50 mil habitantes, onde a oferta e a demanda de imóveis para habitação estão em desequilíbrio, resultando em preços elevados de aluguéis ou altas cifras para compra de imóveis e, até mesmo, difícil acesso a eles. Estas áreas estão sob a análise do Observatório local de aluguéis (*Observatoire local des loyers*), que procura controlar os valores praticados em função das oscilações do mercado imobiliário e econômico.

Segundo Rouquet (2014, p. 164)<sup>3</sup>, são fixados, pela autoridade administrativa local, valores de aluguel de referência nessas áreas que levam em consideração o preço do metro quadrado, a categoria do imóvel e o setor geográfico em que ele se encontra.

Esse conjunto de características que compõem o conceito de *zone tendue* não foi encontrado, nas mesmas condições, no Brasil, o que nos impele a afirmar que esse termo não apresenta equivalente na terminologia brasileira dos contratos de locação imobiliária.

---

<sup>2</sup> *Les zones tendues sont des zones d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants où il existe un déséquilibre marqué entre l'offre et la demande de logements, entraînant des difficultés sérieuses d'accès au logement sur l'ensemble du parc résidentiel existant. Elles se caractérisent notamment par le niveau élevé des loyers, le niveau élevé des prix d'acquisition des logements anciens ou le nombre élevé de demandes de logement par rapport au nombre d'emménagements annuels dans le parc locatif social.* (PAP, 2017, s/p.)

<sup>3</sup> *Dans les zones tendues, le préfet fixe chaque année, par arrêté, un loyer de référence, un loyer de référence majoré et un loyer de référence minoré, tous exprimés par un prix au mètre carré de surface habitable, par catégorie de logement et par secteur géographique.* (ROUQUET, 2014, p. 164)

### 3 O ASPECTO SOCIOCULTURAL COMO FATOR DE ESTABELECIMENTO DE TERMINOLOGIAS

Os termos *supplément de loyer de solidarité* e *zone tendue* representam a concretização na legislação de um modo de vida, de aspectos sociojurídicos da comunidade, sustentados pelos valores da sociedade.

Estes valores são evidentes na esfera jurídica (domínio genuíno dos contratos de locação de imóveis) como se observa na explicação de Pierre Bourdieu:

Se a existência de regras escritas tende sem dúvida a reduzir a variabilidade de comportamentos, é notório que as condutas dos agentes jurídicos podem se referir e se submeter relativamente às exigências da lei e que permanece algo de arbitrário nas decisões judiciais, imputável às variáveis organizacionais como a composição do grupo incumbido de decidir e os atributos dos interessados, (assim como no conjunto dos atos que as precedem e as predeterminam, como as decisões da polícia concernentes à prisão). (BOURDIEU, 1986, p. 8)<sup>4</sup>

Como se verifica em Bourdieu, nem mesmo a esfera jurídica, a qual poderia suscitar uma expectativa de imparcialidade, está isenta de interferência sociocultural. Esta observação é basilar para nossas reflexões, pois evidencia a importância, a abrangência e profundidade da cultura para a organização das sociedades e, portanto, para a criação de conceitos ligados à vida social.

#### 3.1 Abordagem socioterminológica

Parece-nos, pois, inegável que as diferenças terminológicas entre os conjuntos de termos de contratos de locação de imóveis brasileiros e franceses advêm de disparidades em âmbito cultural, pois da cultura dependem as características das instituições sociais. Uma vez identificado o importante papel da cultura na esfera linguística, recorreremos ao suporte da Socioterminologia e da Lexicultura em busca de possíveis elucidações concernentes ao tipo de investigação que se desenvolve na pesquisa sobre ausência de equivalências terminológicas.

Para François Gaudin,

...a socioterminologia se fixa como objeto de estudo da circulação de termos em sincronia e em diacronia, o que inclui a análise e a modelização das significações e das conceptualizações. Ela possui uma dimensão sociocrítica, como toda semântica do discurso, na medida em que ela associa a produção do sentido dos termos às condições que propiciam seu surgimento. A circulação dos termos é observada sob o ângulo da

---

<sup>4</sup> *Si l'existence de règles écrites tend sans aucun doute à réduire la variabilité comportementale, il reste que les conduites des agents juridiques peuvent se référer et se plier plus ou moins strictement aux exigences de la loi et qu'il demeure toujours une part d'arbitraire, imputable à des variables organisationnelles comme la composition du groupe décisionnel ou les attributs des justiciables, dans les décisions judiciaires (ainsi que dans l'ensemble des actes qui les précèdent et les prédéterminent comme les décisions de la police concernant l'arrestation).* (BOURDIEU, 1986, p. 8)

diversidade de seus usos sociais, o que implica ao mesmo tempo nas condições de circulação e de apropriação destes... (GAUDIN, 2005, p. 81)<sup>5</sup>

Estudos que se fundamentam na abordagem socioterminológica dos fenômenos linguísticos defendem, assim, que muitos termos são portadores de inegável carga cultural. E a Socioterminologia é, auxiliada pelos estudos de cunho lexicultural, a abordagem capaz de compreender e elucidar eventos de discurso que expandem a natureza exclusivamente linguística.

### 3.2 Abordagem lexicultural

Na esteira desse alinhamento teórico, Robert Galisson (2000, p. 50) explica, igualmente, a incontestável relação entre cultura e língua, noção amplamente disseminada na literatura acerca dos estudos sociolinguísticos. Para o autor, as palavras são uma passagem obrigatória para toda reflexão sobre o mundo e são, da mesma forma, poderosas acumuladoras de cultura<sup>6</sup>. Para a Lexicultura, de forma similar, aspectos culturais incidem sobre as palavras, que lhes dão significado e que fazem destas palimpsestos, ao longo do tempo. A Lexicultura tende a nos auxiliar na compreensão de termos que, em função de intensa carga cultural, existem apenas em francês, em comparação com o arcabouço terminológico dos CLIs brasileiros. Para Lino:

... os termos, unidades lexicais especializadas das ciências e das técnicas, representam os conceitos, que, em muitas áreas do conhecimento, não têm um caráter internacional, mas são sensíveis à cultura de um determinado país ou comunidade. O conceito e o termo apresentam elementos de cultura; frequentemente, na terminologia médica ou na terminologia jurídica, por exemplo, um termo é caracterizado por semas que traduzem propriedades do conceito relativas a aspectos da cultura de uma sociedade. (LINO, 2010, p. 188)

Consideramos fulcral para a nossa pesquisa o apontamento de Lino sobre o aspecto cultural que subjaz ao termo, mais especificamente, porém, nos é essencial sua consideração de que o conceito também é atravessado por “elementos de cultura”.

---

<sup>5</sup> ... la socioterminologie se fixe comme objet l'étude de la circulation des termes en synchronie et en diachronie, ce qui inclut l'analyse et la modélisation des significations et des conceptualisations. Elle possède une dimension sociocritique, comme toute sémantique du discours, dans la mesure où elle relie la production de sens des termes avec les conditions de leur apparition. La circulation des termes est envisagée sous l'angle de la diversité de leurs usages sociaux, ce qui englobe à la fois l'étude des conditions de circulation et d'appropriation des termes... (GAUDIN, 2005, p. 81)

<sup>6</sup> Pourquoi les mots? Parce qu'ils constituent mon domaine d'investigation originel et un passage obligé de toute réflexion sur le monde. Ils sont choisis comme interfaces entre les deux objets d'étude parce qu'ils relèvent statutairement de la langue, donc la représentent et que certains d'entre eux sont aussi de puissants accumulateurs de culture. (GALISSON, 2000, p. 50)



A norma ISO 1087 (2000, p. 2) explica que os conceitos denominados pelos termos sofrem influência do meio sociocultural<sup>7</sup>, o que confirma nossa hipótese de que algumas das unidades terminológicas em francês sem equivalente em língua portuguesa são oriundas das diferenças culturais que geram a falta de equivalência conceitual.

### **3.3 A cultura como elemento subjacente aos construtos socioterminológicos**

O termo *cultura* é bastante amplo e aqui o entendemos como “o conjunto complexo de soluções que uma comunidade humana herda, adota ou inventa para enfrentar os desafios de seu meio natural e social” (VERHELST, 2000, p. 191)<sup>8</sup>. Nesse sentido, portanto, cada comunidade apresenta suas características e aspectos socioculturais próprios que a definem na dimensão identitária e a particularizam no confronto com outras comunidades. Para Journet, a compreensão do conceito de cultura defendido por Tylor, em 1871, permanece válido e atual, pois a definição

...mais especificamente antropológica denomina cultura “a totalidade de conhecimentos, crenças, artes, valores, leis, costumes e todas as outras capacidades e hábitos adquiridos pelo homem enquanto membro da sociedade”, conforme a definição, considerada canônica, de Edward B. Tylor, em 1871. (JOURNET, 2002, p. 1)<sup>9</sup>

A abordagem cultural tanto no aspecto sociológico como no linguístico é, portanto, um enfoque norteador para elucidar as diferenças terminológicas evidenciadas entre construtos socioculturais diversos.

Alguns dos termos que formam o conjunto terminológico dos contratos de locação de imóveis brasileiros e franceses são recorrentes também em outros domínios de atividade humana, como o Direito, a Arquitetura, a Administração, o Comércio, as Finanças, a Construção Civil, etc. Estes termos são utilizados nos contratos de locação imobiliária uma vez que, na relação locatícia, todos estes aspectos são contemplados. Diante disso, podemos demonstrar que a prática locatícia está intrinsecamente ligada a outras instituições socioculturais, e está fundamentada, sobretudo, nas instituições jurídica e comercial.

Cada um dos termos constantes de um contrato de locação de imóveis representa aspectos de atuação social de uma comunidade, aplicados à prática locatícia. Eles referem-se, por exemplo, às precauções hauridas da manutenção do patrimônio, do zelo com o tema da assistência social e

---

<sup>7</sup>Les concepts ne sont pas nécessairement liés à des langues particulières. Ils sont cependant soumis à l'influence du contexte socioculturel qui conduit souvent à des catégorisations différentes. (ISO, 2000, p. 2)

<sup>8</sup>...l'ensemble complexe des solutions dont une communauté humaine hérite, qu'elle adopte ou invente pour relever les défis de son environnement naturel et social. (VERHELST, 2000, p. 191)

<sup>9</sup>...plus spécifiquement anthropologique, nomme culture « la totalité des connaissances, des croyances, des arts, des valeurs, lois, coutumes et de toutes les autres capacités et habitudes acquises par l'homme en tant que membre de la société », selon la définition, jugée canonique, donnée par Edward B. Tylor, en 1871. (JOURNET, 2002, p. 1)

financeira, com as demandas da administração pública quanto ao fornecimento de habitação aos cidadãos, etc.

Estes aspectos compõem um conjunto amplo de significações de cunho sociojurídico que aqui denominaremos como *instituições*. No âmbito deste trabalho, entendemos *instituições* como os sistemas que compõem a vida social, como o sistema educacional, jurídico, político, religioso, etc.

As instituições de uma sociedade são fruto de um conjunto de fatores próprios de cada grupo humano, e é no seio das atividades desta comunidade, de suas interações, e de sua interpretação de mundo que surge determinado comportamento característico, certo modo de pensar e agir no qual os indivíduos do grupo se reconhecem e que assumem como seu.

As instituições francesas e brasileiras, bem como seus desdobramentos factuais, são próprias da cultura francesa e brasileira respectivamente, pois tiveram sua origem no seio dessas comunidades e foram promovidas, desenvolvidas, aprovadas e praticadas por seus membros a partir de uma visão de mundo particular. Cada população, então, apresenta suas próprias instituições, oriundas de sua própria interpretação de mundo.

São esses valores partilhados (uma maneira específica de ver o mundo) que inspiraram os meios que nós encontramos para estruturar nossas sociedades: nossos sistemas político, econômico, jurídico, por exemplo. A cultura rege as interações pessoais no nível dos indivíduos e a cristalização dessas interações origina as instituições, logo, a sociedade. (DRUMMOND, 2010, p. 37)<sup>10</sup>

Para Drummond, portanto, os valores partilhados pelos indivíduos de determinada comunidade são responsáveis pela sua formação social. É a partir de uma visão de mundo compartilhada que a comunidade estrutura suas instituições, o conjunto de normas para cada área da sociedade: sistema político, econômico, educacional, penitenciário, etc.

Isso nos leva a crer, portanto, que cada comunidade – e para os fins deste trabalho optamos por salientar: Brasil e França, especificamente – apresenta suas próprias instituições oriundas de seu modo de interpretar o mundo, formado por um conjunto próprio de valores, crenças, julgamentos partilhados de maneira coletiva pela população de cada país, o que significa dizer que nem sempre a realidade é a mesma nos dois países e, conseqüentemente, a terminologia que denomina esta realidade também não é.

Dessa forma, podemos afirmar que os contratos de locação de imóveis são documentos que refletem as preocupações das sociedades nas quais se realiza o negócio locatício. Assim,

---

<sup>10</sup> *Ce sont ces valeurs partagées (une façon spécifique de voir le monde) qui ont inspiré les moyens que nous avons trouvés pour structurer nos sociétés: nos systèmes politique, économique, juridique, par exemple. La culture règle les interactions personnelles au niveau des individus, la cristallisation de ces interactions donne lieu aux institutions, donc à la société. (DRUMMOND, 2010, p. 37)*

contratos desse tipo no Brasil e na França não abordam exatamente os mesmos aspectos da locação de imóveis, sendo cada um deles inserido em um quadro sociocultural particular.

#### **4 CONCLUSÃO**

O artigo atual reflete pesquisa em andamento, cujas bases implicam em avanços em pesquisas em sede de doutorado de um dos autores, Karina Rodrigues, e ora sensivelmente ampliada no campo da socioterminologia e dos aprofundamentos dos elementos jurídicos e extrajurídicos implicados na celebração contratual.

A locação é elemento axial para a compreensão de esferas sociais. Ela reporta a diversos outros aspectos da vida social, tem neles sua origem e, ao mesmo tempo, há de conferir modos de expressão social. Os contratos de locação imobiliária são intimamente vinculados ao direito de moradia, que é expressão fundamental dos direitos e garantias humanos fundamentais. Por isso, também implicam disputas fundiárias, quer no campo, quer nas cidades. Pelo que estão imbuídos igualmente de matizes de cidadania, cuja análise é imprescindível. Concerne a dimensão essencial da análise de políticas públicas, notadamente a política pública de habitação.

Essa complexidade reverbera no campo da linguagem. Aliás, a linguagem é instituição humana primordial. Nenhuma análise institucional pode se subtrair ao desafio de compreensão da linguagem como elemento axial. E no campo do direito, pela perspectiva socioterminológica, a linguagem adstrita a um domínio específico acaba por se consolidar como 'terminologia jurídica', compreendida como o conjunto de expressões, significados e articulações linguísticas do domínio específico, cultural e técnico, que é o direito.

As análises socioterminológicas neste âmbito não de fomentar horizontes de compreensão além de inusitados fundamentalmente criativos.

O desafio de se cotejar dois universos terminológicos distintos, embora com muitos elementos convergentes, confere a essa pesquisa sabores e saberes especiais. Demanda o empenho de compreensão das bases socioculturais em que a terminologia se constitui. Igualmente reivindica a compreensão das bases terminológicas de maneira ampla: para além das unidades terminológicas, mas que implica na consideração contextual, notadamente dos discursos e de todo o complexo de sentidos de que são portadores, alcançando até as práxis sociais em que se desenvolvem e pelas quais se mantêm e se destinam.

## REFERÊNCIAS

BOURDIEU, P. “ Les juristes, gardiens de l’hypocrisie collective ”. In: CHAZEL, F.;COMMAILLE, J. (org).**Normes juridiques et régulation sociale**, Paris, LGDJ, coll. 'Droit et Société' 1991, p. 95-99.

\_\_\_\_\_ “La force du droit: elements pour une sociologie du champ juridique”, **Actes de la recherche en sciences sociales**, 64, 1986, p. 3-19.

CABRÉ, M. T. **La terminología**: teoría, metodología, aplicaciones. Barcelona: Editorial Antártida/Empúries, 1993.

DRUMMOND, V. **Le management interculturel**. Gérer la dimension multiculturelle dans l’entreprise. 3ed. Gereso Édition : Le Mans, 2010.

GALISSON, R. La pragmatique lexiculturelle pour acceder autrement, a une autre culture, par un autre lexique. In : Mélange, n. 25, Une Didactique des Langues pour demain / En Hommage au Professeur Henri Holec. Paris, 2000. p. 47-73. Disponível em : <<http://www.atilf.fr/spip.php?article3471>> Acesso em: 26 out. 2017.

GAUDIN, F. La socioterminologie, **Langages**, 2005/1 n° 157, p. 81-93. Disponível em : <<http://www.cairn.info/revue-langages-2005-1-page-81.htm> > Acesso em : 07 nov 2018.

JOURNET, N. **La culture, de l’universel au particulier**. Éditions Sciences Humaines : Auxerre, 2002.  
KRIEGER, M. G., FINATTO, M. J. B. **Introdução à Terminologia**: teoria e prática. São Paulo: Contexto, 2004.

LINO, M. T. al. Neologia, terminologia e lexicultura a língua portuguesa em situação de contacto de línguas. **Filologia e Linguística Portuguesa**, Brasil, v. 12, n. 2, p. 187-201, dec. 2010. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/flp/article/view/59864>>. Acesso em: 25 out. 2017.

ORGANISATION INTERNATIONALE DE NORMALISATION. **Terminologie – Vocabulaire**. Genebra. ISO, 2000 (Norme Internationale ISO 1087, 2000).

PARTICULIER A PARTICULIER. **Ville en zone tendue**. 2017. Disponível em: <https://www.pap.fr/bailleur/ville-zone-tendue> Acesso em: 07 nov 2018.

PONZILACQUA, M. H. A sociologia do campo jurídico de Bourdieu e Dezalay. In: **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 1, 2018, p. 226- 249.

RODRIGUES, Karina. **Proposta de modelo de dicionário francês-português de termos de contratos de locação de imóveis brasileiros e franceses**. 2017. 306 f. Tese (Doutorado em Estudos Lingüísticos) – UNESP-Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Orientadora: Lidia Almeida Barros.

ROUQUET, Yves. **Location mode d’emploi**. Paris: Delmas Express, 2014.

SERVICE-PUBLIC.FR. **Logement social** : supplément de loyer de solidarité (SLS). 2015b. Disponível em: <<http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/F21051.xhtml>> Acesso em: 10 jun. 2015.

VERHELST, T. Du visible à l'invisible ou comment rendre opératoire la notion de « culture ». In PANHUYS, Henry ; ZAOUAL, Hassan. **Diversité des cultures et mondialisation**. Au-delà de l'économisme et du culturalisme. L'Harmattan : Condé-sur-Noireau, 2000.

# A LINGUAGEM JURÍDICA COMO OBSTÁCULO DE ACESSO À JUSTIÇA E DECLARADORA DE DESIGUALDADES SOCIAIS

*Lorena Carvalho Leite Garcia de Oliveira*

(Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Federal do Oeste da Bahia - UFOB)  
carvalhooliveira.lolo98@gmail.com

*Flávio Marcelo Rodrigues Bruno*

(Docente do Curso de Direito da Universidade Federal do Oeste da Bahia - UFOB)  
flavio.bruno@ufob.edu.br

**RESUMO:** O presente trabalho é de extrema relevância social, a partir do momento que busca trazer para o debate acadêmico uma discussão que fere direitos constitucionais, além de apresentar uma ameaça à cidadania. O direito de acesso à justiça, é de suma importância para a efetividade dos direitos do cidadão e o mantém inserido à sociedade, porém a linguagem jurídica é um obstáculo à esse acesso. Além disso, evidencia a desigualdade social, que fragiliza ainda mais os direitos essenciais do indivíduo. Conclui-se, diante deste contexto, que o atual momento social é de uma desigualdade acentuada, o que impacta diretamente nos níveis de escolaridade e conseqüentemente da compreensão da língua jurídica, visto que ela se apresenta rebuscada e com jargões específicos. Por fim, é visível que há uma incompreensão desta linguagem, uma utilização inadequada e inapropriada, o que dificulta, preponderantemente, o acesso à justiça.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Desigualdade Social. Linguagem. Linguagem Jurídica.

## 1 INTRODUÇÃO

Os seres humanos da pré-história se comunicavam por sons, gestos, gritos e grunhidos, e com o passar dos anos, com a repetição de gestos associados aos atos, criaram uma forma primitiva e simples de linguagem. Mais tarde a comunicação foi adquirindo formas evoluídas chegando às primeiras comunicações escritas de 8.000 a. C, além do povo Sumério que ocupava a região da Mesopotâmia, tida como a primeira civilização a utilizar o sistema pictográfico. Portanto, desde os primórdios até os dias atuais a linguagem, como sistema de sinais, possui uma função social de comunicação, bem como o de possibilitar o acesso completo do indivíduo a todas as esferas da sociedade, seja por meio da linguagem verbal ou não verbal.

A linguagem vem de um processo de evolução social, sofrendo interferências ao longo dos anos, não só historicamente, mas economicamente e conseqüentemente apresenta-se na sociedade em níveis diferentes. Podemos chamar esses níveis de ideologias, que moldam a linguagem de acordo com a classe econômica que esta a dominar. Isso interfere no acesso do indivíduo a essa própria linguagem.

Ademais, em nosso meio as linguagens específicas de determinados grupos profissionais, dentre elas a linguagem jurídica, com terminologias especializadas, vulgo “jargões”, cujo objetivo é efetivar os direitos. Mas essa própria linguagem se distancia da sua função a partir do momento que conjugamos o domínio de certos grupos econômicos e suas linguagens com os jargões

jurídicos, tendo como resultado a evidência de desigualdades sociais e o perecimento de direitos e acesso à justiça.

A pesquisa está estruturada em três partes. A primeira busca trazer o conceito de linguagem geral, contrapondo com a definição sobre linguagem jurídica. A segunda parte tem como objetivo analisar a desigualdade social e o acesso à justiça no Brasil, também sinalizando a forma de utilização da linguagem jurídica. E, por fim, a terceira parte que traz a relação entre linguagem jurídica, segregação e seus impactos nos princípios constitucionais.

Vale ressaltar, que o trabalho não possui pretensões de esgotamento do tema, e sim apresentar para o debate acadêmico a questão relativa à linguagem jurídica. O sentido é de compreender a questão, colaborando para o melhor entendimento sobre a linguagem jurídica que traz à tona as desigualdades sociais, e, conseqüentemente provoca a fragilidade de direitos constitucionais e efetivação da cidadania.

O presente trabalho tem como objetivo evidenciar os impactos de uma linguagem que segrega e viola princípios constitucionais, em especial, o acesso à justiça. A linguagem que une os indivíduos, ao mesmo tempo, separa-os criando barreiras de efetivação à cidadania. Essa situação atinge a maioria da população da sociedade brasileira e deve ser combatido para que seus direitos sejam garantidos.

## **2 O DISTANCIAMENTO DA FUNÇÃO DA LINGUAGEM JURÍDICA**

A linguagem é o *medium* da compreensão humana, sentencia Gadamer (2010). O dicionário da língua portuguesa define a linguagem como um sistema através do qual o homem comunica suas ideias, por meio da fala, escrita e outros signos convencionais. (FERREIRA, 2010). Neste mesmo sentido, define Gonçalves (2002, p.9) que:

“A comunicação é a única forma de sobrevivência social, o próprio fundamento da existência humana, solidificada pela cooperação e pela coexistência. É o instrumento que possibilita e determina a interação social; é o fato marcante através do qual os seres vivos se encontram em união com o mundo. Sem o sopro da comunicação não há cultura.”

Afirma Fiorin (2001) que os discursos são a materialização de representações ideológicas e que a consciência dos indivíduos seria coletiva, limitada pelas relações sociais. Corroborando com essa afirmação, Bakhtin (2010) assevera que a linguagem, como todos os sistemas simbólicos, têm suas raízes na interação entre os membros de uma comunidade organizada. Todos os signos, inclusive os signos linguísticos, derivam seus significados de consensos estabelecidos entre os membros de um determinado grupo social. A própria consciência individual resulta de uma introjeção do social. Isto porque, para Bakhtin (2010), o social não se opõe ao individual, mas sim

ao natural. O organismo individual, seus processos fisiológicos, estados emocionais, seu psiquismo primitivo são parte do mundo natural; a consciência humana, como nos a entendemos, capaz de reflexão e expressão, desenvolve-se a partir da interação do indivíduo com outros membros de seu grupo social. Isso evidencia que a linguagem efetiva e mantém as relações sociais. Calmon de Passos (2001, p.63-64) assevera que:

“[...] o Direito, mais que qualquer outro saber, é servo da linguagem. Como Direito posto é linguagem, sendo em nossos dias de evidência palmar constituir-se de quanto editado e comunicado, mediante a linguagem escrita, por quem com poderes para tanto. Também linguagem é o Direito aplicado ao caso concreto, sob a forma de decisão judicial ou administrativa. Dissociar o Direito da Linguagem será privá-lo de sua própria existência, porque, ontologicamente, ele é linguagem e somente linguagem”.

A comunicação é a única forma de sobrevivência social, o próprio fundamento da existência humana, solidificada pela cooperação e pela coexistência. É o instrumento que possibilita e determina a interação social; é o fato marcante através do qual os seres vivos se encontram em união com o mundo. Nesse sentido, sentencia Gonçalves (2002, p.9): “sem o sopro da comunicação não há cultura”.

O direito, como uma ciência (KELSEN, 2009), vem com uma linguagem própria aos usuários, a linguagem jurídica. Atualmente é chamada vulgarmente de “juridiquês”, que é uma reflexão crítica acerca de seus formalismos excessivos. Além desse formalismo, apresentam os chamados “jargões”, palavras específicas do direito. Em razão de determinados grupos criarem uma língua especial com significação própria, Coan (2003, p.66) afirma:

“Tal ocorre em razão de seu aspecto técnico-científico, uma vez que o aproveitamento semântico (acepção) de uma palavra (lexia) para o teórico prático do direito revela um problema de vocabulário, pois a primeira dificuldade, que existe em qualquer ciência e precisa ser enfrentada é sem dúvida a da nomenclatura ou da exatidão(...)”

O vocabulário jurídico é composto por termos que possuem o mesmo significado na língua corrente, por termos de polissemia externa que são aqueles que possuem significado diverso do que aquele empregado na língua corrente termos de polissemia interna que são aqueles que possuem mais de um significado na linguagem jurídica além dos brocardos em latim. Ademais, há adjetivos como “putativo”, “inimputável”, “inepta”, cujo entendimento é atrelado à um conhecimento de uma área específica que é o direito.

A distorção e o uso abusivo do chamado “juridiquês” (emprego de vocábulos de difícil compreensão a fim de elitizar a linguagem jurídica e segregar poder) no discurso jurídico podem trazer consequências irreversíveis à justiça e à sociedade. Constata-se, portanto, uma espécie de distanciamento da sociedade com relação às normas jurídicas, uma vez que estas são já criadas para tornar inacessível o seu discernimento. Conforme assevera Bordieu (2005, p 215-216):



“A maior parte dos processos linguísticos característicos da linguagem jurídica concorrem com efeito para produzir dois efeitos maiores. O efeito da neutralização é obtido por um conjunto de características sintáticas tais como o predomínio das construções passivas e das frases impessoais, próprias para marcar a impessoalidade do enunciado normativo e para constituir o enunciador em um sujeito universal, ao mesmo tempo imparcial e objetivo. O efeito da universalização é obtido por meio de vários processos convergentes: o recurso sistemático ao indicativo para enunciar normas, o emprego próprio da retórica da atestação oficial e do auto, de verbos atestativos na terceira pessoa do singular do presente ou do passado composto que exprimem o aspecto realizado [são] próprios para exprimirem a generalidade e atemporalidade da regra do direito: a referência a valores transsubjectivos que pressupõem a existência de um consenso ético [...]”

A linguagem jurídica, portanto, se distancia de sua função de comunicação para efetivar os direitos, sendo em sua maioria incompreensível, impossibilitando a efetividade de direitos. Formalismos excessivos e jargões distanciam a sociedade do entendimento dessa linguagem, há a compreensão do vocabulário na língua português, porém não há assimilação do vocabulário quando ele se transfere para a área jurídica.

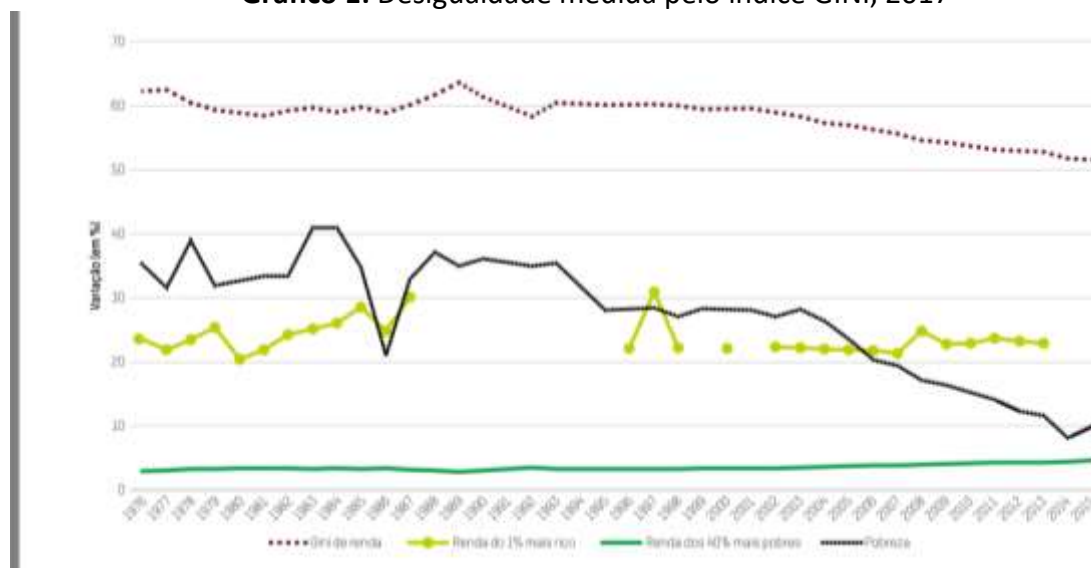
### **3 DESIGUALDADE SOCIAL E ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL**

A desigualdade social atribui uma classe ao indivíduo com justificativa nas diferenças econômicas, ou seja, atribui um lugar aos desiguais. Sempre esteve presente, seja nos países desenvolvidos ou em desenvolvimento. Segundo o relatório da OXFAM (2017), no mundo, oito pessoas detém o mesmo patrimônio que a metade mais pobre da população. Ao mesmo tempo, mais de 700 milhões de pessoas vivem com menos de US\$ 1,90 por dia. No Brasil, a situação é pior: apenas seis pessoas possuem riqueza equivalente ao patrimônio dos 100 milhões de brasileiros mais pobres. E mais: os 5% mais ricos detém a mesma fatia de renda que os demais 95%. Por aqui, uma trabalhadora que ganha um salário mínimo por mês levará 19 anos para receber o equivalente aos rendimentos de um super-rico em um único mês.

De acordo com os dados do PNUD (2017), entre 1990 e 2013, quase um bilhão de pessoas deixaram a condição de pobreza, ou seja, passaram a viver com mais de US\$ 1,90 por dia – critério que, apesar de usual, é pouco ambicioso. Calcula-se que outras 200 milhões de pessoas poderiam ter tido igual destino se, no mesmo período, o crescimento médio da renda dos mais pobres fosse superior ao crescimento médio da renda dos mais ricos, reduzindo as distâncias entre a base e o topo da pirâmide social.

O Gráfico 1, exemplifica o início de uma trajetória de redução da desigualdade social, porém ela ainda persiste e traz consequências sociais à aqueles 100 milhões de brasileiros mais pobres.

**Gráfico 1: Desigualdade medida pelo índice GINI, 2017**



Fonte: PNUD (2017)

Segundo a Pesquisa Nacional de Amostras de Domicílio - PNAD, metade dos trabalhadores tem renda média inferior a um salário mínimo em 2016. E, além disso, a parcela dos que tem mais rendimento recebe 36 vezes mais que os 50 % mais pobres. (PNUD, 2017)

O Relatório de Desenvolvimento Humano, feito em 2016, apontou o Brasil como o décimo país mais desigual do mundo, com índice de Gini de 0,515. A desigualdade social também reflete em outras áreas, como na educação, saúde e até no acesso à justiça. (ONU, 2016)

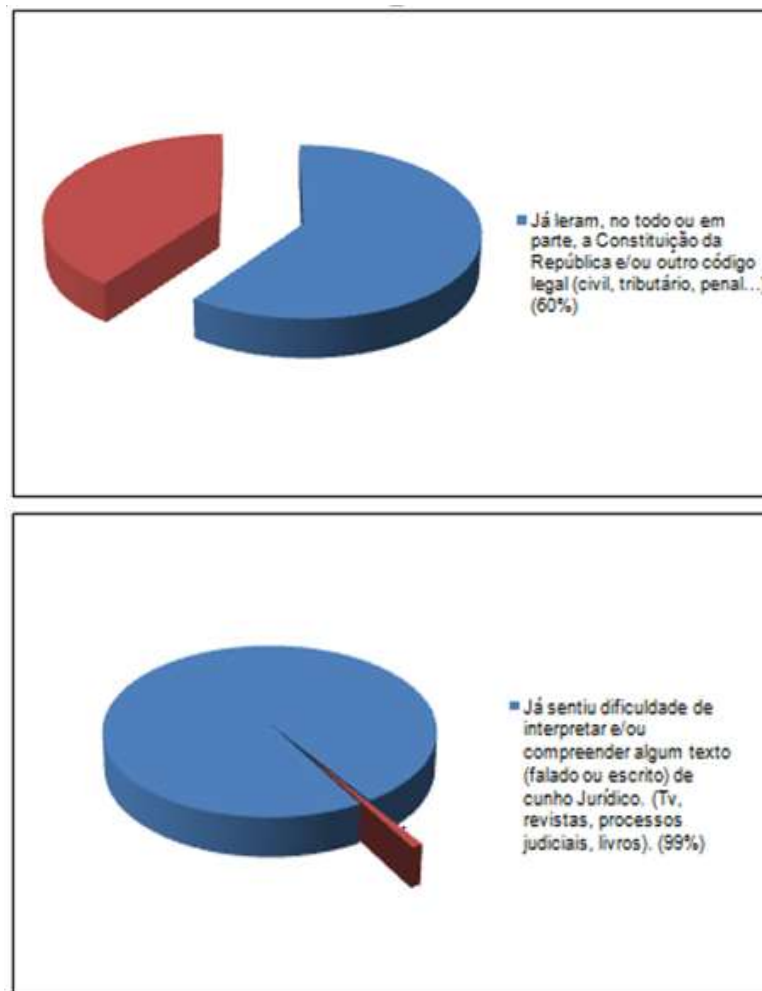
De acordo com Cappelletti e Garth (1988) entende-se que acesso à justiça é determinante para definir algumas finalidades do ordenamento jurídico, tais como o meio pelo qual as pessoas podem reivindicar direitos ou resolver litígios através do Estado, acessível a todos, aliado a resultados justos. O acesso à justiça consiste, principalmente, em ao indivíduo estar assegurada a prerrogativa de buscar o amparo do Estado para resolver qualquer questão que o acometa. E, segundo o IBGE (2016), apenas 30 % dos indivíduos procuram a justiça, sendo que o judiciário é mais procurado nas regiões do país com maior desenvolvimento econômico, ou seja, o acesso à justiça é seletivo, sendo acessível para aqueles que possuem maior poderio econômico, capazes, portanto de entendê-lo e o transformar em ferramenta para resolver seus litígios.

#### **4 A LINGUAGEM JURÍDICA QUE EVIDENCIA A DESIGUALDADE SOCIAL E IMPACTA NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Para Fiorin (2001), a linguagem se desdobra no discurso, que por sua vez é impregnada de ideologia dominante que é a da classe dominante. Isso evidencia que por meio do discurso evidencia-se o poder das elites e conseqüentemente se expõe a desigualdade.

No discurso jurídico não é diferente, pois ela como específica, para difundir a ciência que é o direito, ela vem para segregar. Conforme assevera Lopes (2010) o discurso jurídico legitima o controle que naturaliza a ordem social e especialmente as relações de desigualdade. Há segregação desde as letras das leis positivadas em nossa própria constituição, até na hora de pedir informação acerca de uma demanda judicial pleiteada. A diferença econômica, afeta na educação e no nível escolar dos indivíduos, e esse nível escolar certamente é exigível para que seja possível a compreensão dessa linguagem específica. Conforme o Gráfico 2, a maior parte dos indivíduos sentem dificuldade ao interpretar ou compreender discursos jurídicos.

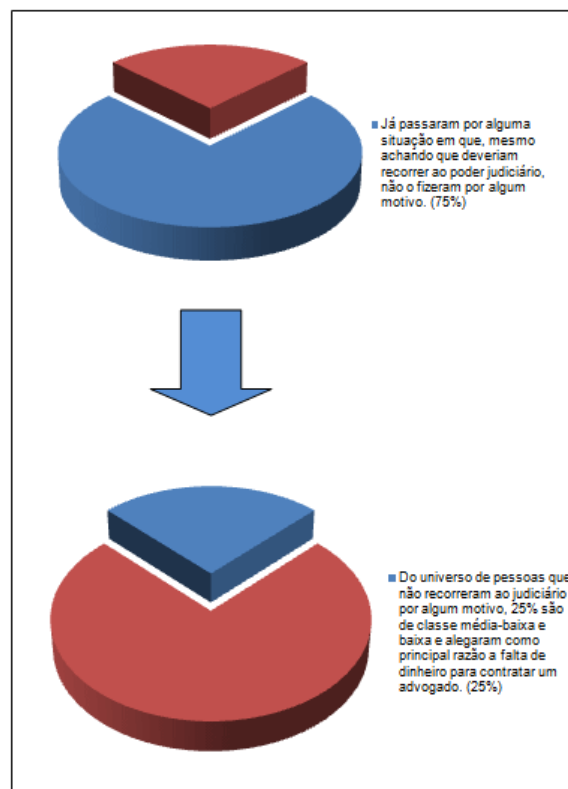
**Gráfico 2:** Compreensão de termos jurídicos, Rio Grande, 2012



Fonte: Pereira (2012)

Aponta Pereira (2012) que 80 % da amostra entre homens e mulheres de faixas etárias e níveis escolares diversos, apresentaram uma compreensão nula ou insatisfatória da terminologia jurídica. Somados esses indícios ao das respostas parcialmente satisfatórias, aferiu-se que menos de 10% do universo pesquisado respondeu adequadamente ao solicitado.

**Gráfico 3:** Distanciamento da compreensão em virtude do nível econômico, 2012



Fonte: Pereira (2012)

Por fim, destaca Santos (1994) que estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maiores quanto mais baixos é o estado social a que pertencem, e, além disso, não está ligado a fatores exclusivamente econômicos, aos sociais e culturais também. Isso evidencia que a desigualdade pertinente na linguagem e nos discursos jurídicos, afeta cidadãos no que tange aos seus princípios constitucionais.

## 5 ACESSO À JUSTIÇA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Dentre os princípios constitucionais garantidos pela Constituição são violados a inafastabilidade do poder judiciário, mais conhecido como acesso à justiça. Consequentemente outros são infringidos em conjunto, como o devido processo legal a ampla defesa.

Assevera Didier Júnior (2018) que prescreve o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal do Brasil (1988): “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”. Trata-se, o dispositivo, da consagração, em sede constitucional, do direito fundamental de ação, de acesso ao Poder Judiciário, sem peias, condicionamentos ou quejandos, conquista histórica que surgiu a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição. Ao criar um direito, estabelece-se o dever-

que é do Estado: prestar a jurisdição. Ação e jurisdição são institutos que nasceram um para o outro.

Do acesso à justiça podemos aferir o princípio do devido processo legal, disposto no Artigo 5º, LIV “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” Está disposto também na Declaração Universal dos Direitos dos Humanos e na Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos. Substancialmente, ele garante que as leis devem satisfazer o interesse público, os anseios do grupo sócio a que se destinam, e processualmente assegura outros tantos direitos, como por exemplo, a ampla defesa. A ampla defesa, é assegurada no artigo 5º, inciso LV, e garante a defesa técnica, feita por meio dos advogados e a autodefesa, que significa o direito de postular, participar de audiências. (BRASIL, 1988)

Segundo Oliveira (2013), o fato é que nem todo cidadão brasileiro tem direito o a ter direitos, o que, no caso em questão, quer dizer que não tem direito de acessar a Justiça todo aquele que não tem direito a uma educação jurídica ou não tem condições econômicas para pagar seu acesso. Não tem direito de acesso à Justiça todos aqueles para os quais a linguagem jurídica se lhes afigura como uma língua alienígena. Fundada foi a preocupação do legislador em dar ao direito de acesso à Justiça uma moldura constitucional; entretanto, não basta prescrever o direito, é preciso que se viabilize o direito a ter direitos, que nada mais é que desobstruir o caminho que leva à Justiça . Além disso:

“A ‘capacidade jurídica’ pessoal, se se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e status social, é um conceito muito mais rico, e de crucial importância na determinação da acessibilidade da justiça. Ele enfoca as inúmeras barreiras que precisam ser pessoalmente superadas, antes que o direito possa ser efetivamente reivindicado através de nosso aparelho judiciário. Muito (senão a maior parte) das pessoas comuns não podem – ou, ao menos, não conseguem – superar essas barreiras na maioria dos tipos de processo” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p.22).

Atribui Silva (2001) ao Estado Democrático de Direito um compromisso com a justiça material, aquela caracterizada não apenas como a igualdade perante a lei, igualdade formal, porém aquela que vá levar à redistribuição da riqueza, de modo a reestruturar as relações sociais e econômicas, alicerçando a sociedade democrática a qual não se concebe sem a participação do cidadão comum nos mecanismos de decisão. Assim, ao se falar em garantir o acesso à Justiça, há que se pensar nos problemas políticos, sociais, econômicos e culturais que impedem o acesso ao Poder Judiciário, bem como o “acesso à ordem jurídica justa”.

Portanto, o nível sócio econômico, condicionado pela desigualdade social, influi diretamente na escolaridade e na linguagem do indivíduo, fazendo com que haja uma seletividade de espaços. Consequentemente, o direito como uma ciência tem o seu espaço reduzido, divergindo de seu objetivo que seria o amplo acesso á justiça, permitindo que os indivíduos

tenham a garantia de seus direitos. Há a perda de princípios constitucionais, e por fim da cidadania. Juridicamente, cidadão é um indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos de um Estado, significa ser sujeito de direitos e deveres, e com sua capacidade reduzida de se inserir em alguns espaços, essa cidadania torna-se ameaçada.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi evidenciar que a linguagem jurídica impregnada nos discursos, evidencia a desigualdade social no Brasil, e isso afeta na efetivação do acesso à justiça. A estrutura do trabalho permitiu a exposição do conceito de linguagem geral e linguagem jurídica, de dados da desigualdade social e acesso a à justiça no Brasil, para chegar no impacto que essa linguagem traz aos direitos constitucionais.

Para a Associação dos Magistrados Brasileiro – AMB (2005), “a Justiça deve ser compreendida em sua atuação por todos e especialmente por seus destinatários. Compreendida, torna-se ainda mais imprescindível à consolidação do Estado Democrático de Direito”. Lübke (2016) destaca prejuízos provocados pelo “juridiquês” ao bom andamento dos processos judiciais. Diante dessa complexidade linguística presente no vocabulário dos operadores de Direito, que faz existir um buraco na comunicação entre a comunidade leiga e os intelectuais juristas, discorrer-se-á sobre a importância da clareza na linguagem jurídica, com pretensão de desmistificar essa linguagem empolada, recheada de vícios, citações desnecessárias, que prolongam os prazos de execução dos processos e tornam a justiça cara e morosa.

Em matéria de direito e linguagem, é possível encontrar um ponto de equilíbrio entre o discurso técnico e a linguagem cotidiana que possa colocar o judiciário ao alcance de todos. (LÜBKE, 2016). Neste mesmo sentido, assevera Pereira (2010) que apesar de possuir termos técnicos específicos o discurso jurídico transita em universos distintos entre os usuários, e deveria ser acessível á todos. Portanto apesar da desigualdade social, as leis e os direitos acomete toda a população, independentemente de sua condição financeira ou escolar.

Implicitamente em Lyra Filho (2006) a linguagem usada no meio jurídico deve ser compatível com essa construção do Direito prudente, baseado no anseio social e não na manutenção do poder pela classe dominante. Em sua teoria sobre dialética social, o referido autor afirma que o conjunto das instituições e a ideologia que a pretende legitimar (a ideologia da classe e grupos dominantes) padronizam-se numa organização social, que se garante com instrumentos de controle social: o controle é a central de operações das normas dinamizadas, dentro do ramo “centrípeto”, a fim de combater a dispersão, que desconjuntaria a sociedade e comprometeria a

“segurança” da dominação. Neste ramo, é evidente, só se pode falar em mudança social amarrada, pois o sistema de controle apenas “absorve” a quota de mudança que não lhe altere a organização posta e imposta; e, por isto, dita, normativamente, até às “regras de jogo” da mudança. (LYRA FILHO, 2006)

Porém, para Foucault (2003), a compreensão de poder discursivo não é como um fenômeno de dominação maciço e homogêneo de um indivíduo, grupo ou classe sobre outros, mas como algo que circula e só funciona em cadeia, exercendo-se em rede. Não é algo unitário e global, e sim formas heterogêneas, em constante transformação, que não é uma coisa em si, mas sim um conjunto de práticas sociais que pressupõe relações em diversos pontos e lugares da rede social. Desta forma, para que o discurso jurídico possa assumir um papel revolucionário, deve contar com a ação reivindicatória das pessoas, que se percebendo responsáveis por essa construção, não abduquem de seu direito, induzindo, nessa correlação de forças sociais, a sua “participação decisória”, autônoma e, sobretudo, cidadã.

Evidenciado e irrefutável de argumentação que são necessárias ações que modifiquem esse discurso jurídico dominante, seja por uma dialética social ou por ação reivindicatória das pessoas. Ademais, configurando-se como um direito fundamental é dever do Estado garantir acesso à justiça e os seus direitos interligados, como devido processo legal e ampla defesa, para garantir a efetividade da lei e da cidadania.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **O Judiciário ao alcance de todos: noções básicas de jurídiquês**. 1.ed. Brasília: Ediouro Gráfica e Editora, 2005.

BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e filosofia da linguagem**. 14ª ed., São Paulo: Hucitec, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988

COAN, Emerson Ike. **Atributos da linguagem jurídica**. Revista de Direito Privado, São Paulo p.65-82, volume 4, nº16, ano 2003

DIDIER JÚNIOR, Freddie. **Direito à inafastabilidade do Poder Judiciário**. Revista Facs, ano de 2018. Disponível em: <http://www.facs.br> Acesso em julho 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010. 2222 p.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 9ª ed. São Paulo. Loyola, 2003.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método: complementos e índice**. v. 2. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LOPES, Paula Fernanda. **A influência do discurso jurídico em São Luís do Maranhão: Praxis emancipatória**. Revista Âmbito Jurídico, ano de 2013. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura) Acesso em julho de 2018.

LÜBKE, Helena Cristina. **Entender Direito é um Direito de Todos**. Publicado em 2016. Disponível em: [http://pdf.blucher.com.br.s3-saeast1.amazonaws.com/socialsciencesproceedings/xi-sepech/gt8\\_298.pdf](http://pdf.blucher.com.br.s3-saeast1.amazonaws.com/socialsciencesproceedings/xi-sepech/gt8_298.pdf) Acesso em julho de 2018.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

OLIVEIRA, Nirlene da Consolação. **Linguagem Jurídica e Acesso à Justiça**. Revista Pensar, 2015. Disponível em: [http://revistapensar.com.br/direito/pasta\\_upload/artigos/a121.pdf](http://revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a121.pdf). Acesso em: nov. de 2018.

OXFAM. 2017. **Relatório: “Uma Economia para os 99%”**. Rio de Janeiro: Brief Comunicação, 2017. Disponível em <https://www.oxfam.org.br/publicacoes/uma-economia-para-os-99>. Acesso em setembro de 2017.

PEREIRA, M. H. **A terminologia jurídica: óbice ao exercício da cidadania?** Dissertação de Mestrado em Linguística – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. São José do Rio Preto (SP): UNESP, 2001.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). RELATÓRIO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO (RDH-PNUD). **Relatório de Desenvolvimento Humano, 2017**. Disponível em: [http://hdr.undp.org/sites/default/files/2016\\_human\\_development\\_report.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/2016_human_development_report.pdf) Acesso em julho de 2018.

SANTANA, Samene Batista Pereira. **A linguagem jurídica como obstáculo ao acesso à justiça. Uma análise sobre o que é o Direito engajado na dialética social e a consequente desrazão de utilizar a linguagem jurídica como barreira entre a sociedade e o Direito/Justiça**. Revista Âmbito Jurídico, ano de 2012. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12316](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12316). Acesso em agosto de 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SYTIA, Celestina Vitória Moraes. **O direito e suas instâncias lingüísticas**. Sérgio Fabris, Porto Alegre, 2002.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem** (com a colaboração de Leonel Severo Rocha e Gisele Guimarães Cittadino) - 2. versão - 2. ed. aum. - Porto Alegre: Fabris, 1995



# A CONSTRUÇÃO NARRATIVA DA VERDADE MORAL EM OTELO

*Mara Regina de Oliveira*  
(Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)  
mararegi@terra.com.br

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é tratar do tema da verdade moral como uma construção narrativa e não como um dado real fora da linguagem, na perspectiva interdisciplinar, que visa desenvolver um diálogo entre arte e direito. Desenvolveremos o raciocínio interdisciplinar que conecta temas da teoria crítica do direito com o teatro shakespeariano, interligando razão e emoção na compreensão de temas. Na peça *Otelo*, esta noção de verdade está diretamente vinculada à linguagem como forma de poder de manipulação dos significados, que constrói, na mente do general, a ideia irrefutável de adultério de sua esposa Desdemona, que é por ele condenada à morte.

**Palavras-chave:** Shakespeare. Poder. Interpretação. Linguagem. Verdade.

## 1 INTRODUÇÃO

*Eu deixo o lenço aonde dorme Cassio,  
Para que ele o encontre. Tais bobagens  
Pro ciumento são provas tão firmes  
Quanto o evangelho. Pode funcionar.  
O meu veneno está mudando o mouro.  
(Iago, in OTELO)*

A tragédia de SHAKESPEARE, *OTELO, O MOURO DE VENEZA*, foi escrita entre 1603 e 1604, e foi inspirada em uma *novella* do *Hecatommithi*, parte da coletânea de contos de Giovanni Batista Giral di. Todavia, vai muito além da violenta intriga proposta no texto original, baseada numa simplista vingança justificada por uma rejeição emocional. *OTELO* é uma peça complexa e não maniqueísta, considerada uma de suas melhores tragédias construídas, do ponto de vista dramático, por estar inteiramente centrada na observação minuciosa da disputa linguística da integridade do protagonista *OTELO* confrontada com a mesquinharia invejosa de *IAGO*. *BLOOM* destaca que SHAKESPEARE inventou o humano na medida em que nos permite reconhecer, linguisticamente, em nós mesmos, a nossa frágil, trágica e complexa condição humana através do contato com a intimidade moral e emotiva de cada personagem. Esta peça nos remete à relevante discussão filosófico-jurídica do tema da verdade nas interpretações normativas morais e jurídicas, em contexto de diversidade cultural (*BLOOM*, 1999, p.2).

Neste artigo, nos propomos analisar pontos que consideramos centrais na obra, que permitem várias indagações: como *IAGO* consegue transformar, em quarenta e oito horas, o amor profundo de *OTELO*, em ódio mortal, baseado na certeza moral da prática do adultério por *DESDEMONA*? Como o mouro chega ao veredicto moral de punição de sua amada, que sabemos ser inocente, com a morte, a partir da afirmação da verdade absoluta desta segunda premissa? As diferenças culturais do casal, o motivo de sua paixão imediata e o temperamento guerreiro do

mouro seriam relevantes para o desfecho trágico? Poderíamos apenas afirmar que OTELO seria um ingênuo exagerado? Tentaremos equacionar estas questões ao longo da análise.

Nosso estudo evidencia o fato de que, praticamente, todos os personagens, e não apenas OTELO, acreditavam na honestidade de IAGO, que sabemos ser bastante imaginativo, na construção de suas narrativas ficcionais. Nosso caminho de estudo será mais amplo, procurando relacionar o problema da verdade moral com a interpretação do universo linguístico - normativo, influenciado pelos valores morais, pela diversidade cultural e pelas emoções, como um problema de poder. A noção de poder aqui é vista como controle do significado da palavra e não como violência física, que funciona apenas como uma ameaça a ser evitada.

Em OTELO, sobra rigidez moral, violência e bravura física ao general, mas falta a percepção do controle do poder da linguagem tão bem manipulada por seu subalterno, o alferes IAGO. Para tanto, faremos um estudo interdisciplinar associando a análise da peça com teorias críticas, no âmbito da zetética jurídica, que tratam dos temas, verdade, interpretação e poder. A interdisciplinaridade não se constitui em uma mera justaposição mecânica de ramos diferentes dos saberes, mas de uma conexão orgânica, criativa e consistente de diferentes linguagens que extrai uma nova reflexão sobre o tema. É o que veremos a seguir a partir da análise do pensamento de MORIN e CABRERA, antes de entrarmos no exame mais detalhado da tragédia.

## **2 A INTERPRETAÇÃO CONSTRUÍDA DOS FATOS: A OBJETIVIDADE IMPOSSÍVEL**

Em consonância com o pensamento de MORIN, observamos que a maior contribuição, em termos epistemológicos, do século XX, foi o reconhecimento dos limites do conhecimento racional. A maior certeza percebida é a indestrutibilidade das incertezas históricas e cognitivas. O autor enfatiza a necessidade de fazer a convergência interdisciplinar de diversos ensinamentos, mobilizar diversas ciências e disciplinas para enfrentar as incertezas, revendo os axiomas da lógica clássica, bem como a racionalidade científica tradicional. As incertezas cognitivas estão referidas a três elementos básicos. Há um elemento cerebral, o conhecimento não apenas traduz, mas constrói o real, existindo sempre a chance de erro. Há um elemento físico, que de certa forma se liga ao primeiro, já que o conhecimento dos fatos depende, de forma permanente, da interpretação. Por fim, ele menciona a incerteza mais filosófica de todas, que diz respeito à crise dos fundamentos da certeza na Filosofia e nas ciências.

MORIN propõe que haja um permanente e sincero diálogo com a incerteza e diz que pensar bem é estar consciente da *ecologia da ação*. Toda ação, uma vez iniciada, entra num jogo de interações e retroações no meio em que é efetuada, que podem desviá-la de seus fins e até

levar a um resultado contrário ao esperado. As consequências da ação são imprevisíveis (MORIN, 2000, p. 63). Os axiomas da lógica clássica foram revistos, bem como a racionalidade científica tradicional. Nesta perspectiva, destaca-se a importância da cultura de humanidades, exposta nas manifestações artísticas (MORIN, 2000, p. 55).

MORIN considera que a arte é um mecanismo de empoderamento cognitivo relevante que nos traz sapiência e humanismo maduro. No romance, no teatro e no filme que percebemos que o racional *homo sapiens* é, ao mesmo tempo, indissolúvelmente, o emotivo *homo demens*, a existência revela a sua miséria e sua grandeza trágica, com o risco do fracasso, do erro e da loucura. No romance ou no espetáculo cinematográfico, a magia do livro ou do filme faz-nos compreender o que não compreendemos na vida comum, onde percebemos os outros de forma exterior, ao passo que na tela e nas páginas do livro eles surgem com todas as dimensões, subjetivas e objetivas (MORIN, 2000, p. 49).

Do ponto de vista de uma visão zetética da interpretação normativa, não prevalece uma concepção da linguagem como representação essencial de uma realidade, nem do raciocínio decisório como fruto de uma lógica dedutiva formal e objetiva. Em consonância com o pensamento de MORIN, por vários autores, ela é vista como um repertório de símbolos inter-relacionados numa estrutura, que teriam um caráter estritamente convencional. Os símbolos teriam uma formação social e não seriam percebidos fora da própria realidade, como uma espécie de sua representação objetiva e verdadeira em termos absolutos. Eles surgem e, ao mesmo tempo, constituem a realidade pois ela só é percebida através da própria linguagem, sendo que os seus significados não são apreendidos de forma isolada, na medida em sua assimilação depende de seu uso social, que pode variar de uma comunidade para outra, ou no seio da mesma sociedade. Esta afirmação tem como pressuposto filosófico a afirmação da existência de um relativismo moral e axiológico que exerceria uma influência determinante na assimilação semântica do significado das palavras (FERRAZ JR., 2003, p. 259).

A maior parte dos símbolos da língua natural é semanticamente vago e ambíguo. Um símbolo é vago quando o seu campo de referência (extensão) é indefinido, de forma a dificultar a visualização de seu alcance. Há um núcleo de certeza básico e sólido, referido as chamadas convenções dominantes, que vai se ampliando e se tornando mais nebuloso e incerto. Um símbolo é ambíguo quando é possível usá-lo para um campo de referência com diferente intensão, ou seja, que manifesta qualidades diversas, conferindo vários sentidos a mesma palavra. O problema da vagueza e ambiguidade semântica afeta tanto a linguagem natural como a normativa, que a ela se

conecta. Daí surge a questão: como a dogmática jurídica consegue compatibilizar o problema das incertezas linguísticas, extremamente aberto, com a necessidade de decidir conflitos?<sup>1</sup>

AL ROSS entende que a inevitável imprecisão das palavras torna possível tanto abarcar os fatos, como não abarcar, tendo em vista o significado da lei. O juiz terá de escolher, sempre influenciado por uma valoração ligada a um senso de realidade. A interpretação é um ato de natureza construtiva que é motivada tanto pela consciência jurídica formal, como pela consciência jurídica material. A consciência jurídica formal diz respeito ao dogma de obediência ao direito. A consciência jurídica material, sempre relativa, relaciona-se à tradição cultural (ideais, posturas, valorações) que vive no espírito do juiz. Ele interpreta a lei à luz desta consciência, a fim de que sua decisão seja aceita como correta e como justa ou socialmente desejável (ROSS, 2003, p.168).

Na visão de FERRAZ JR., temos uma postura mais instigante que a dos outros autores que relaciona interpretação normativa e poder, visto como controle da interação comunicativa. Uma interpretação primordialmente zetética acarretaria a impossibilidade de decisão, pois levaria as incertezas semânticas ao infinito. Neste sentido, o controle da incerteza é garantido pelo exercício de poder de violência simbólica, através das técnicas dogmáticas. Trata-se de um poder capaz de impor certas significações semânticas como legítimas, dissimulando as relações de força que estão na base da comunicação. Em perspectiva originária estudada por LUHMANN, o poder não é coação, que eliminaria totalmente a ação, mas controle da seletividade do sujeito, numa interação comunicativa. Para que haja controle é preciso que o receptor conserve as suas possibilidades de ação, mas aja conforme o esquema de ação do emissor. Controlar, neste sentido interpretativo, significa neutralizar estas incertezas da linguagem jurídica, percebidas num plano primordialmente zetético, e aceitar certas interpretações dominantes como sendo mais “verdadeiras”, ou mais “corretas”, num plano dogmático.

A busca pelo *sentido correto* deve, arbitrariamente, controlar o *tempo*, a *multiplicidade de pontos de vista* e a *variedade de sentidos das palavras que compõem as normas*. Trata-se de uma relação de poder. A passagem do tempo altera os sentidos. É preciso generalizar ou uniformizar o sentido apesar do tempo diversificá-lo. Como os emissores e receptores estão temporalmente localizados, eles são neutralizados com a criação de hierarquias sintáticas. Trata-se da noção de *poder-autoridade*, que se expressa através dos métodos hermenêuticos lógico-sistemáticos. A norma é afirmada como *válida* por sua suposta adequação hierárquica a outras normas do sistema. A variedade de sentido também decorre da multiplicidade de pontos de vista dos atores sociais. É preciso supor que existe consenso dos terceiros sociais, que devem ser neutralizados.

Trata-se de uma uniformização pragmática ligada a ideia de *poder-liderança*, que se constitui através dos métodos hermenêuticos históricos e sociológicos. Garante-se que a norma seja *eficaz* pela presunção de sua aceitação social. Por fim, a variedade e diversidade de sentido também decorre da vagueza e ambiguidade semântica. Aqui neutraliza-se o próprio símbolo linguístico, uniformizando a sua conotação e denotação, em termos semânticos, através da ideia de *poder-reputação*, expresso através dos métodos teleológicos e axiológicos. Garante-se que a norma seja *imperativa* a partir da afirmação de sua justiça (FERRAZ JR., 2003, p. 273).

### **3 A INJUSTA CONSTRUÇÃO NARRATIVA MORAL DE DESDÊMOMA COMO ADULTERA**

#### **3.1 Desdemona em Veneza: a confirmação moral e jurídica da AUTORIDADE de seu marido Otelo**

Várias questões teóricas elencadas no tópico anterior, no tocante a construção das narrativas interpretativas normativas, ligadas a fenômenos de poder, irão reaparecer, expostos em linguagem dramática, no exame crítico da grande peça trágica Shakespeariana. Utilizaremos como referência complementar de análise ao texto da peça o filme clássico dirigido, escrito, produzido e muito bem encenado por ORSON WELLS no papel do protagonista (ele se pintou de negro), ganhador da Palma de Ouro em Cannes em 1952. A opulência física e moral deste general, um herói de guerra, é bem retratada por WELLS, com um destacado trabalho de câmara. Em contraponto, o personagem de IAGO é mais franzino, mas usa, de forma implacável, a linguagem como mecanismo de poder contundente, e foi magistralmente preenchido pela atuação impactante do ator MICHAEL MACLIAMMÓIR.

Na visão do filósofo CABRERA, em consonância com MORIN, para que possamos compreender um problema filosófico, não basta entendê-lo, racionalmente, como conceito teórico/semântico. Temos de vivê-lo, senti-lo, ser afetados por ele, como uma experiência emocional, não empírica, que aguce a nossa sensibilidade cognitiva, próxima de uma dimensão que poderíamos chamar de pragmático-impactante, a qual deve produzir algum tipo de transformação cognitiva. Embora a forma literária tenha preponderado na história do pensamento filosófico, nada impediria que se viabilizasse uma problematização filosófica através da análise de conceitos-imagens do cinema, da fotografia ou da dança (CABRERA, 2006, p.17). Algumas questões humanas não podem apenas ser ditas e articuladas logicamente, devem ser apresentadas, sensivelmente, por meio de uma compreensão logopática, racional e afetiva, que longe de ser uma mera impressão psicológica, tem pretensão de verdade mais abrangente. Como forma de pensamento, ele é tão aberto como a filosofia dita literária, não existe uma definição que o

alcance de forma absoluta (BERNADET, 2006, p. 18). Questões que envolvem o sentido de verdade das narrativas normativas admitem esta leitura sensível de forma relevante.

Neste sentido, o alcance logopático do filme de WELLS é exemplar, pois, embora seja uma versão reduzida do texto, manteve o epicentro dramático da peça em torno da relação de poder linguístico existente entre IAGO e OTELO e a consequente construção do veredicto moral de DESDEMONA como adúltera. Ao som de poderosa melodia de FRANCESCO LAVAGNICO E ALBERTO BARBEIS, a cena de abertura nos submerge, emocionalmente, no cenário mórbido final da peça, do enterro de OTELO e DESDÊMOMA (SUZANNE CLOUTIER) e do encarceramento jurídico de IAGO que de deverá ser morto pelo sol e comido pelos pássaros em sua gaiola de ferro.

Devido a problemas de financiamento, a película foi filmada em três anos, e em nove cidades entre o Marrocos e a Itália. Mas esta dificuldade financeira, potencializada pelo caráter soturno da bela fotografia em preto e branco, acabou transformando a arquitetura histórica variada para representar Veneza e Chipre, como protagonista auxiliar da narrativa, na forma de um quebra-cabeça imagético, que acompanha as emoções cada vez mais conturbadas de OTELO. Protegido na arquitetura elegante, racional e rica de Veneza, o mouro acaba por se tornar alvo passivo das manipulações linguísticas destrutivas de IAGO, nos espaços menos simétricos, mais fortificados e mais rústicos, filmados de forma vertiginosa, que espelham a perda da racionalidade e a ascensão do *homo demens* afirmada na ilha de Chipre.

A peça abre, nas ruas antigas de Veneza, com um diálogo interativo entre IAGO e RODRIGO. IAGO é um veneziano que ocupa a posição de alferes submisso a autoridade institucionalizada do bravo general mouro, afrodescendente, nascido no norte da África, chamado OTELO. RODRIGO é um homem de posses e paga quantias em dinheiro para IAGO supostamente ajuda-lo a conquistar o coração da jovem DESDÊMOMA, filha de BRABÂNCIO, que ocupa o posto alto posto de senador de Veneza. Neste breve diálogo, ficamos sabendo que a jovem desafiou a autoridade do pai e fugiu para se casar em segredo com OTELO. O matrimônio proibido marca as diferenças de mundo e de valores do casal.

Como observadores, conhecemos a íntima consciência subjetiva de IAGO, imersa nas relações de força de inveja e ressentimento envolvido em ódio dissimulado pela promoção do inexperiente CASSIO a tenente, decidida por OTELO, em seu desfavor. O alferes se considera o autêntico merecedor do posto, por ser mais antigo e experiente e questiona a promoção por pura amizade. Ficaremos sabendo mais tarde que CASSIO intermediou o romance proibido e troca de cartas entre OTELO e DESDEMONA. Perante RODRIGO e com a onisciência do espectador, ele assume que seu discurso tem por base a violência simbólica de dissimulação do ódio, da inveja e

do ressentimento que sente por OTELO, proferindo a famosa frase indicativa da relação existente entre linguagem e poder - *não sou o que sou*.

Escondido nas sombras dos canais venezianos, dissimulando sua presença física em uma gôndola, IAGO denuncia para BRABANCIO o casamento secreto e proibido de sua filha com OTELO. Simultaneamente, nos aposentos de OTELO, CASSIO relata uma importante mensagem do Duque, que convoca OTELO para combater a iminente invasão turca na ilha de Chipre. Logo em seguida, BRABANCIO, RODRIGO e outros chegam e acompanham OTELO na sua visita ao duque e ao senado. Publicamente, na presença destas autoridades máximas, acusam OTELO de usar a força coativa da feitiçaria, artes tidas como ilícitas, para roubar DESDEMONA, tida como moça muito quieta e recatada.

Nesta cena, a sinceridade linguística de OTELO, que não percebe a relação entre linguagem e poder, tão bem manipulada por IAGO, ao longo da peça, expõe como, do seu ponto de vista, as palavras podem representar uma verdade essencial, no caso de heroísmo guerreiro e despertar o amor sincero. Sem perceber a influência da emoção como mecanismo persuasivo de sedução, em seu próprio discurso, ele relata, com sinceridade subjetiva comovida, que o amor de DESDÊMOMA surgiu a partir da comoção com seu heroísmo de guerra, nos relatos minuciosos de bravura e perigo da narrativa que ela ouviu o mouro relatar ao seu pai. Na sua fala, de forma emocionada, ele explica que ela se apaixonou porque ouviu os relatos de perigo e sua piedade despertou o amor dele.

DESDEMONA entra em cena com muita segurança e assertividade. Indagada pelo pai sobre a sua confirmação da autoridade do marido e do casamento sobre ela, que claramente significou um desafio à autoridade do pai, que não autorizou a união previamente, ela afirma que até aquele momento foi apenas filha, mas a partir de agora deve dedicar obediência ao mouro, seu marido. O duque influenciado pela reputação, liderança e autoridade do acusado, e pela força narrativa da jovem, é persuadido e considera a explicação de OTELO verdadeira e confirma a escolha conjugal da jovem, para a frustração de BRABANCIO. O amor recíproco nasce de um discurso narrativo de heroísmo de um, associada a reação piedosa de outro. Ele determina que o mouro, imediatamente, vá até a ilha de Chipre e a defenda da invasão dos turcos. DESDEMONA insiste em acompanhar o marido. É neste segundo cenário territorial, desprotegido da civilidade social veneziana, que o caráter destrutivo da relação de poder tecida por IAGO em relação a OTELO irá se firmar.

A armação turca afunda devido a uma forte tempestade, SHAKESPEARE nos avisa que a batalha a ser travada na ilha não será através da violência física, mas sim pela violência simbólica

das palavras, tendo como principais interlocutores DESDEMONA, RODRIGO, CASSIO e OTELO, que serão alvos passivos da manipulação discursiva dissimulada de IAGO.

### **3.2 Otelo em Chipre: a decisão justa que se torna injusta**

O primeiro navio a chegar é o de CASSIO, o segundo é o que traz RODRIGO, DESDEMONA, IAGO e sua esposa EMILIA. O navio de OTELO é visto ao longe e CASSIO cumprimenta DESDEMONA beijando sua mão, sem segundas intenções. IAGO observa o ato atentamente e explica, através de um solilóquio, como irá reconstruir o sentido narrativo deste ato, desprovido de malícia para os padrões venezianos de cortesia, e interpretá-lo em novo contexto a favor de seus planos de destruição, que incluem usar CASSIO, RODRIGO e DESDEMONA para destruir OTELO.

Nesta perspectiva, IAGO inicia sua batalha linguística para controlar a seletividade de OTELO, numa ardilosa relação interativa de poder, fazendo com que ele mesmo assuma atos de ciúme mortais que irão leva-los a destruição, com a ajuda de um aliado veneziano. Ele usa o interesse amoroso de RODRIGO por DESDEMONA, para controlar a sua seletividade de aderência ao plano de poder. Para tanto, depois que OTELO chega e revela que haverá uma celebração, IAGO inventa para RODRIGO uma imagem vulgar de DESDEMONA, enfatizando que, assim que se cansar sexualmente de OTELO, ela procurará outro para se satisfazer, para tanto CASSIO deve ser destruído porque ele poderia vir a atrapalhar os planos amorosos.

RODRIGO, no meio da festividade comemorativa da cidade, tem a sua seletividade controlada por IAGO, aceitando provocar uma briga com o embriagado CASSIO, que foi estimulado a beber pelo alferes. Isto resultará em simbólica e estratégica interrupção da noite de núpcias de OTELO, pois o governador MONTANO é esfaqueado por CASSIO quando tenta contê-lo. RODRIGO toca o alarme legal da cidade, manipulado por CASSIO.

IAGO cria a cena teatral perfeita para que OTELO tome a decisão jurídica de afastar CASSIO do cargo de tenente, arruinando a sua reputação, liderança e autoridade. Diante da tristeza do veneziano, mais uma vez usando o exercício da violência simbólica, que confere efeitos de verdade em sua fala, assegura ao mesmo que ele poderia usar DESDEMONA como intermediária para reatar as boas relações com OTELO. Em mais um solilóquio, ele confia ao espectador sua intenção de construir a narrativa de romance entre CASSIO e DESDEMONA – que o público sabe não acontecer na realidade do fato em si – como mecanismo de despertar o lado *homo demens* e fortemente ciumento de OTELO. A teia de aranha de poder está praticamente tecida para que CASSIO, OTELO e DESDEMONA, depois que a constituírem, nela se enredem.



CASSIO pede a um empregado de OTELO que afaste o mouro para que ele possa conversar em particular com DESDEMONA. A jovem, sem qualquer malícia, e completamente alheia as armadilhas linguísticas de IAGO, promete fazer de tudo para que seu marido o perdoe. OTELO e IAGO retornam, mas CASSIO vai embora sem falar com o mouro, despertando suspeitas do general. IAGO, então, inicia a articulação narrativa de manipulação e construção de verdade da narrativa de adultério na mente de OTELO. Ele passa a sugerir, abertamente, que CASSIO e DESDEMONA estão envolvidos em um romance, usando como argumento as diferenças morais e culturais entre os cônjuges – em Veneza o adultério seria uma prática mais recorrente do que no Norte da África. Ao final, provando ser alvo passivo na manipulação linguística de IAGO, OTELO professa a honestidade do alferes, na mesma medida que passa a desconfiar de sua esposa.

Em sequência desafortunada e favorável ao plano de IAGO, DESDEMONA aparece e pede ao marido que perdoe CASSIO, provocando no mesmo uma reação de ciúme emocional profunda e imediata. OTELO começa a passar mal antes do jantar, DESDEMONA oferece a ele um lenço, com estampas de morango, que o mouro deixa cair, alegando ser muito pequeno.

Enquanto o casal vai para o jantar, a empregada EMILIA apanha o lenço e afirma para o público que seu marido IAGO sempre quis que ela furtasse para ele. Ao receber o objeto, IAGO se regozija em revelar que o lenço será uma *prova ocular* da construção infidelidade de DESDEMONA. O general parece não se dar conta de que as provas também seriam narrativas discursivas construídas e que não necessariamente representam o fato em si, que dificilmente vamos alcançar em termos normativos. Quando OTELO exige ter uma prova da infidelidade, IAGO cria a narrativa fictícia, com tom claramente teatral, de que viu CASSIO limpando sua barba com um lenço, que foi o primeiro presente dado pelo mouro, que jura vingança. A seguir, relata um sonho de CASSIO, com cunho erótico.

Mais tarde, ele pede a esposa que mostre o lenço – sequer é capaz de lembrar que esteve em sua testa – há poucos minutos – mas DESDEMONA diz que não o encontra e continua a fazer pedidos em favor do perdão de CASSIO. O lenço é achado no quarto de CASSIO, que o oferece à prostituta BIANCA, sua amante, para copiar os bordados finos.

Manipulado emocionalmente por IAGO, OTELO, sem perceber o alcance distorcido de suas próprias emoções, e plenamente convicto da honestidade linguística do alferes, sem reconhecer a manipulação construída, tem um simbólico ataque de epilepsia, que tão ressalta a demência emocional de ciúme o que consome. O uso do close-up, na face de WELLS transmite conceitos-imagem de seus tormentos, que afetam sua certeza moral absoluta. Ele combina com OTELO uma escuta escondida sobre a fala amorosa de CASSIO sobre DESDEMONA. Sem que OTELO perceba,

IAGO não fala sobre a jovem esposa, pois pergunta sobre as intimidades sexuais com BIANCA para CASSIO, que ao rir as confirma. Embora não tenha visto nada de concreto em relação ao suposto “fato em si” do adultério, na mente de OTELO construiu-se uma narrativa ficcional de testemunho em torno da infidelidade de DESDEMONA. IAGO faz uso da violência simbólica como *reputação*, neutralizando, na cabeça do mouro, as possíveis incertezas linguísticas, que poderiam questionar o sentido de verdade moral construída em termos absolutos. Neste instante, BIANCA aparece e repreende CASSIO por pedir que ela fizesse uma cópia de um lenço dado por outra mulher. A mente de OTELO reinterpreta estas conversas enganosas que mal ouviu e acredita estar vendo, com clareza, a cena do delito moral, onde seria a adúltera DESDEMONA. O uso da violência simbólica mostra o seu alcance total. Como fatalidade linguística final, temos o fato de OTELO receber a comunicação oficial de LODOVICO, que chega junto com DESDEMONA, ele estaria sendo chamado de volta para Veneza, deixando o seu lugar CASSIO. O mouro, dominado por seu *homo demens* ciumento afirma que seu coração virou pedra e que ela deve apodrecer no inferno.

É neste momento que o ciclo da relação de poder como controle da seletividade e da construção narrativa ficcional de adultério, como verdade essencial, se operam na mente de OTELO, que acusa, moralmente, DESDEMONA de ser uma prostituta. Não ocorre a OTELO a mínima percepção da linguagem como fruto das convenções sociais, cujo sentido interpretativo pode ser variado e influenciado por valores e emoções. A narrativa probatória construída cria uma convicção de verdade fática absoluta, mas é de fato fruto de uma decisão baseada em interpretação que leva em conta interesses subjetivos. O tempo parece adquirir um significado emocional e imaginário para OTELO, pois o efetivo breve tempo passado – quarenta e oito horas – desde o casamento torna praticamente impossível a realidade do adultério, como foi construído pelas ficções de IAGO.

Conforme destaca HELIODORA, a aceitação da verdade narrativa do adultério leva a sentença da pena de morte, a partir de uma postura moral de OTELO muito rígida, bruta e sincera, completamente diferente dos outros personagens venezianos, acostumados a situações sociais de mais liberalidades ambíguas. Considera o adultério uma desonra absoluta, esta *verdade* libera reações emotivas tão fortes no mouro, que nem mesmo IAGO poderia prever. Para o alferes, ao contrário do mouro, em seu mundo narrativo cínico e niilista, não existe um mundo sem concessões morais. A tragédia vai se sustentar neste confronto intransponível de diferentes pontos de vista morais, que irão influenciar as diferentes interpretações dos fatos e decisões normativas. Nestes termos, IAGO não prova apenas o ciúme em OTELO, mas também o seu

implacável senso de justiça, num ambiente onde ele figura como autoridade máxima para decidir e punir comportamentos desviantes (HELIODORA, 2001, p. 283).

Ao mesmo tempo em que se confirma a ideia de verdade moral para OTELO, a nós espectadores o conceito-imagem de inocência sincera de DESDEMONA é reafirmado com seu discurso de súplica em sua defesa, ao lado de EMILIA. IAGO diz para DEDEMONA que OTELO está preocupado com as questões de Estado e diz a RODRIGO que o plano está sob controle e que ele deve matar CASSIO para evitar que o casal vá embora, mas um erro de posição faz com que CASSIO se salve e acabe matando RODRIGO. A morte de DESDEMONA se aproxima, de forma trágica.

A decisão normativa de OTELO será proferida em breve. O momento crucial da sentença moral – pena de morte - de DESDEMONA se aproxima, percebemos que ela tem ciência de seu destino fatal. OTELO pede a ela para espera-lo na cama, sem a presença de EMILIA. A jovem pede para EMÍLIA colocar os lençóis de núpcias na cama, dizendo que se ela morrer antes dela quer ser enterrada envolvida neles. No filme, ela dorme em posição de morta, com as mãos fechadas sobre seu peito. Acorda com a presença mortal de OTELO, muito próxima, confirma a autoridade do marido, mas reafirma, com dramaticidade, sua inocência em relação à acusação de adultério, sem sucesso.

O mouro invoca a suposta prova do lenço, nas mãos de CÁSSIO, que sabemos ser construída, como suposta representação da verdade essencial. Ela diz, sem sucesso, para OTELO investigar mais e falar com CASSIO. Passaram-se apenas quarenta e oito horas do casamento, ainda não consumado. O amor se transforma em ódio profundo. Seu marido a sufoca, em ato de violência brutal, com um lençol branco, símbolo da sua pureza moral. Quando EMILIA entra em cena com a notícia da morte de RODRIGO, DESDEMONA, que não morre imediatamente, confirma que foi assassinada, mas acaba mudando a sua narrativa para suicídio voluntário antes de morrer, indicando a ideia de perdão final ao marido. Elementos violentos e mortais da tragédia shakespeariana irão se consolidar.

OTELO diz a EMÍLIA que tirou a vida de DESDEMONA como resposta punitiva moral a sua infidelidade. IAGO entra em cena junto com MONTANO e GRAZIANO, e tenta silenciar sua esposa, que neste momento percebe tudo o mal causado por IAGO. Quando ela começa a destruir, ao expor suas reais intenções malignas, o uso da violência simbólica do marido, OTELO ainda parece insistir na honestidade e sinceridade de IAGO. Todavia, quando a EMILIA relata como o lenço foi parar com CASSIO, OTELO, finalmente, se dá conta do exercício destrutivo de poder, como

violência simbólica, a ele dirigido por IAGO, começa a chorar e tenta matar IAGO, mas é desarmado.

IAGO, por sua vez, mata EMILIA, que, caída no chão, assegura ao mouro que sua ama era inocente, mas é levado preso para futura execução, por LODOVIGO E MONTANO, que também querem levar OTELO a julgamento em Veneza. Afinal, sua sentença moral, de impor a pena de morte a uma esposa, com firmes convicções, mas leal e inocente torna o seu injusto e juridicamente abusivo. Antes de se suicidar, aplicando seu rígido senso de justiça a si próprio, OTELO, estando finalmente consciente das possibilidades de construção narrativa da ideia de verdade, faz um discurso de como gostaria que sua imagem discursiva fosse lembrada. Como suposta representação da sua verdade humana, expondo toda a sua humanidade trágica. Reconhece, de forma emocionada e consciente, de que seria ele o responsável por seu destino e pela injustiça abusiva cometida em relação a DESDEMONA, que não sabendo amar, amou demais, que define o seu ser.

#### **4 CONCLUSÃO**

Na esteira do pensamento de MORIN E CABRERA, pudemos adentrar na consciência subjetiva de OTELO e observar, profundamente, como ele, manipulado, no plano emocional e valorativo, por IAGO, constrói na sua mente a ideia de verdade moral absoluta em torno do suposto adultério de DESDEMONIA – segunda premissa do silogismo decisório - que é condenada à pena capital. Testemunhamos como foi fácil para IAGO despertar o ciúme doentio de OTELO e fazer com que ele aceitasse a suposta verdade fática de infidelidade, a prova do lenço, sem maiores dúvidas ou especulações sobre o seu sentido narrativo, passível de reconstrução de sentido maliciosa, fora do seu contexto original. As noções de verdade normativa, linguagem e poder aparecem bem articuladas na tragédia, como nossa análise interdisciplinar procurou demonstrar.

Não se trata, portanto, apenas de um problema subjetivo e localizada na suposta ingenuidade pessoal do mouro, mas de uma potencial fragilidade linguística que afeta a todos nós, já que, na esteira de FLUSSER, não podemos acessar a verdade real, senão através da própria linguagem que a interpreta, influenciada por valores e emoções imprecisas. É esta a parcela de nossa humanidade, ligada a potencial fragilidade dos julgamentos normativos, que a peça nos revela. Na visão HELIODORA, a tragédia de OTELO mostra a insuficiência do amor romântico sincero, quando os mundos morais são distintos. O amor perde a batalha para o poder, sustentado

em relatos discursivos superficiais, que tem por base universos culturais e emotivos tão distintos, como a admiração pelo heroísmo e pela piedade.

O amor surgiu de forma idealista, quase adolescente, entre “um bárbaro errante maduro” e uma jovem “veneziana sofisticada”, que não tiveram tempo para se conhecer efetivamente, já que conviveram apenas por quarenta e oito horas. Tudo isto associado a uma visão moral absoluta do mouro, que reflete uma linguística essencialista, ligada a aceitação de verdade a tudo que *aparenta* ser realidade. No fundo, apesar de toda violência injusta contida na pena capital aplicada, OTELO é um personagem muito complexo. Além de valente, aparece como mais íntegro e mais sincero, ao mesmo tempo que se mostra inflexível e incapaz de aceitar as diferenças morais e perceber a influência dos valores pessoais e emoções na interpretação da narrativa da realidade, tão presentes no âmbito de uma hermenêutica normativa moral ou jurídica. Parece igualmente incapaz de perceber a mentira e a própria reconstrução de sentido interpretativo daquilo que supostamente vê. Em nome de uma ideia absoluta de justiça, acaba por praticar um ato de extrema injustiça em relação a sua esposa.

Em contrapartida, IAGO se mostra muito mais sagaz sobre as emoções humanas e conhecedor das manipulações de linguagem, como exercício de poder interativo de violência simbólica, mas parece também ser dominado por um sentimento de inveja desmesurado e mesquinho, sem limites, que o leva a também se enveredar na mortífera teia de poder por ele construída. Ao destruir OTELO, contando ficções que sabemos serem invenções, cuja presença heroica parece ser insuportável, ela acaba por destruir a si próprio. No início da peça, tanto OTELO como IAGO gozavam das três formas de influência – autoridade – liderança e reputação - no meio social e político em que viviam e terminam mortos, de forma dramática.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Crises da República**. São Paulo: Perspectiva, 1973.

BATE, Jonathan. **The Genius of Shakespeare**. London, Picador, 1997.

BLOOM, Harold. **The invention of the human**. New York: Riverhead Books, 1999.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. São Paulo: Bertrand Brasil, 1998.

CANETTI, Elias. **Massa e poder**, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

FAZENDA, Ivani. **Metodologia da pesquisa educacional**. São Paulo: E. Cortez, 2008.

FERRAZ, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1980.

\_\_\_\_\_. **Direito, retórica e comunicação - Subsídios para uma pragmática do discurso jurídico.** São Paulo: Saraiva, 1973.

\_\_\_\_\_. **Função social da dogmática jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito - técnica, decisão, dominação.** São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica: Ensaio de pragmática da comunicação normativa.** Rio de Janeiro: Forense, 1978.

\_\_\_\_\_. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito.** São Paulo: Atlas, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A microfísica do poder,** São Paulo: Graal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir,** Petrópolis: Vozes, 1981.

\_\_\_\_\_. **As verdades e as formas jurídicas,** Cadernos da PUC – Rio de Janeiro: Série Letras e Artes 06/74.

GHIRARDI, José Garcez. **O mundo fora de pluma: transformação social e teoria política em Shakespeare.** São Paulo: Almedina, 2011.

HARRISON, G. B. **Introducing Shakespeare.** Harmondsworth: Penguin Books, 1962.

HELIODORA, Bárbara. **A expressão dramática do homem político em Shakespeare.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

\_\_\_\_\_. **Falando de Shakespeare.** São Paulo: Ed. Perspectiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **O homem político em Shakespeare.** Rio de Janeiro: Editora Agir, 2005.

\_\_\_\_\_. **O teatro explicado aos meus filhos.** Rio de Janeiro: Agir, 2008.

\_\_\_\_\_. **Por que ler Shakespeare?** São Paulo: Globo, 2008.

HONAN, Park. **Shakespeare, uma vida.** São Paulo, Companhia das Letras, 2001.

JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber.** Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

LEBRAN, Gerard. **O que é poder?** São Paulo: Brasiliense, 1988

LEMON, Rebecca. **Arms and Laws in Shakespeare's *Coriolanus*.** In: *The Law in Shakespeare.* New York: Palgrave Macmillan, 2010.

\_\_\_\_\_. **Shakespeare's Richard II and Elizabethan Politics.** Lido em PDF, artigo não publicado.

LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário n° 75, 1983.

\_\_\_\_\_. **Legitimação pelo procedimento**, Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Penguin Companhia, 2010.

MORIN, Edgard. **A cabeça bem feita, repensar a reforma, repensar o pensamento**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

\_\_\_\_\_. **O Método 5, a humanidade da humanidade**. Porto Alegre: Editora Sulina, 2007.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

OLIVEIRA, Mara Regina de. **O Desafio à autoridade da lei: a relação existente entre poder, obediência e subversão**. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006.

\_\_\_\_\_. **Shakespeare e o Direito**. São Paulo: GEN, 2015.

PADOVANI, Umberto e CASTANHOLA, Luis. **História da Filosofia**. São Paulo: Saraiva, 1969.

ROSS, Alf. **El derecho y la justitia**. Buenos Aires, Eudeba, 1963.

SACCIO, Peter. **Shakespeare's English kings**. Oxford, UK: Oxford University Press, 2000.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. São Paulo: Cultrix, 1996.

SHAKESPEARE, William. **Otelo**. In **Tragédias e comédias sombrias: as obras completas**; tradução Bárbara Heliodora. Rio de Janeiro: Nova Aguiar, 2006.

WATT, Gary. **Shakespeare and Law**. Portland: Hart Publishing, 2008.



**GP8**

# **BIOPODER, VIOLÊNCIA E DIREITOS HUMANOS**

Coordenação:

Profa. Dra. Camila Holanda Marinho (UECE)

Prof. Dr. David Oliveira (UFC)



# ANÁLISE DAS POLÍTICAS DE LOBBY E DE FINANCIAMENTO ELEITORAL DA INDÚSTRIA ARMAMENTISTA NO CONTROLE DE ARMAS E DESARMAMENTO

*Cristiano Buoniconti Camargo*

**RESUMO:** O trabalho busca investigar a atuação de *lobby* e de financiamento eleitoral da indústria bélica. Tem por objetivo compreender como tem sido a sua atuação política com foco especial no período eleitoral de 2010 e 2014. Verificou-se que os que defendem a ampliação do comércio de armas tem próxima relação com a indústria armamentista. Uma das frentes de atuação tem sido o convencimento da população que o Estatuto do Desarmamento precisa ser revogado e que a posse de arma de fogo é imprescindível para defesa pessoal. A indústria bélica tem tido sucesso em eleger representantes alinhados com tal forma de pensamento, ainda que se possa verificar que o desarmamento representa uma importante medida na luta contra a violência, não existindo nenhum país com baixas taxas de homicídio que não tenha implementado formas de controle de armas de fogo.

**Palavras-chave:** Indústria armamentista. Armas de fogo. Violência. Desarmamento. Doações eleitorais. *Lobby*.

## 1 INTRODUÇÃO

Muito se estuda sobre o tema do controle de armas de fogo. O assunto é debatido mundialmente, sendo alvo de intensa polêmica e batalha política. Pode-se arriscar dizer que os Estados Unidos são o lugar que a questão é debatida mais intensamente, quiçá pelo fato de que o país elevou o direito de portar armas como um direito fundamental do indivíduo, constando como uma das suas garantias constitucionais primordiais desde 1791; e pelo outro fato de que o país tem sofrido com constantes assassinatos em massa e possui um elevado número de mortes por armas de fogo. No entanto, a discussão pública que é feita, em geral, não tem sido qualificada, servindo como um instrumento de polarização entre duas visões de mundo, de um lado uma mais liberal (termo aqui empregado significando posições que se aproximam do pensamento de esquerda e de uma posição mais progressista nos assuntos relativos à moral) que defenderia um maior controle sobre as armas de fogo e de outro um mais conservador, que defenderia o direito individual de portar armas. O debate não tem avançado principalmente porque envolve interesses que não são manifestados publicamente, aqui especificamente o da indústria armamentista, que jamais revela que seu posicionamento a favor das armas decorre do simples interesse de autopreservação e expansão econômica de seus negócios.

No Brasil a discussão tem se encaminhado para uma forma similar à Norte-Americana com uma polarização dos que defendem maior uso de armamentos – sobretudo por parte da direita – e de outro dos que defendem maior controle – normalmente associado a posicionamentos de esquerda. Ao mesmo tempo, um intenso trabalho de bastidores tem sido patrocinado pela indústria armamentista para revogar o Estatuto do Desarmamento e aprovar legislações mais permissivas ao comércio de armas.

O presente artigo busca investigar a indústria armamentista e sua atuação na defesa do armamento, que tem uma atuação de bastidores, de baixa transparência e com interesses manifestados de maneira camuflada, se aproveitando de posicionamentos políticos conservadores para carregar sua pauta. O objetivo deste artigo é compreender e testar com uma lente analítica o processo de mudança de política que caminhou inicialmente para uma maior regulação de armas e que agora tende a mudar, com uma legislação mais permissiva.

## 2 A INDÚSTRIA ARMAMENTISTA E CONTROLE DE ARMAS

O *lobby* da indústria armamentista e tabagista tem sido apontado como um dos mais deletérios, pois é um que contrapõe dois valores: de um lado o interesse industrial de venda e expansão de sua mercadoria; e de outro as mortes que essa expansão eventualmente pode causar. Frequentemente a atividade lobista é apresentada de uma forma um tanto quanto maniqueísta, podendo contribuir para uma visão distorcida em geral da atividade de *lobby* e associando-a necessariamente a atividades eticamente questionáveis ou mesmo ilegais. Buscaremos fugir desse tipo de abordagem, para buscar apresentar como tem se dado a atuação da indústria armamentista, quais tem sido os seus alvos e quais resultados têm obtido.

A indústria bélica pode ser definida como o “conjunto das atividades industriais que tem por função a fabricação e a venda de armas” (AMORIM, 2001, p. 104). Pode-se dizer que a indústria armamentista é concentrada em um pequeno número de grandes empresas. Em 2001 levantou-se que existiriam tão somente 43 empresas de armamentos *stricto sensu* (*ibid.*, p. 106). Para tratar da indústria armamentista primeiramente é preciso identificar quais são as principais indústrias do país. Em levantamento de empresas habilitadas como fornecedoras governamentais sob o CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas) correspondente a fabricação de armas de fogo e munições (código id número 2550102), constavam apenas cinco empresas: a IMBEL, Companhia Brasileira de Cartuchos, Forjas Taurus SA, Amantino e CZ Armas do Brasil (a última não é fabricante propriamente dito, mas apenas um importador e distribuidor de armas de fogo, por vezes colocando a marca própria no armamento importado).

Ainda assim, mesmo com a quantidade relativamente pequena de empresas atuantes no Brasil, este setor se destaca como um dos maiores exportadores de armas leves do planeta, com receitas de exportação em US\$ 591 milhões, atrás apenas dos EUA, com vendas de US\$ 1,1 bilhão, seguida pela Itália, com US\$ 689 milhões (HOLTOM, 2017, p. 17). A partir do levantamento feito por Marques Filho (2017) elencamos as principais indústrias bélicas do país, abrangendo a fabricação de armamento e material bélico, com seu nome, seguido, entre parênteses, de ramo de

produção em que atua e a forma de propriedade: (i) Embraer (aviões civis e militares; misto capital aberto); (ii) Helibras (helicópteros de uso militar; misto capital fechado); (iii) Iveco (caminhões em geral e veículos blindados de transporte e combate para o exército; misto capital fechado); (iv) Amadeo Rossi (armas de fogo voltadas para tiro e caça esportivo; privada); (v) Forjas Taurus (armas leves tais como pistolas, revólveres e submetralhadoras; privada de capital aberto); (vi) Companhia Brasileira de Cartuchos – CBC (munição e acessórios; privada de economia mista); (vii) Indústria de Material Bélico do Brasil – IMBEL (armas portáteis, explosivos e equipamentos de comunicação para o Exército; empresa estatal vinculada ao Ministério da Defesa); (viii) AVIBRAS (blindados militares, artilharia antiaéreas, explosivos, aeronaves não tripuladas, foguetes e mísseis; privada de capital fechado).

A Taurus é uma das mais importantes atuantes nesse quadro, sendo uma das mais tradicionais fabricantes de armas do país. Atualmente, a empresa produz de revólveres a submetralhadoras, com seu arsenal sendo exportado para 70 países e está listada na Bovespa. Cabe notar que a Taurus passou a ser controlada pela Companhia Brasileira de Cartuchos (CBC), que é a maior fabricante de munição do país. A CBC, por sua vez, foi fundada em 1926 e conta com duas fábricas. A empresa exporta cerca de 70% de sua produção para mais de 40 países e produz munição militar e para segurança pública. A empresa também fabrica três modelos de armas – uma para uso policial, e outras duas para caça esportiva (MARQUES FILHO, 2017, p. 249).

Temos também a Indústria de Material Bélico do Brasil, que é uma estatal vinculada ao Ministério da Defesa. Criada pela Lei 6.227, de julho de 1975, a Imbel fornece armas portáteis, munição, explosivos e equipamentos de comunicação para o Exército. Já a Amadeo Rossi é uma empresa centenária, fundada em 1889 em Caxias do Sul (RS) e que fabrica armas de fogo, com foco em tiro esportivo. Por fim, cabe destacar a Odebrecht Defesa e Tecnologia, criada em abril de 2011, após comprar o controle da Mectron, uma fabricante de mísseis. Entre os projetos nos quais estava envolvida está a instalação de um estaleiro e de uma base naval para construir e operar submarinos convencionais e um nuclear. Com o desenvolvimento das sanções judiciais nos processos da Lava Jato a empresa ficou proibida de licitar e de obter empréstimos, resultando na venda de parte da companhia para uma empresa israelense e para a Avibras (FRIEDLANDER, 2015).

As indústrias brasileiras são responsáveis por boa parte do armamento que circula no país, sendo que boa parte das armas faz parte do mercado ilegal. O Instituto Sou da Paz revelou que 40% das armas apreendidas vieram de condições legais, em que foram fabricadas no Brasil e possuíam um registro, ou seja, o mercado legal e o mercado ilegal estão intimamente ligados.

Armas antes legais, por meio de furtos e assaltos de armas, ou mesmo dentro de instituições com grandes portes de armas, como a Polícia, Forças Armadas ou da Segurança Privada, passam para a ilegalidade. Os outros 60% incluem armas brasileiras exportadas que voltaram por meio do contrabando ou armas estrangeiras que também entraram no país por meio de contrabando (MARTINS, 2017). Conclui-se, também, que a produção industrial de armas de fogo está concentrada em algumas poucas empresas.

Cabe destacar que a indústria de armas é altamente dependente das verbas públicas, já que seus principais clientes são as forças armadas e a polícia, notadamente a polícia federal e as polícias militares estaduais. As empresas de armamento, para defender os seus interesses, criaram a Associação Nacional da Indústria de Armas e Munições (Aniam) e a Associação Brasileira das Indústrias de Materiais de Defesa e Segurança (Abimde). A atuação das associações tem sido feita em duas grandes frentes, uma cujo alvo é o *lobby* legislativo, buscando flexibilizar leis que imponham obstáculos à compra de armas, e a outra cujo alvo é conseguir com que os órgãos do governo comprem as armas dessas empresas para equipar as polícias e agentes públicos de segurança. Considerando a natureza privada dessas associações, não temos uma prestação de contas, o que dificulta saber quem efetivamente as está patrocinando e como são destinados seus aportes. A Associação Nacional da Indústria de Armas e Munições (Aniam) publicamente se declara como recebedora de dinheiro da indústria armamentista, tendo como associadas a CBC, Rossi e Taurus.

A política de guerra às drogas e a criminalidade tem feito com que as ações dos gestores públicos se direcionem cada vez mais compra de armamentos e enfrentamento por meio do confronto bélico. Essa política tem sido uma das responsáveis pela grande quantidade de morte por armas de fogo, também fazendo com que o país figure entre os países em que mais se mata com armas de fogo no mundo. Os dados demonstram que a cada 100 assassinatos registrados em 2015, 72 foram executados por tiro. Na Europa, essa proporção é de pouco mais de 20 pessoas a cada 100. E a tendência brasileira não é de recuo – entre 2005 e 2015 houve um crescimento de 25% (CERQUEIRA, 2018).

A taxa de homicídios do Brasil está em 29,53 por cem mil habitantes, com o país situando-se entre um dos que mais se mata no mundo, com taxas muito mais elevadas do que diversos países que estão em situação de guerra declarada ou de guerra civil. Em 2014 apurou-se que o Brasil teve o número de 59.627 homicídios ao ano, deixando o país como o que tem o maior número absoluto de assassinatos do mundo. Da mesma forma verificou-se que mais de 10% dos homicídios cometidos no mundo ocorrem no Brasil e apurou-se que o crescimento dos homicídios

no Brasil desde 1990 tem tido taxas crescentes apenas nas mortes por armas de fogo, enquanto as outras formas permanecem praticamente inalteradas. Os Estados Unidos, por exemplo, que tem uma taxa que elevada é de 4,88 a cada cem mil habitantes, enquanto países como Itália, Reino Unido, Japão, Canadá, tem taxas de respectivamente 0,78; 0,92; 0,5; 1,68 para cada cem mil habitantes (Ibid., p. 70).

Muito se discute os fatores responsáveis pela elevação dos índices de homicídio e de morte por armas de fogo. Não existe uma resposta simples, mas o que indica ser melhor capaz de responder é uma análise que leva em conta múltiplos fatores para o seu aumento ou diminuição. São fatores que aumentam a violência a grande quantidade de armas de fogo proporcional a população, políticas de segurança pública implementada pelo Estado voltadas para um confronto bélico, baixo controle sobre a venda de armamentos ou das fronteiras e a existência de tensões e conflitos sociais, baixo índice de bem-estar social que pode ser representado em IDH (índice de Desenvolvimento Humano) dentre outros. No Brasil todos estes fatores se juntam, resultando na enorme quantidade de homicídios proporcional a população. O Canadá, por exemplo, tem uma grande quantidade de armas por habitantes, mas, ainda assim, apesar desse fator, consegue manter uma taxa relativamente baixa de homicídios, resultado dos outros fatores que induzem a uma queda nesses índices, tais como grande controle das armas existentes e a não existência de graves conflitos sociais.

Os países que conseguem conjugar todos os fatores positivos apresentam os melhores indicadores, com taxas baixíssimas de homicídio e de morte por arma de fogo. Dentre esses países podemos mencionar os que figuram com as menores taxas mundiais como Andorra, Liechtenstein, Mônaco, Macau, Singapura, Hong Kong, Japão e Polinésia Francesa, todos com taxas em níveis que não superam 0,4 homicídio para cada cem mil habitantes. Todos os listados, inevitavelmente, tem baixo número de armas por habitantes, intenso controle de armas e baixo nível de conflito social.

Por outro lado, os fatores responsáveis pelo aumento dos índices de morte por arma de fogo também são conhecidos, mas são multifatoriais, o que dificulta determinar qual deles foi o responsável pelas grandes taxas de morte por arma de fogo. Dentre os países com as maiores taxas de homicídio podemos encontrar El Salvador, Honduras, Venezuela, África do Sul, Brasil, Colômbia e México, todos com uma conjugação de fatores que elevam os seus índices, como alto grau de conflito social, grandes disparidades sociais, baixo controle de armas de fogo e alto índice de armas proporcional à população (UNODC, 2013).

O Brasil, ao implementar o Estatuto do Desarmamento e outras medidas de controle de armas, indica ter agido em um dos fatores, resultando em redução dos homicídios devido à

implantação dessas medidas, ainda que a violência continue a atingir de maneira muito distinta grupos específicos como população negra e os que vivem em áreas periféricas das cidades (GOMES, 2016, p. 128).

## **2 A ATUAÇÃO DA INDÚSTRIA BÉLICA: FINANCIAMENTO ELEITORAL E LOBBY LEGISLATIVO**

Para pensar a política e especificamente o *lobby*, Luke (2005, p. 15) analisa especificamente os múltiplos aspectos do poder, considerando-o como um fator social multidimensional, que o poder e a democracia estão intrinsecamente relacionados e que existem fontes de poder não-coercitivas muito importantes hodiernamente. Para ele o poder é exercido de três maneiras: poder de decisão, poder de não-decisão e o poder ideológico. Pode-se dizer que a indústria armamentista tem se valido de todas estas formas de poder, mas especificamente atuado de forma intensa no campo ideológico, buscando associar o armamento à defesa de direitos fundamentais.

Em 24 de maio de 1999 uma reportagem na Folha de São Paulo anunciava que o *lobby* a favor do porte de armas estava se organizando no Brasil. Menciona a criação no mês anterior da primeira associação para defender o direito de comprar e portar armas, a Associação Nacional de Proprietários e Comerciantes de Armas (ANPCA), com sede no Rio, e surgida em razão de decisão do Ministério da Justiça de elaborar um projeto para proibir a venda de armas para civis no país. Nota-se a participação direta dos fabricantes de armamentos que visualizavam uma perda de receitas com o controle aumentado (FRANCO, 1999).

Desde então o *lobby* da indústria armamentista tem atuado de forma mais intensa, justamente para fazer frente ao avanço das políticas de desarmamento. Isso se reflete também no aumento de doações para campanhas eleitorais, com o interesse de avançar projetos legislativos favoráveis a um controle menor de armas. Nas eleições de 2014 a Forjas Taurus teve como valor total das doações o valor de R\$ 780.000,00, com doações no valor de R\$ 155.000,00 para o partido DEM, R\$ 50.000,00 para o partido progressista e diversas doações individuais. O valor doado pode ser ainda maior, considerando que muitas das doações empresariais no Brasil tem se processado de forma ilegal, o que impede uma análise adequada do quanto foi efetivamente vertido para os candidatos e partidos.

A atuação legislativa da indústria armamentista está intimamente ligada com a forma com que os *lobbies* empresariais têm se dado no país. Historicamente o desenvolvimento industrial se deu em um Estado centralizado e intervencionista, nos moldes desenvolvidos por Getúlio Vargas, a relação era predominantemente institucional, modelo que se manteve ao longo dos anos, com,

paulatinamente, certa abertura para a representação individual dos interesses das empresas. Com a redemocratização, abriu-se caminho para uma representação mais próxima da feita nos moldes pluralistas dos Estados Unidos (DINIZ, 1999, p. 8).

O autointeresse (SIMON, 1991) parece ser bastante relevante nas decisões dos políticos que defendem a indústria armamentista, já que conforme se analisará a seguir, o financiamento de campanha tem abarcado parte substancial do financiamento de alguns políticos. Temos, assim, o interesse do político em se eleger utilizando desse dinheiro que está disponível para aqueles que se alinham aos projetos políticos da indústria armamentista.

Os que atuam no processo político buscam alianças com atores dos diversos níveis governamentais que possuem ideias políticas semelhantes, tais como legisladores, burocratas, líderes de grupos de interesse, juízes, investigadores e intelectuais. Notamos que os esforços da indústria armamentista têm sido focado no legislativo, especialmente o Estadual e Federal, o que decorre logicamente do seu interesse em no plano Estadual conseguir uma boa inserção na venda para a Polícia Militar e no plano Federal de uma legislação mais permissiva no tocante a venda de armas nacionalmente, bem como contratos com as forças armadas.

As comissões permanentes são um dos locais em que atuam os representantes da indústria bélica, consistindo estas em órgãos técnicos previstos no Regimento Interno da Casa e constituídos de deputados, tendo como objetivo discutir e votar as propostas de leis que serão apresentadas à Câmara. As Comissões também emitem opinião técnica sobre o assunto, por meio de pareceres, antes de o assunto ser levado ao Plenário; decidem se aprovam ou rejeitam proposições, sem a necessidade de passarem elas pelo Plenário da Casa; tem ação fiscalizadora, atuando como mecanismos de controle dos programas e projetos executados ou em execução, a cargo do Poder Executivo (CÂMARA, [2018]). Dentre as diversas comissões algumas têm especial interesse da indústria bélica, nessas se incluem a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC, com papel importantíssimo na capacidade de veto, já que todas as proposições passam por esta comissão; a Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços (CDEICS), por representar o interesse industrial em geral; a Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM), nesse caso especificamente para barrar projetos que de alguma forma restrinjam a circulação de armas; a Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional (CREDN) e a Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado (CSPCCO), ambas especificamente focadas na área de segurança. No Senado destacam-se de especial interesse a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania; Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional; Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa.

A Frente Parlamentar da Segurança Pública tem congregado grande parte dos parlamentares favoráveis à indústria armamentista, sendo portanto denominados de “bancada da bala”. Verificou-se que dos 33 titulares da comissão de segurança pública, 17 são parlamentares pertencentes às Polícias Militar, Civil e Federal, Exército e Bombeiros (FERRAZ, 2018).

Conforme o levantamento em que se consultou os integrantes nas Comissões da Câmara alinhados com a bancada da bala na legislatura de 2015 a 2019, notamos que tem ampla maioria na CREDN (21 de 34) e CSPCCO (30 de 34). A CDEICS (9 de 19) tem praticamente metade dos seus integrantes pertencentes a este grupo e mesmo na CDHM há número expressivo de parlamentares (5 de 17), dificultando o avanço de pautas efetivamente voltadas para a proteção dos direitos humanos.

O financiamento de campanha de deputados pertencentes à “Bancada da Bala” tem sido expressivo. Em 2010, as empresas doaram R\$ 2,5 milhões a 11 deputados federais, dois senadores e um deputado estadual. No ano de 2014 foi doado R\$ 1,73 milhão para as campanhas de 30 candidatos. Podemos observar que as doações envolveram doações diretas para 20 candidatos, dos quais 16 foram eleitos. O que mais chama a atenção é a expressiva doação para o partido Democratas, que recebeu 19,9% de todas as suas doações provenientes da fabricante de armamentos Taurus.

A eleição de 2014 foi a última que permitiu a doação de pessoas jurídicas a campanhas políticas, já que em 2015 o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional essa forma de financiamento. Se por um lado a proibição apoia-se na busca de evitar os abusos do poder econômico e mesmo da corrupção, por outro lado corre-se o risco de que as doações empresariais ocorram de forma oculta por meio de doações ilegais ou mesmo por meio transversos, como doações de pessoas físicas do corpo de diretoria de empresas. Tudo isso resultaria em menos transparência e maior dificuldade de controle.

A Companhia Brasileira de Cartuchos tem também tido uma atuação intensa no *lobby* legislativo, conforme levantamento a partir de dados do TSE das eleições de 2014, com doações declaradas no total de R\$ 620.000,00, dessas R\$ 130.000,00 ao PTB (Partido Trabalhista Brasileiro) e R\$ 75.000,00 ao DEM (Democratas). Dentre as doações específicas para candidatos destaca-se a doação para Daniel Elias Carvalho Viela no valor de R\$ 70.000,00 e para Darci Pompeo de Mattos (PDT), Rubens Moreira Mendes Filho (PSD) e Onyx Dornelles Lorenzoni (DEM), todos os três com doações individuais recebidas no valor R\$ 50.000,00. Diversos outros candidatos receberam doações da indústria armamentista em valor próximo a R\$ 30.000,00, tendo sido eleitos 80% (12 de um total de 15) dos candidatos que receberam tais recursos.



Pela análise das doações notamos que os partidos PTB e DEM ambos receberam doações significativas da Companhia Brasileira de Cartuchos. A doação partidária figurava como um mecanismo que permite que as doações fiquem ocultas e não se saiba exatamente quais candidatos exatamente receberam os valores doados. Da mesma forma as doações partidárias indicam a forte ligação desses partidos com a indústria armamentista e a defesa de seus interesses.

Nas eleições de 2014 a Forjas Taurus S.A. teve como valor total das doações o valor de R\$ 780.000,00, com doações no valor de R\$ 155.000,00 para o partido DEM, R\$ 50.000,00 para o partido progressista. A partir de dados coletados de informações do Tribunal Superior Eleitoral com as informações da respectiva empresa nas eleições do ano de 2014, pode-se notar que as doações partidárias da empresa representam quantia substancial das doações partidárias, representando 19,9% das doações totais recebidas pelo Democratas, 2,6% do PSC (Partido Social Cristão) e R\$ 6,4% do PP (Partido Progressista). Os candidatos à época que lideraram o recebimento de doações foram Onyx Dornelles Lorenzoni (DEM), Nelson Souza Leal (PSL) e Efraim de Araújo Morais Filho, todos recebendo individualmente o valor de R\$ 50.000,00. Novamente os candidatos que receberam doações tiveram alto êxito nas eleições, novamente com 80% eleitos (16 de um total de 20).

No Brasil o *lobby* tem usado de ferramentas sofisticadas que buscam agregar uma massa de manobra de apoio de conservadores entrelaçando conceitos de soberania, segurança nacional e liberdade individual. Da mesma forma temos o fenômeno das portas giratórias, que é o fenômeno em que agentes públicos que atuavam no setor de fiscalização, quando entram para a reserva passam a atuar no setor privado. A estratégia de aproximação do setor público pela indústria tem rendido resultados, em especial através dos elevados gastos do Estado brasileiro com armamentos, empréstimos subsidiados e benefícios fiscais para as empresas. O setor conta com diversos incentivos tributários, como isenções de pagamento de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e PIS/Pasep. Da mesma forma o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) é tradicionalmente um fornecedor de capital subsidiado ao setor, em especial para a Taurus. Apenas em 2013, a empresa recebeu R\$ 32 milhões da instituição financeira (GOMES, 2013).

Um dos problemas da atuação do *lobby* de armas está em evidências que este liderou um esforço agressivo para limitar o que sabemos sobre armas de fogo. Nesse aspecto eles tem sido muito bem-sucedidos (MAYORS, 2013, p. 3-5), com táticas como: suprimir a ciência, promover armas como solução para questões de segurança, agir diretamente na formulação das políticas de

segurança e restringindo o discurso sobre armas. Uma das táticas de atuação da indústria bélica tem sido o de associar a liberdade individual com a posse de armas. Assim, a defesa da indústria armamentista passa a ser uma cruzada carregada pelo valor da liberdade sendo levantada por aqueles que procuram derrotar as tentativas governamentais de prevenir lesões e salvar vidas. Ao promover a liberdade individual, os *lobbies* de interesses especiais frequentemente influenciam a legislação e os regulamentos de maneiras que não apenas prejudicam o bem público, mas também reduzem a liberdade de muitos indivíduos (BAKER, 1980, p. 573).

Dentre a legislação existente no Brasil que mais afeta a indústria bélica pode-se mencionar a Lei Federal 10.826/2003, o Estatuto do Desarmamento, que é lei federal em vigor desde 2003 e criada com o objetivo de restringir o comércio e o porte de armas. O Brasil também ratificou Protocolo contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Peças, Componentes e Munições (Parte do Protocolo de Palermo) e é signatário do Tratado de Tráfico de Armas (ATT), porém o texto ainda carece de ratificação pelo Congresso Nacional.

Conforme analisado anteriormente, a mudança da composição do Congresso, com inúmeros parlamentares pertencentes a bancada da bala, surgiram condições favoráveis para a aprovação de legislações benéficas à indústria armamentista e mesmo de reforma das normas existentes. Um dos principais focos dessa atuação tem sido o Estatuto do Desarmamento, que ao longo dos seus 14 anos de vigência, sofreu diversas modificações, no geral, abrandando as exigências. Algumas dessas mudanças ocorreram em dezembro de 2016 por meio do Decreto nº 8.935 do presidente Michel Temer, que ampliaram a validade da licença para porte de armas para civis, de três para cinco anos, e de três para dez anos, a validade do documento que comprova capacidade técnica. Outra modificação se deu também por meio do decreto nº 8.938 também de dezembro de 2016, que autorizou a doação de armas apreendidas aos órgãos de segurança pública e às Forças Armadas.

Em outubro de 2015 ocorreu uma virada histórica na política que vinha sendo desenvolvida na política de desarmamento, quando a Câmara dos Deputados aprovou por 129 votos a favor e 8 contra o texto-base do projeto que revoga o Estatuto de Desarmamento. A legislação cria em seu lugar o Estatuto de Controle de Armas de Fogo e asseguraria a todos os cidadãos, a partir de 21 anos, o direito de possuir e portar armas, para defesa própria e do patrimônio, bastando cumprir requisitos legais. A ação começou quando uma comissão especial da Câmara dos Deputados, composta por cinco deputados que tiveram suas campanhas financiadas pela indústria de armas, integrantes da chamada bancada da bala. Dentre os integrantes estava Marcos Montes (PSD-MG), que recebeu R\$ 15 mil da Taurus e a mesma quantia da CBC em 2014. Os outros parlamentares

integrantes todos tiveram as suas campanhas financiadas pela indústria armamentista, são eles Gonzaga Patriota (PSB-PE), Nelson Marchezan Júnior (PSDB-RS), Pompeo de Mattos (PDT-RS) e Edio Lopes (PMDB-RR).

Dados do Instituto de Pesquisas Aplicadas (IPEA) indicam que a política de controle de armas vigente no país poupou mais de 160 mil vidas entre 2004 e 2012, sendo que 31 mil apenas em 2012. Além disto, o Estatuto do Desarmamento foi responsável pela queda de 12,6% nas taxas de homicídio do país (RICHARD, 2013). O texto do estatuto também previa, para 2005, a realização de um referendo popular. Naquele ano, a população respondeu sim ou não à questão da proibição da venda em todo o território nacional – 64% dos eleitores votaram pela não proibição. O *lobby* armamentista teve resultado no referendo o apoio dado ao “Não”, cujo financiamento veio quase todo das Forjas Taurus e da CBC, arrecadou algo como R\$ 5,5 milhões, enquanto a campanha do “Sim” não passou da metade disso. Em setembro de 2003 uma pesquisa do Ibope apontava que 80% da população votariam a favor da proibição, na data do pleito 63% dos eleitores optaram pelo “Não”, excluindo o respectivo artigo da Lei 10.826 (MARTINS, 2017).

A Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado tem sido uma das comissões atuantes na busca da revogação do Estatuto do Desarmamento, sustentando diferentes interpretações legais sobre posse e porte de arma de fogo, o que permitiria mais uma linha de ampliação de mercado para a indústria armamentista. O deputado Onyx Lorenzoni (DEM-RS), um dos deputados que foi financiado com altos recursos da indústria armamentista, tem atuado intensamente na Frente Parlamentar em Defesa da Segurança Pública. Outra linha de atuação parlamentar tem se dado por meio da “A Frente Parlamentar Mista Armas Pela Vida”, que é integrada por deputados federais e senadores que apoiam flexibilizações na legislação sobre armas de fogo, além de pesquisadores e especialistas em segurança pública.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No presente trabalho buscamos analisar quem são os atores políticos que defendem a ampliação do comércio de armas e a sua relação com a indústria armamentista. Notamos que a atuação da indústria armamentista foi muito pautada pela experiência norte-americana de *lobby* empresarial intenso por parte dessa indústria. Uma das frentes de atuação tem sido o convencimento da população que o Estatuto do Desarmamento precisa ser revogado e que a posse de arma de fogo é imprescindível para defesa pessoal. A estratégia muito bem-sucedida tem sido a de apoiar grupos de direita para que carreguem a bandeira do armamento, apresentada como panaceia para resolver os problemas da segurança pública do país.

Também tem tido sucesso a indústria de armamentos em conseguir eleger representantes no Congresso e no legislativo estadual para apoiar projetos legislativos de seu interesse. Da mesma forma o próprio governo através de suas forças de segurança tem sido um dos maiores clientes da indústria armamentista, resultando que diversos esforços são feitos por parte do *lobby* das armas para avançar a compra de armamentos e incentivos fiscais para a sua produção ou mesmo financiamento de suas atividades por meio de empréstimos do BNDES.

A indústria de armamentos possui a peculiaridade de ter como seus principais clientes os governos das mais diversas instâncias. Por um lado, isso a torna amplamente suscetível ao rumo das políticas públicas e das estratégias nacionais e geopolíticas; por outro, incentiva o *lobby* – e a captura – privados sobre os agentes do Estado. E também nessa indústria o fenômeno das portas giratórias fornece conexão entre interesses públicos e privados, com representantes circulando regularmente entre posições nas companhias, no poder Executivo e nas Forças Armadas.

Ainda que tenha sido possível observar que a indústria armamentista doou quantia substancial para a campanha de candidatos, com o julgamento em 2015 pelo Supremo Tribunal Federal que julgou inconstitucional as doações empresariais será necessário estudar os seus efeitos futuros. No entanto, mesmo com o fim das doações estamos imersos em uma cultura de enfrentamento violento, que defende que o sucesso dos agentes de segurança pública seria resultado apenas de quem tiver mais armas. Para os políticos, o discurso demagógico e simplista tem sido muito eficaz na obtenção de votos.

O resultado dessa política já se conhece bem, vimos que o Brasil figura entre os países mais violentos, que tem a maior taxa e o maior em número absoluto de assassinatos. As causas foram vistas como causadas por motivos multifatoriais, mas por meio da análise comparativa pudemos verificar que o desarmamento representa uma importante medida na luta contra a violência, não existindo nenhum país com baixas taxas de homicídio que não tenha implementado formas de controle de armas de fogo. Mas resta certo que esta é apenas uma das ações para a diminuição dos índices de violência, sendo necessário ser conjugado com outras medidas, como a melhora dos indicadores sociais e enfrentamento das causas da violência.

## REFERÊNCIAS

AMORIM JÚNIOR, Wanderley Ferreira. **Indústria Bélica Brasileira: subsídios para uma avaliação**. Revista Militar de Ciência e Tecnologia, Vol. XVIII, 2001.

BAKER, Susan P. **On lobbies, liberty, and the public good**. 1980.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **O papel das comissões permanentes**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes>>. Acesso em julho de 2018.

CERQUEIRA, Daniel et al. **Atlas da violência**. 2018.

DINIZ, Eli; BOSCHI, Renato. **O Legislativo como arena de interesses organizados: a atuação dos lobbies empresariais**. Locus-Revista de História, v. 5, n. 1, 1999.

FERRAZ, Gabriela Cunha. **Sim, existe uma Bancada da Bala**. Ponte, 17 de abril de 2015, disponível em: <<https://ponte.org/sim-existe-uma-bancada-da-bala/>> acesso em jul. 2018.

FRANCO, Célia de Gouvêa . **Lobby a favor de armas se organiza no país**. Folha de São Paulo, São Paulo, 24 maio 1999. Caderno Cotidiano.

FRIEDLANDER, DAVID; RENATA AGOSTINI. **Odebrecht põe à venda negócios de R\$ 4 bilhões e tenta renegociar dívidas**. Folha de São Paulo, São Paulo, 15 de nov. de 2015, Caderno Mercado.

GOMES, Marcel , Daniel Santini. **Armas Para Quem? Política E Economia De Uma Indústria Mortal**. In A Privatização da Democracia - Um catálogo da captura corporativa no Brasil. Vigência, 2016.

SIMON, Herbert A.. **Bounded Rationality and Organizational Learning**. Organization Science 1991, p. 125-134

HOLTOM, Paul; PAVESI, Irene. **Trade Update 2017: Out of the Shadows**. Small Arms Survey, 2017.

MARQUES FILHO, Edmar Abdallah; DA SILVA, Wender Gonçalves; DE SIQUEIRA NUNES, Neuza Maria. **Indústria Bélica Brasileira e Suas Polêmicas Exportações**. LINKSCIENCEPLACE-Interdisciplinary Scientific Journal, v. 4, n. 3, 2017.

MARTINS, Leandra Rajczuk. **Barril de pólvora: Quando a indústria bélica entra em conflito com os interesses da sociedade civil**. AUN - AGÊNCIA UNIVERSITÁRIA DE NOTÍCIAS, 18 de maio de 2017.

MAYORS AGAINST ILLEGAL GUNS. **Access denied: How the gun lobby is depriving police, policy makers, and the public of the data we need to prevent gun violence**. 2013.

RICHARD, Ivan. **Estatuto do Desarmamento reduziu a taxa de homicídios em 12,6%, diz Ipea**. 05/09/13, disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/09/ipea-diz-que-estatuto-do-desarmamento-reduziu-a-taxa-de-homicidios-em-126>>. Acesso em jul. 2018.

SANTI, Maurício Ribeiro de. **Legislativo e armas: os embates sobre o Estatuto do Desarmamento no Congresso Nacional**. Brasília: Senado, 2008.

UNODC. **Global study on homicide 2013: trends, contexts, data**. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, 2013.

# A SEPARAÇÃO DE CRIANÇAS E SUAS FAMÍLIAS NA FRONTEIRA DOS EUA COMO EXPRESSÃO DE UM DIREITO DE EXCEÇÃO

*Karyna Batista Sposato*  
(Doutora em Direito pela UFBA)<sup>1</sup>

*Renata Carvalho Martins Lage*  
(Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS)<sup>2</sup>

**RESUMO:** A chamada política de tolerância zero com os imigrantes, implementada pelo governo dos EUA, resultando na separação das crianças dos seus pais e familiares pode ser compreendida como um agir arbitrário que produz graves violações de direitos humanos contra as crianças e suas famílias tendo como elementos de análise os conceitos de biopoder e direito de exceção (AGAMBEN, 2014), destacando-se o exercício ilimitado do poder do soberano em atendimento a seus objetivos políticos. O objeto central desse trabalho parte do exame do Memorando de 6 de abril de 2018, no qual o presidente Trump endereçou aos promotores federais, medidas prioritárias de combate à imigração ilegal a serem realizadas na fronteira sudoeste do país. A criminalização dos imigrantes considerados ilegais acompanhada da separação das famílias e detenção das crianças em alojamentos precários reflete uma política com feição arbitrária que pode ser interpretada como uma suspensão da ordem jurídica de forma unilateral em desacordo com documentos e preceitos internacionais de proteção da pessoa humana e em particular das crianças. A interseccionalidade (CRENSHAW, 2002) entre a condição de ser criança, ser migrante e de estar em confinamento sem a presença dos pais são fatores que se entrecruzam de modo a agravar ainda mais a vulnerabilidade de uma população que é titular de uma proteção especial em razão de sua idade e condição. Essa condição de sujeitos parece ser negada pelas políticas de intolerância, ao desconsiderar tais indivíduos como pessoas em situação de igualdade com os nacionais daquele país. Tal realidade não é nova na história tendo inclusive ocorrido em relação aos apátridas, que só possuíam visibilidade para o Estado quando criminalizados e capturados pelo poder punitivo (ARENDDT, 1989), ou seja, mais um vez a condição de pessoa é subjugada em detrimento de interesses político-ideológicos de Estado. A construção de um inimigo político produz a despersonalização de sujeitos e a constituição de um direito de exceção. São essas as hipóteses traçadas e ora exploradas no presente texto.

**Palavras-chave:** Tolerância zero. Estado de exceção. Soberania. Crianças e adolescentes imigrantes nos EUA.

## 1 INTRODUÇÃO

Partindo dos conceitos de biopoder e estado de exceção e do exercício ilimitado do poder do soberano em atendimento a objetivos políticos, e tendo a interseccionalidade como fator identificador da situação vivenciada pelas crianças e suas famílias, procura-se analisar a política de tolerância zero praticada pelo governo norte americano contra a imigração dita ilegal, na fronteira entre os Estado Unidos e o México. Com vistas a minimizar os conflitos e o sofrimento das crianças e suas famílias, a Organização dos Estados Americanos (OEA) decidiu na 47ª Assembleia que a Comissão Americana de Direitos Humanos realizará uma visita ao local onde está havendo a

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Diplomada no Terceiro Ciclo pelo Programa de Doutorado em Problemas Atuais do Direito Penal e da Criminologia da Universidade Pablo Olavide (UPO) em Sevilha/ Espanha.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PRODIR) da Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Desenvolvimento Infantil pela UFMG. Pós-graduanda pela ESA/MG e Graduada em Direito pela IBMEC/MG.

separação das crianças de modo a verificar se as medidas internacionais decididas na ocasião estão sendo cumpridas a contento.

Dados coletados pelo Fundo das Nações Unidas pela infância (UNICEF) sobre as migrações e sobre as crianças nas fronteiras, separadas de suas famílias e desacompanhadas reforçam a importância dessa situação extrema ocorrida nos EUA, que merece atenção por parte de toda a comunidade internacional. Os deveres e as responsabilidades do Estado, bem como as infrações cometidas pelo governo norte americano são igualmente objeto de análise.

Sendo assim, o presente texto possui como objeto central, a avaliação do Memorando de 6 de abril de 2018, no qual o presidente Trump endereçou aos promotores federais, medidas prioritárias de combate à imigração ilegal a serem realizadas na fronteira sudoeste do país, que resultaram na separação das crianças de suas famílias trazendo impactos no âmbito internacional e na condição de inúmeras crianças afetadas. Compreender as práticas político-institucionais adotadas e sua repercussão na condição de vida de inúmeras crianças é o foco e a preocupação central que motivam a presente problematização.

## **2 MIGRAÇÕES E GLOBALIZAÇÕES**

A situação das migrações não é um problema apenas enfrentado pelos EUA, mas sim global. De acordo com dados do UNICEF<sup>3</sup>, é possível perceber que, de acordo com o último relatório realizado em 2015, 244 milhões de pessoas no mundo vivem fora do seu país de origem e dentre estes, 31 milhões são crianças. Em 2015, a cada 70 crianças, 1 vivia fora do seu país de nascimento, e em geral, elas se deslocam dentro da mesma região. Aproximadamente 12 milhões dessas crianças, o que corresponde a 40% de todas as crianças migrantes, vivem na Ásia. Na África, a situação também é similar, e juntos, os dois continentes tem 3 a cada 5 crianças migrantes.

Como já é sabido, os direitos fundamentais possuem a função de promover a liberdade e a igualdade do indivíduo que é o titular de interesses e necessidades dentro do Estado. Segundo Pulido (2013, p. 310) “Os direitos fundamentais não são nada mais do que uma institucionalização dos direitos humanos no Estado constitucional democrático”, que dito de outra maneira seria o mesmo que a configuração de um Estado Constitucional Multinível e sendo assim, os direitos humanos podem ser entendidos como “...o fundamento da existência do Estado e têm como finalidade a proteção das capacidades e liberdades básicas do indivíduo, de sua autonomia política e da satisfação de suas necessidades mais prementes.” (2013, Op. Cit. p. 318).

---

<sup>3</sup> Unicef – disponível em: <https://data.unicef.org/topic/child-migration-and-displacement/migration/>. Acesso em 16 jul 2018.



No âmbito da relação indivíduo-Estado, a cidadania, compreendida como a fórmula arendtiana de tratar-se do o direito a ter direitos, deflagra-se como critério – internamente inclusivo e externamente exclusivo – por meio do qual se delimita o grupo de titulares dos direitos por cujo gozo o Estado é o responsável direto. Partindo desse entendimento, os cidadãos nacionais possuem direitos fundamentais diferentes dos estrangeiros quando se considera a soberania estatal de modo clássico, “na qual se considera que a melhor maneira de proteger os direitos humanos, a mais legítima e eficaz é mediante sua institucionalização como direitos fundamentais oponíveis por cada cidadão a seu próprio Estado.” (PULIDO, 2013, p. 313). Na mesma linha de raciocínio, “Se o âmbito estatal é aquele onde por excelência se exerce a democracia, é então no marco do Estado onde deve-se proteger os direitos humanos, e não no contexto internacional e nem no contexto de outros Estados.” (2013, Op. Cit. p. 313).

No tocante às violações de direitos humanos que refletem na cidadania, Arendt destaca

A privação fundamental dos direitos humanos manifesta-se, primeiro e acima de tudo, na privação de um lugar no mundo que torne a opinião significativa e a ação eficaz. Algo mais fundamental do que a liberdade e a justiça, que são os direitos do cidadão, está em jogo quando deixa de ser natural que um homem pertença à comunidade em que nasceu, e quando o não pertencer a ela não é um ato da sua livre escolha, ou quando está numa situação em que, a não ser que cometa um crime, receberá um tratamento independente do que ele faça ou deixe de fazer. Esse extremo, e nada mais, é a situação dos que são privados dos seus direitos humanos. (Arendt, 1989, p. 330).

Dessa forma, a privação de direitos juntamente com a classificação quase que automática do imigrante em inimigo, faz com que haja uma violação de direitos sem precedentes, o que para essa autora seria o mesmo que: “O homem perder todos os chamados Direitos do Homem sem perder a sua qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é que o expulsa da humanidade”. (Arendt, 1989, p. 331). Deste modo, quando o imigrante sai de sua comunidade de origem e não é bem recebido em outra, ele perde sua dignidade.

O fenômeno da globalização alterou sobremaneira a configuração geopolítica e as relações. Ver o estrangeiro migrante como o ‘outro’ não cabe mais em um mundo cujas barreiras se diluíram. Nesta nova configuração, o o poder do Estado é relativizado, como também sua soberania frente a outros governos com o intuito de gerar a cooperação e o intercâmbio internacionais. Vale recuperar a reflexão trazida por Garcia (2010 p. 6735) “A globalização econômica pode estar na base de algumas questões transnacionais, mas não é sua principal fonte e fundamentação, a principal justificativa da necessidade de transnacionalização do direito é a necessidade de proteção do ser humano...”. No mesmo sentido, Castells aduz que “A globalização da economia e da comunicação solapou e desestruturou as economias nacionais e limitou a



capacidade do Estado-nação de responder em seu âmbito a problemas que são globais na origem, tais como as crises financeiras, a violação dos direitos humanos...” (2018, p. 17 e 18).

Diante desse novo e desafiador cenário Bauman acrescenta que “A globalização com todos os seus efeitos colaterais não palatáveis, já não está mais “presente no mundo”, está aqui mesmo, na rua em que vivemos...” (2017, p. 78). E se encarada dessa forma, “Problemas globais pedem soluções globais; nada mais pode dissipá-los (..). A cura radical última, está além do alcance de qualquer país individual, por maior e mais poderoso que seja.” (2017, p. 78). Ou seja, o problema das migrações não é restrito aos EUA, e medidas coercitivas não serão suficientes para acabar com esse fluxo de pessoas que a cada dia aumenta mais. A solução não é unilateral e muito menos baseada em força e opressão.

Ainda sobre as contradições das políticas migratórias tem-se que “...a imigração é um produto natural das políticas econômicas globais, que eles mesmos impulsionaram e que, portanto, é também uma consequência indireta de suas próprias ações.” (Pulido, 2013, p. 323). Ou seja, é a própria economia global a causadora dos fluxos migratórios que os países tentam frear a todo custo.

Deve-se entender a migração, portanto, como um elemento que atinge e traz efeitos para ambos os países já que “...a migração desafia tanto os países de origem como os de acolhida...” pois o imigrante “padece de uma situação de exclusão nos dois estágios. Emigra porque se considera excluído das possibilidades de progresso no seu lugar de origem, e pode experimentar também a exclusão do mercado e da sociedade para a qual se desloca.” (2013, Op. Cit. p. 322).

Diante do exposto,

...deve-se aceitar que a imigração é uma consequência natural da globalização, que implica múltiplas oportunidades de crescimento para os países de acolhida e representa uma via para a proteção das faculdades básicas de um sem-número de indivíduos que não encontram em seus próprios países as condições políticas ou econômicas para levar uma existência digna. A atitude frente ao imigrante deve ser de empatia, solidariedade e confiança, ao invés de rechaço e menosprezo. (2013, Op. Cit. p. 325 e 326).

Neste contexto e em face da necessidade de observância dos direitos fundamentais de seus cidadãos e mais ainda, o respeito aos direitos humanos de qualquer pessoa que cruze a fronteira dos Estados, se faz crucial evitar práticas discricionárias que violem esses direitos.

### 3 A POLÍTICA DE TOLERÂNCIA ZERO

Em dezembro de 2017 o jornal *The New York Times* publicou reportagem<sup>4</sup> a respeito das políticas migratórias realizadas pelo governo Trump e como isso afetou a entrada de estrangeiros no país. Segundo a notícia, o presidente estava inconformado pelo fato de que no primeiro ano de governo dele, até aquele momento, não havia ocorrido alterações significativas relacionadas às migrações, e esse era um tema de crucial importância desde sua campanha presidencial, e os apoiadores estavam cobrando mais ações nesse sentido. Para Trump, as migrações são a causa de vários problemas e os migrantes vêm ao país com o intuito de se aproveitarem das ideias dos nativos brancos trabalhadores (tradução nossa)<sup>5</sup>.

Com o intuito de realizar o que prometeu antes de ser eleito, ele decidiu começar com uma ordem executiva que proibia a entrada de qualquer pessoa proveniente de países os quais a Casa Branca considerasse influenciados pelo terrorismo.

Para ilustrar as ações da política extrema contra as migrações, nos primeiros 100 dias do mandato dele, 41.318 imigrantes ilegais foram capturados no país, refletindo um aumento de 40%. Outra medida foi impedir a entrada deles no continente americano com o estabelecimento de metas anuais. No Governo Obama, a meta era 110.000 imigrantes por ano, e no primeiro ano, Trump reduziu a meta em 50.000 e em 2018 o número alvo foi de 45.000.

Nessa época já havia o plano de separar os pais de seus filhos quando tentassem ingressar ilegalmente no país<sup>6</sup>. É importante contudo, perceber que essa é somente uma vertente da política contra a migração praticada nos EUA atualmente.

Em junho de 2018, essa política de separação de crianças foi implementada como uma política de tolerância zero na fronteira dos EUA com o México<sup>7</sup>, na qual os imigrantes eram tratados como criminosos e punidos com a pena de detenção até a verificação do caso pelas autoridades do país. Nesse processo, crianças que estavam acompanhadas de suas famílias foram brutalmente separadas pois não era permitido que ficassem juntas dos pais se estes fossem

---

<sup>4</sup> Cómo Trump transformó las políticas migratorias de Estados Unidos. Disponível em: < <https://www.nytimes.com/es/2017/12/27/como-trump-transformo-las-politicas-migratorias-de-estados-unidos/>>. Acesso em: 03 set 2018.

<sup>5</sup> “Trump dice que la inmigración es la causa de un sinnúmero de problemas y tomó el cargo con una agenda de metas simbólicas que no tenían ninguna planificación; no se trataba del fruto de un riguroso debate de políticas, sino de interacciones personales cargadas emocionalmente y de un instinto para aprovechar las ideas nativistas de los estadounidenses blancos de la clase trabajadora”. Disponível em: < <https://www.nytimes.com/es/2017/12/27/como-trump-transformo-las-politicas-migratorias-de-estados-unidos/>>. Acesso em: 03 set 2018.

<sup>6</sup> “Conforme se acercaba el nuevo año, los funcionarios comenzaron a considerar un plan para separar a los padres de sus hijos cuando se atrapara a las familias en el momento de ingresar ilegalmente al país, un cambio que los grupos de defensa de los inmigrantes calificaron de draconiano”. Disponível em: < <https://www.nytimes.com/es/2017/12/27/como-trump-transformo-las-politicas-migratorias-de-estados-unidos/>>. Acesso em: 03 set 2018.

<sup>7</sup> Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1049751/download>. Acesso em 29 jun 2018.

detidos por uma situação considerada irregular pelo país. Sendo assim, as crianças foram mantidas sozinhas e em locais insalubres, sem assistência alguma por parte do governo, que optou por considerar qualquer imigrante como inimigo.

Para uma análise mais detida do caso, inicialmente cumpre realizar algumas definições trazidas pelo 'General Coment Nº 6'<sup>8</sup>, elaborado pelo Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. De acordo com esse documento, criança é qualquer menor de 18 anos, e menor desacompanhado, é aquele que está separado de seus pais ou parentes, e se encontra sem a supervisão de um responsável legal; e separada é aquela criança que está sem os pais ou representantes legais, mas se encontra acompanhada de algum parente adulto.

No caso dos EUA, essas crianças estavam originalmente acompanhadas de seus pais ou responsáveis, e em razão de uma política de de separação, elas são consideradas desacompanhadas pelo relatório da ONU. Essa situação é mais grave do que o fato dela chegar ao território sozinha, pois na primeira situação houve uma separação forçada pelas autoridades de um país em que os imigrantes foram em busca de melhores condições de vida e muitas vezes se encontraram em uma situação de maior vulnerabilidade e risco do que a vivenciada em seu país de origem, já que submetidos a uma política de Estado que chega a desconsiderar a família como um bem a ser protegido e tutelado conforme prevê a Convenção dos Direitos da criança da ONU de 1989<sup>9</sup>. Essa Convenção preceitua que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da

---

<sup>8</sup> UN Committee on the Rights of the Child (2005), General Observation No. 6, Treatment of Unaccompanied or Separated Children outside their Country of Origin, CRC/GC/2005/6, 1 September 2005. Definições: “**Unaccompanied children** (also called unaccompanied minors) are children, as defined in article 1 of the Convention, who have been separated from both parents and other relatives and are not being cared for by an adult who, by law or custom, is responsible for doing so.

**Separated children** are children, as defined in article 1 of the Convention, who have been separated from both parents, or from their previous legal or customary primary care-giver, but not necessarily from other relatives. These may, therefore, include children accompanied by other adult family members.

A “**child** as defined in article 1 of the Convention”, means “every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier.” This means that any instruments governing children in the territory of the State, cannot define a child in any way that deviates from the norms determining the age of majority in that State.” Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC6.pdf>. Acesso em 17 jul 2018.

<sup>9</sup> Disponível em: <https://www.unric.org/html/portuguese/humanrights/Crianca.pdf>. Sobre a proteção da criança, a Convenção traz ainda que “Tendo presente que a necessidade de garantir uma proteção especial à criança foi enunciada pela Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança e pela Declaração dos Direitos da Criança adoptada pelas Nações Unidas em 1959, e foi reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (nomeadamente nos artigos 23.º e 24.º), pelo pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (nomeadamente o artigo 10.º) e pelos estatutos e instrumentos pertinentes das agências especializadas e organizações internacionais que se dedicam ao bem-estar da criança;”. Acesso em 29 jun 2018.

liberdade, da justiça e da paz no mundo”<sup>10</sup>. Logo, a atitude dos EUA foi a de negar a dignidade das crianças imigrantes e o direito de estar em família. A própria Convenção valoriza a vê na família uma instituição de enorme importância para o bem-estar de todos os seus membros, sendo “elemento natural e fundamental da sociedade”, e reconhece que a criança “deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão”. Destaque-se o teor do artigo 9º da Convenção que aborda a separação da criança da família:

Os Estados Partes garantem que a criança não é separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem, sem prejuízo de revisão judicial e de harmonia com a legislação e o processo aplicáveis, que essa separação é necessária no interesse superior da criança.

Não é porque os EUA não tenham ratificado a Convenção que se isentem do dever de observar a proteção e o bem-estar das crianças estrangeiras que ali se encontram. Essa é a compreensão de recente resolução da OEA ao colocar que o interesse superior da criança deve sempre prevalecer sobre qualquer medida adotada pelos Estados e, acrescenta-se que os Estados devem exercer a sua soberania, e a segurança nas suas fronteiras, mas cumprindo as obrigações oriundas do Direito internacional, respeitando os Direitos Humanos<sup>11</sup>.

Diante de tal situação, e da crescente pressão internacional, o Presidente Trump assinou um decreto que apesar de manter a política de tolerância zero com os imigrantes, autoriza que as famílias sejam mantidas juntas. Apesar de o presidente ter assinado esse decreto executivo determinando que as crianças não sejam mais separadas dos seus pais, não há qualquer menção de como ficará a situação daquelas crianças já separadas. Dentre elas, existem mais de 50 crianças brasileiras nestas condições, o que levou ao Itamaraty divulgar nota posicionando-se que “a política é uma prática cruel e em clara dissonância com instrumentos internacionais de proteção aos direitos da criança.”<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> A preocupação com a proteção da criança tanto em âmbito nacional quanto internacional se dá pela seguinte razão: “...devem ser reconhecidos, como direitos *autônomos*, a merecer tutela diferenciada, por exemplo, os *direitos da criança, do deficiente mental, dos incapacitados e das mulheres*, pessoas que passaram a receber proteção específica quando se tomou consciência de que, pela sua particular fragilidade, só um *favorecimento* efetivo lhes faria justiça em sentido material, *que é dar a cada um o que é seu*.” (COELHO, Inocêncio M. In CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.63).

<sup>11</sup>CP/RES. 1106 (2168/18) -IMPACTO DE LA POLÍTICA DE SEPARACIÓN DE FAMILIAS MIGRANTES POR PARTE DEL GOBIERNO DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES (Aprobada por el Consejo Permanente en la sesión ordinaria celebrada el 29 de junio de 2018) “REAFIRMANDO que los Estados, al ejercer su derecho soberano de promulgar y aplicar medidas relativas a la migración y la seguridad de sus fronteras, deben cumplir las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, a fin de que se respeten plenamente los derechos humanos de las personas migrantes”.

<sup>12</sup> Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-44584132>. Acesso em 26 jun 2018.

A prática de separação deve ser vista como uma exceção e realizada somente quando atender o interesse superior da criança, o que não se verifica no caso narrado, já que elas sequer sabiam o porque de tal separação. De acordo com os procedimentos de referência contidos na política da ONU para asilo para crianças refugiadas desacompanhadas<sup>13</sup>, o princípio do interesse superior da criança deve pautar e permear todas as ações ali previstas referentes às crianças. Por serem consideradas vulneráveis, o acesso delas ao território de qualquer país deve ser sempre permitido, bem como a concessão de asilo a elas, devendo serem tratadas como prioridade. Sobre isso, Matuscelli (2017, p. 83) ressalta o seguinte paradoxo:

No caso das migrações infantis, permanece a contradição entre as obrigações internacionais de proteção das crianças como um grupo vulnerável que possui direitos internacionalmente reconhecidos por parte dos Estados e as atitudes de proteção desses mesmos Estados em relação a suas fronteiras contra imigrantes indesejados, ainda que esses sejam apenas crianças de 6 anos de idade.

É dever do Estado garantir a proteção das crianças e agir em conformidade com as normas e tratados internacionais. Nesse sentido, segundo Alejandro Morlachetti (2014, p. 33), “Todos os tratados dos direitos humanos implicam para os Estados uma série de obrigações básicas”, que envolvem 4 âmbitos de atuação, que são a obrigação de respeitar; a obrigação de proteger, a obrigação de fazer e a obrigação de facilitar.”<sup>14</sup> E como exemplo, pode-se citar que os EUA descumpriram todas elas.

Analisando os artigos da Convenção sobre os direitos da criança e relacionando-os com o caso da separação das crianças nos EUA, percebe-se que houve a violação de diversos direitos, como o direito à família e à vida familiar; direito à identidade; direito à integridade pessoal; direito à saúde; direito à educação; direito a um nível de vida adequado e direito à liberdade pessoal.

Esses direitos acima listados foram violados pois ao separar as crianças dos pais, mantendo-as em locais insalubres, sem condições mínimas de saúde e higiene, sem ao menos

---

<sup>13</sup> UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum*, February 1997. Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3360.html>. Acesso em: 16 jul 2018.

<sup>14</sup> MORLACHETTI (2014 p. 33) “A **obrigação de respeitar** implica que os Estados Partes se abstenham de interferir no usufruto dos direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais consagrados nos instrumentos dos direitos humanos. A **obrigação de proteger** implica que os Estados Partes impeçam a violação dos direitos por parte de terceiros (por exemplo, garantir que não existe discriminação em instituições educativas privadas de acordo com o artigo 2 da CDC). A **obrigação de fazer** abrange as obrigações estatais de facilitar o acesso a e de garantir a plena eficácia dos direitos (assim, pode constituir uma violação se o Estado não fornecer os cuidados primários de saúde essenciais às crianças e aos adolescentes). A **obrigação de facilitar** implica as obrigações de promover e fazer cumprir todos os direitos humanos; ou seja, o Estado deve adotar medidas que facilitem o usufruto dos direitos humanos por parte da população (medidas legislativas, de política pública, de atribuição de recursos, etc.) para conseguir a plena realização dos direitos humanos.”

permitir o contato delas com os responsáveis, retirou-se delas o convívio familiar e a oportunidade de ter uma vida digna com direitos mínimos assegurados.

A porta-voz do Alto comissariado de direitos humanos da ONU, Ravina Shamdasani, reprovou tal conduta "...afirmou que separar famílias e deter menores de idade representa uma violação grave dos direitos da criança e recordou que os Estados Unidos continua sendo o único país que não ratificou a Convenção sobre os direitos da criança..."<sup>15</sup>.

Deter as crianças como está sendo feito, e que pode ser visto nas fotos divulgadas amplamente na *internet*, demonstra descaso e violação de direitos como liberdade, dignidade, igualdade, solidariedade, saúde e proteção das crianças de forma integral. Dentre os argumentos a favor da medida, estão a alegação de que o país não pode virar campo de refugiados e que a medida do governo americano coibiria a imigração ilegal. Fato é que não há argumentos que retirem o caráter assustador e violador da medida. Ela reflete a falta de humanidade do país frente a questões que merecem proteção mundo afora. Todos os países que são assinantes da Convenção da criança concordam que há uma necessidade de proteção a elas, diante da vulnerabilidade inerente a condição de ser apenas criança. Nesse sentido, Rosemberg; Mariano (2010, p. 711) "...os direitos de proteção são devidos em razão da especificidade de ser criança".

E sendo assim, não cabe o discurso de proteger as nossas crianças em detrimento das outras, pois todas são merecedoras de proteção, sem discriminação. Assim Matuscelli (2017, p. 82) assevera:

Agora quando o Estado tem que dar respostas sobre a questão do tema das crianças migrantes, ele normalmente adota um discurso ambivalente que descreve a criança tanto como um ser vulnerável que precisa de proteção do Estado quanto como o "Outro" ameaçador e incontrolável que oferece perigo para o Estado-nação. Ocorre assim uma clara preferência em proteger as "nossas" crianças em detrimento às "outras" crianças definidas muitas vezes como "imigrantes ilegais".

Nesse sentido, "Também vulnera os direitos humanos uma política que proteja os direitos fundamentais dos cidadãos e eleve o seu umbral de satisfação até os patamares mais elevados, mas que, por sua vez, deixe de lado os direitos humanos dos imigrantes e do resto da humanidade." (Pulido, 2013, p. 325).

De acordo com Castilla (2014, p. 68) "...todas as violações dos direitos das crianças implicam necessariamente uma responsabilidade agravada, uma grave violação dos direitos humanos, onde quer que aconteça".

---

<sup>15</sup> Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/contra-e-a-favor-veja-opinioes-sobre-a-politica-que-levou-a-separacao-de-familias-imigrantes-nos-eua.ghtml>. Acesso em 26 jun 2018.

Fato é que cada país possui a sua soberania, mas a cada dia ela está sendo mais relativizada para atender princípios de direitos humanos internacionais, comuns a todos os países. Nesse sentido é o recente posicionamento da OEA na Resolução 1106 de 29 de junho de 2018, que aduz em suma que os Estados devem exercer a sua soberania, e a segurança nas suas fronteiras, mas cumprindo as obrigações oriundas do Direito internacional, respeitando os Direitos Humanos<sup>16</sup>.

No tocante à soberania, Agamben (2010, p. 22) aborda o paradoxo da soberania, indicando que: "O soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico". Aplicando-se ao caso americano, observa-se que a assinatura do decreto pelo Presidente Trump em abril deste ano, pedindo tolerância zero nas fronteiras, correspondeu a ato no âmbito do sistema jurídico americano, cuja finalidade de atender a seus interesses políticos, veio a configurar o que este autor chama de 'estado de exceção', compreendido a partir da constatação de que "O estado de exceção não é, portanto, o caos que procede a ordem, mas a situação que resulta de sua suspensão." (AGAMBEN, 2010, p. 24).

Verifica-se a presença de traços e feições de um estado e de um Direito de Exceção em nome de objetivos supostamente coletivos de que o país não seja 'invadido' por estrangeiros. Cabe aqui, novamente, uma analogia ao Direito Penal do Inimigo, pois conforma-se um "Direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais do Estado de Direito e inclusive aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e declarações internacionais de direitos humanos." (MUÑOZ, 2012, p. 33).

O Presidente americano ao 'legislar' editando o referido decreto executivo, atuou de modo a escolher politicamente uma determinada feição para a ordem jurídico-política em adequação à sua política de Estado, fortemente intolerante aos imigrantes. Trata-se da adoção de um mecanismo de exceção soberana que define "o próprio espaço no qual a ordem jurídico-política pode ter valor" (AGAMBEN, 2010, p. 25). Sendo assim, "O princípio de que a necessidade define uma situação particular em que a lei perde sua *vis obligandi* (esse é o sentido do adágio *necessitas legem non habet*) transforma-se naquele em que a necessidade constitui, por assim dizer, o fundamento último e a própria fonte da lei." (2004, Op. Cit. p. 43). Ou seja, o soberano possui em suas mãos o poder de legislar quando verifica uma necessidade de atuar em uma situação específica na qual não há previsão legal para tanto.

---

<sup>16</sup>CP/RES. 1106 (2168/18) -IMPACTO DE LA POLÍTICA DE SEPARACIÓN DE FAMILIAS MIGRANTES POR PARTE DEL GOBIERNO DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES (Aprobada por el Consejo Permanente en la sesión ordinaria celebrada el 29 de junio de 2018) "REAFIRMANDO que los Estados, al ejercer su derecho soberano de promulgar y aplicar medidas relativas a la migración y la seguridad de sus fronteras, deben cumplir las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, a fin de que se respeten plenamente los derechos humanos de las personas migrantes".



Na mesma vertente, Castells aborda o conceito de um modelo de democracia liberal baseado em liberdades e respeito aos princípios constitucionais das instituições democráticas e termina elencando que deve haver “...exclusão dos poderes econômicos ou ideológicos na condução dos assuntos públicos mediante sua influência oculta sobre o sistema político” (2018, p. 12). No caso abordado nesse artigo, o que se vislumbra é uma posição exatamente contrária a essa determinação, em que o presidente americano deixa que suas ideologias predominem nas suas ações políticas e de governo.

O autor aduz em suma que a crise de legitimidade política ocorre quando os cidadãos deixam de acreditar que os governantes os representam, ou seja, “...a força e a estabilidade das instituições dependem de sua vigência na mente das pessoas” (2018, p. 12).

Igualmente aduz Agamben (2010 , p. 35) “não existe um fora da lei.” *A relação originária da lei com a vida não é a aplicação, mas o Abandono.* Explica o autor que a pessoa que é banida não está fora da lei, ela simplesmente é abandonada, ficando indiferente à lei. O que se pode aplicar perfeitamente ao referido caso das crianças separadas de suas famílias e mantidas em instituições fechadas, centros de detenção e até mesmo aparatos que se assemelham a jaulas

A situação cria, evidentemente, um agravamento da vulnerabilidade das crianças imigrantes: a violação da sua liberdade de ir e vir é acrescida da situação de isolamento da família e das condições precárias de detenção de tais crianças. Nesse sentido, Crenshaw (1993) demonstra em seu trabalho que as discriminações quando ocorrem conjuntamente podem limitar a chance de sucesso de quem está sofrendo com elas. Seu trabalho elucida que quando se está diante de fatores estigmatizantes que se sobrepõem, há um agravamento da vulnerabilidade que torna aquela pessoa vítima de tal situação, mais limitada do que quando a discriminação é única, ou de um único fator. E por essa razão, essa autora coloca que “Uma das razões pelas quais a interseccionalidade constitui um desafio é que, francamente, ela aborda diferenças dentro da diferença.” (Crenshaw, 2002, p. 9). Nas palavras de Crenshaw: A interseccionalidade sugere que, na verdade, nem sempre lidamos com grupos distintos de pessoas e sim com grupos sobrepostos.” (Crenshaw, 2002, p. 10). No caso das crianças, a sobreposição é visível, pela condição de ser criança, pela condição de afastamento da família e pela condição de confinamento em locais insalubres e sem qualquer apoio estatal.

Enquanto o conceito de interseccionalidade descortinado por Crenshaw (2002, p. 11) nos convoca a identificar melhor o que acontece quando diversas formas de discriminação se combinam e afetam as vidas de determinadas pessoas, a chave de leitura do Direito Penal do



Inimigo<sup>17</sup>, em que o Estado age de modo a criar um direito penal especial, sem limites, de modo a atender o melhor interesse que ele acredita que esteja de acordo com interesses políticos nos alerta que “O direito é então simplesmente o que em cada momento convém ao Estado, que é, ao mesmo tempo, o que prejudica e acarreta o maior dano possível aos seus inimigos.” (MUÑOZ, 2012, p. 62 e 63).

Verifica-se deste modo, um modelo caracterizado como um direito especial; de exceção, pois muitas vezes, há violações de direitos com o intuito de fazer prevalecer interesses do Estado. A mesma situação já fora denunciada anteriormente por Hannah Arendt:

Muito pior que o dano causado pela condição de apátrida às antigas e necessárias distinções entre nacionais e estrangeiros e ao direito soberano dos Estados em questões de nacionalidade e expulsão, foi aquele sofrido pela própria estrutura das instituições legais da nação, quando um crescente número de residentes teve de viver fora da jurisdição dessas leis, sem ser protegido por quaisquer outras. O apátrida, sem direito à residência e sem o direito de trabalhar, tinha, naturalmente, de viver em constante transgressão à lei. Estava sujeito a ir para a cadeia sem jamais cometer um crime. Mais do que isso, toda a hierarquia de valores existente nos países civilizados era invertida no seu caso. Uma vez que ele constituía a anomalia não-prevista na lei geral, era melhor que se convertesse na anomalia que ela previa: o criminoso. (Arendt, 1989, p. 319).

No que se refere à soberania, Agamben descreve que no seu exercício há uma suspensão das regras, da validade do ordenamento e dessa forma cria-se o estado de exceção, que é um espaço que valora uma determinada ordem jurídico-política em que não há uma distinção clara acerca do que é interno ou externo; o que é natureza e direito e segundo ele, “É justamente nesta zona topológica de indistinção, que deveria permanecer oculta aos olhos da justiça, que nós devemos tentar em vez disso fixar o olhar.” (AGAMBEN, 2004 p. 43). Ou seja, na exceção, perde-se a noção do certo e do errado e começa-se a acreditar que o que está vigente é o esperado e desejado, quando na verdade, não o é. E essa indefinição que se torna imperceptível para quem está vivendo numa ordem de exceção, merece ser analisada para ser desnudada. Nosso olhar deve recair sobre a exceção pois é necessário questionar a aparente ‘normalidade’. No caso da separação das crianças, o governo americano procura legitimar sua atuação como em prol da ordem pública e de seus cidadãos, que ao aceitarem tal argumento de legitimação, nada opuseram a elas.

---

<sup>17</sup>Nesse sistema, “(...) direitos e garantias fundamentais próprios (do Estado de Direito, sobretudo as de caráter penal material (princípios de legalidade, intervenção mínima e culpabilidade) e processual penal (direito à presunção de inocência, à tutela judicial, a não fazer declarações contra si mesmo etc.), são pressupostos irrenunciáveis da própria essência do Estado de Direito. Se se admite sua derrogação, ainda que seja em casos pontuais extremos e muito graves, deve-se admitir também o desmantelamento do Estado de Direito, cujo ordenamento jurídico se converte em um ordenamento puramente tecnocrático ou funcional, sem nenhuma referência a um sistema de valores ou, o que é pior, referido a qualquer sistema, ainda que injusto, sempre que seus executores tenham o poder ou a força suficiente para lhe impor.” (MUÑOZ, 2012, p 62)

O estado de exceção definido por Agamben (2004, p. 15), pode ser assim exposto: “o estado de exceção não é um direito especial (como o direito da guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito-limite.” Considerando que há uma suspensão da ordem jurídica, seria o mesmo que “*Estar-fora e, ao mesmo tempo, pertencer:*” (2004, Op. Cit. p. 57). De modo que “O estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei...” (2004, Op. Cit. p. 61).

Do conceito, pode-se inferir duas interpretações possíveis, sendo que em uma ele é o exercício de um poder que não representa o povo e a lei, e por outro ele é justamente o reflexo deles. Observando criticamente as medidas do Governo norte americano no caso em tela, percebe-se que sempre haverá apoiadores e contrários, já que à luz do que diz Agamben, a exceção pode ser entendida como algo que faz parte do ordenamento ou não. E se for algo da segunda interpretação, deve ser combatida, mas não é tarefa fácil notar o que a exceção transgride e se assim o faz. Para o autor, “Um dos paradoxos do estado de exceção quer que, nele, seja impossível distinguir a transgressão da lei e a sua execução, de modo que o que está de acordo com a norma e o que a viola coincidem, nele, sem resíduos...” (AGAMBEN, 2004, p. 62). E dessa forma, o perigo é que o que era exceção se torne regra, “...o estado de exceção, que era essencialmente uma suspensão temporal do ordenamento com base numa situação fictícia de perigo, ora adquire uma disposição espacial permanente que, como tal, permanece, porém, estavelmente fora do ordenamento normal.” (2004, Op. Cit. p. 164 e 165).

Assomam-se as reflexões de que “Na medida em que o estado de exceção é, de fato, “desejado”, ele inaugura um novo paradigma jurídico-político, no qual a norma torna-se indiscernível da exceção” (2004, Op. Cit. p.166). A aceitação e o apoio da população à política de tolerância zero estadunidense é o exemplo desta zona de conformação.

Ainda para este autor,

...o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente- e, de fato, já transformou de modo muito perceptível- a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo. (Agamben, 2004, p. 13).

Sendo assim, contemporaneamente o que se vislumbra é o uso abusivo dessa medida de exceção, como uma forma eficaz de governar. E quando o governo age soberanamente, “A vida nua atinge a sua máxima indeterminação” (2004, Op. Cit. p. 15) – ou seja, quando o sujeito deixa de ser sujeito de direitos, ele perde o seu valor e isso traz consequências terríveis, como é o exemplo das crianças que são tratadas de modo cruel sem qualquer condição mínima de ali

permanecerem e ainda separadas de suas famílias. “Mais do que tomar lícito o ilícito, a necessidade age aqui como justificativa para uma transgressão em um caso específico por meio de uma exceção.” (2004, Op. Cit. p. 40 e 41). Na separação das crianças, a necessidade de preservar as fronteiras a qualquer custo com o objetivo de proteger os cidadãos americanos dos imigrantes por meio de um ato arbitrário do presidente, parece justificar tal transgressão.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do caso de separação das crianças de seus pais e familiares na fronteira norte-americana traz exemplos da instalação de uma ordem jurídico-política de exceção e extremos. Neste trabalho ora denominada de Direito de Exceção.

Entendido o Estado de exceção como a ordem na qual os sujeitos são tratados com máxima indeterminação e, portanto, vistos como Não-sujeitos de direito é possível identificar no bojo da política de tolerância zero aos imigrantes este traço de configuração e retro-alimentação.

Enquanto o conceito de interseccionalidade indica a necessidade de identificação de diferentes fatores que se entrecruzam produzindo vulnerabilidade pessoal e social, a adoção de um direito de exceção destinado aos não nacionais espelha um modelo de Direito penal do Inimigo, refratário aos compromissos internacionais de respeito à dignidade de qualquer pessoa humana, sem distinção de origem ou nacionalidade.

As políticas discriminatórias não são novas na história da humanidade, mas parecem se revestir de novas roupagens e legitimações.

#### REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: O poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

\_\_\_\_\_. **Estado de Exceção**. Tradução: Iraci D. Poleti, São Paulo: Boitempo, 2004.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 1989.

BAUMAN, Zygmunt. **Retrotopia**. Tradução Renato Aguiar. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

CASTELLS, Manuel, **Ruptura**: a crise da democracia liberal. Tradução Joana Angélica d’Avila Melo. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CASTILLA, Karlos. **A proteção dos direitos humanos das crianças no sistema interamericano de direitos humanos**. In: BELTRÃO, Jane Felipe, et al (coords.). Direitos Humanos dos Grupos

Vulneráveis. Manual, 2014 - dhcs. Rede Direitos Humanos e Educação Superior. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.

COELHO, Inocêncio M. In CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CRENSHAW, Kimberle. **A interseccionalidade da discriminação de raça e gênero**. 2002. Disponível em: <<http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/wpcontent/uploads/2012/09/Kimberle-Crenshaw.pdf>> Acesso em: 25 de set de 2018.

MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. **Crianças desacompanhadas na América Latina: reflexões iniciais sobre a situação na América Central**. Revista Interdisciplinar de direitos humanos, Bauru, v. 5, n. 1, p. 77-96, jan./ jun., 2017. Disponível em: <http://www2.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/467/199>. Acesso em 17 jul 2018.

MORLACHETTI, Alejandro. **A Convenção sobre os direitos da criança e a proteção da infância no regulamento internacional dos Direitos Humanos**. In: BELTRÃO, Jane Felipe, et al (coords.). Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis. Manual, 2014 - dhcs. Rede Direitos Humanos e Educação Superior. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.

MUÑOZ, C. F. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá. 2012. ONU. Organização das Nações Unidas. Committee on the Rights of the Child (2005), **General Observation No. 6, Treatment of Unaccompanied or Separated Children outside their Country of Origin**, CRC/GC/2005/6, 1 September 2005. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC6.pdf>. Acesso em 17 jul 2018.

\_\_\_\_\_. High Commissioner for Refugees (UNHCR), **Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum**, February 1997. Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3360.html>. Acesso em: 16 jul 2018.

OEA – **Organização dos Estados Americanos** - CP/RES. 1106 (2168/18) -IMPACTO DE LA POLÍTICA DE SEPARACIÓN DE FAMILIAS MIGRANTES POR PARTE DEL GOBIERNO DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES (Aprobada por el Consejo Permanente en la sesión ordinaria celebrada el 29 de junio de 2018). Disponível em: <[http://scm.oas.org/doc\\_public/SPANISH/HIST\\_18/CP39471S03.doc](http://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_18/CP39471S03.doc)>Acesso em: 30 jun 2018.

PISARELLO, Gerardo. **“Globalización, Constitucionalismo y Derechos”**. IN: CARBONELL, Miguel. Teoría del Neoconstitucionalismo. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PULIDO, Carlos Bernal. **A Globalização e os direitos fundamentais dos imigrantes**. In: O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução Thomas da Rosa de Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

ROSEMBERG, Fúlvia; MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. **A Convenção Internacional sobre Direitos da Criança: debates e tensões**. Cad. Pesqui, São Paulo, v. 40, n. 141, p. 693-728, Dec. 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-15742010000300003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742010000300003&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 17 jul 2018.

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância. **Current Status + Progress**. Disponível em: <<https://data.unicef.org/topic/child-migration-and-displacement/migration/>>. Acesso em 18 jul 2018.

\_\_\_\_\_. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Adaptada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada no Brasil em 21 de novembro de 1990. Disponível em: <https://www.unric.org/html/portuguese/humanrights/Crianca.pdf>. Acesso em 29 jun 2018.

# A BIOPOLÍTICA E A RESISTÊNCIA PRESENTES NO ATO DO SUICÍDIO: O CASO DOS CAMPOS DE CONCENTRAÇÃO

Laura Mallmann Marcht  
(UNIJUÍ)  
laura.marcht@hotmail.com

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth  
(UNIJUÍ)  
madwermuth@gmail.com

**RESUMO:** Esta pesquisa pretende investigar a simbologia presente no ato do suicídio nos campos de concentração, tidos como campos de extermínio. Busca-se demonstrar a filosofia, bem como a resistência, consignadas no ato do suicídio, de maneira que esse pode ser considerado como uma espécie de busca por liberdade humana no contexto em que se insere. Para isso, o trabalho se utiliza do "método" fenomenológico, compreendido como "interpretação ou hermenêutica universal". Ainda, tem como marco teórico as pesquisas de Michel Foucault, Hannah Arendt e Giorgio Agamben no que tange à biopolítica e o campo. Primeiramente, será feita uma análise dos campos como espaços de constituição de vidas nuas e após, a verificação do suicídio como o local em que o soberano não alcança, logo, ato de resistência.

**Palavras-chave:** Biopolítica. Campos de extermínio. Suicídio.

## 1 INTRODUÇÃO

*[...] pensem bem se isto é um homem  
que trabalha no meio do barro,  
que não conhece paz,  
que luta por um pedaço de pão,  
que morre por um sim ou por um não.  
Pensem bem se isto é uma mulher,  
sem cabelos e sem nome,  
sem mais força para lembrar,  
vazios os olhos, frio o ventre,  
como um sapo no inverno [...]  
Primo Levi*

Os primeiros campos de concentração foram construídos na Europa como espaços de controle para refugiados. Para Giorgio Agamben (2007), quando judeus, ciganos e afins eram levados aos campos de extermínio, esses já estavam em sua pura sacralidade – *homo sacer* – posto que já despidos completamente de quaisquer direitos após terem passado por sucessivas cesuras biopolíticas.

É nesse sentido que, dentro da presente investigação, o suicídio é apresentado, no espaço dos campos de extermínio nazistas, como um ato de resistência: trata-se da vida – travestida em morte no ato suicida – que “escapa” aos mecanismos de poder, o que permite uma aproximação com a perspectiva foucaultiana (2012) segundo a qual, em um regime de biopoder, a morte se afigura como um limite, um momento privado, razão pela qual, quando um sujeito usurpa esse

direito do soberano, suprimindo a própria vida, está cometendo um “crime” perante o detentor de poder. Eis a dimensão da resistência no ato do suicídio aqui analisada.

O problema que orienta a pesquisa pode ser assim sintetizado: em que medida, no contexto dos campos de concentração nazistas, o suicídio pode ser compreendido como um ato de resistência ao biopoder? Parte-se da hipótese inicial de que há uma simbologia presente no ato do suicídio nos campos de concentração que precisa ser investigada, também, pela sua perspectiva de resistência. Pretende-se, nesse sentido, como objetivo geral do texto, analisar a resistência consignada no suicídio, de maneira que esse ato pode ser considerado como uma espécie de busca por liberdade humana no contexto em que se insere – nesse caso, à época das grandes guerras, nos ditos campos de internamento.

Esta pesquisa utiliza-se do método fenomenológico, compreendido como revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica por meio da linguagem, como destruição e revolvimento do chão linguístico da metafísica ocidental. Rompendo com o esquema sujeito-objeto, parte-se da ideia de que os investigadores (os autores do artigo) encontram-se no mundo no qual os fenômenos estudados (o objeto da pesquisa, no caso, o suicídio) se dão. A técnica de pesquisa empregada foi a bibliográfica, tendo como bibliografia norteadora o artigo “*We refugees*” escrito por Hannah Arendt e publicado na revista hebraica *The Menorah Journal*, em 1993, texto no qual a filósofa judia narra de forma breve sua experiência no campo de concentração de Gurs, na França.

Este ensaio tem por objetivo proporcionar uma reflexão no que tange ao impacto da despersonalização do sujeito diante das cesuras biopolíticas delineadas pela filosofia arendtiana, foucaultiana e agambeniana. A análise se mostra relevante frente aos novos campos de extermínio existentes na contemporaneidade. Nesse condão, os campos de concentração serão estudados a partir do marco teórico da biopolítica enquanto campos de extermínio. Desse modo será possível investigar a acepção do suicídio, individual ou em massa, como resistência.

## **2 OS CAMPOS DE CONCENTRAÇÃO COMO CAMPOS DE EXTERMÍNIO**

A biopolítica, para Foucault (2010) configura-se como um conjunto de fenômenos, universais ou acidentais, que controla a vida no nível da população. Esses processos estão contidos no controle de natalidade, das taxas de reprodução e até mesmo no controle da fecundidade de uma população. Tais mecanismos de poder introduzem uma ótica de assistência dentro das sociedades a partir de meados dos séculos XVIII e XIX. Existe, dessa forma, uma preocupação com os seres vivos no meio em que se inserem, constituindo uma real tecnologia do biopoder.

De acordo com a genealogia delineada pela filosofia de Foucault, desde o século XVIII, duas tecnologias de poder se articulam, quais sejam: a lógica disciplinar (anatomopolítica disciplinar do corpo humano) e a da biopolítica (controles regulatórios da população). Na primeira o foco é tornar os corpos dóceis e úteis. No que tange às técnicas de regulação que subjazem à biopolítica, há uma preocupação com os efeitos fortuitos que podem acontecer em decorrência de fenômenos próprios de uma dada população (FOUCAULT, 2010).

Foucault entende que o paradigma desse momento é a cidade. A questão central do regime biopolítico ou da sociedade do biopoder pode ser descrita do seguinte modo: como exercer a soberania sobre a cidade? Daí deriva a origem do termo governamentalidade, em que há a preocupação da governança sobre a população.

Diante do exposto, pode-se afirmar que a biopolítica se encontra em uma perspectiva diametralmente oposta à inflexão predominantemente negativa do poder soberano: se este “se exercia em termos de subtração, de tributação – dos bens, dos serviços, do sangue – dos próprios súbditos”, aquela, pelo contrário, volta-se “para a vida deles não só no sentido da sua defesa mas também no do seu desenvolvimento, da sua potenciação, da sua maximização.” Se o poder soberano “tolhia, refreava, até aniquilar”, a biopolítica “solda, aumenta, estimula.” (ESPOSITO, 2010, p. 60-61).

Nesse esquema, se na teoria clássica da soberania o direito de vida e morte está nas mãos do soberano, no sentido em que morrer e viver não é imediato e natural, a morte localiza-se fora do campo do poder político (FOUCAULT, 2010). Frente à mudança de paradigma – a cidade, não mais o corpo – inverte-se a lógica: o soberano faz viver e deixa morrer (FOUCAULT, 2003).

Foucault discute a biopolítica como cálculo do poder político, enquanto assunção da vida pelo poder. Ele distingue três regimes de poder: a soberania, o regime disciplinar e a biopolítica. O autor “descreve um regime disciplinar, cuja função é inventar indivíduos produtivos e uma ‘biopolítica’ que tem como objetivo se encarregar da própria vida dos indivíduos por meio de um conjunto de mecanismos e saberes reguladores e corretivos” (BERT, 2013, p. 155).

Nessa ótica, não se trata de fazer desaparecer o poder disciplinar, mas sim de estabelecer um “ajuste das microtécnicas disciplinares diante de uma nova preocupação, a de velar pelo conjunto dos fenômenos vitais de uma população.” Nesse sentido, o poder disciplinar e a biopolítica articulam-se formando um sistema de engrenagens que se auto-reforçam: “a disciplina consolida a biopolítica que, em troca, embasa o eixo das técnicas disciplinares e suas tentativas de majoração coextensiva das forças e da obediência de um indivíduo.” (BERT, 2013, p. 128).



Na obra foucaultiana, portanto, as categorias biopolítica e biopoder – ora utilizadas como sinônimo, ora não – pretendem abarcar a complexa questão da normalização biológica dos seres humanos, no caminho que o autor trilhava na investigação do problema da governamentalidade. Como salienta Castro (2014),

a veces se habla de una relación de *substitución*; otras, en cambio, de *complementación*. Por otro lado, manteniendo la diferenciación entre ambos, Foucault sostiene que el dispositivo biopolítico no ha dejado de *penetrar y modificar* el dispositivo soberano.

No mesmo sentido, Ayub (2014, p. 57) afirma que “a separação dos diagramas da anátomo-política e da biopolítica não é radical e muito menos procede a uma substituição histórica precisa; dependendo do dispositivo de saber-poder em questão, pode ocorrer mesmo uma fusão entre esses regimes de poder [...]. Isso significa que os dispositivos disciplinares e biopolíticos se conjugam nas novas técnicas políticas que se fazem necessárias para o governo das massas urbanas multifacetadas, ajustando-as à dinâmica da produção e do consumo em ascensão na sociedade capitalista. Foucault identifica, aqui, o momento a partir do qual o “biológico” passa a refletir no “político”, fazendo com que o fato de viver caia no campo de controle do saber e, reflexamente, de intervenção do poder. O acoplamento entre a biopolítica e o capitalismo, assim, é viabilizado/evidenciado: por meio de controles diversos sobre a vida (demografia, higiene pública, projetos de urbanismo, etc) transforma-se os indivíduos em população, ou seja, produz-se um grande – e produtivo – “corpo mecânico”.

A obra de Foucault, no entanto, mesmo sendo riquíssima na abordagem dos mecanismos de poder, deixa de aprofundar o tema do campo. Do mesmo modo, Hannah Arendt, apesar de desenvolver o paradigma do campo, não abordou, neste espaço, a seletividade das vidas sacrificáveis. Em vista disso, Agamben menciona

por um lado, o fato de que Foucault não havia desenvolvido a problemática da biopolítica em relação com os campos de concentração e de extermínio e havia deixado sem resposta a questão da articulação entre as técnicas políticas da modernidade e as tecnologias do eu. Por outro lado, mencionava também a falta de uma perspectiva biopolítica na análise dos estados totalitários em H. Arendt. [...] A última parte do *Homo sacer* aborda precisamente esta questão, a relação entre biopolítica e totalitarismo. (CASTRO, 2012, p. 68).

Nesse sentido, o que Agamben propõe no seu projeto “*Homo sacer*” é dar resposta a esse vazio paradoxal no trabalho de ambos os filósofos acima mencionados (CASTRO, 2012). Dessa obra, pode-se sintetizar três teses: “1) a relação política original é o bando, 2) a função do poder soberano é a produção da vida nua e 3) é o campo, não a cidade, o paradigma biopolítico do Ocidente” (CASTRO, 2012, p. 74). O bando – indivíduos que são excluídos da sociedade, a exemplo dos refugiados e dos apátridas – é a gênese da ideologia biopolítica, é o resultado de uma decisão

daquele que decide sobre o estado de exceção – o soberano – e o campo é o espaço onde o sujeito é desumanizado, reduzido à vida nua.

Jeanne Marie Gagnebin (2008) ao apresentar a obra de Agamben “*O que resta de Auschwitz*”, refere que o campo de concentração é o “paradigma biopolítico do moderno” por consequência da ausência de normas nesse contexto. Tendo por pressuposto o fato de que o “estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal” (AGAMBEN, 2004, p. 12), “o campo, como espaço absoluto de exceção, é topologicamente distinto de um simples espaço de reclusão. E é este espaço de exceção, no qual o nexos entre localização e ordenamento é definitivamente rompido, que determinou a crise do velho ‘nómos da terra’.” (AGAMBEN, 2007, p. 21). Nesse sentido,

Estado de natureza e estado de exceção são apenas as duas faces de um único processo topológico no qual, como numa fita de Moebius ou em uma garrafa de Leyden, o que era pressuposto como externo (o estado de natureza) ressurgiu agora no interior (como estado de exceção), e o poder soberano é justamente esta impossibilidade de discernir externo e interno, natureza e exceção, *phýsis* e *nómos*. O estado de exceção, logo, não é tanto uma suspensão espaço-temporal quanto uma figura topológica complexa, em que não só a exceção e a regra, mas até mesmo o estado de natureza e o direito, o fora e o dentro transitam um pelo outro. (AGAMBEN, 2007, p. 35).

O estado de exceção se apresenta como o paradigma do governo dominante que evidencia um patamar de indeterminação entre o absolutismo e a democracia (AGAMBEN, 2004). Por erigir esse contexto de suspensão de ordem jurídica, o campo acaba por ser o lugar onde se encontra a mais absoluta condição inumana já vista, onde tudo é possível e o estado de exceção é a regra. Tal concepção revela o paradoxo do espaço político: rompe-se com o ordenamento jurídico normal, excepcionando-o, ao mesmo passo que está internalizado no próprio território a exceção. Há várias indistinções nos campos, quais sejam: interior e exterior, exceção e regra, lícito e ilícito (AGAMBEN, 2015).

Há uma tensão no liame do Estado-nação: território, ordenamento e nascimento. Agamben trata o campo como a maior expressão da biopolítica enquanto estratégia de purificação da raça ariana no caso dos campos de concentração nazista, não afastando a realidade da tanatopolítica (AGAMBEN, 2015). Para além do controle, a lógica permeava uma quase política suicida de auto detonação daqueles sujeitos (BAUMAN, 2017). A principal função do campo é criar um espaço com condições de aceitabilidade para a redução dessas vidas desnacionalizadas a meros seres viventes (*bíos*) (AGAMBEN, 2015). Para o autor, o campo é o novo *nomos* da biopolítica do planeta.

Não por acaso o totalitarismo moderno pode ser tido como uma guerra civil legal que tem por fundo o estado de exceção. Em 1933 Hitler emitiu o *Decreto para a proteção do povo e do*

*estado* a fim de suspender direitos individuais contidos na Constituição de Weimar com a falsa pretensão de segurança nacional do Estado alemão, que permaneceu excepcionado por doze anos.

### **3 O SUICÍDIO COMO PROTESTO: O ESPAÇO EM QUE O SOBERANO NÃO REINA**

Como a morte é um limite e por ser um momento privado em que o soberano não alcança, usurpava o direito de morte que esse detinha sobre os súditos (FOUCAULT, 2012). Se o soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção – entendimento de Carl Schmitt – e se esse é aquele que detém o poder de fazer morrer e deixar viver, o suicídio, a depender do contexto, configura-se como ato de resistência.

Os campos de concentração nazistas tinham por objetivo conter e controlar os seus inimigos, e por essa razão diversas pesquisas elidem que quaisquer dados sobre a incidência do ato do suicídio dentro desses ambientes podem conter variações. Essas variações em geral se dão pelo encobrimento de assassinatos cometidos por paramilitares como suicídios (LÓPEZ-MUÑOZ; CUERDA-GALINDO, 2016).

Primo Levi, na obra *“É isto um homem?”*, relata memórias de sua experiência quando deportado para Auschwitz, em 1944. O escritor adverte que o livro não se trata mais de uma denúncia das práticas desumanas, mas sim de uma reflexão sobre aqueles seres que entendemos como humanos, ou dignos de humanidade. Referiu que foram exatamente as dificuldades, o frio e a sede que os impediram de cometer suicídio: “Foi isso. Não a vontade de viver, nem uma resignação consciente: dela poucos homens são capazes, e nós éramos apenas exemplares comuns da espécie humana.” (LEVI, 1988, p. 15).

O judeu italiano referiu não haverem palavras para descrever as atrocidades da guerra, e adverte que em qualquer que seja o contexto, “muitos, pessoas ou povos, podem chegar a pensar, conscientemente ou não, que ‘cada estrangeiro é um inimigo’. Em geral, essa convicção jaz no fundo das almas como uma infecção latente” (LEVI, 1988, p. 7). Em 11 de abril de 1987, Primo Michele Levi morreu, existindo a suspeita de que tenha se suicidado.

Hannah Arendt no artigo *“We refugees”* aponta a figura do refugiado como o principal alvo da despersonalização praticada pelos nazistas. Segundo Agamben (2015, p. 24) “o refugiado é, talvez, a única figura pensável do povo no nosso tempo [...] na qual é hoje permitido entrever as formas e os limites de uma comunidade política por vir.” Diante dessa lógica:

Uma das poucas regras nas quais os nazistas se apoiaram constantemente ao longo da “solução final” era que só depois de terem sido completamente desnacionalizados (mesmo daquela cidadania de segunda classe que lhes cabia após as leis de Nuremberg),

os judeus e os ciganos podiam ser enviados aos campos de extermínio. Quando seus direitos não são mais direitos do cidadão, então o homem é realmente sagrado, no sentido que esse termo tem no direito romano arcaico: voltado à morte (AGAMBEN, 2015, p. 29-30).

Por essa razão o genocídio é o sonho dos poderes modernos, porque se exerce no nível da vida, é a potencialização do extermínio daqueles que são indesejáveis àqueles que exercem o poder. Este, ao assumir a função de gerenciamento da raça, da espécie, da população, dificulta a aplicação da pena de morte. É o dar função à vida controlada, docilizada, que permite que o poder se mantenha (FOUCAULT, 2012).

Arendt (s.a) refere que o suicídio para os judeus, naquele momento, era tido como uma espécie de ação coletiva que tinha por objetivo protestar contra os franceses, os horrores da guerra e a deliberada violação de direitos humanos. E aqueles que não cometiam tal ato, demonstravam uma “coragem violenta de viver”. Os judeus religiosos interpretavam determinada ação como um ataque blasfemo por interferir nos direitos do Criador – de dar ou suprimir a vida. Para aqueles não religiosos, era um modo silencioso de sumir, alguns até ficavam felizes ao saber que parentes e/ou amigos tinham morrido.

Diversas pesquisas demonstram que a incidência dos suicídios nos campos de concentração nazistas foi até trinta vezes maior do que nos campos soviéticos diante da parcela numerosa de judeus. Em 1942, as pessoas que foram classificadas como judias diante das leis raciais, estiveram 26 vezes mais propensas ao suicídio do que os não-judeus. Diversos relatos demonstram que as maiores ocorrências se deram nos primeiros anos de existência dos campos. Há testemunhos de que os guardas incentivavam a prática aos prisioneiros, entregando-lhes cordas para se enforcarem. Também, aqueles que demonstravam maior resistência às práticas de tortura eram os que usavam de venenos ou demais substâncias químicas para realizar o ato (LÓPEZ-MUÑOZ; CUERDA-GALINDO, 2016).

Agamben (2008) elucida a existência de um processo de muçulmanização nos campos. A figura do muçumano aparece como um dos exemplos de “vida nua”. O filósofo indaga se há distinção entre a humanidade do homem (*bíos*) e a vida meramente “biológica” (*zoé*) e cita exemplos de expressões utilizadas para nomear os muçumanos, quais sejam: cadáveres ambulantes; mortos vivos; homens-múmia; larvas, etc. Seres que sempre estavam no limite entre a vida e a morte.

O comportamento “*Mulsemann*” era reconhecido como uma síndrome cerebral em que distúrbios afetivos denotavam extrema apatia aos presos que desistiam da vontade de viver. A apatia era tamanha que os que passavam por esse processo pareciam estar rezando como os

mulçumanos – daí deriva a origem da expressão –. Esses eram suicidas ocultos ou passivos, alguns autores consideram esse comportamento um método de suicídio por consequência da auto-inação (LÓPEZ-MUÑOZ; CUERDA-GALINDO, 2016).

De acordo com Agamben, esse comportamento, na lógica do campo, é o intestemunhável (2008). A *aporia de Auschwitz* reside na estrutura do testemunho, pois nenhuma língua humana é passível de comportar as palavras necessárias para descrever tal contexto porque se funde no não significado, e por isso, intestemunhável (CASTRO, 2012):

[...] o testemunho vale essencialmente por aquilo que nele falta; contém, no seu centro, algo intestemunhável, que destitui a autoridade dos sobreviventes. As “verdadeiras” testemunhas, as “testemunhas integrais” são as que não testemunharam, nem teriam podido fazê-lo. São os que “tocaram o fundo”, os mulçumanos, os submersos. Os sobreviventes, como pseudotestemunhas, falam em seu lugar, por delegação: testemunham sobre um testemunho que falta. (AGAMBEN, 2008, p. 43).

Essa figura – o muçulmano – é o limite, porque no limiar entre o poder do soberano e o biopoder, a transformação do povo em população proporcionam as cesuras biopolíticas contidas no campo onde o biopoder traça no *continuum biológico* os mecanismos do racismo (CASTRO, 2013). Os campos, para além do local do extermínio, são, também, o local de produção do *Mulsemann*, sendo aquilo que resta, o extrato da última substância biopolítica, no contexto do campo, que impõe a auto supressão. A câmara de gás é o além e aquém disso (AGAMBEN, 2008).

Nesse aspecto é que se evidencia uma particularidade descortinada por Foucault em relação aos limites de biopolítica: mesmo sendo objeto de normalização, a vida biológica nunca fica exaustivamente retida nos mecanismos que pretendem controlá-la, pois sempre os excede e deles, por fim, escapa (CASTRO, 2011). A morte, nesse sentido, representa justamente um fato intrínseco ao “biológico” que escapa completamente ao biopoder, demonstrando um dos seus limites, já que representa, na leitura foucaultiana, o momento mais “privado” da existência de uma pessoa.

Foucault (2012, p. 151) busca explicar, assim, de que modo o suicídio se transformou em uma das primeiras condutas que entraram no campo da análise sociológica no século XIX. Com efeito, o suicídio “fazia aparecer, nas fronteiras e nos interstícios do poder exercido sobre a vida, o direito individual e privado de morrer.” Daí a preocupação: “essa obstinação em morrer, tão estranha e contudo tão regular, tão constante em suas manifestações, portanto tampouco explicável pelas particularidades ou acidentes individuais, foi uma das primeiras surpresas de uma sociedade em que o poder político acabava de assumir a tarefa de gerir a vida.” Em suma: era a vida, pelo ato de sua supressão pelo seu próprio titular, manifestando-se como resistência à biopolítica.

#### 4 CONCLUSÃO

É inevitável a constatação da atualidade do pensamento foucaultiano, o que confere à sua obra uma vitalidade que está longe de se esgotar. Ao filosofar investigando a história, Foucault deixou como legado um trabalho que não busca tão somente o conhecimento erudito das sociedades passadas, mas, antes de qualquer coisa, uma melhor compreensão/reflexão da atualidade, pela confrontação com aquilo que já não mais somos.

Por outro lado, a obra foucaultiana também sugere – a partir do seu perfil histórico-filosófico – possibilidades de transformação da sociedade que vem. Um exemplo: a origem das “sociedades do controle” contemporâneas está justamente nas técnicas disciplinares de padronização dos corpos nas instituições ao longo dos séculos XVII e XVIII e que nos séculos XX e XXI espalha-se para a sociedade como um todo, objetivando a normalização dos indivíduos em diversas instâncias, induzindo comportamentos – como, por exemplo, determinados padrões de consumo – e fabricando subjetividades não autênticas.

Nesse rumo, o conceito de biopolítica assume, na sociedade contemporânea, o papel de ferramenta conceitual imprescindível para a compreensão e explicação de determinados fenômenos. Ao contrário dos mecanismos disciplinares, a biopolítica não vai buscar a alteração do indivíduo, não se ocupa dos fenômenos individuais, dos homens isoladamente considerados. A partir de previsões, estimativas, estatísticas e medições, ela vai priorizar as *intervenções* nos fenômenos em nível global, com o escopo de estabelecer mecanismos reguladores.

Por biopoder, portanto, Foucault vai designar a inclusão da vida mesma no âmbito de ação estatal por meio de políticas sanitárias, urbanísticas ou educativas. O soberano, aqui, aprende a dizer *sim*, passando do *não proibitivo* ao *sim governativo*. O poder passa a ser visto como condução de si mesmo e dos outros, uma intensificação e totalização da dominação que é acompanhada, paradoxalmente, por sua limitação.

O foco, na biopolítica, deixa de ser o corpo individual, a consideração do indivíduo no nível do detalhe – como na disciplina. Esses mecanismos disciplinares – que visavam à docilidade dos corpos, ou seja, ao disciplinamento dos corpos, e também do tempo e do espaço, de modo a adaptá-los e torná-los úteis ao sistema de produção vigente – são substituídos por mecanismos globais que objetivam estados globais de equilíbrio, de regularidade. Com efeito, na medida em que se “normaliza” a população, em que se “regulamenta” a população, torna-se mais fácil controlá-la e otimizar a sua produtividade.

É justamente isso que transforma o canteiro arqueológico biopolítico foucaultiano em um profícuo espaço de trabalho com numerosas possibilidades de desenvolvimento de várias questões que permanecem “abertas” ao debate, como, por exemplo, fenômenos como a proliferação da guerra, a sua transformação em um “regime de biopoder” (NEGRI; HARDT, 2005) ou em um “estado de exceção permanente” (AGAMBEN, 2004, 2010) e – dentro dos limites deste estudo – uma ressignificação do suicídio em espaços como os campos de concentração. Isso porque a biopolítica permite compreender como se dá a passagem – ou superposição – da sociedade disciplinar – na qual a disciplina sucedia como “anátomo-política” dos corpos e se aplicava basicamente aos indivíduos – para a sociedade do biopoder – na qual a biopolítica representa uma espécie de “medicina social” que se aplica à população com o propósito de governar sua vida. Ao suprimir a própria vida, portanto, o sujeito que assim se porta impõe um limite intransponível ao biopoder, evidenciando a dimensão de resistência contida no ato do suicídio. O direito individual e privado de morrer configura-se como “surpresa” a um poder que visa a ocupar todos os espaços da vida do vivente.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. **Meios sem fim: notas sobre a política**. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha**. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

ARENDT, Hannah. **We Refugees**. In: *Altogether Elsewhere, Writers on Exile*. Ed. Marc Robinsin. Boston, London: Faber and Faber. s.a.

AYUB, João Paulo. **Introdução à analítica do poder de Michel Foucault**. São Paulo: Intermeios, 2014.

BERT, Jean-François. **Pensar com Michel Foucault**. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2017.

CASTRO, Edgardo. **Introdução a Giorgio Agamben: Uma arqueologia da potência**. Trad. Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

CASTRO, Edgardo. Nuevo derecho, estatalidad, gubernamentalidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 108, jan./jun. 2014, p. 41-61.

ESPOSITO, Roberto. **Bios**: biopolítica e filosofia. Lisboa: Edições 70, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 22ª. Impressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 18. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2003.

LEVI, Primo. **É isto um homem?** Trad. Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco. 1988.

LÓPEZ-MUÑOZ, Francisco; CUERDA-GALINDO, Esther. **Suicide in Inmates in Nazis and Soviet Concentration Camps: Historical Overview and Critique**. 2016. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4880554/>. Acesso em: 23 nov. 2018.



*Lia Beatriz Teixeira Torraca*

(Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro)

*liatorraca@adv.oabrj.org.br*

**RESUMO:** Neste trabalho propomos algumas reflexões sobre a violência urbana no Rio de Janeiro, uma cidade identificada pela beleza e marcada pelas *formas* de sua violência. Uma violência impressa na estética da cidade como circularidade de um sistema social, cuja ordem é fixada sob uma dinâmica comunicativa de ameaça constante e recíproca. A partir destas reflexões buscamos demonstrar que é possível enfrentar a questão da violência urbana no Rio de Janeiro através da estética. O olhar estético do afeto seria o instrumento que visibiliza as formas da violência urbana no Rio de Janeiro, como esta é comunicada e significada, além de tornar possível o rompimento da dinâmica circular que caracteriza essa violência. Uma pesquisa desenvolvida a partir de uma abordagem metodológica bibliográfica e empírica, que tem em Maurice Merleau-Ponty, Paul Watzlawick e Spinoza suas principais referências.

**Palavras-chave:** Violência. Estética. Afeto.

### 1 INTRODUÇÃO

Propõe-se a partir deste trabalho de pesquisa algumas reflexões que integram a tese de doutorado da autora, sob a orientação da Professora Lilian Balmant Emerique<sup>1</sup> e do Professor Raffaele De Giorgi<sup>2</sup>, com previsão de defesa para agosto de 2019, intitulada “O Espetáculo da Violência no Rio de Janeiro e o Olhar Estético do Afeto”. Um trabalho que integra a linha de pesquisa “Sociedade, Direitos Humanos e Arte”, no qual se busca demonstrar que a estética pode ser uma alternativa para enfrentar a questão da violência urbana no Rio de Janeiro, tendo Maurice Merleau-Ponty não só como principal referência teórica, mas como método de pesquisa, conforme demonstram Lopes e Pimentel (*in* ROCHA, 2011; p. 105-110).

A realidade social carioca expõe como o problema da violência urbana se afasta de uma “solução” possível a cada “solução” apresentada, imprimindo mais violência e, portanto, gerando ainda mais violência. Ao deslocar o enfoque, buscando novas perspectivas de observar e analisar a violência, é possível articular a questão de outra maneira, tomando como ponto de partida o fato que a violência é uma circularidade que se retroalimenta e se autorregenera, de acordo com o conceito de *padrão circular* formulado por Paul Watzlawick (1991). Entender a violência por intermédio da estética é perceber como a violência ganha as formas de uma dinâmica circular. Uma percepção disseminada pela mídia e pelo estado através do discurso do terror, e assimilada pela sociedade, que passa a exigir mais proteção e segurança, legitimando medidas de contenção e controle que retroalimentam essa circularidade de violência.

Considerando que estética é uma questão de percepção (MERLEAU-PONTY, 1999, 2015; LUHMANN, 2005; ADORNO, 2004), como também daquilo que se constrói como realidade

---

<sup>1</sup> Professora Doutora da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ e do PPGD UFRJ.

<sup>2</sup> Professor Doutor da Università Del Salento e Professor Visitante do PPGD UFRJ (2013-2017).

(MERLEAU-PONTY, 1999, 2015; LUHMANN, 2005; WATZLAWICK, 1991; BERGER, 1991), acreditamos que esta realidade *violenta* do Rio de Janeiro, aprisionada em uma circularidade de violência (WATZLAWICK, 1991), possa ser enfrentada por intermédio da estética, por uma mudança na forma de perceber o outro, a própria divisão, o conflito, a violência. Para observar esta dinâmica de violência propomos o olhar estético do afeto, um instrumento que pretende ampliar as possibilidades de percepção e tornar visível essa estrutura circular de violência, trazendo possibilidades de rompê-la através do afeto, buscando em Spinoza (2017) a fundamentação teórica para a construção deste *olhar*.

Uma proposta de reflexão disposta em duas seções. A primeira seção apresenta a estética da violência do Rio de Janeiro, ou seja, como a violência urbana na cidade é comunicada e como se projeta nos espaços urbanos; a segunda seção expõe o olhar estético do afeto para, então, oferecer as considerações finais acerca desta pesquisa.

## **2 A ESTÉTICA DA VIOLÊNCIA DO RIO DE JANEIRO**

Para compreendermos a estética da violência urbana no Rio de Janeiro é necessário voltar no tempo e acessar a história da cidade. Uma violência manifesta na estrutura arquitetônica, entre muros, grades, enclaves. Uma cidade demarcada entre territórios lícitos e territórios proibidos, dividida pelas fronteiras do acessível e do não acessível que marcam a sua estética. Uma cidade dividida entre morro e asfalto (TORRACA, 2016; 2018), entre os espaços de inclusão e exclusão. Uma violência que é comunicada pela linguagem do medo, porém uma violência normalizada que passou a integrar a paisagem da cidade. Uma cidade que guarda um horizonte aprisionado pela própria comunicação.

### **2.1 A arquitetura da violência urbana no Rio de Janeiro**

A história do Rio de Janeiro revela como foram construídos os espaços de marginalização. Uma história de silenciamentos e disputas por territórios que marcam as formas arquitetônicas da cidade, que desde a sua fundação reflete a imagem dos interesses de projetos oligárquicos. Uma imagem que é transformada em espetáculo a ser consumido pelo Outro *estrangeiro*. Uma cidade que é transmutada como espaço de passagens, recepções, festas, transferindo à população uma percepção de efemeridade, aonde tudo passa, tudo acaba, tudo é consumido e devorado no presente, num processo antropofágico (TORRACA, 2016; 2018) que apaga as marcas do passado e descarta as possibilidades de um futuro.

Os espaços de exclusão expõem a aniquilação de identidades provocada por projetos que

visam atender a interesses oligárquicos, que há muito são responsáveis por desenhar os destinos da cidade. Projetos que são identificados por diversos nomes, mas são sempre os mesmos projetos que promovem a remoção de pessoas como se lixo fosse. São reformas urbanísticas que fazem sangrar os espaços de exclusão “em nome da segurança” dos territórios protegidos. São *planos* que reproduzem indignidade sob o falacioso discurso da dignificação do sujeito; que encampam o descarte e promovem a subtração das possibilidades de construção de memória. São intervenções urbanísticas que reverberam seus danos pelo tempo.

A primeira intervenção de porte na arquitetura da cidade aconteceu no início do século XIX, com a chegada da Família Real Portuguesa, impondo um incremento no número de habitações, inflação no mercado imobiliário, saneamento e aterro dos pântanos, além da abertura e ampliação de ruas e avenidas, implicando em um aumento demográfico que refletiu em diversos âmbitos da cidade, inclusive na rotina da Casa de Detenção, que teve um acréscimo na população carcerária, como também na alteração da localização do mercado de escravos e toda a estrutura ao seu redor, numa configuração que se reflete no presente. Era o cosmopolitismo inspirado nos moldes europeus que ditava as regras da “unidade e ordem” e, assim, ilustrava a imagem da cidade. Uma imagem esculpida às custas dos fenômenos que na atualidade ganham outras denominações, como remoção branca e gentrificação, porém são as mesmas técnicas, apenas atualizadas para atender os *desejos* presentes.

São projetos que reproduzem a mesma narrativa do início do século XX, como aquela promovida pelo governo do Prefeito Pereira Passos. Uma reforma urbanística que insistia na europeização da cidade, ainda que às custas da destruição do que se considerava destoante da estética moderna, mas que significava a alma e a cultura do Rio de Janeiro. Um progresso que representou a destruição dos cortiços provocando o deslocamento da população pobre, negra e nordestina para os morros do Rio de Janeiro. Assim nasceu a favela. Este foi o primeiro passo para construir uma divisão territorial e social no Rio de Janeiro.

Outros momentos foram decisivos para que o Rio de Janeiro se tornasse uma cidade *espetáculo*, principalmente após a transferência da capital para Brasília, em 21 de abril de 1960, buscando resgatar o protagonismo perdido. Entretanto, fora um resgate limitado à estética da *cidade maravilhosa*; um resgate que não contemplava a maioria da população carioca. Assim, a cidade foi redesenhada para atender aos planos políticos incorporados por projetos que são reciclados, recebendo no presente a denominação de “megaeventos”; desde a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, também conhecida como ECO-92, até a Copa das Confederações (2013), da Copa do Mundo de Futebol (2014), dos Jogos Olímpicos e

Paralímpicos de Verão de 2016, que sob o pretexto de “modernização” acabaram recrudescendo as desigualdades que estabelecem as *fronteiras* da cidade. São *planos* de higienização revestidos pelo discurso de “planejamento urbanístico”, que não só modificaram a imagem do Rio de Janeiro, mas imprimiram a militarização do cotidiano para garantir a paz e a segurança dos *territórios protegidos*, como foi possível verificar com o Projeto de Pacificação - Unidades de Polícia Pacificadora (UPP), implantado pelo governo do Estado do Rio de Janeiro em várias favelas cariocas, contribuindo para a potencialização da divisão da cidade e, conseqüentemente, da violência urbana.

Esses projetos passaram a representar a estética do militarismo, como “objeto cultural que vai desempenhar um papel essencial na percepção de outrem” (MERLEAU-PONTY, 1999; p. 474). Uma linguagem que faz parte da memória da cidade e da construção dos territórios de exclusão. Uma divisão social que projeta o aprisionamento da *realidade* numa circularidade de violência. Neste contexto, a linguagem da *segurança* invade os espaços da cidade para estabelecer os limites daqueles que são protegidos pelo direito, daqueles que são os excluídos de quaisquer direitos. Ao tentar se proteger da violência, esta sociedade empreende técnicas que provocam ainda mais violência. Quando as experiências individuais passam a compor uma memória coletiva de violência, a cidade absorve esteticamente a configuração desta memória. A dor e o medo restam estampados na cidade. A cidade retrata estas experiências particulares como linguagem desta sociedade. Seu existir em uma redoma de proteção faz parte da ilusão.

Uma ilusão projetada nos muros que dividem a cidade. São as intervenções urbanas que, segundo Caldeira, “criam fronteiras policiadas e conseqüentemente deixam menos espaço para a indeterminação nos encontros públicos. Todas elas promovem intolerância, suspeita e medo” (CALDEIRA, 2011; p. 314), moldando a estética da violência urbana. Escondidas pelos muros, visíveis e invisíveis, “as favelas acabam sendo tratadas como enclaves privados: apenas moradores e conhecidos se aventuram a entrar e tudo o que se vê das ruas públicas são algumas poucas entradas” (CALDEIRA, 2011; p. 315). É a mesma clausura das relações percebidas por Vital da Cunha na construção de sua etnografia (VITAL DA CUNHA, 2015). Assim, as favelas são percebidas como espaços de crimes e criminosos (CALDEIRA, 2011; p. 79).

Neste Rio de Janeiro *violento*, a figura dos condomínios fechados, denominado por Caldeira como “enclaves fortificados”, são erigidos para proteção contra esta violência, ou seja, daquilo que é comunicado como violência. Enclaves que acabam por potencializar a divisão urbana, especialmente por conferirem status – e não *segurança*, afinal “a construção de símbolos de status é um processo que elabora diferenças sociais e cria meios para a afirmação da distância e

desigualdades sociais” (CALDEIRA, 2011; p. 259). Os condomínios representam a segregação permitida – e estimulada (p. 264) – socialmente: “eles oferecem uma nova maneira de estabelecer fronteiras entre grupos sociais, criando novas hierarquias entre eles e, portanto, organizando explicitamente as diferenças como desigualdade” (p. 259). Esses enclaves seriam responsáveis por transmutar aspectos negativos que a clausura, o isolamento, a restrição e a vigilância carregam, em símbolos de status (p. 259); uma forma de perceber a violência, de não *ver* a violência, de continuar a perceber o *outro* como ameaça.

## 2.2 O espetáculo do *Real*

É possível afirmar que a violência urbana no Rio de Janeiro é comunicada em forma de espetáculo. Uma estética que exprime um padrão circular no qual a ordem é fixada sob uma dinâmica comunicativa de ameaça constante e recíproca. Neste contexto, a mídia e o estado são responsáveis por este padrão de comunicação, cuja linguagem é o medo. Um afeto secundário (SPINOZA, 2017; p. 112) que gera e regenera as formas da violência em uma dinâmica circular.

É possível compreender o conceito de circularidade de violência a partir da formulação de *padrão circular*, apresentada pelo Professor Paul Watzlawick em seu livro “A Realidade é Real?”, no qual busca demonstrar como a comunicação cria aquilo que convencionamos chamar de realidade. Para Watzlawick, “não existe uma realidade absoluta mas apenas concepções da realidade subjectivas e muitas vezes contraditórias” (WATZLAWICK, 1991; 127), ou seja, as ilusões que consideramos como realidade, apenas formam aquela *realidade* que acreditamos existir. Aquilo que realmente existe, ressalta o autor, são perspectivas diferentes da realidade, que até podem se apresentar como contraditórias, mas são todas “resultantes da comunicação e não reflexos de verdades eternas e objectivas” (p.7). Essas diferentes perspectivas geram realidades diferentes que podem provocar conflitos humanos, adverte Watzlawick.

Segundo Watzlawick, a circularidade é um meio comunicativo, no qual “o comportamento de cada uma das partes envolvidas determina e é determinado pelo comportamento da outra” (WATZLAWICK, 1991; p. 93), projetando um padrão circular que leva a visões do mundo muito diferentes. A própria divisão da cidade reflete essas diferentes maneiras de perceber e comunicar a violência, sem que se possa afirmar a existência de uma causa para este fenômeno, afinal “o facto da maioria das interações ser circular, com a causa a produzir efeito e o efeito transformar-se em causa fazendo *feedback* da causa original” (p.93). O medo, o racismo, o preconceito e a aporofobia são formas de percepção do outro, de comunicar-se com o outro; formas violentas de

comunicação, que também podem ser alteradas através da perspectiva, levando às diferentes maneiras de enxergar o mundo, o ambiente, o outro.

A estética da cidade encontra-se delineada em torno de uma violência visível, uma violência que assumiu a forma de uma estrutura circular. Os incluídos (do asfalto) percebem a violência dos excluídos (do morro), os excluídos (do morro) percebem a violência dos incluídos (do asfalto). Porém, tanto a população do morro quanto a do asfalto não percebem que constroem ameaças recíprocas. Esta violência está impressa no panorama da cidade, na forma de uma dinâmica circular. O morro está circundado pela violência do asfalto e o asfalto está circundado pela violência do morro, e as medidas de contenção desta violência acabam por retroalimentar e potencializar a violência em ambos os espaços. Esta dinâmica caracteriza uma forma de segregação que, em certa medida, se diferencia daquela enunciada por Marcuse, Nightingale e Florida, entre outros autores, justamente por este modelo segregativo ter se estruturado sob um padrão circular de violência, identificado no Rio de Janeiro.

Neste sentido, até mesmo a *paz* se apresenta como face da violência da cidade, porque o que é percebido como segurança é representado pela imagem da polícia – uma imagem de violência. Os emblemas que os policiais carregam são os símbolos da guerra, confirmando que a “paz é a continuação da guerra por outros meios”, conforme alertara Hannah Arendt (ARENDR, 2004; p. 9 – livre tradução).

Se estética é uma questão de percepção, é também uma questão daquilo que se constrói e é comunicado como realidade – uma realidade violenta; afinal como salienta Merleau-Ponty, percepção é comunicação (1999). Desta forma é erigido o padrão que identificará o outro como *inimigo* e sua localização, desta forma, o *outro* e o *outro espaço* são comunicados – e percebidos – como ameaças. Uma construção que tem como base o preconceito. Neste sentido, Alsina adverte que os preconceitos são responsáveis por uma percepção seletiva da realidade (ALSINA, 2009; p. 277), como é possível identificar nas operações do judiciário e da mídia, e seus reflexos na sociedade. São vários os exemplos desta seletividade, desde a territorialidade como condição agravante nos crimes que envolvem tráfico de drogas, o que implica no “reconhecimento” da favela como território de risco, às narrativas construídas pela grande mídia na produção de reportagens que traduzem como violência episódios que muitas vezes são fenômenos sociais e/ou artísticos, como é o caso do arrastão, do rolezinho, dos bailes funk, da pichação, entre outros. São territórios que sofrem não só com a invisibilidade, mas com as tentativas de eliminação, seja concreta, como as remoções, seja virtual, como o apagamento da favela da Rocinha no mapa da

Riotur, comprovando a violência simbólica que está impressa nas narrativas da cidade *maravilhosa*.

A circularidade da violência é igualmente potencializada pela diferença construída através da rotulagem, responsável por provocar um enfrentamento contínuo entre morro e asfalto e, conseqüentemente, a polarização social. A projeção de imagens rotuladas instaura um fluxo permanente de manifestações de violência entre os dois espaços, entre as duas projeções. Nesta dinâmica, os meios de comunicação atuam como amplificadores dessa violência. A violência se transforma, então, em espetáculo a ser consumido, responsável por retroalimentar uma circularidade de violência.

Na concepção de Debord (2003), a violência faz parte do espetáculo, que existe sob duas formas, concentrada e difusa. A forma concentrada pertenceria ao “capitalismo burocrático”, que detém o trabalho social total (mercadoria) e o revende à sociedade em forma de sobrevivência em bloco (p. 46), “acompanhada de uma violência permanente” (p. 47). Segundo Debord, “onde domina o espetacular concentrado domina também a polícia” (p. 47), que é instauradora e mantenedora do direito, conforme observa Benjamin, e que corresponde a um *direito* que

assinala o ponto em que o Estado, seja por impotência, seja devido às conexões imanentes a qualquer ordem de direito, não consegue mais garantir, por meio dessa ordem, os fins empíricos que ele deseja alcançar a qualquer preço. (BENJAMIN, 2013; p. 135).

O espetacular representaria esses “fins empíricos” aludidos por Benjamin, correspondendo a uma violência que acompanha o indivíduo por toda a sua vida, uma violência que não tem figura, mas que é onipresente. O *espetacular* nos vigia... Já o espetacular difuso, segundo Debord, acompanharia “a abundância das mercadorias, o desenvolvimento não perturbado do capitalismo moderno” (DEBORD, 2003; p. 47), representaria o “abstrato” que sustenta as distorções de projetos que prometem “o futuro”, mas nos lançam “de volta ao passado”, projetando a antropofagia democrática (TORRACA, 2016; 2018), uma vida fragmentada, do “devir-mercadoria” do mundo (DEBORD, 2003; p. 48). É a estética do *parecer* e não conseguir *ser*. Segundo Debord, esta estética da aparência tende a apagar, negar os conflitos e acaba fomentando a “subcomunicação”, que seria mais uma forma de retroalimentar a circularidade de violência.

O espetáculo do *Real* é a teatralização da violência através da comunicação, que se encarrega de amplificar a violência que se pretende afastar. Uma teatralização que faz parte do *realismo estético*, integrante de um senso comum, como salienta Jaguaribe, e que “permeia a percepção do cotidiano na modernidade” (JAGUARIBE, 2007; p. 15), que, na verdade, são interpretações da realidade e não a realidade (p. 16). Mas “o real é *aquilo que frustra a*

*representação*” (BADIOU, 2017; p. 17). Uma teatralização projetada através da teledramaturgia ou do telejornalismo, entre a ficção e o *Real*. A violência comunicada na notícia ou na teledramaturgia é responsável pela construção de uma realidade que não permite a distinção daquilo que *realmente* é violência.

O espetáculo do *Real* é a crise identificada por Marie-José Mondzain como a “crise do visível” (MONDZAIN, 2008). Uma crise construída por pelo menos dois séculos de cristianismo, como linguagem de alienação e dominação, salienta a autora. Um espetáculo que reduz o real ao surreal, em seu aspecto negativo, e que não vai além do discurso. É este espetáculo demonstrado por Debord, que “na sociedade representa concretamente uma fabricação de alienação” (DEBORD, 2003; p. 26). Para Mondzain (MONDZAIN, 2008; p. 24), a realidade *do terror*, da idolatria da perversidade, se apresenta como uma nova forma de redistribuição de poder. São estéticas que se aproximam. Sem desprezar que a violência nada mais é do que a mais flagrante manifestação de poder, aponta Arendt (ARENDR, 2004).

É possível verificar a partir dessa breve demonstração a inexistência de condições causais na estrutura da violência no Rio de Janeiro e, portanto, eliminar a violência como solução para a questão da violência. Precisamos considerar que a estrutura da violência é uma estrutura circular e somente tecnologias que busquem romper com esta circularidade serão capazes de obter algum êxito no enfrentamento da violência, daí a proposta do *olhar estético do afeto*.

### **3 O OLHAR ESTÉTICO DO AFETO**

Observar a violência a partir dos estudos sobre estética traz uma perspectiva diferente sobre a questão da violência no Rio de Janeiro, provocando uma alteração na percepção do outro, da própria divisão, do conflito. A cidade é a violência que se percebe, como também a violência que mesmo visível não é mais percebida, absorvida como violência normalizada. A estética da violência visibiliza a sublimação estética, que se realiza com a identificação que faz com que a diferença desapareça. É a diferença transmutada em indiferença. Daí a proposta de um instrumento que faça visível essa estrutura circular de violência, entendida a partir do conceito de interdependência desenvolvido por Paul Watzlawick (1991).

Um instrumento que se configura como um método de pesquisa, afinal, segundo Merleau-Ponty, “para que percebamos as coisas, é preciso que as vivamos. [...] Viver uma coisa não é nem coincidir com ela nem pensá-la de uma parte à outra” (MERLEAU-PONTY, 1999; p. 436). Desta maneira, Merleau-Ponty coloca a experiência no centro da descrição que fazemos de um mundo que *olhamos* a partir do nosso interior, recomendando que o sujeito perceptivo “dirija-se para



coisas das quais antecipadamente ele não tem a chave, e das quais todavia ele traz em si mesmo o projeto” (p.436), o que não significa abandonar seu lugar e seu ponto de vista (p. 442), pois nada é “efetivamente *dado* na percepção” (p. 438), as *coisas* são retomadas interiormente, reconstituídas e vividas pelo sujeito, como explica o pensador, “ligadas a um mundo do qual trazemos conosco as estruturas fundamentais, e do qual ela é apenas uma das concreções possíveis” (p. 438). Neste sentido, Català Domenèch defende a importância do conceito de ponto de vista para compreensão do alcance das soluções possíveis através das imagens (CATALÀ DOMENÈCH, 2005; p. 183), considerando irrelevante a distinção entre ponto de vista e perspectiva, apenas revelando “a verdadeira posição do sujeito com respeito ao objeto que estuda” (p. 183; 274-289).

O primeiro aspecto que foi necessário considerar na construção do olhar estético do afeto é que “temos muito mais percepção e somos muito mais influenciados pelas nossas percepções do que pensamos” (WATZLAWICK, 1991; p. 43), o que é decisivo na determinação do nosso comportamento. A busca por um instrumento que fizesse *ver* como a projeção de imagens rotuladas instaura um fluxo permanente de manifestações de violência entre os dois espaços – morro e asfalto, entre as duas projeções. Uma violência que está comunicada em forma de espetáculo – o espetáculo do *real*. Uma comunicação que nos afeta, ecoando na potência do nosso agir (SPINOZA, 2017; p. 99).

O segundo aspecto se revela com o entendimento que “não existe uma realidade absoluta, mas apenas concepções da realidade subjetivas e muitas vezes contraditórias”, conforme demonstra a tese de Watzlawick (1991; p. 127). Considerando esses dois aspectos, encontramos no mundo da fotografia um *medium*.

As fotos, segundo a filósofa Susan Sontag, não só captam a realidade, mas são uma interpretação do mundo (2004; posição 84), representam uma “emoção sentimental e um sentimento implicitamente mágico: são tentativas de contatar ou de pleitear outra realidade” (SONTAG, 2004; posições 221 a 226). O *ver* e o *ver-se*, como ressalta José de Souza Martins, restam profundamente inscritos na realidade das relações sociais (MARTINS, 2017; p. 71). A fotografia além de ser um meio de *ver* a realidade – sob determinada perspectiva (fotografar), é uma forma de comunicação através da imagem fotografada com o espectador do registro fotográfico, contudo porta a possibilidade de ir além.

A fotografia é um aparato de poder que não pode ser reduzido meramente aos seus componentes: a câmera, o fotógrafo, o ambiente fotografado, o objeto, a pessoa ou o espectador, como ressalta Ariela Azoulay (AZOULAY, 2008, p. 81), porém a relação entre esses componentes precisa ser pensada como estrutura de uma *imagen compleja*, como propõe Josep Català

Domenèch (CATALÀ DOMENÈCH, 2005). Uma dimensão que amplifica as possibilidades deste olhar captado pela câmera. Neste sentido, a câmera popular, aquela que registra o cotidiano, consegue “desbanalizar o banal” do repetitivo, numa espécie de negação, o que faz com que a fotografia se insira “num certo imaginário e numa certa vontade social” (MARTINS, 2017; p. 53). É a captura do real, a busca de sentido em face do espelho, e “o único modo de fazer da fotografia um espelho é atravessar o espelho”, cuja “inspiração do negativo propõe a visualidade do avesso” (p.55). A reversão fotográfica que amplia nossas formas de percepção, é “atravessar o espelho, é buscar no avesso e no absurdo do contrário o sentido do que não tem sentido, crivar de indagações as possíveis revelações do negativo e do positivo” (p. 55), que é, na verdade, o *contrato civil da fotografia* proposto por Ariella Azoulay (AZOULAY, 2008).

Contudo, não é qualquer fotografia que pode fazer parte deste contrato, apenas aquela que representa uma forma de relação dos indivíduos com o poder que os governa, especialmente aqueles que perderam o “direito de ter direitos”, conforme a formulação de Arendt, aludida por Azoulay para indicar espaço civil da fotografia configurado em seu *contrato civil da fotografia* (AZOULAY, 2008; p. 81). Para Azoulay, o desenvolvimento das características deste contrato é uma forma de contribuir para questionar a configuração política da fotografia e pensar sobre seu efeito na forma moderna de soberania e articulação territorial, projeto que se coaduna com nossa proposta de reterritorialização (DELEUZE e GUATTARI) através do afeto e por intermédio da fotografia, do ato de fotografar. Afinal, a fotografia age, fazendo com que outros atuem, afirma Azoulay. Seu *contrato civil da fotografia* é um convite para que o espectador faça parte, que passe do discurso à ação (AZOULAY, 2008; p. 129 e ss.), que se torne “cidadão na cidadania da fotografia” (p. 134 – livre tradução).

Spinoza conseguiu demonstrar que o homem é afetado pela imagem (SPINOZA, 2017; p.111-116); Català Domenèch traz essa possibilidade para o imaginado e imaginário (CATALÀ DOMENÈCH, 2005; p. 268; 2011). Català Domenèch propõe com a imagem complexa uma forma diversa de ver a imagem, conforme a relação que o espectador tem com a imagem, o que se aproxima da proposta de Azoulay, considerando a imagem estática, ou seja, a imagem fotográfica. De acordo com o pensador catalão, a percepção complexa se caracteriza pela experiência que se converte em uma potencialidade dela mesma, ou seja, “quando a imagem mental passa a ser representada em uma imagem e nós a observamos” (CATALÀ DOMENÈCH, 2005; p. 92 – livre tradução), isto significa que a dicotomia entre espaços existencial e espaço imaginário acaba se tornando uma força da articulação entre a percepção visual objetiva e a potencialidade imaginária de sua vivência, conforme explica o autor. Neste sentido, é interessante pensar essas interações

como performances em artes digitais ou museus digitais para promover experiências perceptivas mais intensas e dirigidas, o que também pode ser atingido através de intervenções imagéticas eletrônicas em configurações urbanísticas e arquitetônicas, como sugere Català Domenèch (p. 145-146), provocando uma espécie de mútua reinvenção interna/externa.

Para Català Domenèch, a imagem complexa projeta o trânsito entre a realidade imaginada, considerada uma imagem comunicada, e uma imagem realizada, aquela que nos permite objetivar uma emoção (CATALÀ DOMENÈCH, 2005; p. 166). Ele demonstra a importância em distinguir os limites do olhar, em especial estabelecendo as diferenças entre o ato de ver com o ato de representar o visto, recomendando que se desmembre o ato de ver, além de pensar as imagens em relação aos mecanismos complexos, como os dispositivos essenciais de cognição, procedimentos simbólicos de cultura e psicológicos.

O terceiro aspecto da construção do olhar estético do afeto é o mergulho necessário no conceito de afeto de Spinoza. É o afeto que pode despertar a percepção. O afeto traz a identificação na comunicação, na percepção. O afeto é importante para que se estabeleça a distinção em relação ao outro, daí a existência do outro ser imprescindível para a comunicação, para a existência da minha consciência, como salienta Merleau-Ponty (MERLEAU-PONTY, 1999). Todavia, me identificar com a dor do outro, não me transforma no outro.

Spinoza compreende o afeto como “as afecções do corpo, pelas quais sua potência de agir é aumentada ou diminuída, estimulada ou refreada, e, ao mesmo tempo, as ideias dessas afecções” (SPINOZA, 2017; p. 98). O afeto é o estado do corpo e a força contagiante do afeto e do amor (p.119-121), como também a potência do ódio (p.123), que restam demonstradas por Spinoza, daí a importância de concentrarmo-nos em imagens que provoquem a simpatia, não apenas a empatia, como salienta Adela Cortina (CORTINA, 2017). Porém, não uma simpatia seletiva, mas uma simpatia que resulte da incorporação moral (eticidade), afirma Cortina, e que seja capaz de confirmar o comprometimento com o *outro*. Este comprometimento se dá a partir da percepção, defende a autora, e a chave estaria na educação formal e informal, que conseguiria promover a mudança de percepção, o reconhecimento recíproco da dignidade e da compaixão, responsável por romper com a aporofobia. Cortina acredita que haveria uma mobilização – e modificação – das emoções, fazendo com que o afeto acabe por se tornar a moeda de troca. É o amor que Spinoza demonstra como a arma contra o ódio (SPINOZA, 2017; p.127). São caminhos que nos levam ao olhar estético do afeto.

O olhar estético do afeto carrega radicalmente a possibilidade de ir além da observação, conforme indica a própria raiz da palavra afeto – *AFFICERE*, que significa fazer algo, agir sobre algo.

O afeto seria o *Punctum* de Roland Barthes: “[...] minha fenomenologia aceitava comprometer-se com uma força, o afeto; o afeto era o que eu não queria reduzir” (BARTHES, 2015; p. 25). O *punctum* é o afeto, aquilo que na imagem me punge, me afeta, me transforma, porque me despertou um outro olhar. Segundo Spinoza, “o afeto é uma ideia pela qual a mente afirma a força de existir, maior ou menos que antes, do seu corpo” (SPINOZA, 2017; p. 166) e “quanto maior a proximidade, maior o afeto”(p. 164). A reterritorialização através do afeto é o convite para ocupar, aproximar, subverter a linguagem da violência.

Para Català Domenèch, o olhar é “ver o limite da nossa visão, significa ver a imagem inclusive na própria realidade: ver a realidade como imagem” (p. 33); portanto, “ver implica a consciência de estar vendo”, ou seja, “o fenômeno é criado no momento em que há uma consciência em ação que forma as imagens” (p. 31). Todavia, o sujeito que percebe, segundo o autor, “torna-se seu mundo da percepção, enquanto o que faz é seu mundo de ação” e o conjunto formado por esses dois mundos, afirma, é o meio ou universo próprio. O processo complexo das ações e gestos que a própria percepção vai afinando, segundo Català Domenèch, pode converter-se em *olhar*, em capacidade de interrogar os objetos do meio ambiente (p. 58). Esse despertar através da imagem seria provocado pelo afeto. Essas são as bases da construção do olhar estético do afeto.

#### 4 CONCLUSÃO

A partir das observações e análises apresentadas neste trabalho é possível concluir que a violência urbana no Rio de Janeiro está aprisionada em uma dinâmica circular, que se retroalimenta e se autorregenera. Esta circularidade de violência é a forma da comunicação da cidade, ou seja, como se estabelece a percepção e a construção da realidade. Uma comunicação *violenta*.

O olhar estético do afeto é o instrumento que carregaria a potência de *fazer ver* as estruturas da violência urbana característica do Rio de Janeiro, além da possibilidade de ruptura da circularidade de violência a partir da mudança de percepção. É o *ver* através de outras lentes, as lentes do afeto. Afinal, “a visão não é nada sem um certo uso do olhar” (MERLEAU-PONTY, 1999; p. 300-301).

Um instrumento que faz parte da proposta de enfrentar a violência urbana carioca através da estética, alterando a forma de *ver*, permitindo o *deixar-se afetar*, afinal, “não é o ver, mas o envolvimento nosso com todo o cenário, quando nos estabelecemos neste cenário, isto significa que deixamos o papel de espectador para partícipe” (p. 426). Este é olhar estético do afeto, o

olhar que percebe, que se deixa afetar, que se deixa envolver e deseja *participar*. É o olhar que pode ajudar a romper a circularidade de violência urbana que marca o Rio de Janeiro. Um instrumento ainda em construção.

## REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W. **Teoria Estética**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1970.
- ALSINA, Miquel Rodrigo. **A Construção da Notícia**. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.
- ARENDT, Hannah. **On Violence**. New York: Harvest Book; 2004.
- AZOULAY, Ariella. **The Civil Contract of Photography**. New York: Zone Books, 2008.
- BADIOU, Alain. **Em busca do real perdido**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.
- BARTHES, Roland. **A câmara clara: nota sobre a fotografia**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.
- BENJAMIN, Walter. **Escritos sobre Mito e Linguagem (1915-1921)**. 2ª edição. São Paulo: Editora 34, 2013.
- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania**. 3ª edição. São Paulo: Editora 34, Edusp, 2011.
- CATALÀ DOMÈNECH, Josep M. **La Imagen Compleja: la fenomenologia de las imágenes em la era de la cultura visual**. Balleterra (Barcelona): Universitat Autònoma de Barcelona, 2005.
- \_\_\_\_\_. **A forma do real**. São Paulo: Summus, 2011.
- CORTINA, Adela. **Aporofobia, el rechazo al pobre**. Barcelona: Espasa Libros, 2017.
- DEBORD, Guy. **La Société du Spectacle**. Download do arquivo <<http://www.fichier-pdf.fr/2012/10/20/societe-spectacle2/societe-spectacle2.pdf>>
- JAGUARIBE, Beatriz. **O choque do real: estética, mídia e cultura**. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.
- LOPES, Cynthia de Araújo Lima Lopes e PIMENTEL, Fabiano. **A metodologia da pesquisa no direito e Maurice Merleau-Ponty**. In: ROCHA, Ailton Schrmamm de et al. Metodologia de pesquisa em direito e a filosofia. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LUHMANN, Niklas. **A Realidade dos Meios de Comunicação**. São Paulo: Paulus, 2005.
- MARTINS, José de Souza. **Sociologia da fotografia e da imagem**. 2ª edição. São Paulo: Contexto, 2017.
- MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da Percepção**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_ **O primado da percepção e suas consequências filosóficas.** Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

MONDZAIN, Marie-José. **Can images Kill?** Paris, 2008.

SONTAG, Susan. **Sobre Fotografia.** São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

SPINOZA, Benedictus de. **Ética.** 2ª edição. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

TORRACA, Lia B. T. **Democracia Encurralada: os reflexos das manifestações de 2013 no Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2016.

\_\_\_\_ **A Cornered Democracy: The Echoes of the 2013 Demonstrations in Rio de Janeiro and the Architecture of a Crisis.** *In:* ALVARES, Lucia Capanema e Barbosa, Jorge (eds). *Urban Public Spaces: From Planned Policies to Everyday Politics.* Suíça: Springer Nature, 2018.

VITAL DA CUNHA, Christina. **Oração de Traficante: uma etnografia.** 1ª edição. Rio de Janeiro: Garamond, 2015.

WATZLAWICK, Paul. **A Realidade é Real?** Lisboa: Relógio d'Água Editores Lda., 1991.



**GP9**

## **SOCIOLOGIA DA INFÂNCIA**

Coordenação:

Profa. Dra. Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci (UPM/USJT)

Profa. Dra. Michelle Asato Junqueira (UPM)

# EM NOME DA MÃE, DO PAI E DA FAMÍLIA: CONTRIBUTOS PARA A AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS PARA O FORTALECIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A INFÂNCIA BRASILEIRA

*Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci*  
(Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie)

*Michelle Asato Junqueira*  
(Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie)

**RESUMO:** A presente pesquisa tem como objetivo demonstrar a necessidade de efetivação de uma Emenda Constitucional com vistas à ampliação do catálogo dos Direitos Sociais contemplados no art. 6º da Constituição Federal de 1988, buscando a inclusão da proteção à paternidade e à família como forma de estabelecer Por todo o exposto, consideramos imprescindível a inclusão da paternidade e da família, agregando assim um *status* constitucional diferenciado, responsável por desencadear políticas públicas e interpretações judiciais mais contemporâneas e que, no fim do percurso, conduzirão à igualdade de gênero, fortalecimento de laços familiares e a promoção da justiça e do bem-estar social na sociedade brasileira.

**Palavras-chave:** Infância. Direitos Sociais. Parentalidade.

## 1 INTRODUÇÃO

*“É preciso uma aldeia para se educar uma criança”.*  
Provérbio Africano

Na atualidade a expressão família passa por profundas modificações no que tange à sua formação e ao seu perfil. Consideramos que a proteção da família, representa a proteção social que em larga escala é o objetivo direcionador das políticas públicas, como um todo, e especialmente, em nosso país. As famílias não podem somente ser objeto de ação política, mas mais do que isso devem protagonizar a política, assumindo a responsabilidade e a função de agentes transformadores da sociedade.

Vale ressaltar que o compartilhamento das responsabilidades de reprodução social é entendido aqui como o espaço do cuidado e educação dos filhos e defendido como questão a ser assumida pelos integrantes da família (homens e mulheres), pelo Estado, via fornecimento de equipamentos sociais e sociedade, por exemplo, e também pelos empregadores. O descompasso no compartilhamento dessas responsabilidades reflete-se no descompasso na vida produtiva: com jornadas de trabalho diferenciadas, salários desiguais, competências desigualmente reconhecidas.

É errôneo acreditar que o vínculo afetivo é diferente entre mãe e filho, ou pai e filho, o que importa não é a condição natural de cada um, mas a existência da vontade e da motivação para o exercício da criação dos filhos, fato este que não escapa ao universo masculino. Nesta seara de raciocínio, a criação dos filhos não está adstrita apenas à mulher, mas sim à afetividade de quem se incumbir nesta tarefa, com plenitude e amor, podendo ser desenvolvida por homem ou pela mulher, pai ou mãe.



Assim, pretendemos demonstrar que somente pelo esforço e cooperação de todos os atores sociais será possível consagrarmos a verdadeira igualdade e justiça social. Desta feita, percebemos que o conceito de família nos dias atuais passa por novas roupagens acrescentando em seu seio a igualdade de gênero. Por esta ótica, podemos dizer que a criação e sustento dos filhos já não cabe prioritariamente a um dos cônjuges, mas sim a ambos.

Entendemos que as iniciativas legislativas devem ser mais afinadas com o momento atual retirando o foco de discussão central da mulher e redirecionando-o à família, como forma de ampliar a noção de que a responsabilidade pelos afazeres domésticos e que envolvem a família, devem ser compartilhados entre homens e mulheres, bem como em outras áreas, a proteção à maternidade, paternidade e à família.

## **2 DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: POR QUE O FILHO É DA MÃE?**

Direito como história. Direito como fato social. Direito como conquistas seculares. Há uma correlação indispensável entre o caminhar evolutivo e a produção do Direito. Quando vislumbramos as chamadas gerações de direitos, em especial, é que já é doutrina assente, não mais a se falar em gerações que pressuporiam o terminar e recomeçar, mas sim a ideia de coexistência fática e presente, e o termo dimensões seria o mais apropriado para a compreensão da temática. Sobre isso é certo afirmar que os denominados Direitos Sociais pertencem à categoria de direitos de segunda dimensão não mais voltados a afirmação histórica de direitos de liberdade, mas sim a efetivação de prestações oponíveis ao Estado.

Norberto Bobbio (1992, p. 5) afirma que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

No Brasil é importante registrar o percurso histórico dos direitos sociais em uma escala evolutiva e de responsabilização do Estado

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho a necessidade de imposição ao Estado de efetivação de tais direitos sociais é de extrema importância já que:

O entendimento dos direitos sociais, econômicos e culturais como direitos originários implica, como já foi salientado, uma mudança na função dos direitos fundamentais e põe com acuidade o problema da sua efetivação. Não obstante se falar aqui da efetivação dentro de uma “reserva do possível”, para significar a dependência dos direitos econômicos, sociais e culturais não se reduz a um simples “apelo” ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos. (CANOTILHO, 2003, p.478)

Os Direitos Sociais ganham ainda mais protagonismo quando elevados à categoria hierárquica constitucional e na mesma escala evolutiva, os Direitos Sociais previstos expressamente na CF de 1988 também foram sendo acrescidos a partir dos ideais dos constituintes originários.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Legisladores derivados cumpriram a missão de ir ampliando o referido rol para acrescentar a moradia, o transporte e alimentação e o texto se encontra atualmente disposto com a seguinte redação:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Em uma perspectiva objetiva, a constitucionalização de novos direitos sociais tem como liame o enaltecimento dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, solidariedade e nos fins teleológicos de se superar as desigualdades sociais e regionais na busca de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como ser para o intérprete, bem como para o Estado como efetivador de tais direitos, a noção plena de que seriam os direitos sociais categorias de direitos fundamentais, cabendo citar:

Nesta esfera, como já sinalado na parte geral dos direitos fundamentais, também as normas de direitos sociais (sendo normas de direitos fundamentais) possuem uma eficácia dirigente ou irradiante, decorrente da perspectiva objetiva, que impõe ao Estado o dever de permanente realização dos direitos sociais, além de permitir as normas de direitos sociais operarem como parâmetro, tanto para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, quanto para a criação e o desenvolvimento de instituições, organizações e procedimentos voltados à proteção e promoção dos direitos sociais. Daí também resulta, entre outros aspectos, a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações privadas<sup>18</sup> (e, em termos mais amplos, a interpretação do ordenamento jurídico de acordo com o marco dos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais). Além disso, não se pode olvidar que também em matéria de direitos sociais assumem relevo os deveres de proteção que vinculam os órgãos estatais, inclusive no que diz com uma atuação em caráter preventivo e que ensejam um dever de proteção suficiente, pena de violação da assim chamada proibição de insuficiência de proteção, isto sem falar na existência de deveres fundamentais (sociais) dos particulares. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 552)

Há, portanto, segundo Sarlet (2006, p. 56-57) que os direitos sociais tomados em sua dimensão positiva não se configuram como “liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”.

No entanto, ao se vislumbrar o Texto Constitucional encontramos a proteção social cingida apenas à maternidade, cabendo trazer à colação o art. 6º, objeto de nossa proposta de Emenda Constitucional:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo nosso)

Convém esclarecer que o valor da igualdade encontra-se destacado no Preâmbulo da Carta Cidadã de 1988 cabendo destacar:

**PREÂMBULO**

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (destaque)

Da mesma forma enaltece o art. 3º os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre outros a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), a redução das desigualdades sociais (inciso III) e o princípio da não discriminação com a promoção do bem de todos (inciso IV).

Inaugurando topograficamente o Capítulo I “Dos direitos e deveres individuais e coletivos” disciplina o art. 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

Importantíssimo salientar que o princípio da igualdade assegurado na Carta Cidadã de 1988 comporta análise em suas duas dimensões, quais sejam, a igualdade material e a igualdade formal.

Compreende-se por igualdade formal aquela estabelecida como ideal, perante a lei, ou seja, nos termos do art. 5º, da Carta Cidadã de 1988 a "igualdade de todos perante a lei". A igualdade formal garante o tratamento de todos os cidadãos de maneira isonômica, não sendo admitidos privilégios e perseguições. É conceito destinado, entre outros, ao legislador, incumbido de garantir um tratamento igualitário de todos perante o ordenamento legal.

O princípio da igualdade jurídica já não mais se encontra cingido a uma igualdade formal ou isonômica, mas aos poucos vai se afirmando como uma igualdade material, por meio da implementação consciente e necessária de hábeis políticas públicas voltadas à minoração das desigualdades e a instauração de uma isonomia real, congregando uma concepção mais ampla no sentido de instrumentalizar condições de oportunidades e firmamento de um efetivo equilíbrio dos cidadãos no Estado Social de Direito, a igualdade real alcançada nos remete a um dos

fundamentos proclamados pela República Federativa do Brasil, na CF/88 art. 1º, inciso III da CF/88, a dignidade da pessoa humana.

Os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana se correlacionam e de maneira dependente, nos levam à conclusão que a igualdade em sua essência nos conduz à dignidade da pessoa humana, igualdade esta compreendida a fim de se evitar distorções e discriminações injustas.

No mesmo sentido são as disposições do sistema de seguridade social (art. 194, CF/88) ao disciplinar os ditames legais da previdência e da assistência social, protegendo apenas a maternidade e não fazendo alusão à paternidade, cabendo citar:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (grifo nosso)

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; (grifo nosso)

Encontramos menção à paternidade apenas no art. 7º, inciso XIX da CF/88 delimitando que “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;”.

Importante salientar que muitas são as lacunas legais derivadas da não concepção da paternidade como direito social e podemos elencar algumas delas, a título de exemplificação a não existência da licença-paternidade ampliada de maneira substancial, a não contemplação de direitos trabalhistas e sociais estatuídos em Convenções Coletivas, que segundo estudos, reforçam a maternidade em detrimento da paternidade.

Assim sendo, a inclusão de novos atores sociais no art. 6º entre eles, a paternidade e a família se justifica seguindo os moldes vanguardistas da Constituição Portuguesa de 1976 que disciplina a proteção à maternidade, à paternidade como “valores sociais eminentes” e concebe a família como “elemento fundamental da sociedade”, cabendo citar :

**Artigo 67.º Família**

1. A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.

**Artigo 68.º Paternidade e maternidade**

1. Os pais e as mães têm direito à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país.

2. A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes. (grifo nosso)

A Carta Magna de 1988 elege como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em seu art. 3º, inciso I a construção de uma sociedade livre, justa e

solidária. Denota-se que o legislador constituinte objetivou firmar como propósito da sociedade brasileira a instituição dos laços de solidariedade necessários à construção de uma sociedade livre, justa, desenvolvida, com a promoção do bem de todos e apartamento das desigualdades regionais. A solidariedade para o Estado Democrático de Direito Brasileiro deve ser concebida como sinônimo de desenvolvimento, justiça social, bem-estar e paz.

O vocábulo solidariedade nos remete à concepção de ligação entre pessoas, responsabilidade mútua, congregação de interesses individuais para o desenvolvimento comum, vinculação de indivíduos em prol de um bem maior, comunhão de responsabilidades.

A solidariedade social corresponde, portanto, a um princípio que estrutura os Estados Sociais, notadamente, conhecidos como Estados Providência, possui caráter político, econômico e social na medida em que cabe ao Estado promover o bem de todos, e na união de forças individuais os enlaces tornam-se vínculos.

No que tange ao direitos de crianças e adolescentes, em especial, nos dispositivos Constitucionais e do ECA, possuem *status* diferenciado e galgam a categoria de normas indispensáveis para a arquitetura do sistema jurídico, balizando-o e alicerçando-o. Eis a razão pela qual o legislador optou por fazer do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma rede principiológica, compreendidos os princípios nessa legislação, não como mero enunciados, mas sim diretrizes para a conformação de todo o sistema.

Desta feita, seguindo os ditames constitucionais, o ECA consolida, como Estatuto, as matizes que delineiam os sujeitos de direitos, crianças e adolescentes, reiterando em seu texto os princípios da prioridade absoluta, proteção integral, melhor interesse, sujeito de direito em desenvolvimento em toda a sua plenitude, eivada de dignidade, respeito, liberdade e não discriminação, tendo por raiz estruturante, Tratados Internacionais e a Constituição de 1988. É sob essa perspectiva principiológica que versa o ECA sobre a necessidade de interpretação construtiva dos direitos da criança e do adolescente com foco no princípio da solidariedade entre família, comunidade, sociedade e Estado, asseverando-se que todos são co-responsáveis pelo desenvolvimento integral da criança e do adolescente.

### **3 PORQUE O NOVO SEMPRE VEM: MODIFICAÇÕES NA LEGISLAÇÃO EM PROL DA PATERNIDADE E DA FAMÍLIA**

A legislação brasileira ainda que a passos mansos apresenta modificações no sentido de se incluir a paternidade e a família na arquitetura de proteção aos cuidados de crianças e

adolescentes, entre elas, citamos abaixo tomando por base bibliográfica o Relatório do Instituto PROMUNDO acerca da paternidade.

Em 1992 temos a edição da Lei n. 8.560 visando regular e fomentar o reconhecimento de paternidade, determinando ao oficial do registro que indague à mãe o nome do suposto pai, sempre que uma criança for registrada sem indicação de paternidade, na sequência da temática a Lei no 12.004 de 2009 estabelece a presunção de paternidade no caso de recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA, o que é reforçado pelo lançamento do Programa Pai Presente instituído pelo Provimento n.12 de 2010 da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça. Nos anos de 2012, são publicados os Provimentos n. 16 e n. 19 com vistas a possibilitar o registro espontâneo da criança pelo pai, bem como a gratuidade na averbação do referido reconhecimento de paternidade.

Vanguardista modificação se deu com a edição da Lei n. 12.873, de 2013 que garante ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança o direito ao salário-maternidade pelo período de 120 dias, bem como estabelece que no caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado.

Em 2014 no âmbito das relações de trabalho por meio Lei Complementar n. 146, de 2014 fica instituído que se ocorrer o falecimento da genitora, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa do trabalho a quem detiver a guarda do seu(sua) filho(a), até o quinto mês após o parto.

Também no ano de 2014 a Lei n. 13.058 denominada Lei da Guarda Compartilhada disciplina que o tempo de convívio do pai e da mãe deve ser dividido de forma equilibrada, tendo em vista os interesses de filho(s) ou filha(s).

1º semestre de 2016, o Brasil recebe a chegada de uma nova legislação. Batizada de Estatuto da Primeira Infância, a Lei nº 13.257/2016 a qual sublinha os 72 meses iniciais de vida, ou seja, de zero a seis anos, como um momento de extrema relevância para o desenvolvimento não apenas infantil, mas também como um marco inicial para o desenvolvimento pleno do ser humano. Nos primeiros anos de vida, o desenvolvimento físico, psicológico e emocional da criança ganha contornos para transformações em grandes dimensões. Antes mesmo de nascer, ainda no ventre materno, estudos demonstram que o desenvolvimento aquém do desejado irá trazer consequências futuras e de alto impacto na vida adulta.

Sob o ponto de vista da análise da articulação, a lei é expressa em relação a esta necessidade de que as políticas sejam formuladas e implementadas pela abordagem e coordenação intersetorial, que articula as diversas áreas, englobando também a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o que garantirá a transversalidade das ações.

Toda essa engrenagem colabora para a consolidação dos princípios da proteção integral e da compreensão da criança como sujeito de direito em desenvolvimento, basilares e presentes nos marcos normativos de proteção aos direitos infanto-juvenis.

A novel legislação parte do conceito de paternidade ativa buscando ampliar a participação masculina no cuidado dos filhos e aos poucos ir corrigindo a desigualdade de gênero na família a partir de uma nova arquitetura dogmática. Estabelece, assim, a ampliação da Licença Paternidade para mais 15 (quinze) dias, além dos 5 (cinco) garantidos pela Constituição Federal, com incidência também na Lei n. 11.770/08, que criou o Programa Empresa Cidadã.

Ainda no Artigo 37 garante aos pais o direito de “até 2 (dois) dias para acompanhar consultas médicas e demais exames complementares durante o período de gravidez de sua esposa ou companheira” e “1 (um) dia por ano para acompanhar filho de até 6 (seis) anos em consulta médica”.

O Marco Legal da Primeira Infância trouxe também alterações no ECA em seu dois dispositivos de extrema importância o art. 26 que “Torna igualmente responsável a mãe e o pai no cuidado e na educação da criança, sendo resguardado o direito de transmissão familiar de crenças e culturas” bem como o art. 33 garantindo a gratuidade dos registros e certidões para inclusão do nome do pai, a qualquer tempo.

Com grande repercussão a novel legislação também alterou o Código Penal - DL 3.689/1941 em seu art. 41 para possibilitar a substituição de prisão preventiva por domiciliar no caso do pai ser o único responsável por filho ou filha até 12 anos. Aqui deixamos nossas ressalvas de que apesar de ser um primeiro passo de proteção ao pai, a norma poderia dar passos ainda mais vanguardistas garantindo a possibilidade de em se havendo ambos pais presos, o casal poder escolher efetivamente em uma comunhão de compartilhamentos e corresponsabilidade quem poderia ser solto.

Por arremate, resta clara a vocação vanguardista do Marco Legal da Primeira Infância Brasileiro – reforça-se o seu ineditismo na América Latina - na busca dogmática pela reconstrução de conceitos que operam como bússolas para a compreensão do ser criança em todo o seu desenvolvimento. Tal Estatuto dignifica a categoria infância como ambiência privilegiada do começo da vida, desenvolvimento e início da Humanidade.

Finalmente, a comunicação imbuída de sua principal missão de informar para a ética e aproximação ganha dimensões diferenciadas no Marco Legal da Primeira Infância, pois lhe cabe o papel precípuo de transmitir conteúdos relativos àqueles que nominamos no início do presente artigo de “sujeitos de direito em grau superlativo”. Erigida à categoria de Direito Humano Fundamental, o papel da Comunicação na novel legislação é singular e plural, único e dotado de inúmeras possibilidades para trazer informações consistentes e formativas para a sociedade brasileira, em especial, no universo dos cuidados e no desenvolvimento infantil a partir do fortalecimento da maternidade, da paternidade e da família. É o que veremos no tópico a seguir.

#### **4 TORNAR O INVISÍVEL, VISÍVEL: ATORES SOCIAIS QUE COMUNICAM E FAZEM A DIFERENÇA**

Visibilidade. Condição de tornar algo visível, conhecido e notório. Este é o papel de vários institutos nacionais e internacionais que buscam comunicar o direito à paternidade como um direito humano fundamental, equalizando as relações de gênero e contribuindo no enaltecimento no cuidado de crianças a ser realizado não como função e obrigações maternas, mas ao contrário disso, que também se desenha como uma construção histórico-cultural a necessidade de inclusão da paternidade, bem como da família no cuidar como ato de fortalecimento de laços afetivos e desenvolvimento infantil. Partindo do Relatório do Instituto PROMUNDO listamos abaixo institutos que fazem diferença no assunto.

Em primeiro lugar é importante citarmos a atuação do Instituto Promundo desde 1997 na consolidação no conceito de masculinidades, igualdade de gênero e cuidados familiares em diversos países do mundo por meio de ações comunicacionais e educativas, em especial, na temática da Paternidade e do Cuidado.

Entre as principais campanhas comunicacionais estão : Você é meu Pai promover a corresponsabilidade paterna nos afazeres domésticos e cuidados com os filhos e/ou crianças que estejam em seu núcleo familiar, incluindo assim avôs, tios, irmãos, etc. Também deve ser citada uma experiência de sucesso no ano de 2009, no âmbito do Projeto “Pai de menino, pai de menina: engajando pais pela igualdade de gênero”, realizada na comunidade Santa Marta (RJ) em 2009, que a partir de imagens fotográficas proporcionou aos pais a releitura de questões relacionadas a gênero, cuidados e masculinidades.

Pioneiro na América Latina, a partir dos pressupostos da invisibilidade masculina na vida reprodutiva e no cuidado com as crianças, surge no ano de 1997 o Instituto Papai, alicerçado a partir do debate acadêmico quanto à temática e para tanto empreende esforços à luz de teorias



críticas acerca das construções históricas e sociais que se apresentam em diversos campos tais como família, gênero, educação, trabalho, ofuscada pelo manto das violências estruturais e simbólicas que permeiam a questão.

Unindo esforços, os Insitutos Papai e Promundo protagonizam a campanha “Dá licença, eu sou pai” que tem como diretriz estabelecer a ampliação da licença paternidade com equiparação entre licença maternidade e paternidade. No Brasil, todo pai, inclusive adotivo, tem direito à licença paternidade, sem prejuízo em seu salário, o que já vem ocorrendo com a edição de normas que já foram citadas no tópico anterior.

Como paradigma mundial temos em 2012 a iniciativa global MenCaree alicerçada fortemente em estratégias comunicacionais de sensibilização cultural e social, divididas em dez temáticas que ilustram atitudes cotidianas para o fortalecimento da paternidade, entre elas, a divisão nos cuidados com os filhos, o exercício do brincar, da afetividade, o apoio à maternidade, a cultura da não violência e a consolidação da paternidade como exercício indispensável para criação de laços e desenvolvimento infantil. Com ações em mais de 40 países, as instituições parceiras da MenCare desenvolvem iniciativas colaborativas de advocacy, pesquisa e metodologia para engajar os homens com a paternidade, o cuidado equitativo, a prevenção de violências e a saúde de gestantes, bebês e crianças.

## **5 CONCLUSÃO**

Também é importante asseverar que, a mera edição de normas para os chamados direitos de compartilhamento ou de corresponsabilidade, que vêm despontando nos fecundos solos do Direito Europeu, não é suficiente para a efetividade e aplicabilidade de tais direitos em solo brasileiro, pois sua inserção deve estar devidamente acompanhada de um preparo cultural da sociedade, a fim de lhe garantir a eficácia e efetiva construção da igualdade de gênero.

Se o papel das políticas públicas em favor da igualdade entre homens e mulheres pode ter conseqüências positivas, apenas a mudança da correlação de forças no interior da esfera dita “privada” poderá contribuir para uma melhor distribuição do trabalho invisível, do trabalho de compaixão e de dedicação, de altruísmo, de disponibilidade permanente, tornando abordável às mulheres – e não apenas virtualmente aos homens e a um punhado de “mulheres excepcionais” – um espaço próprio, um tempo “para si”, e o acesso à criatividade, que é possível apenas a partir de uma afirmação de si enquanto sujeito autônomo”(HIRATA, 2014, p.20)

Focado no binômio cuidado e desenvolvimento infantil há toda uma arquitetura dogmática para promover a efetivação de tais direitos. Neste âmbito, está o núcleo social da família compreendido não apenas como a função materna, mas ao contrário disso alicerçado na paternidade e na família. Como direitos sociais devem estar incluídos também estes atores sociais e assim podemos compreender que direitos sociais são direitos fundamentais voltados ao desenvolvimento e quando associados ao querer constitucional exposto no art. 227 da CF de 1988 nos conduzem à ideia de proteção integral da criança e do adolescente e que podemos defender são corolários do direito à felicidade, não como uma suposição metafísica e etérea, mas sim, concreto, pragmático e necessário de se efetivas, neste sentido lapidares são os ensinamentos abaixo transcritos:

A felicidade da superação das fomes humanas, inclusive do respeito aos direitos humanos, que correspondem à idéia da dignidade humana, atualmente é esperança. Mas não é “mera esperança”, como algo que se posterga indefinidamente e deva ser classificado entre as ilusões ou, quem sabe, entre as superstições da humanidade. É esperança fundada na realidade, porque o desenvolvimento científico e técnico e a capacidade de produção dos homens já tornou este sonho apto a tornar-se realidade, só sendo necessária a conjunção das condições objetivas com as subjetivas, ou seja, a superação da “estultice culpada”, dos enganos e desvios políticos e morais, da decisão humana e da liberdade. Em outros termos, para que a felicidade coletiva possa começar a tornar-se realidade, o desenvolvimento necessário é mais do plano da “vontade política”, do aperfeiçoamento cultural e psicológico, do que antes se diria como “espírito”, pois as condições materiais estão dadas.” (ALBORNOZ, 2005, p.6-9)

Por todo o exposto, consideramos imprescindível a inclusão da paternidade e da família como direitos sociais, tendo em vista que suas constitucionalizações expressas no art. 6º agregarão um *status* constitucional diferenciado, responsável por desencadear políticas públicas e interpretações judiciais mais contemporâneas e que, no fim do percurso, conduzirão à igualdade de gênero e a promoção da justiça e do bem-estar social na sociedade brasileira.

## REFERÊNCIAS

ALBORNOZ, S. G. Ernst Bloch e a Felicidade Prometida. **Revista Possibilidades**, a. 02, n. 5, p. 6-9, 2005. Disponível em: . Acesso em: 21 out. 2018

ALMEIDA FILHO, Agassiz & MELGARÉ, Plínio. **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

ARIÈS, P. História social da criança e da família. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

BALERA, Wagner & ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. **Salário Família no Direito Previdenciário Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2007.

BOGGIO, Paulo Sérgio & CAMPANHÃ, Camila (org). **Família, Gênero e Inclusão Social**. São Paulo: Memnon, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Quadro de referência de uma Política Pública: Primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional.** In: SMANIO, Gianpalo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins e BRASIL, Patricia Cristina. *O Direito na fronteira das Políticas Públicas.* São Paulo: Páginas & Letras Editora e Gráfica, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GOLDANI, Ana Maria. **Família, gênero e políticas: famílias brasileiras nos anos 90 e seus desafios como fator de proteção.** Revista Brasileira de Estudos de População, v.19, n.1, jan./jun. 2002.

HIRATA, Helena. O universo do trabalho e da cidadania das mulheres – um olhar do feminismo e do sindicalismo. In COSTA, Ana Alice *et al.* **Reconfiguração das relações de gênero no trabalho.** São Paulo : CUT, Brasil, 2004.

MONTALI, Lilia. **Provedoras e co-provedoras: mulheres-cônjuge e mulheres-chefe de família sob a precarização do trabalho e o desemprego.** Revista Brasileira de Estudos da População, vol.23, no.2, São Paulo July/Dec. 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A família na travessia do milênio: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000

PINHEIRO, Luana; GALIZA, Marcelo; FONTOURA, Natália. **Novos arranjos familiares, velhas convenções sociais de gênero: a licença-parental como política pública para lidar com essas tensões.** Revista de Estudos Feministas, vol.17 n..3 Florianópolis Sept./Dec. 2009, p.12.

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

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

## LICENÇA-PATERNIDADE COMO DIREITO DA CRIANÇA

*Carla Egydio*

(Advogada formada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie)  
carlabegydio@gmail.com<sup>1</sup>

*Ingrid Sora*

(Advogada formada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie)  
ingrid-sora@hotmail.com

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo discutir a licença-paternidade em seu período de duração, finalidade social e condições em contraste com os mesmos aspectos da licença-maternidade, para que possam ser tecidas conclusões acerca de sua importância para crianças na primeira infância, constituindo-se não apenas como um direito do empregado que é pai, mas também como um direito da criança.

### 1 INTRODUÇÃO

Os teóricos da divisão sexual do trabalho buscam compreender as divisões de tarefas, independentemente da remuneração, a partir das construções de papéis sociais atrelados a categoria gênero. A relação entre gênero e trabalho já havia sido apontada por outros teóricos, contudo, de forma residual. No caso das teorias sobre a divisão sexual do trabalho, buscam compreender determinadas segregações sociais a partir da relação entre gênero e ocupação/trabalho, ainda que seja muito difícil determinar qual o fator de gera a segregação, o tipo de trabalho ou o gênero. Neste sentido:

(...) falar em termos de divisão sexual do trabalho é: primeiro, mostrar que essas desigualdades são sistemáticas e, segundo, articular essa descrição do real como uma reflexão sobre os processos mediante os quais a sociedade utiliza essa diferenciação para hierarquizar as atividades, e portanto, os sexos; em suma; para criar um sistema de gênero (HIRATA, 2008, p. 263).

Ao longo do desenvolvimento da sociedade ocidental, as mulheres foram responsabilizadas pelo trabalho reprodutivo. Assim, atividades relacionadas ao âmbito familiar, tanto no caso dos cuidados dos filhos e idosos, como no caso das atividades relacionadas à limpeza e manutenção da dinâmica doméstica foram atribuídas às mulheres. É importante destacar que a vinculação a esses trabalhos ocorre com a grande maioria das mulheres, independentemente de classe, isto, pois estas tarefas fazem parte dos papéis conferidos ao gênero feminino, vez que os padrões de feminilidade estão atrelados às ideias de cuidado e afeto.

Contudo, as pressões e violências decorrentes desta vinculação não são as mesmas para todas as classes, pois, enquanto as mulheres de classes mais altas são responsáveis por gerenciar essas atividades, empregando mulheres para desempenhá-las, as de classes mais baixas

---

<sup>1</sup> E graduanda em Ciências Sociais pela Universidade São Paulo.

costumam desempenhá-las pessoalmente. O trabalho doméstico remunerado é exercido principalmente por mulheres negras de classes mais baixas.

Independentemente da função exercida, o fato das mulheres integrarem a classe trabalhadora não contribuiu para que as mulheres pertencentes deixassem de ser responsáveis pelas tarefas domésticas de suas respectivas casas, resultando no acúmulo de função, na dupla jornada.

O “cuidar da casa” (ou “tomar conta da casa”), assim como o “cuidar das crianças” (ou “tomar conta das crianças”) ou até mesmo o “cuidar do marido”, ou “dos pais”, têm sido tarefas exercidas por agentes subalternos e femininos, os quais (talvez por isso mesmo) no léxico brasileiro têm estado associados com a submissão, seja dos escravos (inicialmente), seja das mulheres, brancas ou negras (posteriormente) (GUIMARÃES; HIRATA, SUGITA, 2011, p. 154).

Há, portanto, um ciclo que associa a figura feminina ao trabalho doméstico. No caso das mulheres de baixa renda, que desempenham atividade fora do âmbito do lar, é comum que a filha, enquanto não possui idade suficiente para exercer trabalho remunerado, seja responsável pelo trabalho doméstico de sua casa. É oportuno ressaltar que a Convenção nº 182 da Organização Internacional do Trabalho indica o trabalho doméstico como uma das piores formas de trabalho infantil.

É neste contexto que se deve compreender as construções sociais em torno da ideia de maternidade e paternidade. A maternidade como ideal construído histórica e socialmente implica a atribuição das tarefas de cuidado com as crianças e adolescentes às mulheres. Assim, a divisão sexual do trabalho ao segregar as mulheres ao espaço doméstico, restringiu a atuação dos homens nas tarefas de cuidado da casa e dos filhos. Ao tratar do conceito de masculinidade, Connel afirma consistir em “uma configuração de prática em torno da posição dos homens na estrutura das relações de gênero” (1995, p. 188). Assim, obedecendo a uma lógica dialética, os homens são afastados do trabalho reprodutivo:

O suposto destino biológico da mulher à maternidade tem sido construído através de símbolos (Maria), de prescrições religiosas, jurídicas, educacionais (regulamentação da contracepção), das organizações sociais (dispor ou não de creche) e das identidades subjetivas (a mediação entre não trabalhar fora enquanto tem filhos pequenos). Em contrapartida, o masculino ao ser associado à produção e administração da riqueza, é afastado do reino da reprodução, a não ser pelo sêmen fecundante. Se isto confere maior poder aos homens, nem todos os homens vivem harmoniosamente, sem conflitos, sem contradição esta experiência. Intersubjetividades, de mulheres e homens escapam a prescrições, bem como sua organização social em movimentos políticos (LYRA, MEDRADO, 2000, p. 150).

Assim, é necessário que ao longo de todo o artigo tenha-se como plano de fundo a divisão sexual do trabalho, bem como, que o entendimento de que a legislação brasileira sobre a licença-

paternidade é subproduto ideológico desta concepção de feminilidade e masculinidade, e consequentemente, de maternidade e paternidade.

## 2 HISTÓRICO LEGISLATIVO DA LICENÇA-PATERNIDADE

Em 1943, foi aprovado o Decreto Lei nº 5452/1943 que ao consolidar as legislações trabalhistas esparsas tornou-se ferramenta jurídica indispensável à garantia de direitos de trabalhadores. O Decreto, conhecido como Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), instituía no parágrafo único de seu artigo 473 a possibilidade de ausência do empregado em 1 (um) dia útil, sem desconto salarial, com a finalidade de que este pudesse realizar o registro civil do recém-nascido. Conforme:

**Art. 473.** O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário e por tempo não excedente de dois dias, em caso de falecimento de cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou pessoa que, declarada em sua carteira profissional, viva sob sua dependência econômica.  
*Parágrafo único.* Em caso de nascimento de filho, o empregado poderá faltar um dia de trabalho e no correr da primeira semana, para o fim de efetuar o registro civil, sem prejuízo de salário.

A licença-paternidade tinha como finalidade permitir que o empregado que se tornasse pai pudesse fazer o registro público de nascimento de seu filho ou filha, diante da dedicação da mãe aos cuidados com o recém-nascido.

O Decreto Lei nº 229 de 1967 alterou a redação do artigo 473, da CLT, que passou a discorrer acerca desta possibilidade de falta sem prejuízo do salário em seu inciso III, conforme:

Art. 473. O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário:  
III – por 1 (um) dia, em caso de nascimento de um filho, no decorrer da primeira semana;

Manteve-se, portanto, a permissão fundamentada na necessidade do empregado de realizar o registro público do nascimento.

Apenas em 1988 houve de fato a previsão constitucional da licença-paternidade. A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, trouxe em seu artigo 7º, inciso XIX<sup>2</sup>, que é direito do trabalhador urbano e rural a licença-paternidade, nos termos fixados em lei.

No mesmo sentido, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), estabeleceu em seu artigo 10, §1º que: "*até que a lei venha disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias*".

---

<sup>2</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

Assim, é possível concluir que as discussões acerca do período concedido à licença-paternidade não se deram por encerradas pelo Legislador, que, ao estabelecer norma constitucional cuja eficácia pode ser interpretada como limitada, não entendeu pelo esgotamento do tema.

O período de licença-paternidade de 5 (cinco) dias constante do ADCT foi estendido para 20 (vinte) dias no caso da empresa em que labora o trabalhador ter integrado ao Programa Empresa Cidadã e, concomitantemente, ter o empregado solicitado sua extensão até 2 (dois) dias úteis após o parto bem como participar de algum programa ou atividade de paternidade responsável.

Isso porque o artigo 38 da Lei nº 13.257 de 2016, ao alterar a Lei nº 11.170 de 2008, que institui o Programa Empresa Cidadã, previu a hipótese da licença-paternidade ser acrescida em 15 (quinze) dias, mediante o cumprimento das exigências mencionadas, conforme:

Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar: (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016) (Produção de efeito)

I - por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal; (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016) (Produção de efeito)

II - por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016) (Produção de efeito)

§ 1º A prorrogação de que trata este artigo: (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016) (Produção de efeito)

I - será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto, e será concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade de que trata o inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal; (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016) (Produção de efeito)

II - será garantida ao empregado da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que o empregado a requeira no prazo de 2 (dois) dias úteis após o parto e comprove participação em programa ou atividade de orientação sobre paternidade responsável. (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016) (Produção de efeito)

§ 2º A prorrogação será garantida, na mesma proporção, à empregada e ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016) (Produção de efeito).

Há que se falar também que a Lei 13.467/2017 (conhecida como "Reforma Trabalhista"), ratificou a possibilidade de elastecimento da licença-paternidade por meio de normas coletivas - o que permite concluir que a licença poderia ser superior à 20 (vinte) dias, tonando objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho a supressão ou redução desse direito, nos termos do art. 611-B, inciso XIV, da CLT<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;

Além de discussões nos âmbitos social e acadêmico, a matéria ensejou a apresentação de projetos de lei que buscam ampliar o período da licença-paternidade, bem como um projeto de emenda constitucional que visa ampliar o período estabelecido no ADCT. É válido, portanto, mencionar alguns dos argumentos que fundamentam alguns destes projetos<sup>4</sup>.

O Projeto de Lei nº 7.985/2014 de autoria do Deputado Rubens Bueno (PPS-RS) que visa alterar a CLT a fim de ampliar a licença-paternidade para 10 (dez) dias, ressalta em suas justificativas a importância da ampliação para famílias monoparentais, bem como instrumento de efetivação da igualdade entre os gêneros:

A maternidade, em seu sentido amplo, não deve ser responsabilidade e tarefa exclusiva da mãe. É importante que o respectivo cônjuge compartilhe desse dever de cuidar desde o início, a fim de não só participar ativamente na pequena vida que surge, mas também em **desconstruir papéis de gênero seculares que institucionalizam a maternidade como tarefa apenas da mulher.**

**A licença-paternidade, por isso, tem a potencialidade de não só corroborar para a realização plena da licença-maternidade, mas igualmente em atualizar a lei à realidade, abarcando na sua aplicação as famílias monoparentais, bem como as adotantes.** (grifo nosso).

O Projeto de Lei nº 4.853/09, cuja autoria é do Deputado Urzeni Rocha (PSDB – RR), apresenta o direito da criança à convivência com o pai como motivo para ampliação da licença-paternidade para 30 (trinta) dias, conforme:

**A licença-paternidade é, portanto, um direito da infância.** Estendê-la para trinta dias configura-se uma importante política de gênero que pode modificar a ideia de o cuidado dos filhos ser uma responsabilidade exclusiva das mulheres, o que contribuiria, com certeza, para a redução da tripla jornada de trabalho das milhares de trabalhadoras brasileiras. (grifo nosso).

O Projeto de Lei nº 3.831/12, do Deputado Felipe Bornier (PSD-RJ) que visa estender a licença para 90 dias, em caso de nascimento ou adoção, também argumenta a importância da convivência familiar para a criança como justificativa:

Sabemos que o direito à licença-maternidade e a licença-paternidade não é apenas um benefício que visar a dar conforto e tranquilidade ao trabalhador, mas é, sobretudo, **um instrumento de proteção à infância, e à família, nos termos do art. 203, I da Constituição Federal.** (grifo nosso).

O artigo 227, da Constituição Federativa da República Brasileira, que estabelece o instituto da prioridade absoluta da criança, em que é dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar, dentre um rol de diversos outros direitos.

---

<sup>4</sup> Há outros projetos além dos que serão mencionados, destaca-se: PL nº. 935/2008, de autoria da Deputada Patrícia Saboya (PDT-CE); PL nº 879/11 cuja autora é a Deputada Erika Kokay (PT-DF); e a PEC nº 41/15, apresentada pelo Senador Álvaro Dias (PSDB-PR).



No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, que inclusive dedica seu Capítulo III ao direito da criança à convivência familiar, com destaque ao artigo 4<sup>5</sup>, cuja redação reforça o caráter prioritário do cuidado e atenção despendidos pela família.

É imprescindível destacar que ao tratar do instituto da prioridade absoluta, os diplomas legais mencionados, conferem o dever de cuidado sem qualquer distinção entre os integrantes da família, em outras palavras, a Constituição e o ECA não fazem qualquer distinção pautada no gênero dos responsáveis pela criança no que tange à atribuição do cuidado.

No mesmo sentido, o artigo 22, parágrafo único, introduzido no Estatuto da Criança e do Adolescente pelo Marco Legal da Primeira Infância - Lei nº 13.257/2016, traz: "*mãe e pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidade compartilhados no cuidado e na educação da criança*".

Desta forma, é possível inferir que, sendo a convivência familiar um direito da infância, nada mais acertado que pressupor que a licença-paternidade, além de direito do empregado que é pai, é também direito da criança.

### **3 LICENÇA-PATERNIDADE EM CONTRASTE COM A LICENÇA-MATERNIDADE**

Destaca-se o quanto estabelecido no caput do artigo 5º, da Constituição Federal: "*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade*".

Todavia, do cotejo da licença-paternidade e da licença-maternidade, há que se falar que o Brasil ainda não enfrenta corretamente a igualdade de gênero quando se trata do cuidado com os filhos recém-chegados ao seio familiar.

Nos termos do quanto supraexposto, não é apenas a evolução legislativa e a duração que diferem os quadros atuais da licença-paternidade em comparação com a licença-maternidade: observando-se as devidas peculiaridades de cada uma das licenças, na licença-paternidade a empresa empregadora é quem arca com a integralidade da remuneração do empregado, enquanto na licença-maternidade a remuneração da empregada é paga pelo INSS, qual seja, o

---

<sup>5</sup>Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

salário-maternidade - a não ser que seu salário supere o teto fixado no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, em que cabe ao empregador subsidiar. Tal aspecto já permite inferir pela existência de um campo de resistência pelos empregadores da extensão do período da licença-paternidade.

Ainda, o mesmo artigo 7º, da Constituição Federal, que concedeu a licença-paternidade ao empregado, também concedeu à gestante a licença de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo de seu emprego ou salário. A licença-paternidade já não trouxe em sua previsão as mesmas garantias.

Ademais, em caso de adoção, a licença-maternidade foi concedida após a entrada em vigor da Lei nº 10.421/2002, que acrescentou o artigo 392-A, na CLT, e o artigo 71-A, na Lei nº 8.213/90. Hoje, a mãe adotiva tem o direito à licença-maternidade proporcional de 120 (cento e vinte) dias em caso de adoção de criança até 1 (um) ano, 60 (sessenta) dias em caso de adoção de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos, e 30 (trinta) dias em caso de adoção de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos, com direito à salário maternidade garantido (art. 71-A da Lei nº 8.212/90).

Com relação à estabilidade, o Tribunal Superior do Trabalho posiciona-se pelo entendimento de que não há igualdade de condições entre a mãe adotiva e a mãe biológica para o deferimento da licença-maternidade, e, dessa forma, não assiste à mãe adotante tal direito.

É possível inferir do exposto que a empregada gestante tem direito à (i) licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias; (ii) salário-maternidade; e (iv) estabilidade, enquanto a empregada adotante tem direito à (i) licença-maternidade, proporcional à idade do filho ou filha; e (ii) salário-maternidade.

Sobre os mesmos aspectos na licença-paternidade, como já exposto, o empregado que é pai tem direito a 5 (cinco) dias de licença-paternidade; 20 (vinte) dias se a empresa em que trabalha aderiu ao Programa Empresa Cidadã e se o empregado requereu a extensão da licença, devendo participar de algum programa ou atividade de paternidade responsável; ou mesmo período superior em caso de previsão em normas coletivas.

Ainda, a estabilidade do empregado não é expressa na legislação que versa sobre o tema, pelo que não há, como na licença-maternidade, qualquer garantia de manutenção de seu emprego quando o empregado descobre que será pai ou sob qualquer outra hipótese.

Sobre a diferenciação nos quadros expostos, há que se destacar as palavras de Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci e Carla Noura Teixeira (ANDREUCCI, TEIXEIRA, 2014):

Não existem razões naturais, biológicas ou científicas que expliquem a submissão de um sexo a outro, a fragilidade de um sexo em relação ao outro são construtos sociais que ao

longo do tempo se estabelecem e passam - a partir de convenções criadas - a definir arquétipos e papéis no seio social. Assim, surge a desigualdade, a submissão que tanto prejudica as mulheres, as grandes personagens despersonalizadas de poder, educação e cidadania; mas, também, constrói homens sem afetividade, voltados apenas para a “vida pública” em detrimento da “vida privada” e dos laços familiares. Parte-se do pressuposto que sempre foi assim e assim será. Alguns compreendem como natural esta diferença entre “sexo forte” e “sexo frágil”, quando na verdade não é.

Nesses termos, são evidentes as diferenciações entre a licença-maternidade e a paternidade, que ao invés de consolidar a igualdade e justiça, ressaltam os papéis sociais construídos para o gênero feminino, trabalho reprodutivo, e do masculino, trabalho produtivo.

#### **4 LICENÇA-PATERNIDADE COMO DIREITO DA CRIANÇA**

Os quadros expostos no capítulo anterior que descrevem os aspectos da licença-paternidade e da maternidade apresentam direitos não só dos pais empregados, mas também, e principalmente, das crianças. O recorte ora utilizado para o estudo vem com destaque para as crianças na primeira infância (0 a 6 anos).

Inicialmente, há que se elucidar que criança tem direito à convivência familiar independentemente do gênero de seus familiares. Assim, as diferenças entre as previsões que normatizam licença-maternidade e paternidade fazem com que a convivência com os pais seja comprometida, e ressalta a construção de mulheres como responsáveis quase que unicamente com o cuidado dos filhos, ressaltando que esta divisão é pautada em uma compreensão patriarcal e heteronormativa do conceito de família.

É essencial que as crianças que adentram o seio familiar possam conviver com todos aqueles que integram esse núcleo, sem distinção do tempo de contato, convívio, aprendizado ou afeto, sendo assim construída uma sociedade em que as crianças podem ser verdadeiramente honradas.

Segundo Raine Eisler (2015), as relações familiares são o microcosmo de relações sociais mais amplas, pelo que as crianças aprendem inicialmente com suas famílias sobre a convivência social, bem como sobre o seu lugar de inserção nesse contexto.

A criança necessita do par conjugal adulto para construir dentro de si imagem positiva das trocas afetivas e da convivência, mas mais especificamente com relação à figura paterna, ela ganha diferentes contornos no processo de desenvolvimento, nos termos que ensina a teoria psicanalítica, destacando-se o pai como a possibilidade do equilíbrio regulador da capacidade da criança investir no mundo real, sendo sua atuação na fase inicial da vida essencial para a resolução de conflitos (GOMES, 2004).

Assim, privar a criança da convivência com qualquer de seus genitores produz um contexto de profunda violência, e que, como já exaustivamente exposto, apenas contribui para a reprodução das construções de papéis de gênero que há muito deveria ter sido superados.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A licença-paternidade apresenta-se como um direito do pai que é empregado, mas também deve ser considerada como direito e garantia da criança, sujeito de direitos e detentora da prioridade absoluta prevista no artigo 227, da Constituição Federal, tendo, como um de seus direitos a criação do dever do Estado de garantia da convivência familiar também com seu pai, do qual a licença-paternidade é apenas um de seus instrumentos de efetivação, que, como observado, está longe de efetivar tal direito da infância.

Diante da necessidade de efetivar os Direitos das Crianças constantes do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, em atenção à prioridade absoluta conferida pela Constituição Federal de 1988 a estes direitos, da ampliação do reconhecimento de famílias que apresentam outras configurações que não o tradicional modelo patriarcal heteronormativo, bem como, a importância da efetivação do direito constitucional à igualdade de gênero, entende-se ser necessário pensar as licenças em outros termos. Por todos os motivos expostos ao longo deste artigo, a divisão entre licença-maternidade e paternidade não é suficiente para pensar estes institutos, deve-se ampliar a incipiente discussão sobre a licença-parental, tendo como base adequação a outros modelos de família e ao respeito a igualdade de gênero.

## REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan, TEIXERIA, Carla Noura. **Em nome do pai: reflexões sobre implementação tardia do benefício previdenciário para o pai adotivo no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas. número 2. segundo semestre de 2014. Disponível em: <<http://www.usjt.br/revistadireito/numero-2/07-ana-claudia-pompeu.pdf>>. Acesso em 24.nov. 2018.

CONNELL, R. W. (1995), **Políticas da masculinidade**, Educação & Realidade, 20(2), 185-206.

EISLER, Raine. "Os benefícios da parceria: quando as crianças são honradas, há paz e prosperidade", in CAVOUKIAN, Raffi e OLFMAN, Sharna. **Honrar a criança: como transformar esse mundo**. São Paulo, Instituto Alana, 2015. p. 83-92.

GOMES, Aguinaldo José da Silva; RESENDE, Vera da Rocha. "O pai presente: o desvelar da paternidade em uma família contemporânea". **Psicologia: Teoria e Pesquisa**. Instituto de Psicologia, Universidade de Brasília (UnB), v. 20, n. 2, p. 119-125, 2004. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/8640>>. Acesso em 25. nov. 2018.

GUIMARAES, Nadya Araujo, HIRATA, Helena Sumiko, SUGITA, Kurumi. Cuidado e cuidadoras: o trabalho de *care* no Brasil, França e Japão. **Sociologia e antropologia**, v. 01, 2011, p. 154

HIRATA, Helena, KERGOAT, Daniele. Divisão sexual do trabalho profissional e doméstico: Brasil, França e Japão. In: COSTA, Albertina de Oliveira, SORJ, Bila, BRUSCHINI, Cristina, HIRATA, Helena (orgs). **Mercado de trabalho e gênero: comparações internacionais**. Rio

LYRA, Jorge; MEDRADO, Benedito, Gênero e Paternidade nas pesquisas demográficas: o viés científico. **Revista Estudos Feministas**, 8 (1), 2000. p. 145-158. Acesso em: 10.08.2018. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/9873>>. Acesso em 24 nov. 2018.

Projeto de Lei nº 7985/2014. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1278899&filename=PL+7985/2014](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1278899&filename=PL+7985/2014)>. Acesso em: 01 dez. 2018

Projeto de Lei nº 4853/2009. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=637764&filename=PL+4853/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=637764&filename=PL+4853/2009)>. Acesso em: 01 dez. 2018

Projeto de Lei nº 3831/2012. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=989798&filename=PL+3831/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=989798&filename=PL+3831/2012)>. Acesso em: 01 dez. 2018



**GP10**

**TEORIA E PESQUISA SOCIOLOGICA DO  
DIREITO**

Coordenação:

Prof. Dr. Igor Suzano Machado (UFES)

Profa. Dra. Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro (UFMG)

# A DISPUTA DOS SENTIDOS: INSTITUIÇÕES JURÍDICAS, LEI E MORAL – UM MARCO PRAGMÁTICO PARA A SOCIOLOGIA DO DIREITO

*Aloizio Lima Barbosa*

(Universidade Federal de Pernambuco - UFPE)

aloizio.lima.barbosa@hotmail.com

**RESUMO:** O debate sobre as leis, as instituições jurídicas e o judiciário de uma forma geral tem assumido, principalmente no Brasil, um lugar central para a compreensão das questões que envolvem o direito e a política. Com essas relações em mente, efetivamente preocupado em localizar o direito dentro de sentidos que assumam, direta e indiretamente, conotações morais, pergunto: como abordar a relação entre direito e moral não perdendo de vista uma discussão propriamente política, uma discussão sobre poder? Para responder a esta questão, parto da sociologia do campo jurídico, recuperando a reflexão bourdieusiana sobre o lugar do direito no problema da ordem social. Depois, levando em consideração as críticas que Bourdieu recebeu, principalmente relacionadas ao conceito de agência e ao lugar da reflexividade, tento relê-lo à luz do pragmatismo francês, mais especificamente do trabalho de Luc Boltanski. Assim, concluo que a relação entre lei e moral poder ser analisada a partir do conceito de instituição jurídica, desenvolvido por Boltanski, adaptando-o para fundamentar um marco pragmático para a sociologia do direito, preocupado com a relação entre direito, moral e política

**Palavras-chave:** Instituições jurídicas. Sociologia pragmática. Sociologia do campo jurídico.

## 1 INTRODUÇÃO

O debate sobre as leis, as instituições jurídicas e o judiciário de uma forma geral tem assumido, principalmente no Brasil, um lugar central para a compreensão das questões que envolvem o Direito e a política. Desde a configuração dos tribunais superiores, passando pela forma como as instituições jurídicas competem e influenciam as dinâmicas do balanço entre os poderes, os temas que envolvem o direito ganham uma grande relevância na compreensão da realidade social de maneira mais ampla. Assim, o modo como a sociologia pode tomar o Direito como objeto ganha uma multiplicidade de temas e abordagens que fazem com que os elementos empíricos e teóricos tenham relações fundamentais. Dentre as várias questões possíveis, a maneira como Direito, moral e política se tornam temas complementares e relacionais é uma chave interessante.

Com essas relações em mente, efetivamente preocupado em localizar o Direito dentro de sentidos que assumam, direta e indiretamente, conotações morais, pergunto: como abordar a relação entre Direito e moral não perdendo de vista uma discussão propriamente política, uma discussão sobre poder? Essa pergunta coloca o problema dentro das relações de poder e lança um desafio fundamental, do ponto de vista teórico: dar espaço para a lógica específica do Direito ao mesmo tempo em que se considere suas condições sociais específicas, ou seja, sua interação com as relações sociais e com determinados valores. Isso significa, entre outras coisas, pensar os temas do Direito, abordados sociologicamente, dentro de seus aspectos conflitivos, tomando como foco as dinâmicas internas às instituições, seus desdobramentos políticos pensadas a partir das práticas

dos seus agentes. Dessa forma, o objetivo central do trabalho é pautar um referencial teórico para a sociologia do Direito que se foque nas práticas, nos sentidos subjacentes a elas, sem perder de vista as relações de poder. Esse referencial tem como pano de fundo a passagem da sociologia de Bourdieu para uma sociologia pragmática que, centrada em Luc Boltanski, faça o diálogo entre sociologia crítica e sociologia pragmática da crítica. Essa aproximação também aponta alguns limites tanto na análise institucional, quanto na análise das práticas. De toda forma, o ponto central é tomar a análise dos fenômenos relacionados ao Direito em nível sociológico, relacionando, como dito, moral e política.

Assim, percorrerei um caminho muito específico para que todos os pontos sejam desenvolvidos e pensados. O primeiro tópico será dedicado à sociologia do campo jurídico ensinada por Pierre Bourdieu. Nele, tentarei desenvolver as principais questões de Bourdieu para a análise do campo jurídico e das formas de lidar com as práticas jurídicas propriamente ditas. No segundo tópico, já dentro do debate pragmático, tentarei seguir os desdobramentos do referencial de Luc Boltanski que vai da sociologia pragmática da crítica, marcado pela parceria com Laurent Thévenot na obra *De La Justification* (1991) e culmina, indiretamente, no livro *De La Critique* (2010). Nesse sentido, farei a passagem do conceito de campo jurídico, presente em Bourdieu, para o conceito de instituições jurídicas, adaptando a reflexão de Boltanski sobre as instituições. Na conclusão, tomando como base as questões centrais que foram levantadas ao longo do trabalho, apontarei vantagens e problemas ao lidar com o conceito de instituições jurídicas em nível teórico e metodológico.

## **2 SOCIOLOGIA DO CAMPO JURÍDICO: ENTRE OS SENTIDOS E AS LÓGICAS DO DIREITO.**

De início, a grande questão que perpassa a reflexão sobre o poder simbólico é o seu caráter invisível que só pode ser efetivo com a existência de uma certa cumplicidade de quem é submetido a ele, ou seja, Bourdieu fala que o poder simbólico é um fenômeno de ida e vinda entre quem exerce e quem é submetido. Essa dinâmica aponta para o caráter estrutural dos sistemas simbólicos; que Bourdieu chama de *estruturas estruturantes*. As formas de classificação dentro dos sistemas simbólicos, portanto, são formas sociais relativas a grupos e historicamente situados. Assim, pode-se compreender que aqueles sistemas demandam uma objetividade no mundo, no sentido de classificação de determinadas formas, e uma subjetividade estruturante, na medida em que ela forma determinados tipos de práticas (Bourdieu, 2014a, p. 4-5). Bourdieu completa esse problema com uma questão muito interessante: os sistemas simbólicos só exercem uma função estruturante pelo fato de eles próprios serem estruturados, dado o seu caráter



histórico que forma aspectos de conhecimento e comunicação. Dessa forma, ficamos diante de um sentido de integração do mundo social, da produção do consenso e da reprodução da ordem social; a integração lógica dos enunciados discursivos é condição para a integração do mundo social (Ibid., p. 5). Já nessa reflexão inicial sobre a forma como poder o simbólico relaciona estruturas históricas com as práticas, apontando, inclusive, para a formação subjetiva, pode-se perceber que o Direito, ou, pelo menos, as normas, já estão no horizonte.

Mas o principal ponto dos sistemas simbólicos, que na verdade é o grande tema de toda a obra de Pierre Bourdieu, é a sua relação com as estruturas de dominação. Para o autor, a noção de dominação, sempre pensada em estrita relação com os aspectos mais gerais da cultura dominante, apresenta características tomadas como universais, mas que são posições e elementos que representam as classes dominantes. Nesse sentido, a integração do mundo social tende a ser o resultado da integração real das classes dominante e a integração fictícia do conjunto da sociedade, legitimando as distinções e hierarquias. Esse é o processo que Bourdieu chama de *arbitrário cultural dominante* (Ibid., p. 6-7). Também é essa a lógica central para analisar as relações complexas que se estabelecem interna e externamente aos campos. Bourdieu completa dizendo que as ideologias, ou seja, os sistemas culturais que se formam e consolidam os campos, são duplamente determinadas: primeiramente pelos mecanismos referentes à lógica do poder simbólico e, com isso, pelas características internas dos próprios campos (Ibid., p. 10-11).

Depois dessa pequena reflexão sobre o poder simbólico, que em certa medida demandaria muitas outras, é o momento de entrar mais diretamente na definição e desenvolvimento do conceito de *campo jurídico*. As dinâmicas internas ao campo jurídico, além de sua construção histórica, pedem a sua compreensão como um espaço social relativamente autônomo. Isso significa que existe um conjunto de pessoas que não recebem, a priori, interferência externa em suas práticas. Assim, as discussões jurídicas podem ser analisadas dentro do debate sobre o monopólio da violência simbólica exercido pelo Estado. Bourdieu está preocupado, sobretudo, com os conflitos dentro do campo e as disputas mais amplas entre as funções para a obtenção de legitimidade simbólica (Bourdieu, 2014b, p. 219). É possível perceber, até o momento, como o autor lança dois aspectos fundamentais para a compreensão dos tipos de relações que podem ser estabelecidas dentro do campo jurídico, sejam ficados nas correlações de forças, sejam pensadas enquanto soluções propriamente jurídicas.

Dito isso, a compreensão do campo jurídico enquanto espaço social se torna fundamental. Isso significa que o campo jurídico, mesmo com uma relação mais amplas com outros aspectos sociais, encontra nele mesmo o princípio de sua transformação. As práticas e disputas envolvidas

em diferentes posições e funções estruturam a forma como o campo jurídico poder ser pensado enquanto espaço em transformação (Ibid., p. 220). Mais uma vez, pensando o problema das instituições, o campo jurídico representa um tipo de institucionalidade que, entre outras coisas, apresenta-se a partir da sua especificidade. Em Bourdieu, essa especificidade é justamente a força do Direito, que se consiste na *magia de Estado* e seu efeito de oficialização e certificação. O Estado, ao reconhecer a linguagem oficial e os certificados, de todo tipo possível, submete-os à promoção ontológica, ou seja, sua transformação em aspectos reais de fato. Situações reais ganham elementos de oficialização que não alteram a natureza das situações e, ao mesmo tempo, altera completamente. O Direito, portanto, consagra a ordem estabelecida fornecendo uma visão legítima dessa mesma ordem. Uma visão de Estado (Lenoir, 2017, p. 86). Nesse sentido, podemos localizar os efeitos desse ar de oficialidade representado pelo Direito como um dos efeitos da dominação simbólica. A força da forma jurídica só pode ser exercida quando ela não se faz percebida enquanto força, mas sim como um valor universal (moral, racional ou ambos). O Estado é, a partir disso, uma ficção de juristas, os nobres do Estado moderno. A nobreza de Estado se fundou para defender a autonomia do serviço público a partir da competência e do interesse geral. Os princípios normativos que fundam a filosofia do Direito e uma teoria geral do Estado. A noção de campo aplicada ao universo jurídico o coloca sempre pensado em termos relacionais, seja na sua organização interna, seja em relação a outro campos (Ibid., 87-88).

De um ponto de vista mais fundamental, abordar o Direito a partir de Bourdieu é centrar a análise nos conflitos e disputas que repercutem e, em certo sentido, fundamentam as práticas jurídicas. A questão central dessa reflexão é o modo como os debates que se inserem nas teorias do Direito, nas disputas doutrinárias e nos controvérsias teóricas, servem como base, de fundamento ou de crítica, para as práticas dentro do campo jurídico. Efetivamente, a relação entre política e Direito é essencial quando se toma como referência a sociologia do campo jurídico. Como questão valorativa, lançado os debates dentro de elementos morais, as disputas também se inserem na forma como o Direito é avaliado e na maneira como a atuação no campo jurídico também mobiliza, direta e indiretamente, algumas tensões e conflitos sobre o próprio campo jurídico. Em Bourdieu, a lógica do campo é um aspecto central, principalmente no caso do Direito e das instituições ligadas a ele mas, um aspecto analítico fica contrabalanceado, na verdade limitado enquanto objeto de análise, que é a relação entre reflexividade e estruturas sociais, no caso em questão, a relação entre práticas jurídicas e valores construídos historicamente. Para tanto, como ventilado anteriormente, é necessário sair de Bourdieu e lê-lo a partir de outras

chaves. Farei isso tomando como base o pragmatismo de Luc Boltanski e alguns de seus conceitos centrais.

### **3 INSTITUIÇÕES JURÍDICAS: ENTRE OS VALORES E AS PRÁTICAS DO DIREITO.**

Entendendo o campo jurídico como espaço de disputa que envolve uma leitura balizada e legítima sobre o que é o direito e o que são os textos jurídicos, tem-se um ponto de partida interessante. Como apontado anteriormente, existem elementos que não são possíveis de analisar apenas com o campo jurídico como questão conceitual. As dimensões morais, os valores que apontam para determinados regimes de justificação têm uma importância fundamental, ao menos inicialmente, para a compreensão das disputas envolvendo as instâncias jurídicas. Dessa forma, uma pergunta pode ser feita para uma leitura diversa das questões envolvendo os fenômenos relacionados aos Direito: como dar espaço para a análise de aspectos tão complexos como a relação entre valores e instituições e a relação entre instituições e práticas?

A sociologia pragmática francesa pode ser um bom caminho para aproveitar e ampliar todas essas questões. Para que a possibilidade de uma abordagem pragmática do campo jurídico possa ser fundamentada, tendo como foco as justificativas e as formações valorativas mais gerais, é importante desenvolver o próprio pragmatismo e as suas possibilidades de aplicação ao mundo do Direito. O que seria, então, uma sociologia pragmática? O primeiro ponto é caracterizar o tipo sociologia que é a sociologia pragmática francesa. Essa noção vem da formação de um movimento sociológico que tem como foco as dimensões pragmáticas da ação (Corrêa & Dias, 2016: 64). Essas dimensões dizem respeito ao modo como as práticas situadas em contextos específicos podem ser explicadas a partir do seu próprio ordenamento, ou seja, a partir do próprio contexto e da maneira como as pessoas se inserem nele. Esse modo de reflexão e pesquisa é resultado do processo de desvinculação ao estruturalismo e de uma reconfiguração de seus problemas. Assim, a sociologia ganha contornos de uma sociologia pragmática da crítica (Ibid.: 68). Esse seria o pano de fundo mais geral do surgimento dessa forma de investigação que tem em conta, principalmente, as práticas e os valores que podem reger, transformar e condicionar as práticas. Os valores entram em cena na medida em que as pessoas, ao refletirem sobre seus atos, escolhas, decisões e críticas, justificam e procuram compreender suas situações, ou seja, o foco da abordagem é o julgamento ordinário das pessoas. Noções como legitimação e dominação, tão importantes para o arcabouço bourdieusiano, são tidas como relacionadas com o sentido de grandeza das justificações, ou seja, estão relacionadas com o conjunto de valores usados na mobilização de cada prática específica em seu contexto (Boltanski & Thévenot, 1991: 55). Essa forma de compreensão da relação entre

valores e práticas é o ponto de partida que rompe com a teoria dos campos de Bourdieu e com a centralidade de sua categoria de dominação. Ela mostra como o conjunto de valores que fazem parte de uma determinada esfera social são formados ao longo do tempo e dependem, também, da maneira como as pessoas os enxergam e os mobilizam, inclusive rompendo e mudando esse mesmo conjunto. É aqui que a sociologia pragmática, focada nas práticas, mostra sua potência e, ao mesmo tempo, seus limites. A formação valorativa, caracterizada por regimes de justificação específicos, não é homogênea e depende, entre outras coisas, dos tipos de valores que estão em disputa na sua dinâmica. Assim, a própria contextualização das práticas aponta para elementos anteriores – estruturais – que não podem sair do horizonte.

É com essa questão que Boltanski, tentando se reaproximar do tema da dominação e dos debates entorno de Bourdieu, coloca a noção de crítica como elemento de reflexão. Já em *O no espírito do capitalismo* (Boltanski & Chiapello, 2009, p. 525-533), Boltanski e Chiapello tentam apresentar a força da sociologia como possibilidade de reflexão crítica. Existe, portanto, uma grande possibilidade de uso analítico do conceito de dominação para entender fenômenos ligados ao mundo contemporâneo e, embora sem citar diretamente a sociologia crítica, recuperar temas e análises de Pierre Bourdieu. Mais diretamente falando, já não é uma obra tão diretamente ligada ao projeto inicial do pragmatismo expresso na obra em parceria com Thévenot. Em *De la critique* (2009), o autor toma para si a tarefa de sistematizar e refletir sobre a relação entre sociologia da crítica e uma sociologia crítica. O argumento do livro segue uma sequência relativamente lógica, que começa com um grande apanhado sobre a relação, já falada, entre sociologia crítica e sociologia da crítica, principalmente, sobre como a referência de Bourdieu é importante. A segunda parte, que é a parte mais fundamental para entender os vínculos entre direito, moral e política, é dedicada ao programa de estudo das instituições, recuperando a noção de contradição hermenêutica e, com isso, reaproximando-se da noção de dominação. Por fim, tendo como foco central os problemas do mundo contemporâneo, Boltanski esboçará, a partir das várias formas de dominação que ele detecta, apontando para a dominação gerencial como hegemônica, uma via de emancipação a partir da reflexão sociológica (Boltanski, 2009: 12-14).

E como compatibilizar os dois programas, ao menos inicialmente? Primeiramente é necessária uma posição de externalidade, derivada do aspecto crítico, que coloca em questão a realidade tal como ela se apresenta. Essa posição, a partir do momento em que é pensada também pelas pessoas envolvidas em determinada relação social, dá novas características aos momentos críticos, além da própria crítica sociológica. Com relação a sociologia pragmática da crítica, a segunda concepção que deve ser levada em consideração, o foco nas operações

ordinárias, na maneira como as práticas são pensadas e repensadas, traz à tona o pluralismo desse cotidiano e as várias etapas de reflexão dessas mesmas práticas (Boltanski, 2009: 76-77). Essas operações apontam para o processo que dá contornos a realidade e, com isso, também a colocam em jogo; a instituição da realidade e a sua conseqüente crítica. Uma instituição, portanto, é o conjunto de aspectos e elementos que estabilizam a realidade.

A questão institucional, na verdade a questão das instituições, apresenta uma característica paradoxal. Boltanski argumenta que as instituições cumprem um papel basilar e permanente de solidificar a ordem social que aponta para uma entidade sem corpo que confere uma estabilidade mínima a realidade tendo a função de confirmá-la (Ibid.: 117). Isso diz respeito, entre outras coisas, ao modo como os dispositivos institucionais são os meios pelos quais as pessoas mantêm identidades ao longo de suas várias situações, situações essas de longa duração. A relação entre os meios institucionais e a identidade das pessoas em situações concretas gera um movimento de ida e volta; as instituições como sendo tudo que confere realidade ao mundo e o mundo, por sua vez, é o que possibilita que essa realidade seja criticada (Ibid.: 118-119).

Quais os aspectos que efetivam a relação entre instituições e mundo? Boltanski, retomando o debate pragmático, mobiliza o conceito de prova (*épreuve*). A noção de prova entra no debate a partir do momento em que a violência simbólica pode ser vista como resultado, ou mesmo como efeito não pretendido, da segurança semântica, ou seja, da forma como as instituições conferem realidade ao mundo. Esse jogo coloca em conflito valores e formas de atuação que derivam da posição de cada pessoa dentro de um ambiente institucional (Ibid.: 123-124). A prova mobiliza a ocorrência, no mundo, do procedimento crítico que escapa a realidade e é constituído pela incerteza. Nesse sentido, Boltanski reforça o desnível que existe entre a realidade, na verdade o mundo concreto, e a norma, e a forma como essa realidade é fixada pelo aspecto institucional (Ibid.: 126). Essa reflexão gera uma outra característica fundamental das instituições: o seu caráter ritualístico. É o ritual que garante o momento em que a realidade das coisas e suas representações no plano simbólico tenham uma afinidade ontológica, ou seja, é na repetição e nos rituais institucionais que a realidade é afirmada a partir das representações específicas de cada instituição e de cada prática que ela demanda (Corrêa, 2010: 592).

Nesse sentido, qual seria o lugar da crítica para se pensar o problema das instituições? Para se pensar o campo institucional é importante levar em conta sua sempre presente *contradição hermenêutica*. O aspecto central da contradição hermenêutica se apresenta na medida em que ao mesmo tempo que a instituição performa a realidade, marca a sua norma em termos de sentido, ela também abre espaço para a crítica, abre espaço para a reflexão sobre o desnível entre a

realidade e o mundo. O ideal normativo da instituição, seus valores amplos de consolidação e de atuação, sempre é desnivelado, de forma inevitável, em relação a realidade concreta de sua aplicação (Boltanski, 2009: 132-134). Trazendo o problema de volta, apontando as questões fundamentais desse conceito de instituição, ele aponta para a forma como determinada instituição é um ponto de tensão entre sua função mais geral, inclusive os valores que a guiam, e a maneira como as pessoas se veem nela, suas práticas e ações; participando diretamente – membros – ou sendo os seus alvos.

A tensão estabelecida, valores e práticas, conferido a realidade que guarda uma dimensão violenta, trás consigo o tema da dominação (Ibid.: 144). O problema das provas, a maneira como as práticas efetivam ou não determinado valor, questiona o sentido da realidade de uma determinada instituição a partir, inclusive, dos seus aspectos rotineiros. Assim, o valor de qualquer entidade, nesse processo, é questionado. As provas assumem, então, protagonismo analítico central. Boltanski elenca três tipos de provas que incidem diretamente no questionamento presente na contradição hermenêutica: as *provas de verdade* que estão associadas às instituições que exercem uma semântica de confirmação normativa; as *provas de realidade* que estão vinculadas às críticas reformistas que mostram o desnível entre norma e mundo (realidade); as *provas existenciais*, por fim, que são base das críticas radicais por expressarem um elemento singular e vivido, não institucionalizado, que visa a sua expressão independentemente da totalidade das relações vigentes. Esse conjunto de provas, ao se articularem, produzem efeitos diversos umas nas outras (Corrêa, 2010: 594). A dinâmica das provas é a característica mais básica da contradição hermenêutica das instituições.

A análise da questão institucional desemboca nas diferentes possibilidades de definição de regimes políticos a partir do espaço que eles dão aos procedimentos críticos. A noção de dominação entra nesse ponto como resposta lógica; quanto menos espaço para crítica, mais dominação institucional é exercida. Sempre pensada em relação a noção de crítica, a dominação passa a ser pensada em termos de limitação e mitigação da atividade crítica. Assim, a sobreposição da realidade se torna a norma em sobreposição às múltiplas manifestações de vida. A dominação, portanto, torna a realidade íntegra, abafando, com isso, o procedimento crítico (Ibid.: 595). É interessante como essa noção de dominação, assim como o próprio conceito de instituição, está ligada ao modo como existe uma separação que assume a exterioridade de determinadas instâncias, ou seja, como os valores que regem uma instituição, por exemplo, podem não ser os mesmos que mobilizam a ação de seus membros.

Dentro dos vários aspectos apontados, o conceito de instituição parece-me central para a análise dos fenômenos jurídicos. A noção se torna importante justamente por apontar como determinados valores se consolidam, apresentam sua realidade normativa e mesmo assim podem não condizer com as práticas das pessoas envolvidas naquele contexto institucional. Dessa forma, no lugar de mobilizar o conceito de campo jurídico, diretamente vinculado ao debate bourdieusiano dos campos, a ideia de *instituições jurídicas* pode ser mais proveitosa. Ela dá espaço para a formação valorativa da instituição, os debates internos e como eles se relacionam com sua estruturação específica. Ao mesmo tempo, as práticas das pessoas dentro da instituição são pontos fundamentais para a compreensão das suas dinâmicas e da compatibilidade, ou incompatibilidade, de valores. Mas ela também apresenta alguns limites que, na relação entre valores e práticas, precisam ser contornados.

#### **4 CONCLUSÃO: ABERTURA DAS PRÁTICAS E DAS LÓGICAS DO DIREITO.**

A tentativa de fundamentar um marco pragmático para a sociologia do direito tenta, a partir da pergunta feita anteriormente, aproximar duas abordagens que, postas em diálogo complementar, lançarem questões importantes para a compreensão de fenômenos relacionados ao Direito e ao mundo jurídico. Evidentemente, esse esforço tenta elencar outros elementos da sociologia para aplicá-los às análises do Direito afastando, pelo menos inicialmente, os debates centrados nos temas do institucionalismo. Isso significa que, em termos de análise das instituições jurídicas, as suas dinâmicas precisam ser vistas dentro do conjunto, mais ou menos amplo, das relações sociais e das dimensões sociais do Direito. No fundo, a tentativa é abordar as condições sociais de possibilidade dos fenômenos jurídicos e das práticas relacionadas às instituições jurídicas. Efetivamente falando, o desafio teórico e metodológico está posto e precisa ser pensado enquanto tal, como desafio.

Existem duas questões amplas ao colocar em diálogo esse conjunto de referências, questões que apontam saídas metodológicas importantes. A primeira delas é a forma de lidar com o arcabouço, inicialmente localizado, de Bourdieu e sua maneira específica em lidar com o Direito. Como proceder sem necessariamente fazer alusão, ao menos *a priori*, à noção de campo? Na dinâmica das disputas sobre a interpretação legítima dos textos jurídicos, além das disputas sobre o próprio significado do conceito de justiça, a relação entre debates jurídicos e lei fica evidente, no sentido em que aponta para a forma como o conjunto de compreensões teóricas (doutrinas, teorias, interpretações etc.) incidem diretamente na formulação e interpretação das leis. Do ponto de vista lógico, essas mesmas dinâmicas contribuem para se pensar na construção e reconstrução

dos “contextos” das práticas, ou seja, do pano de fundo estrutural, em relação ao Direito, em que a prática está inserida. O ponto de partida do *campo jurídico*, portanto, torna-se um elemento central para realizar uma leitura pragmática de Bourdieu.

E como relacionar esses elementos iniciais ao conceito de *instituições jurídicas* que é possível de ser desenvolvido dentro do pragmatismo? A centralidade das práticas dentro de contextos específicos e, com isso, sua relação com valores mais amplos e sentidos diversos é a chave central. A abertura conceitual do conceito de instituições aponta para o modo como a consolidação da realidade a partir das instituições também abre espaço para os modos como as pessoas refletem sentidos e posições diversas sobre os próprios contextos institucionais. Nesse sentido, as instituições jurídicas carregam os elementos estruturais da discussão sobre o campo jurídico, por serem formadas historicamente e valorativamente. Mas elas aludem para a forma como as práticas são pensadas e refletidas em contextos institucionais. De um ponto de vista mais amplo, a relação entre valores e práticas ganha uma complexidade que, dadas as devidas proporções, abrem possibilidades imensas de análise. Metodologicamente, a entrada nos debates e polêmicas do mundo do Direito em nível teórico, sejam das doutrinas ou dos meandros interpretativos, faz com que a montagem do contexto das práticas aproxime a reflexão sociológica das próprias reflexões do Direito enquanto disciplina. As práticas, portanto, assumem a centralidade dos meandros institucionais e, com isso, dos valores que podem servir para fundamentá-las. Direito, moral e política, com isso, podem ser pensadas em termos relacionais a partir do momento em que as estruturas valorativas são resultados e resultantes das práticas das pessoas nas instituições, resultado de posições institucionais. Mas, mesmo com um forte peso da reflexividade nessa compreensão, mesmo dando um grande espaço para os desdobramentos das práticas em termos valorativos, um aspecto central quando se fala em moral e sentido fica invisibilizado na análise das instituições jurídicas: o tema da subjetividade, tema esse que é o limite analítico do pragmatismo. Mas é possível abordar a subjetividade a partir das instituições jurídicas? Provavelmente esse é o grande desafio da reflexão pragmática sobre os fenômenos jurídicos.

Mas, retomando os questionamentos anteriores, como abordar o problema da subjetividade? É importante destacar como a relação entre moral e práticas mobiliza sentidos que são, em maior ou menor grau, sentidos subjetivos. Assim, mesmo falando de atuação institucional ligada ao Direito, a reflexividade e a identidade a longo prazo são chaves centrais. Pensando analiticamente, a questão é o complemento da análise a partir de dimensões que, direta e indiretamente, fazem parte das instituições jurídicas tendo como foco as práticas das pessoas que



as compõem. Com isso em mente, a dimensão subjetiva dessas práticas pode ser abordada, por exemplo, com a preocupação presente na sociologia das profissões e dos grupos profissionais. Isso significa dizer que o conceito de *instituições jurídicas* demanda uma sociologia das *profissões jurídicas*.

A sociologia dos grupos profissionais convida ao desenvolvimento de análises que coloquem força nos contextos profissionais como processos de disputa, conflitos, rearranjos e mudanças valorativas. Isso significa, entre outras coisas, que a possibilidade de reflexão sobre práticas profissionais propriamente ditas é relacionada com a maneira como essas mesmas práticas se consolidam, mudam ou deixam de existir. Ao trazer à tona esses contextos, dando peso nas concepções de quem participa ativamente deles, temos um ponto muito interessante para abordar o problema da subjetividade dentro de contextos jurídicos. Quando se pensa o lugar da atividade profissional nessa relação, pensa-se também no modo com cada pessoa mobiliza elementos diversos em termos da autonomia de atuação e, mais geralmente, no reconhecimento de que a atividade exercida é legítima. Tomemos o exemplo de Bonelli (2003, 2006) sobre as profissões jurídicas. As práticas dentro das atividades ligadas ao direito derivam da sua consolidação institucional, ou seja, a consolidação dentro das instituições jurídicas e o modo como essas atividades precisam ser desempenhadas por profissionais específicos; por profissões jurídicas que desempenham funções específicas reproduzindo e transformando a própria atividade. Bonelli, digamos, aproxima a sociologia dos grupos profissionais de uma sociologia do direito e, com isso, estabelece os parâmetros de consolidação institucional e das práticas que orbitam e tensionam as instituições provocando sua mudança. De toda forma, o marco pragmático para a sociologia do direito vai até aqui, o desafio empírico é que dirá as formas de investigação e os temas pertinentes nas análises da relação entre direito e moral tendo como foca as práticas e o pano de fundo político.

## REFERÊNCIAS

BOLTANSKI, Luc. **De la critique**: précis de sociologie de l'émacipation. Paris: Gallimard, 2009.

BOLTANSKI, Luc; THÉVENOT, Laurent. **De la justification**: les économies de la grandeur. Paris: Gallimard, 1991.

BONELLI, Maria da Glória. As disputas em torno da fronteira entre profissão e política no Ministério Público paulista. **Novos estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 16, p. 169-182, mar. 2003.

BONELLI, Maria da Glória; OLIVEIRA, Fabiana Lucci de; MARTINS, Rennê. **Profissões jurídicas, identidades e imagem públicas**. São Carlos: EdUFSCar, 2006.

BOURDIEU, Pierre. Sobre o poder simbólico. IN: **O poder simbólico**. Lisboa: Edições 70, 2014a.

\_\_\_\_\_. A força do Direito. IN: **O poder simbólico**. Lisboa: Edições 70, 2014b.

CORRÊA, Diogo Silva. De Luc Boltanski de la critique: précis de sociologie de l'émancipation. **Revista sociedade e estado**. Brasília, v. 25 n. 3, p. 589-600, set-dez 2010.

CORRÊA, Diogo Silva; DIAS, Rodrigo de Castro. Crítica e momentos críticas: de *la justification* e a guinada pragmática na sociologia francesa. **Mana**. Rio de Janeiro: vol. 22, n. 1, abr. 2016.

LENOIR, Remi. Campo Jurídico. IN: IN: CATANI, Afrânio Mendes; NOGUEIRA, Maria Alice; HEY, Ana Paula; MEDEIROS, Cristina. **Vocabulário Bourdieu**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

SCKELL, Soraya Nour. Os juristas e o Direito em Bourdieu: a conflituosa construção histórica da racionalidade jurídica. **Tempo Social**: revista de sociologia da USP, v. 28, n. 1, pp. 157-178, 2016.

# REAFIRMANDO O CASO DE UMA SOCIOLOGIA ECONÔMICA DO DIREITO

Francis Noblat

(Doutorando em Ciências Sociais e Jurídicas)<sup>1</sup>

**RESUMO:** Partindo da proposição de Richard Swedberg, de que seria possível construir, para além da sociologia do direito, para além do movimento direito e sociedade e para além do movimento direito e economia, uma sociologia econômica do direito, o presente ensaio propõe-se a refletir a pertinência temática do campo. Sendo certo que não apenas o direito exerce um papel estruturante na sociedade capitalista contemporânea, como também nela o discurso econômico extravasa a esfera dos atos puramente comerciais para colonizar aspectos mesmos nas relações interpessoais, uma sociologia que se proponha a estudar a complexidade das interações entre estes ambos campos pode nos fornecer valiosas contribuições.

**Palavras-chave:** Sociologia econômica. Sociologia do direito. Sociologia econômica do direito.

## 1 INTRODUÇÃO<sup>2</sup>

A interseção dos campos jurídico e econômico nos oferece um rico terreno para fertilização cruzada.<sup>3</sup> Será neste espaço social que procedimentos, normas, e conceitos jurídicos atuarão em conjunto para dar forma a atores e instituições econômicas, e que estruturas, normas e rituais econômicos darão forma ao direito. Assim como o direito dá forma à economia, os conflitos quotidianos no ambiente de trabalho – e as soluções organizacionais a estes conflitos – são o material bruto que legisladores, reguladores e juízes usarão para construir o direito. O direito formal, incluindo leis e decisões judiciais, é dependente de que conflitos serão trazidos à arena pública e como estes conflitos são enquadrados.<sup>4</sup> (Edelman & Stryker, 2005: 531, tradução livre).

Desde sua (re)emergência com o — hoje seminal — trabalho de Mark Granovetter em meados da década de 1980, o campo da sociologia econômica consolida-se ao redor do mundo

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Ciências Sociais e Jurídicas, pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, e Bacharel em Direito, todos pela Universidade Federal Fluminense/UFF. Bacharelado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro/UFRJ. Bolsista de Doutorado da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior/CAPES. Membro e colaborador do Observatório Fluminense de Estudos Interdisciplinares e Pesquisas Empíricas em Processo e Sistemas de Justiça/OBSERVA-PROCESSOS.

<sup>2</sup> Gostaria de aproveitar e agradecer os comentários do colega Henrique Almeida de Castro, realizados durante a sessão do Grupo de Pesquisa, e, especialmente, por suas indicações bibliográficas. Neste sentido, todos os eventuais usos e desusos das fontes bibliográficas, assim como eventuais argumentos inconclusos, e falta de clareza, são de minha total responsabilidade.

<sup>3</sup> “Specifically elaborating the idea of overlap between legal and organizational fields, Edelman argues that law is *endogenous*, or constructed within the social fields that it seeks to regulate. In this view, legal ideas and forms of compliance are constructed and institutionalized within organizational fields. But because of the logics of organizational and legal fields overlap, courts tend to accept — sometimes unwittingly — institutionalized ideas of legality that developed within organizational fields. Change in legal institutions, then, is part of a interrelated, continuous *social change system* in which law’s content, mobilization, and reach are simultaneously products and sources of economic behavior.” (Edelman & Stryker: 2005: 352).

<sup>4</sup> “The intersection of legal and economic fields provides rich terrain for cross-fertilization. It is in this social space that legal procedures, norms, and concepts work together to shape economic actors and institutions, and that economic structures, norms, and rituals shape the law. Just as law shapes the economy, the everyday conflicts of the workplace — and organizational solutions to those conflicts — are raw materials that legislators, regulators, and judges use to construct the law. Formal law, including statutes and judicial decisions, depends on what conflicts are brought into the public arena and how those conflicts are framed.” (Edelman & Stryker, 2005: 531).

enquanto programa de pesquisa, e produz um número cada vez maior de contribuições originais na análise de fenômenos sociais.

Como campo de investigação, a sociologia econômica tem lançado luzes sobre fenômenos que, até então, eram de monopólio exclusivo da análise econômica, ou — fosse pela natureza dos fenômenos, fosse pela ausência de um referencial teórico adequado — eram excluídos do interesse de indagação sociológica.

Ao atuar, assim, na (re)introdução de temas e investigações deixados inconclusos pela teoria sociologia clássica com suas propostas de abordagens teóricas e metodológicas que extravasam a análise dos fenômenos econômicos enquanto meras manifestações de relações sociais específicas, a sociologia econômica tem não apenas permitido a (re)abertura de um promissor campo de estudos em sociologia, como tem feito contribuições para diversos campos de estudos afins.

Neste sentido, apesar de não ser recente o reconhecimento da interrelação entre os campos jurídico e econômico, a sugestão de interseções entre os campos da sociologia econômica e da sociologia jurídica tem ganho cada vez mais espaço, especialmente em razão de seu ineditismo.

Sendo certo que não apenas o direito exerce um papel estruturante na sociedade de mercado capitalista contemporânea, como também nela o discurso econômico extravasa a esfera dos atos puramente econômicos para colonizar aspectos das relações jurídicas, uma sociologia que se proponha a estudar a complexidade das interações entre ambos estes campos pode nos fornecer valiosas contribuições.

Partindo das provocações de Richard Swedberg (2003), em seu *“The Case for na Economic Sociology of Law”*, onde tanto recupera as propostas de Max Weber na análise de fenômenos econômicos em sua interseção com o campo do direito, quanto busca delimitar o escopo daquele que seria um programa de pesquisa em sociologia econômica do direito, o presente ensaio, ao jogar com a sugestão de Swedberg, busca “reafirmar o caso de uma sociologia econômica do direito”.

Indo, entretanto, para além da proposta do autor que, em sua tentativa de definir o escopo e pertinência daquela que seria uma sociologia econômica do direito, se limita a propor uma agenda temática de pesquisa, o presente ensaio volta-se a a discutir os fundamentos teóricos desta proposta sociologia, em uma tentativa de contribuir e fazer avançar a reflexão entre a interdependência entre ambas as esfera jurídica e econômica, e da necessidade de contextualizá-las em um universo de relações sociais historicamente determinadas.

Recuperando, assim, as contribuições de Richard Swedberg (2003), e avançando as propostas de Ashiagbor, Kotiswaran & Perry-Kerrays (2013), o presente ensaio propõe-se a refletir a pertinência temática do campo, ao reafirmar “o caso de uma Sociologia Econômica do Direito” (Swedberg, 2003), reiterando a sua potencialidade de nos auxiliar na análise e reflexão de fenômenos jurídicos que, ora negligenciados pela análise jurídica doutrinária, ainda são pouco explorados pela sociologia jurídica brasileira.

## 2 A SOCIOLOGIA ECONOMICA COMO CAMPO DE INVESTIGAÇÃO

Uma análise da ação humana, em que se pretenda obter bons frutos, requer que evitemos a atomização implícita nos extremos teóricos das concepções hipo- e hipersociais [propostas pelas teorias econômicas]. Atores não agem ou decidem como átomos fora de um contexto social, nem seguem irrefletidamente um roteiro, a eles designado pela interseção particular de categorias sociais que por acaso ocupam. Suas ações deliberadas estão enraizadas em sistemas de relações sociais concretos, contínuos.<sup>5</sup> (Granovetter, 1985: 487, tradução livre).

Em seu “*Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness*” — “Ação Econômica e Estrutura Social: O Problema do Enraizamento” —, publicado originalmente em 1985, Mark Granovetter, em uma extensiva crítica às bases sociológicas das interpretações das teorias econômicas, propõe ao mesmo tempo uma revisão e uma retomada, pela sociologia, daquele programa de pesquisa relegado aos economistas.

Granovetter irá, com sua proposta, recuperar as ideias de Karl Polanyi que, em seu “*The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*” — “A Grande Transformação: As Origens Políticas e Econômicas do Nosso Tempo” —, publicado originalmente em 1944, percorre o caminho na história da construção social das categorias econômicas.

Partindo da perspectiva polanyiana, de que as estruturas econômicas não somente possuem uma origem social, como dependem mesmo da sociedade para adquirir sentido e se reproduzirem, Granovetter critica as visões de sociedade e de indivíduo das teorias econômicas, especialmente o pensamento de bases neoclássicas, e das análises que partem de suas hipóteses: atomização do sujeito, teorias hipo- ou hipersociais, “antiinteracionismo”, anacronismo, *etc.*

Colocado de outra forma, o indivíduo e suas decisões, longe de serem objetivos de racionalizações isoladas,

---

<sup>5</sup> “A fruitful analysis of human action requires us to avoid the atomization implicit in the theoretical extremes of under- and oversocialized conceptions [proposed by the economic theory]. Actors do not behave or decide as atoms outside a social context, nor do they adhere slavishly to a script written for them by the particular intersection of social categories that they happen to occupy. Their attempts at purposive action are instead embedded in concrete, ongoing systems of social relations.” (Granovetter, 1985: 487).

[...] são um produto do *background* social, expectativas culturais, e experiência pessoal. Ações políticas, políticas públicas, e normas sociais influenciam no como o mundo é experimentado e, portanto, as preferências pessoais, de modo que a política, a cultura e o direito tanto produzem quanto limitam o universo escolhas ativas, das escolhas econômicas.<sup>6</sup> (Edelman & Stryker, 2005: 528, tradução livre).

Nem hiposocial, com o homem atomizado, indivíduo econômico por excelência, nem hipersocial, com o grupo definindo as características do comportamento de seus membros, a perspectiva avançada por Granovetter, retomando elementos da sociologia de Polanyi — mas já presentes em Weber, Durkheim, e Marx — de que as relações econômicas se dão no seio de grupos sociais, buscará reintroduzir o social na compreensão das relações econômicas, ora apartado da análise econômica desde meados do século XIX, com a proposta do programa neoclássico em economia.

Para tanto, irá propor a compreensão dos fenômenos econômicos a partir da noção de “*embeddedness*” — enraizamento — das relações econômicas.

O *enraizamento* das relações econômicas, em Granovetter [1985] seria “[...] a afirmação de que o comportamento e as instituições a ser analisadas são tão (de)limitadas por relações sociais que defini-las como independentes, como autônomas constitui um grave erro”<sup>7</sup> (:481-2, tradução livre).

De então, a sociologia — ora, econômica, por empregar “ideias, conceitos e métodos sociológicos aos fenômenos econômicos” (Swedberg, 2004: 7) — tem privilegiado a análise de fenômenos econômicos através da exploração de contextos de interação e construção de redes de sociabilidade, ao privilegiar perspectivas da economia como construção social.<sup>8</sup>

E, como ocorre na construção social dos fenômenos econômicos, quando nos voltamos à análise de fenômenos jurídicos,

---

<sup>6</sup> “In short, preferences are a product of social background, cultural expectations, and experience. Political actions, public policy, legal rights, and social norms affect experience and thus preferences, as politics, culture, and law both produce and limit realms of active, economic choice.” (Edelman & Stryker, 2005: 528).

<sup>7</sup> “[...] the argument that the behavior and institutions to be analyzed are so constrained by ongoing social relations that to construe them as independent is a grievous misunderstanding.” (Granovetter, [1985]: 481-2).

<sup>8</sup> “Acolhendo essa sugestão, a tarefa da sociologia econômica seria descrever o modo pelo qual as ações econômicas são estruturadas por meio de redes. Em suma, as ações econômicas não acompanham os caminhos concisos e diretos da maximização, tal como reivindicam os economistas; acompanham muito mais os caminhos consideravelmente mais complexos das redes existentes. Os economistas estavam errados, mas não tanto por conta de razões psicológicas correlacionadas ao *homo economicus* ou de fato pelo quão racionais são ou não as pessoas; os economistas como que falharam em apreender a importância da estrutura social na economia. Esse projeto do ‘enraizamento’ tem sido bastante bem-sucedido; durante os últimos quinze anos tem sido testado e ampliado tanto pelo próprio Granovetter como por seus alunos e diversos seguidores [...]. Ao longo da década passada, todavia, essa perspectiva também foi sendo contestada com frequência, podendo-se hoje falar de um intento generalizado em superar o ‘enraizamento’ e substituí-lo por um novo enfoque em sociologia econômica.” (Swedberg, 2004: 16-17).

[...] processos institucionais e políticos operam no sentido de arraigar mercados nos fundamentos de estruturas jurídicas e a infundir o direito com a lógica econômica, de modo a que o desenvolvimento dos campos jurídico e econômico estejam ligados. O direito molda tudo aquilo que é econômico através de processos institucionais e políticos, incluindo compreensões sobre racionalidade, eficiência, e mesmo na definição daquilo que constitui um ator econômico. Inversamente, o direito e as instituições jurídicas são constituídos e reconstituídos por instituições e atores econômicos.<sup>9</sup> (Edelman & Stryker, 2005: 351, tradução livre).

Ainda que neste momento nos pareçam claras estas conexões, a sociologia econômica do direito, tal qual nas linhas propostas pela atual sociologia econômica, não era ainda “evidente” naquele momento de (re)fundação da análise sociológica dos fenômenos econômicos, com Granovetter, uma tal análise que aproximasse as esferas econômica e jurídica.

Seria neste sentido, de perceber e analisar as imbricações entre o direito e a economia, que Richard Swedberg iria propor em ensaio publicado em 2003, e intitulado “*The Case for an Economic Sociology of Law*” — “O caso de uma sociologia econômica do direito” — não apenas retomar as contribuições da teoria sociologia clássica ao pensamento dos fenômenos econômicos, mas, igualmente, de avançar teórica-, metodológica- e programaticamente aquela que seria uma “sociologia econômica do direito”.

### 3 A PROPOSTA DE UMA SOCIOLOGIA ECONÔMICA DO DIREITO

“[...] [uma sociologia econômica] deveria produzir cuidadosos estudos empíricos sobre o papel que o direito e a regulação assumem na esfera econômica — baseando-se primordialmente em uma análise que não apenas destaca as relações sociais, mas também os interesses.”<sup>10</sup> (Swedberg, 2003: 2, tradução livre).

Em seu “*The Case for an Economic Sociology of Law*” — “O caso de uma sociologia econômica do direito” —, Richard Swedberg tenta, ao recuperar os fundamentos da análise sociológica weberiana dos fenômenos econômicos — a *Sozialekonomik*, economia social (Swedberg, 2003: 2) —, avançar aqueles fundamentos de uma sociologia jurídica não finalizados por Weber.

Mais do que isso, ao compreender “[...] os efeitos do direito e da regulação na economia são aqueles não apenas para restringir as atividades econômicas, mas para tornar certas

---

<sup>9</sup> “[...] institutional and political processes operate to embed markets deeply within legal frameworks and to infuse law with economic logic so that the development of legal and economic fields are linked. Through institutional and political processes, law shapes all things economic, including understandings of rationality, efficiency, and even what constitutes an economic actor. Conversely, law and legal institutions are constituted and reconstituted by economic institutions and actors.” (Edelman & Stryker, 2005: 351).

<sup>10</sup> “[...] it should produce careful empirical studies [of the role that law and regulations play in the economic sphere – drawing primarily (I myself would add) on an analysis that highlights not only social relations but also interests.” (Swedberg, 2003: 2).

atividades econômicas possíveis”<sup>11</sup> (Swedberg, 2003: 29, tradução livre), Swedberg enxerga naqueles mesmos fundamentos a proposta de análise sociológica da influência dos fenômenos jurídicos na esfera econômica para além daquelas propostas pelos *Law and Economics* — Direito e Economia — e *Law and Society* — Direito e Sociedade —, que se limitam a aplicar, respectivamente, ferramentas econômicas e sociológicas ao estudo do direito.

Este campo de estudo o autor denominará a Sociologia Econômica do Direito.

“O interesse primário da sociologia econômica do direito não é o que está na lei, mas no papel que o direito assume no modo como a economia opera no cotidiano”<sup>12</sup> (:29, tradução livre, grifos nosso).

Desta forma, em uma tentativa de compreender e analisar o papel constitutivo do direito na economia, Swedberg faz uso não apenas de elementos da teoria sociológica clássica de Weber, onde a ação econômica emerge como subtipo de ação social, mas, em partindo da sociologia econômica, propõe o estudo das imbricações entre as esferas econômica e jurídica, na análise de como ambas interagem em uma relação de interdependência, que cria e redefine relações sociais, e é criada e redefinida por elas.

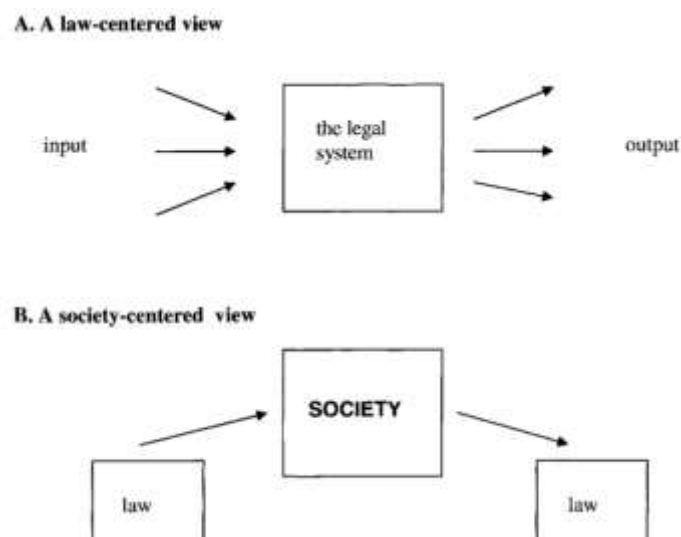
Sua análise, ao privilegiar uma perspectiva centrada na sociedade e nas relações sociais, compreendendo a sociedade como o meio do qual o direito, entendido da mais ampla forma, é resultado — “A society-centered view”, figura B — escapa, portanto, dos modelos que colocam o sistema jurídico no centro de sua análise, no qual este apenas responde a estímulos vindos da sociedade — “A Law centered view”, figura A —, tal qual ocorre com as abordagens dos *Law and Economics* e *Law and Society*.

---

<sup>11</sup> “[...] the effect of law and regulations on the economy is not only to restrain economic activities, but to make certain economic actions possible.” (Swedberg, 2003: 29).

<sup>12</sup> “[The role of an Economic Sociology of Law] It is not what the law says that is of primary interest to the economic sociologist, but the role that law plays in the way that the economy operates on an everyday basis.” (Swedberg, 2003: 29).





Fonte: Swedberg, 2003: 3.

Nas palavras do autor,

Em sua tentativa de compreender o papel do direito na vida econômica, a sociologia econômica do direito deveria aproveitar os *insights* da sociologia econômica em geral. Esta pode, por exemplo, estabelecer de forma bem fundamentada como as ações econômicas ocorrem em redes [de relações sociais], e que estas mesmas redes conectam uma corporação, uma empresa a outra, empresas a bancos, indivíduos a corporações e firmas, e por assim em diante. Por sua vez, o Direito está presente em todas estas relações; assim, os conceitos de rede [de relações sociais] e de ação (social) econômica podem ser usados em uma tentativa de melhor compreender o papel que o direito exerce na economia.<sup>13</sup> (Swedberg, 2003: 4-5, tradução livre).

A seu turno, apesar de inovar com sua sugestão teórica e metodológica, Richard Swedberg assume uma perspectiva — tal como enxergamos — relativamente restrita da análise dos fenômenos jurídicos, ao propor ser a sociologia econômica do direito a análise daqueles mesmos fenômenos, que, por sua vez, possuam relevância econômica apenas.

Em seu programa para a análise desses mesmos fenômenos jurídicos de relevância econômica, irá definir três categorias que entenderia ser o foco da análise do sócio-jurista, baseando-se nos três principais setores que entende comporem a economia: “*the corporate economy*” — a economia [das relações] corporativa[s] —, “*the state economy*” — a economia [das relações] estatal[is] —, e “*the household economy*” — a economia [das relações] doméstica[s],

- a. *Economia [das relações] corporativa[s]*;  
 e.g. “[...] o Direito assume um papel fundamental regulando os interesses econômicos de indivíduos e empresas. Temas típicos [nestes estudos] incluem direitos de propriedade,

<sup>13</sup> “In its efforts to understand the role of law in economic life, the economic sociology of law should draw on the insights of economic sociology in general. It has, for example, been well established in contemporary economic sociology that economic actions take place in networks, and that these networks connect corporations to one another, corporations to banks, individuals to corporations, and so on. In all of these relationships law is present; and the concepts of networks and economic (social) action can therefore be used in an attempt to reach a better understanding of the role that law plays in the economy.” (Swedberg, 2003: 4-5).

[...] [o papel assumido por organizações] para regular o que ocorre nos mercados, como relações de trabalho devem ser estruturadas, entre outros.”<sup>14</sup> (Swedberg, 2003: 29, tradução livre).

b. *Economia [das relações] estatal[is]; e,*

e.g. “[...] Enquanto, em muitos sentidos, a economia corporativa se autorregula, [as relações econômicas na esfera do Estado] são igualmente autorreguláveis, no sentido de que é o próprio Estado que irá criar ele mesmo muitas das leis e regulamentações [a quais estará sujeito].”<sup>15</sup> (Swedberg, 2003: 30, tradução livre).

c. *Economia [das relações] doméstica[s].*

e.g. “[...] o que ocorre quando há um divórcio, quando um dos pais falece, e situações semelhantes possuem um grande impacto nas estruturas econômicas e jurídicas do lar. [...]”<sup>16</sup> (Swedberg, 2003: 30, tradução livre).

Partindo destes três campos de análise, Swedberg entende que seria possível recuperar aquela sociologia econômica do direito deixada inacabada por Max Weber, e, ao mesmo tempo, avançar na compreensão dos fenômenos sociais — jurídicos e econômicos — que uma tal sociologia weberiana teria buscado estudar, ainda que o faça pensando nos estudos contemporâneos que as atuais teorias e metodologias em ciências sociais permitem.

Apesar de original em suas propostas, acreditamos que a contribuição de Swedberg — e, neste sentido, acompanhamos Ashiagbor, Kotiswaran & Perry-Kerrays (2013) —, pode e deve avançar, seja teoricamente, seja metodologicamente, seja programaticamente.

---

<sup>14</sup> “In the corporate economy, which is what economic sociologists usually focus on, law plays a key role in regulating the economic interests of individuals and firms. Typical topics include property rights, and economic relationships inside as well as between economic organizations. Some organizations also have as their main task to regulate what goes on in markets, how labor relations are to be structured, and the like. While some sociological studies exist of such topics as anti-trust law, corporate bankruptcy, and the legal situation of employees, much research remains to be done within this sphere.” (Swedberg, 2003: 29).

<sup>15</sup> “In the state economy, which amounts to one third (or more) of the GNP in modern capitalist societies, the economic and legal situation is often different from what it is in the corporate economy. This is very much due to the mixture of economic and political interests that is characteristic of this part of the economy. As an example of this, one can mention the special economic and legal situation of employers and employees in the state economy. While the corporate economy is self-regulating in many ways, the state economy is also self-regulating in the sense that it is the state itself that issues many of the formal laws and regulations. Courts are directly related to the state, in one way or another, while they have a different type of relationship to the corporate economy. The great flows of money in the state sector, which come from taxes, fees, and so on, also raise special legal issues, as does redistribution in the form of pensions, welfare benefits, and the like. Since economic sociologists rarely single out the state economy as a distinct economic sphere of its own, little attention has been devoted to it, including its legal dimension.” (Swedberg, 2003: 30).

<sup>16</sup> “The household economy covers the economic situation of single persons, with or without children, and couples, with or without children. In terms of interests, there is often a mixture of economic and emotional interests in this sphere of the economy, which sometimes also include sexual interests. The economic situation of women in the household has changed during the last few decades, due to their increasing participation in the labor market, and this has had many economic and legal repercussions in the household that need to be better understood. The same is true for changes in the structure of the family; what happens when there is a divorce, when a parent dies, and the like has a great impact on the economic and legal structure of the household. Children have also during the last ten to fifteen years emerged as a topic of study, in sociology in general as well as in economic sociology.” (Swedberg, 2003: 30).

#### 4 REAFIRMANDO O CASO DE UMA SOCIOLOGIA ECONÔMICA DO DIREITO

Ao introduzir a construção de preferências jurídicas e culturais e o enraizamento social da ação econômica, a sociologia econômica do direito e da economia será, necessariamente, menos elegante que a *law and economics* [...]. Muitas questões acerca do valor e do impacto do direito, que possuindo repostas claras através de análises econômicas, terão respostas pouco claras ou terão não resposta alguma quando através de uma lente sociológica. Entretanto, aquilo que é perdido em parcimônia [teórica], é ganho em precisão, uma vez que a vida – mesmo a vida econômica – é complexa.<sup>17</sup> (Edelman & Striker, 2005: 528, tradução livre).

Dado a economia e o direito constituírem-se dentro de um universo de relações sociais, sendo definidos por e definindo estas mesmas estruturas sociais, pelo conjunto de relações que se darão no seio destes grupos sociais, uma sociologia econômica deveria ir além das referências programáticas que lhe restringiriam à análise dos fenômenos jurídicos economicamente relevantes.

Neste sentido, uma investigação sociológica econômica do direito deve, em avançando a perspectiva que Swedberg nos propõe, igualmente ter em consideração aspectos relativos às heterogeneidades e discrepâncias que somente a análise de relações econômicas e jurídicas não permitem evidenciar.

Em outras palavras, quando pensamos em realizar uma análise sociológica econômica do direito, devemos igualmente ter em conta que

[...] ambas as forças institucionais e políticas auxiliam a forjar a interseção entre o direito e a economia. Processos institucionais podem levar à ampla aceitação de certas formas de transigência corporativa e à construção de regimes jurídicos afetos a indústrias e organizações. Entretanto, as contestação e poder políticos são fatores críticos na determinação de que princípios e estruturas jurídicas, formas de conformação, e de regulação irão determinar o mundo econômico. Para entendermos a coordenação entre o direito e a economia na atual economia política, diferenciada e globalizada, é necessário combinarmos as ideias de institucionalização e politização aplicadas ao campo jurídico. É necessário analisarmos como ideias e ideais, normas e valores, interesses e poderes, comportamentos e instituições, ambos jurídicos e econômicos são mutuamente endógenos. E para analisar essa endogeneidade, deveríamos examinar o papel dos conflito e contestação – tanto quanto sua circunscrição e limitação – em contextos históricos particulares.<sup>18</sup> (Edelman & Stryker 2005, 535, tradução livre).

---

<sup>17</sup> “By introducing the legal and cultural construction of preferences and the social embeddedness of economic action, a sociology of law and the economy will necessarily be less elegant than [...] law and economics. Many questions about the law’s value and impact that have clear answers through economic analyses will have murky answers or no definitive answer when addressed through a sociological lens. But what is lost in parsimony will be gained in accuracy because life – even economic life – is complex.” (Edelman & Striker, 2005: 528)

<sup>18</sup> “Clearly, both institutional and political forces help to forge the intersection of law and the economy. Institutional processes may lead to widespread acceptance of certain forms of corporate compliance and constructions of legal rules affecting industries and organizations. But political contestation and power are critical factors in determining *which* legal principles and structures, forms of compliance, and constructions of rules come to dominate the economic world. To understand the interplay of law and the economy in today’s differentiated and globalized political economy thus requires us to combine the ideas of institutionalization and of politics in legal fields. We must analyze how legal and economic ideas and ideals, norms and values, interests and power, behavior and institutions are mutually

Deixando de lado as abordagens formalistas, de ambos as teorias econômicas e das teorias do direito, e avançamos as compreensões das sociologias econômica e sociologia jurídica sobre os fenômenos que se encontram na área de fronteira das disciplinas, a sociologia econômica pode e deve ser referência teórica, de reflexão dos fenômenos jurídicos; metodológica, da análise contextual de questões jurídicas no entrecruzamento entre as construções do campo, e as percepções dos atores; e, programática, aproximando a análise sócio-jurídica de temas, até então, eminentemente econômicos. Mas não apenas.

Concluindo, em nossa proposta de discutir os fundamentos teóricos de uma sociologia econômica do direito, buscamos contribuir e fazer avançar a reflexão entre a interdependência de ambas as esferas jurídica e econômica, e de como uma análise sociológica que absorva esta sugestão pode ser frutífera na compreensão de fenômenos que escapam a investigação disciplinar.

Nossa escolha pela sociologia econômica do direito, neste sentido, fundamenta-se na — em nossa opinião — necessidade avançar as análises disciplinares jurídica e econômica, na necessidade de contextualizar a análise de fenômenos jurídicos e econômicos em um universo de relações sociais historicamente determinadas, sem, contudo, deixar de lado a interdependência e mútua definição de ambos os campos.

Sem advogarmos por uma determinação específica de temas, cremos que, ao assumirmos a perspectiva teórica e metodológica que a sociologia econômica, em especial no que diz respeito à sua contribuição ao estudo dos fenômenos jurídicos — ora, uma sociologia econômica do direito —, estaremos avançando na compreensão de fenômenos complexos, enquanto exploramos novas e irrestritas possibilidades de entendimento daqueles mesmos fenômenos. Reafirmamos, assim, o caso de uma sociologia econômica do direito, como via de acesso a este entendimento.

## REFERÊNCIAS

GRANOVETTER, M. [1985] Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness. **American Journal of Sociology**, vol. 91, n. 3, nov. 1985, pp. 481-510. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2780199>>. Acesso em set. 2018.

EDELMAN, Lauren B.; STRYKER, Robin. (2005) A Sociological Approach to Law and the Economy *In*: SWEDBERG, Richard; SMELSER, Neil (Eds.). **The handbook of economic sociology**. Princetown University Press: Princetown, New Jersey, U.S.A., PP. 527-51.

---

endogenous. To analyze endogeneity, we should examine the role of conflict and contestation — as well as their circumscription and limitation — in particular historical contexts.” (Edelman & Stryker 2005, 535).

POLANYI, K. (2001 [1944]). **The Great Transformation**: The Political and Economic Origins of Our Time, 2nd ed. Foreword by Joseph E. Stiglitz; introduction by Fred Block. Boston, Massachusetts, U.S.A.: Beacon Press, *passim*.

SWEDBERG, R. (2003) The case for an economic sociology of law. **Theory and Society**, iss. 32, pp. 1-37. Disponível em: <<https://doi.org/10.1023/A:1023005905397>>. Acesso em set. 2018.

\_\_\_\_\_. (2004) Sociologia Econômica: Hoje e Amanhã, trad. Sergio Miceli. **Tempo Social**, Revista de Sociologia da USP, v. 16, n. 2. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v16n2/v16n2a01.pdf>>. Acesso em nov. 2018.

SWEDBERG, R.; SMELSER, N. (Eds.). (2005) **The handbook of Economic Sociology**. Princetown University Press: Princetown, New Jersey, U.S.A., *passim*.

# MÉTODOS MISTOS E PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO: UMA CONTRIBUIÇÃO METODOLÓGICA PARA O ESTUDO DE DECISÕES JUDICIAIS

*Gabriel Patriarca*

(Universidade Estadual de Londrina - UEL)  
gabriel-patriarca@hotmail.com

*Cleber da Silva Lopes*

(Universidade Estadual de Londrina - UEL)  
clopes@uel.br

**RESUMO:** Apesar do fortalecimento da pesquisa empírica em direito no Brasil, essa área de pesquisa ainda é carente de trabalhos sobre metodologia de pesquisa. A bibliografia da área conta hoje com trabalhos introdutórios sobre métodos de pesquisa qualitativa ou quantitativa voltados ao campo jurídico, mas há poucos trabalhos sobre métodos mistos. Este artigo busca contribuir para o preenchimento desta lacuna. O objetivo é apresentar os métodos mistos e discutir a sua potencialidade para a pesquisa empírica no campo jurídico, contribuindo para a difusão desse tipo de metodologia dentro da comunidade que se dedica ao estudo do direito.

**Palavras-chave:** Métodos mistos. Pesquisa empírica em direito. Segurança privada.

## 1 INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

A pesquisa empírica em Direito vem se fortalecendo no Brasil desde a última década. Esse fortalecimento pode ser notado no aumento de publicações sobre o tema em periódicos acadêmicos e coletâneas especializadas, bem como pela formação da Rede de Estudos Empíricos em Direito (REED), responsável pela articulação de pesquisadores, organização de encontros periódicos, promoção de cursos e edição da Revista de Estudos Empíricos em Direito. Contudo, a área ainda é carente de trabalhos sobre metodologia de pesquisa. A bibliografia conta hoje com trabalhos introdutórios sobre métodos de pesquisa qualitativa e quantitativa voltados ao campo jurídico, mas carece de trabalhos sobre a integração de métodos qualitativos e quantitativos em uma mesma abordagem – os chamados métodos mistos. Essa lacuna pode ser notada, por exemplo, na mais recente coletânea sobre o tema, organizada por Machado (2017), que conta apenas com capítulos sobre metodologia quantitativa e metodologia qualitativa aplicada ao estudo do direito.

Este artigo visa contribuir para o preenchimento desta lacuna e contribuir para a difusão de metodologias de pesquisa entre os estudiosos do Direito. O objetivo é apresentar os métodos mistos de pesquisa crescentemente usados na área de ciências sociais e discutir suas potencialidades e aplicações na pesquisa empírica no campo jurídico. O artigo está organizado em

---

<sup>1</sup> Trabalho resultante da pesquisa “Os poderes da segurança privada”, financiada pelo CNPq (Processo 459514/2014-8). Também participaram do projeto e do desenvolvimento deste artigo Caio Cardoso de Moraes e Fabrício Silva Lima, mestrandos do PPG em Sociologia da Universidade Estadual de Londrina e colaboradores do Laboratório de Estudos sobre Governança da Segurança (LEGS).

duas seções. A primeira seção traz uma caracterização geral da epistemologia, das possibilidades e virtudes associados ao uso de métodos mistos na área do Direito, especialmente no estudo de decisões judiciais. A segunda apresenta a metodologia adotada em um estudo que usou métodos mistos para analisar decisões judiciais proferidas em cortes trabalhistas brasileiras sobre revistas em trabalhadores. O trabalho conclui resumindo os argumentos mobilizados ao longo do texto e reforçando a relevância de se integrar pesquisa qualitativa e quantitativa no estudo de decisões judiciais.

## 2 OS MÉTODOS MISTOS NA PESQUISA SOCIAL

Descritas como duas abordagens, tradições ou paradigmas de pesquisa social, as pesquisas qualitativas e quantitativas não raramente são apresentadas em termos antagônicos. Contudo, autores de diversas disciplinas têm se dedicado a superar esse suposto antagonismo, desenvolvendo um terceiro paradigma caracterizado pela integração de diferentes elementos das pesquisas qualitativas e quantitativas (JOHNSON; ONWUEGBUZIE; TURNER, 2007). O termo mais comum para denominar esse terceiro paradigma é o de método misto, embora não exista consenso em sua definição.<sup>2</sup> Segundo Small (2011), as definições existentes expressam diferenças substantivas sobre como categorizar e entender os métodos, principalmente quanto ao significado dos termos qualitativo e quantitativo e aos elementos das pesquisas qualitativas e quantitativas que são integrados.

A literatura sobre métodos mistos fortaleceu-se significativamente em meados da década de 2000. Embora a integração de elementos qualitativos e quantitativos não seja algo fundamentalmente novo, a contribuição dessa literatura se encontra principalmente na consideração das implicações metodológicas dessa integração (OLIVEIRA, 2015). No caso da pesquisa empírica em Direito, Nielsen (2010) sustenta que escolas como a *Socio-legal Research*, o *New Legal Realism* e os *Empirical Legal Studies* também contemplam os métodos mistos na realização de suas pesquisas, mas nem sempre de modo sistemático. Muitos pesquisadores realizam pesquisas de métodos mistos, ainda que não reconheçam esse fato. Consequentemente, as implicações metodológicas desenvolvidas na literatura nem sempre são consideradas.

---

<sup>2</sup> Além de método misto, Johnson, Onwuegbuzie e Turner (2007) elencam vários termos utilizados de modo intercambiável, tais como métodos múltiplos, multimétodo, pesquisa mista, pesquisa integrativa e triangulação. Oliveira (2015) e Onwuegbuzie e Hitchcock (2015) também identificam distinções entre esses termos na literatura, principalmente entre métodos mistos (ou pesquisa mista) e multimétodo (ou métodos múltiplos). Enquanto os primeiros se referem à integração de diferentes elementos das abordagens, tradições ou paradigmas de pesquisa, qualitativas e quantitativas, os dois últimos se referem à integração de diferentes elementos dentro de uma mesma abordagem, tradição ou paradigma, seja ela qualitativa ou quantitativa.

Small (2011) estabelece uma distinção entre métodos mistos caracterizados pela coleta e análise de dados qualitativos e quantitativos, denominados *mixed data-collection studies*, e métodos mistos caracterizados pela integração ou cruzamento de técnicas na análise de um único tipo de dado, denominados *mixed data-analysis studies*. Diversas estratégias de pesquisa se originam desses dois tipos de métodos mistos. Considerando os *mixed data-collection studies*, Creswell (2009) explora algumas estratégias de pesquisa que se diferenciam principalmente em sequenciais e concomitantes.

As estratégias sequenciais, segundo Small (2011), possuem muitas vantagens por sua capacidade de responder questões que emergem de uma primeira fase de coleta e análise por meio de uma fase adicional. Na tipologia de Creswell (2009), são duas as estratégias sequenciais. A *estratégia explanatória sequencial* é caracterizada por uma primeira fase de coleta e análise de dados quantitativos, seguida por uma segunda fase qualitativa. A integração ocorre por meio da conexão entre as fases, uma vez que a segunda fase é realizada a partir dos resultados preliminares da primeira, que geralmente tem a prioridade na pesquisa. Essa estratégia é utilizada principalmente para explicar e interpretar resultados inesperados da fase quantitativa por meio da fase qualitativa. Por sua vez, essas fases são invertidas na *estratégia exploratória sequencial*. A primeira fase, qualitativa, é seguida por uma segunda fase quantitativa, baseada nos resultados preliminares da primeira, que geralmente tem a prioridade. Essa estratégia é utilizada principalmente para testar elementos de teorias emergentes, generalizar resultados para outras amostras ou desenvolver instrumentos de coleta.

Dados qualitativos e quantitativos também podem ser coletados ao mesmo tempo, em estratégias denominadas concomitantes. Na tipologia de Creswell (2009), essas estratégias também se desdobram em dois tipos. A *estratégia de triangulação concomitante* é caracterizada pela coleta de dados qualitativos e quantitativos ao mesmo tempo, analisados com o objetivo de identificar convergências ou divergências, somando as capacidades e compensando as fraquezas dos respectivos métodos. A integração ocorre pela comparação dos resultados de cada dado separadamente, ou pela mescla dos dados por meio da transformação de dados qualitativos em quantitativos ou vice-versa – um processo descrito detalhadamente adiante. Em princípio, a prioridade entre os dois métodos é a mesma. Essa é uma das principais diferenças com a *estratégia aninhada concomitante*. Também caracterizada pela coleta de dados qualitativos e quantitativos ao mesmo tempo, um dos métodos é priorizado e guia o projeto, enquanto o outro é incorporado ou aninhado, abordando questões ou níveis de análise distintos, respectivamente. Além da comparação dos resultados dos dois dados, a integração também pode ocorrer pela



apresentação dos resultados como duas imagens que compõem o problema como um todo. Nesse sentido, essa estratégia costuma ser utilizada para a obtenção de perspectivas mais amplas sobre o objeto de estudo.

Essas estratégias demonstram a diversidade dos métodos mistos caracterizados pela coleta e análise de dados qualitativos e quantitativos. Mas ainda há outros tipos importantes. Como mencionado anteriormente, técnicas analíticas também podem ser integradas ou cruzadas na análise de um único tipo de dado, em pesquisas denominadas por Small (2011) como *mixed data-analysis studies*, que se desdobram em duas principais estratégias. A *integrative analysis* se refere à integração de duas ou mais técnicas analíticas distintas, qualitativas e quantitativas, na análise de um único tipo de dado, possibilitando resultados mais amplos pela complementariedade das vantagens analíticas de cada técnica. A *crossover analysis*, por sua vez, é definida pelo autor como a análise de dados qualitativos por meio de técnicas formais, estatísticas ou matemáticas, ou a análise de dados quantitativos por meio de técnicas narrativas. Em termos mais amplos, Onwuegbuzie e Hitchcock (2015) definem a *crossover analysis* como a análise de um tipo de dado por meio de técnicas tradicionalmente associadas ao paradigma alternativo, ressaltando que ela também pode variar em prioridade qualitativa, quantitativa ou igual.

Por um lado, alguns autores se dedicaram a analisar qualitativamente grandes amostras ou dados numéricos, por exemplo, convertendo dados longitudinais de *survey* em narrativas de histórias de vida. Por outro lado, as práticas mais comuns envolvem a análise quantitativa de pequenas amostras ou dados textuais, promovidas pelos contínuos avanços computacionais e pela disseminação de *softwares* que expandiram o alcance de análises formais ou estatísticas de dados qualitativos (SMALL, 2011). Yeung (2017) identifica nessas tendências um dos campos mais férteis para os estudos empíricos em Direito e para a Jurimetria em particular. As decisões judiciais, por exemplo, estão entre os diversos dados textuais oriundos do mundo jurídico e que cada vez mais facilmente podem ser analisados dessa forma. As análises quantitativas de decisões judiciais demonstram resultados promissores e nutrem expectativas relacionadas à sua aplicação sobre determinados temas e às suas respostas aos objetivos da academia e das práticas jurídicas.

Como Yeung (2017) observa, uma das dificuldades da análise quantitativa de decisões judiciais é a necessidade de transformar variáveis e dados qualitativos, tais como “decisão favorável ou desfavorável”, em variáveis e dados que possam ser manipulados e interpretados estatisticamente por meio dos *softwares*. Essas práticas implicam a “quantitização” (*quantitizing*) dos dados qualitativos que, segundo Sandelowski, Voils e Knalf (2009), envolve a utilização de métodos de análise qualitativa, tais como análises de conteúdo, de domínio ou de

comparação constante, por meio dos quais são atribuídos códigos a segmentos dos dados qualitativos. Valores numéricos são então atribuídos a esses códigos, possibilitando análises quantitativas que facilitam o reconhecimento de padrões, a verificação de interpretações e assim por diante. Além disso, a transformação de dados também permite que eles sejam mesclados nos métodos mistos caracterizados pela coleta de dois tipos de dados, uma das formas de integração nas estratégias concomitantes ressaltadas por Creswell (2009).

Portanto, decisões judiciais e outros dados textuais oriundos do mundo jurídico podem ser analisados quantitativamente em *crossover analysis*, por um lado, ou qualitativamente e quantitativamente em *integrative analysis*. Em ambos os casos, a codificação é uma tarefa fundamental. Contudo, Epstein e Martin (2010) sustentam que a codificação costuma receber apenas breves menções em coletâneas sobre pesquisa empírica e, nos *empirical legal studies*, particularmente, ainda não recebeu praticamente nenhuma atenção. De acordo com Sandelowski, Voils e Knalf (2009), um desafio da quantitização envolve captar e preservar a riqueza e a complexidade dos dados qualitativos, geralmente considerados objetos em si mesmos resistentes à contagem, concebidos como singulares e indivisíveis. Para isso, é necessário considerar o valor dessa transformação de dados, “se e como os dados qualitativos são aprimorados ao colocá-los em uma forma que permita a atribuição de valores numéricos” (SANDELOWSKI; VOILS; KNALF, 2009, p.219, **tradução nossa**)<sup>3</sup>. Com efeito, alguns dos principais desafios enfrentados na realização de *crossover analysis* são os mesmos dos métodos mistos como um todo, uma vez que a aplicação das técnicas não deve ser contrária aos princípios epistemológicos dos quais elas derivam ou aos problemas técnicos a que elas se destinam (SMALL, 2011).

De acordo com Silva (2015, p.120), esse desafio deriva da relação entre a dimensão filosófica e a *práxis* da ciência, uma vez que “as práticas adotadas dependem da compreensão que se faz da realidade e das possibilidades de conhecê-la” e, portanto, “questões epistemológicas e ontológicas subjazem ao debate sobre combinação de métodos”. Nos termos de Webley (2010), a epistemologia e a ontologia influenciam o modo como a pesquisa é conduzida, os dados interpretados e os achados relatados. Esse desafio é descrito por Small (2011) como um problema de comensurabilidade: contradições acompanhariam a combinação de métodos que refletem diferentes epistemologias e, portanto, diferentes pressupostos sobre a natureza do conhecimento. Por um lado, há epistemologias que pressupõem uma realidade objetiva independente, mensurável e observável, passível de conhecimento, em que leis causais ou

---

<sup>3</sup> “[...] whether and how qualitative data are enhanced by putting them into a form that allows the assignment of numerical values.”

probabilísticas determinam causas e efeitos. Por outro lado, há epistemologias que questionam a possibilidade de conhecimento dessa realidade objetiva e pressupõem a construção social dos objetos, que não são independentes dos significados que lhes são atribuídos, estes sim passíveis de interpretação, compreensão e conhecimento (WEBLEY, 2010; SMALL, 2011). Grosso modo, essa tem sido a distinção estabelecida entre positivismo ou pós-positivismo, associados às pesquisas quantitativas, e interpretativismo ou construtivismo, associados às pesquisas qualitativas (OLIVEIRA, 2015).

Diante desse desafio, o desenvolvimento da literatura sobre métodos mistos também envolve a busca por uma filosofia ou epistemologia própria, que é o pragmatismo. Segundo Small (2011), diversos autores têm destacado a crítica do pragmatismo às ideias fundacionalistas de que a busca pela verdade deve basear-se em fundamentos claros sobre como o conhecimento é adquirido, optando então por priorizar os problemas empíricos e os meios úteis para sua solução. Nesse sentido, são enfatizados os problemas de pesquisa em vez dos métodos propriamente ditos, uma vez que, ao buscar “o que funciona” na resposta aos problemas de pesquisa, diferentes pressupostos, métodos e epistemologias confluem em uma abordagem pluralista (CRESWELL, 2009). Como Silva (2015, p.123) ressalta, o pragmatismo se desprende de compromissos filosóficos que impeçam determinados caminhos e é guiado pela “possibilidade que determinado método, ou conjunto de métodos, tem de solucionar uma questão”. Segundo o autor, alguns argumentos continuam controversos, mas “a superação desse desafio não é condição fundamental para a utilização dos métodos mistos” e, portanto, “é válido avaliar a dimensão da combinação de métodos em si empregada efetivamente nas pesquisas empíricas” (SILVA, 2015, p.123).

Em compensação aos desafios subjacentes aos métodos mistos, diversas virtudes e motivações têm sido associadas às pesquisas de métodos mistos como um todo. A literatura especializada tem resumido tais virtudes e motivações em confirmação e complementaridade. Considerando os métodos mistos baseados em diferentes tipos de dados, Small (2011) sustenta que a confirmação busca assegurar que os resultados não dependam do tipo de dado coletado, enquanto a complementaridade busca superar os limites do tipo de conhecimento gerado a partir do tipo de dado coletado. Segundo Oliveira (2015) e Paranhos *et al.* (2016), na perspectiva de confirmação, o emprego de diferentes métodos, incluindo diferentes tipos de dados e/ou técnicas de pesquisa, para verificar, validar ou confirmar um ao outro, produz resultados de maior consistência e validade na medida em que os resultados sejam convergentes e, portanto, independentes dos métodos utilizados. Na perspectiva da complementaridade, por sua vez, as

limitações e as vantagens de cada método são ponderadas de modo que as respectivas contribuições maximizem a quantidade de informações a respeito do objeto de estudo e não dependam exclusivamente do conhecimento gerado a partir de determinado método, produzindo resultados mais amplos e conclusões de maior qualidade.

Do mesmo modo que os métodos qualitativos e quantitativos são mais ou menos adequados de acordo com determinados objetivos e problemas de pesquisa, Creswell (2009) menciona que os métodos mistos se adequam aos objetivos e problemas que não são suficientemente respondidos por nenhum dos dois métodos isoladamente, mas que integrados podem produzir melhores resultados. Nesses casos, de acordo com Oliveira (2015, p.138), a integração de métodos pode ser útil “Seja porque resultados encontrados em uma investigação precisam ser aprofundados ou porque resultados exploratórios precisam ser generalizados”. Considerando as pesquisas empíricas no Direito, Nielsen (2010) sustenta que os métodos mistos não são apenas responsáveis por alguns dos achados mais duradouros sobre importantes aspectos do sistema legal, como também representam a melhor alternativa para captar suas complexidades:

[...] a razão é que o fenômeno do direito em si mesmo consiste em indivíduos, configurações organizacionais, campos institucionais e das interações entre eles. O direito é praticado por indivíduos enquanto requerentes, réus, advogados e juízes. Esses indivíduos operam no interior de organizações como locais de trabalho, escritórios de advocacia, escolas, para citar apenas alguns. Essas organizações podem ofuscar, restringir e empoderar atores individuais e, portanto, desempenham um papel mediador em como o direito opera. Finalmente, o direito opera em vários contextos institucionais. Instituições sociais como raça, gênero e classe também afetam os processos legais. Como resultado, entender plenamente o direito exige pesquisas conduzidas utilizando múltiplas abordagens (NIELSEN, 2010, p. 952, **tradução nossa**).<sup>4</sup>

Portanto, utilizando métodos mistos, “os resultados provavelmente serão mais confiáveis e contribuirão mais para o desenvolvimento teórico do nosso entendimento do direito e da sociedade” (NIELSEN, 2010, p.971, **tradução nossa**)<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> “[...] the reason is that the phenomenon of law itself consists of individuals, organizational settings, institutional fields, and the interactions among them. Law is practiced by individuals as plaintiffs, defendants, lawyers, and judges. These individuals operate within organizations like workplaces, law firms, schools, to name just a few. These organizations can obfuscate, constrain, and empower individual actors, and therefore play a mediating role in how law operates. Finally, law operates in various institutional contexts. Social institutions like race, gender, and class affect legal processes, as well. As a result, fully understanding law demands research conducted using multiple approaches”.

<sup>5</sup> “[...] the results are likely to be more reliable and contribute more to the theoretical development of our understanding of law and society”.

### 3 A APLICAÇÃO DO MÉTODO MISTO NA PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO

A expansão da segurança privada vem sendo documentada e estudada desde os anos 1970. Nos espaços de trabalho, o policiamento realizado pela segurança privada concentra-se principalmente na prevenção de perdas provocadas por furtos cometidos por trabalhadores. A realização de revistas em trabalhadores nos espaços laborais é uma das ferramentas mais utilizadas nesse policiamento e um dos poderes mais intrusivos que os seguranças podem mobilizar. Contudo, pouco sabemos sobre as bases normativas e os limites desse poder. Até recentemente, o Brasil foi caso paradigmático de modelo legislado de relações de trabalho, modelo no qual as relações entre empregadores e empregados são reguladas principalmente por normas criadas e operadas pelo Estado. Isso faz do Brasil um caso no qual o entendimento do poder que seguranças têm para revistar trabalhadores depende do estudo do modo como o Estado autoriza e limita essa prática. A principal norma do Direito do Trabalho brasileiro é a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), guardada pela Justiça do Trabalho.

Diante desse contexto, o objetivo do trabalho de Lopes (2018) foi analisar os fundamentos legais e os limites impostos pelo Estado brasileiro para que seguranças revistem trabalhadores. A pesquisa empregou métodos mistos e foi orientada pelas seguintes questões - quais são as bases legais que autorizam seguranças a revistar trabalhadores? em quais circunstâncias as revistas são consideradas legais e em quais são consideradas ilegais pela jurisprudência dos tribunais? Dado o papel ocupado pela lei e pela jurisprudência produzida pela Justiça do Trabalho no Brasil, a análise sobre o poder dos seguranças para revistar trabalhadores no país concentrou-se nessas duas fontes. Foram estudadas as disposições da CLT e a jurisprudência sobre o tema. Análise exploratória prévia da jurisprudência do TST mostrou não haver posição consolidada sobre revista em trabalhadores a ser obrigatoriamente seguida pelos demais órgãos julgadores, razão pela qual optou-se por analisar a jurisprudência produzida por três TRTs: O TRT 2 (São Paulo), o TRT 15 (Campinas) e o TRT 9 (Curitiba). Esses tribunais foram escolhidos em razão do fato de suas jurisdições abrangerem os estados de São Paulo (TRT 2 e TRT 15) e Paraná (TRT 9), que seriam alvo de um segundo estudo sobre o uso do poder de revista por seguranças.

As decisões judiciais foram localizadas por meio das palavras chave “revista pessoal” e “revista íntima” nos repositórios on-line dos três TRTs selecionados. O plano inicial era coletar de forma aleatória decisões para o ano de 2012 em quantidade suficiente para permitir uma análise tanto qualitativa quanto quantitativa do posicionamento dos tribunais (100 decisões por tribunal). Essa quantidade de decisões foi localizada e coletada para o TRT 9 (Curitiba), mas não para os

demais. No TRT 2 (São Paulo) foi preciso expandir a base de dados para o período 2010-2012 e no TRT 15 (Campinas) para o período 2010-2013. Ao todo, foram coletadas 376 decisões judiciais.

Os dispositivos jurídicos da CLT e de outras normas relevantes citadas nas decisões judiciais e os argumentos mobilizados pelos desembargadores para fundamentar suas decisões foram submetidas à Análise de Conteúdo (AC). Essa análise foi realizada por meio do software Atlas.ti e operacionalizada com códigos criados a partir do estudo prévio da legislação e de um estudo piloto com 25 decisões. Essa análise qualitativa foi complementada com análise quantitativa desenvolvida com o intuito de estimar as chances de as revistas serem condenadas e os fatores que afetam tais condenações.

Apesar dos seus mais de 900 artigos e milhares de incisos, a CLT trata do tema revista em um único artigo (373-A), cujo foco central é a regulação da participação das mulheres no mercado de trabalho, vedando “proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias”. A CLT não tipifica o que são revistas íntimas, o que indica que o entendimento do poder de revistar trabalhadores precisa ser buscado na jurisprudência sobre o tema. A análise dessa jurisprudência no âmbito dos tribunais estudados mostra não haver consenso a respeito da legalidade das revistas. Os dados mais gerais sobre condenações e não condenações de revistas indicam que as primeiras prevalecem apenas no TRT 15 (Campinas) (61%). As diferenças encontradas para os demais tribunais não são estatisticamente significativas (Tabela 1).

**Tabela 1: Condenações versus Não condenações por TRT**

	Condenação		Não Condenação		p-value <sup>a</sup>
	Número	Percentual	Número	Percentual	
TRT 15°(Campinas)	68	61%	44	39%	0,03
TRT 2° (São Paulo)	71	55%	58	45%	0,29
TRT 9° (Curitiba)	63	47%	72	53%	0,49
Total	202	54%	174	46%	0,16

<sup>a</sup> Binomial test com proporção de 0,5 e C.I de 0,05

Fonte: Lopes (2018)

Um olhar mais apurado para dentro dos tribunais revelou a existência de posicionamentos distintos entre turmas julgadoras. A análise integrativa dos acórdãos identificou três tipos de posicionamentos: restritivo, moderado e permissivo. O posicionamento de cada uma das turmas dos tribunais analisados pode ser visto na Figura 1. A relação desse posicionamento com o padrão de decisão prevalecente nos TRTs está demonstrada na Tabela 2. As diferenças entre as turmas podem ser notadas no perfil das sentenças proferidas e nas odds ratio (OR) de se obter uma condenação entre as turmas.

**Figura 1:** Posicionamento das turmas dos TRTs em relação às revistas em trabalhadores

	Posição restritiva	Posição moderada	Posição Permissiva
TRT 2 (São Paulo) 18 Turmas	-	1° a 16° Turmas	17° e 18° Turmas
TRT 9 (Curitiba) 07 Turmas	2°, 3° e 5° Turmas	1°, 4°, 6° e 7° Turmas	-
TRT 15 (Campinas) 06 Turmas	6° Turma	1° a 5° Turmas	-

Fonte: Lopes (2018).

**Tabela 2:** Posicionamento das Turmas e Decisões Judiciais

Tribunal	Turmas	Condenação		Não condenação		X <sup>2</sup> / Fisher <sup>a</sup> (p-value)	ORs (CI 95%)
		Número	Percentual	Numero	Percentual		
TRT 2 (São Paulo)	Permissivas	7	26%	20	74%	11,7 (0,00)	0,2 (0,08 - 0,53)
	Moderadas	64	63%	38	37%		
TRT 9 (Curitiba)	Restritivas	55	87%	8	13%	78,3 (0,00)	55,0 (19,4 - 156,2)
	Moderadas	8	11%	64	89%		
TRT 15 (Campinas)	Restritivas	16	94%	1	06%	9,3 (0,00)	13,2 (1,7 - 103,4)
	Moderadas	52	55%	43	45%		

<sup>a</sup> Chi-squared (X<sup>2</sup>) para os TRTs 2 e 9 e Fisher's exact test para o TRT 15

Fonte: Lopes (2018).

O posicionamento moderado é o mais difundido. Esse posicionamento caracteriza-se pelo entendimento de que as revistas são legítimas, desde que realizadas dentro de determinados limites. As revistas são interpretadas como parte do direito que os capitalistas têm de dirigir e controlar o ambiente laboral de modo a garantir a preservação dos seus interesses econômicos. Para sustentar essa posição os magistrados recorrem aos artigos da Constituição brasileira de 1988 que estabelecem o direito de propriedade e ao artigo 2° da CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço” (CLT). As revistas de trabalhadores são reconhecidas como expressão do direito de fiscalização e defesa do patrimônio, mas são consideradas legais apenas quando não violam os direitos à intimidade e dignidade também assegurados pela Constituição brasileira. Análise de regressão logística com os motivos evocados pelos magistrados para fundamentar as decisões proferidas nos acórdãos revela que a chance de uma revista ser condenada no âmbito das turmas moderadas em comparação com a chance de não ser condenada aumenta drasticamente quando a revista envolve deslocamento de vestes (chance 7.167% maior), contato físico (chance 2.708% maior) ou ocorre em local não reservado (chance 1.935% maior). A análise de regressão também revela que a chance de condenação em comparação à de não condenação diminui quando a revista é feita de maneira apenas visual



(chance 68% menor), em todos os trabalhadores (chance 94% menor) ou por pessoa do mesmo sexo que o entrevistado (chance 89% menor) (Tabela 3).

**Tabela 3:** Regressão logística com os fatores que afetam a condenação de revistas em trabalhadores nas turmas moderadas dos TRTs analisados (n=269)

Preditores	B	SE	Exp(B)	
Abrangência (todos)	-2,75	0,83	0,06	**
Abrangência (trabalhadores selecionados aleatoriamente)	-1,57	1,00	0,21	
Abrangência (trabalhadores sob suspeita)	1,24	0,77	3,46	
Despimento ou deslocamento de vestes	4,29	0,87	72,67	**
Contato físico	3,34	0,95	28,08	**
Inspeção visual de objetos pessoais	-1,12	0,56	0,32	*
Sexo convergente entre revistador e revistado	-2,25	1,05	0,11	*
Local aberto ou na frente de terceiros	3,01	0,91	20,35	**
Local reservado	-1,04	0,99	0,35	
Revista realizada mais de uma vez ao dia	1,31	1,58	3,70	
Uso de ferramenta tecnológica de detecção	-2,32	1,33	0,10	
Produto sensível à furto	-20,81	4302,13	0,00	
Possibilidade de usar ferramenta de prevenção alternativa	35,28	6275,76	2,096E15	
Acordo individual ou coletivo sobre revista	-0,73	1,32	0,48	
Constant	-0,62	0,30	0,54	

Chi-squared ( $X^2$ ) = 234,390; p-value=0,00  
-2 Log Likelihood = 188,71  
Nagelkerke  $R^2$  = 0,77

\*\* p-value <0,00; \* p-value <0,05

Fonte: Lopes (2018).

Os posicionamentos permissivos e restritivos contrastam com o posicionamento moderado descrito anteriormente. O reduzido número de casos julgados pelas turmas permissivas (n=27) e restritivas (n=80) não permite estimar estatisticamente quais circunstâncias mais pesam para que essas turmas condenem revistas em trabalhadores. Mas a análise de conteúdo ilumina os aspectos desses posicionamentos.

O posicionamento *permissivo* tende a aceitar as revistas toleradas pelas turmas restritivas e moderadas, além daquelas que envolvem deslocamento de vestes e contato físico em partes não íntimas. Essas turmas costumam condenar apenas casos em que há nudez ou contato em regiões corporais como genitálias, nádegas e seios. Elas defendem a legitimidade das revistas em trabalhadores com base em argumentos jurídicos semelhantes aos mobilizados pelas turmas moderadas, mas entendem diferentemente as situações que feririam a intimidade e a dignidade dos trabalhadores. A análise qualitativa do conteúdo dos acórdãos indica que esse entendimento está circunscrito a situações excepcionais e extremamente invasivas, tais como revistas com nudez e até na casa de trabalhadores.



O posicionamento *restritivo* tende a condenar todos os tipos de revistas em trabalhadores, exceto aquelas realizadas por meio de equipamentos tecnológicos pouco invasivos ou para prevenir danos à coletividade. O entendimento prevalente é o de que o ordenamento jurídico brasileiro não permite a realização de revistas pessoais sistemáticas nos espaços laborais porque violaria o princípio constitucional da presunção de inocência e feriria a dignidade dos trabalhadores. As turmas restritivas condenam não apenas as revistas que envolvem nudez, deslocamento de vestes e contato corporal, mas também as inspeções visuais em pertences realizadas por pessoas do mesmo sexo e em locais reservados, que tendem a ser aceitas pelas turmas moderadas e permissivas. As bolsas e pertences são considerados pelas turmas restritivas esferas pessoais e a sua visualização interpretada como uma violação da intimidade dos trabalhadores. Revistas são admitidas somente quando são realizadas por meio de tecnologias menos invasivas como scanners corporais e detectores de metais, ou em situações excepcionais que envolvem segurança pública, caso das revistas na indústria bélica para evitar o furto ou extravio de armamentos.

As evidências expostas mostram a existência de entendimentos diversos sobre a legalidade das revistas em trabalhadores que estão associados a diferentes visões sobre o direito de os capitalistas controlarem os espaços de trabalho, de um lado, e o direito à intimidade dos trabalhadores atuantes nesses espaços, de outro. Há diversas consequências desses achados. A análise do contexto brasileiro revela que, a despeito do caráter público das normas brasileiras sobre revistas nos espaços de trabalho, somente uma parte minoritária dos tribunais adota posicionamento restritivo compatível com o presente nas normas que regulam a ação da polícia. Em situações normais a polícia não está legalmente autorizada a realizar revistas em grupos sociais de forma indiscriminada. Mandados judiciais de busca e apreensão devem definir, o mais precisamente possível, o local e a pessoa objeto da busca; e revistas realizadas discricionariamente pelos policiais devem se restringir às situações de fundada suspeita de presença de produtos ilícitos. O posicionamento das turmas moderadas (e permissivas) não apenas permite, mas requer que as revistas sejam realizadas em todos os trabalhadores como forma de evitar discriminação no ambiente de trabalho. Inverte-se aqui o pressuposto presente no sistema de justiça pública de que as revistas são procedimentos excepcionais e restritos. Para a maioria das turmas dos tribunais estudados, as revistas são vistas como procedimentos normais que os proprietários podem e devem dirigir a todos os trabalhadores e não apenas àqueles sob os quais pesa algum tipo de suspeita de comportamento malicioso.

## 4 CONCLUSÃO

A pesquisa empírica em Direito vem crescendo no país, mas há ainda poucos trabalhos sobre metodologia de pesquisa. Este artigo busca avançar no preenchimento desta lacuna. Discutimos as fragilidades da pesquisa empírica em direito no Brasil, as características dos métodos mistos em ciência social e um exemplo de estudo que utilizou esse tipo de metodologia para analisar decisões judiciais. O método misto empregado no estudo de Lopes (2008) discutido acima pode ser classificado como uma análise integrativa. Em uma estratégia visando confirmação e complementaridade, técnicas analíticas qualitativas e quantitativas foram integradas na análise de decisões judiciais. Essa estratégia de pesquisa exemplifica como o método misto pode ser empregado com sucesso na área de pesquisa empírica em Direito, gerando inferências válidas e confiáveis. O desenvolvimento da pesquisa empírica em direito depende fundamentalmente da sua capacidade de produzir inferências desse tipo. Afinal, como lembram King, Keohane e Verba (1994), o que define uma pesquisa como científica não é o seu conteúdo e sim o seu método.

## REFERÊNCIAS

- CRESWELL, J. W. **Research design: qualitative, quantitative, and mixed methods approaches**. 3 ed. Thousand Oaks, CA: Sage, 2009.
- EPSTEIN, L.; MARTIN, A. Quantitative approaches to empirical legal research. In: CANE, P. KRITZER, H. (ed.). **The Oxford handbook of empirical legal research**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p.902-926.
- JOHNSON, R.; ONWUEGBUZIE, A.; TURNER, L. Toward a definition of mixed methods research. **Journal of Mixed Methods Research**, v. 1, n. 2, p. 112-133, 2007.
- KING, G.; KEOHANE, S. VERBA, S. *Design Social Inquiry: scientific inference in qualitative research*. Princeton: Princeton University Press, 1994.
- LOPES, Cleber da Silva. Policing labor: the power of private security guards to search workers in Brazil. **Crime, Law and Social Change**, 2018, pp. 1-20. <https://doi.org/10.1007/s10611-018-9783-x>
- MACHADO, Maíra Rocha. **Pesquisar Empiricamente o Direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.
- NIELSEN, L. B. The need for multi-method approaches in empirical legal research. In: CANE, P. KRITZER, H. (ed.). **The Oxford handbook of empirical legal research**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 952-975.
- OLIVEIRA, F. L. Triangulação metodológica e abordagem multimétodo na pesquisa sociológica: vantagens e desafios. **Ciências Sociais Unisinos**, v. 51, n. 2, p. 133-143, 2015.

ONWUEGBUZIE, A.; HITCHCOCK, J. Advanced mixed analysis approaches. In: HESSE-BIBER, S.; JOHNSON, R. (ed.). **The Oxford handbook of multimethod and mixed methods research inquiry**. Oxford: Oxford University Press, 2015. p.275-295,

PARANHOS, R. et al. Uma introdução aos métodos mistos. **Sociologias**, v. 18, n. 42, p. 384-411, 2016.


SANDELOWSKI, M.; VOILS, C.; KNAFL, G. On quantitizing. **Journal of Mixed Methods Research**, v. 3, n. 3, p. 208-222, 2009.

SILVA, G. P. Desafios ontológicos e epistemológicos para os métodos mistos na ciência política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 30, n. 88, p. 115-128, 2015.

SMALL, M. L. How to conduct a mixed methods study: recent trends in a rapidly growing literature. **Annual Review of Sociology**, v. 37, p. 57-86, 2011.

WEBLEY, L. Qualitative approaches to empirical legal research. In: CANE, P. KRITZER, H. (ed.). **The Oxford handbook of empirical legal research**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 927-951.

YEUNG, Luciana. Jurimetria ou Análise Quantitativa de Decisões Judiciais. In: MACHADO, Maíra Rocha. (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 249-271.



# TRAZENDO O ESTADO DE VOLTA PARA A SOCIOLOGIA JURÍDICA: UMA ABORDAGEM INSTITUCIONAL

*Henrique Almeida de Castro*  
(Faculdade de Direito da USP)  
henrique\_castro@outlook.com

*Marco Antônio Moraes Alberto*  
(Faculdade de Direito da USP)  
marco.alberto@usp.br

**RESUMO:** Este trabalho tem dois objetivos interconectados. De um lado, busca mapear as aporias da compreensão tradicional de Estado na ciência jurídica brasileira. Isso se justifica na medida em que boa parte da sociologia jurídica nacional exclui o Estado de seu horizonte metodológico por se reportar a tal compreensão. De outro lado, tem o objetivo de oferecer um referencial alternativo, que permita reabilitar o potencial analítico do Estado. Este esforço é necessário pois, apesar de contar com ricas descrições e análises empíricas da operação de instituições estatais, inexistente mesmo na sociologia jurídica internacional um paradigma explicitamente articulado capaz de dar coerência e direção a tais estudos. Este paradigma, propomos, pode ser formulado a partir da intersecção de aportes dos estudos disponíveis no direito público em ação e no institucionalismo histórico.

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo sistemático do Estado traz algo de útil para a pesquisa jurídica? Este trabalho toma por hipótese que sim. Defendemos que, ao efetivamente excluir o Estado de seu âmbito de preocupações, a sociologia jurídica tem deixado de teorizar elementos essenciais da interação entre direito, poder político e estrutura social, como: (i) o papel de instituições juridicamente estruturadas na conformação de padrões de ação política; (ii) os vínculos entre direito público e estrutura institucional do Estado; (iii) as relações existentes entre mudança institucional, conformação jurídica do Estado e mudança social. Três perguntas conduzem a investigação aqui proposta. Em primeiro lugar: como a atualmente predominante perspectiva sobre o Estado, no plano da semântica jurídica do direito público, resulta em sua inabilitação como matriz teórica útil? Em segundo: qual o custo desta inabilitação para a sociologia jurídica? Em terceiro: como uma perspectiva interdisciplinar pode ser capaz de reverter tal inabilitação, abrir espaço para diálogo sustentado com outras ciências sociais, e trazer o Estado de volta para a ciência jurídica?

## 2 O “ESTADO” NA TEORIA JURÍDICA BRASILEIRA

O objetivo desta primeira parte, composta em dois subtópicos, é oferecer um breve mapa conceitual, que sirva de ponto de partida para respondermos às três perguntas de pesquisa com que iniciamos este trabalho. Para entendermos os motivos que conduziram à inabilitação do Estado como referencial útil à teoria jurídica brasileira, bem como os custos e os potenciais de reversão dessa “crise”, é necessário considerar, ainda que de modo extremamente sucinto, (i)

quais características de longa duração definem o padrão de incorporação do conceito “Estado” pela teoria jurídica brasileira, e (ii) quais as relações entre esse padrão e a recente defasagem do conceito de “Estado” como referencial metodológico útil ao enfrentamento de temas contemporâneos da agenda de pesquisa do direito brasileiro. Essas duas questões são, respectivamente, objeto das duas subseções a seguir.

## **2.1 A formação de um corpo peculiar: eixos de constituição do Estado na teoria jurídica brasileira**

Como a tradição jurídica brasileira se aproxima do Estado? Como a teoria brasileira do direito, historicamente, entende o Estado? Como ela o mobiliza para suas construções, sejam elas peças doutrinárias, decisões judiciais, obras científicas?

Não é objeto deste tópico esboçar algo como uma “história da teoria jurídica do Estado no Brasil”, ou mesmo uma “história das ideias políticas no direito brasileiro”. A ideia de eixo de constituição, mobilizada aqui, parte da tripla definição acima apresentada: eixos de constituição do Estado na teoria jurídica são (i) estruturantes de espaços de ação e de pesquisa dos juristas, (ii) produzidos como esquemas de mediação entre a regulação jurídica e o conhecimento filosófico e empírico das relações políticas; e (iii) moduladores contingentes que pré-condicionam a comunicação jurídica a certo horizonte de compreensão da política. Interessa, aqui, bem menos o “desfile de teorias” ou a “vastidão de modelos”, e muito mais os sentidos normativos que, produzidos como traços comuns das diversas teorizações, ou como compromissos gerais das disputas conceituais ali travadas, foram, na longa duração histórica, moldando os limites de campo da compreensão jurídica do Estado, forjando o sentido de Estado que os juristas deveriam pressupor em suas agendas de trabalho e pesquisa.

A incorporação do Estado na teoria jurídica brasileira vai, ao longo da segunda metade do século XX, deixando de lado a perplexidade de ter sido concebida, enquanto pensamento social sobre o Estado, debaixo de um período flagrantemente autoritário.<sup>1</sup> Mas isso também não significa, por outro lado, que certas premissas político-normativas sedimentadas ao longo de uma tradição de pensamento sobre o Estado – uma tradição que já não é mais necessariamente autoritária, reitere-se – sejam facilmente superáveis no horizonte de um campo que vai se tornando cada vez mais delimitado.

---

<sup>1</sup> Origem obscura que a teoria do Estado compartilha, a propósito, com o direito administrativo, com o direito regulatório, com o direito financeiro, com o direito econômico e com o direito do trabalho. Para esse ponto, v. LOPES (2012, p. 355).

Combinando, de um lado, os interesses de pesquisa que definimos como metodologicamente adequados à análise da teoria jurídica sobre o Estado, e, de outro, as continuidades mais centrais à constituição do Estado no interior do direito brasileiro, acreditamos ser possível a síntese de quatro grandes eixos de constituição do Estado no horizonte da teoria jurídica brasileira.

**(a) *Personalidade jurídica:*** o Estado é um conjunto de pessoas jurídicas, entes construídos pela ordem jurídica, e por ela dotados de competência e vontade. Dentro das competências previamente demarcadas por regras jurídicas (traço condicional), as pessoas jurídicas do Estado desenvolvem livremente sua vontade conforme conveniência e oportunidade de quem as governa (traço instrumental). Essas pessoas pertencem necessariamente à organização administrativa formal, ou seja, a burocracia oficial formada pela reunião dos órgãos da administração pública direta (órgãos de cúpula e órgãos desconcentrados em ministérios e departamentos) com as entidades da administração pública indireta (descentralizada a partir da administração direta, das quais fazem parte as autarquias, as empresas estatais e as fundações públicas);

**(b) *“Soberania” nacional:*** o Estado é caracterizado pela posse de um poder identificado a uma vontade. Sua vontade é a vontade das pessoas jurídicas estatais. Essa vontade, por ser a “vontade estatal”, é coercitiva, irresistível e incontestável. Nessa leitura, a “soberania” nacional não significa apenas que a vontade estatal se impõe do vértice à base, do lugar de construção e reflexão sobre o poder (vértice de regulação) à base onde se encontram seus subordinados (base de regulados), mas também que o poder concentrado nas pessoas jurídicas nacionais, “de direito interno”, é inconciliável com qualquer outra ordem normativa existente quer no plano supraestatal, quer no plano infraestatal (MARQUES NETO, 2015, p. 366-367; SANTOS, 2002, p. 212-213).

**(c) *Regime jurídico:*** o Estado é objeto de uma disciplina jurídica especial e excepcional, que dá ao direito público unidade e coerência, e o torna compreensível enquanto conhecimento dotado de racionalidade interna. O regime jurídico do Estado é especial na medida em que delimita poderes e prerrogativas especiais que permitem a atuação impositiva da autoridade sobre a coletividade, tais como a unilateralidade, a imperatividade, a autoexecutoriedade, a presunção de veracidade e a disposição sobre a propriedade privada. O regime jurídico do Estado é também excepcional na medida em que se constitui como exceção ao direito “comum”, onde há, em regra, paridade (sinalagma) entre as partes de uma relação jurídica, a vedação à alteração e à desconstituição unilateral de obrigações jurídicas, dependência da anuência da contraparte ou da intervenção judicial para providências executórias, dentre outros princípios de horizontalidade.

Sempre que houver conflito entre o regime do Estado e o regime de direito comum, este cederá espaço àquele, pois o regime especial e excepcional do Estado é derogatório de toda forma de poder que com ele vier a conflitar (MENEZES DE ALMEIDA, 2015, p. 344).

**(d) Inspiração finalística:** o Estado tem seu poder legitimado na medida em que se encontra encarregado de finalidades tidas por essenciais a determinada ordem política (legitimação material). O corolário do regime jurídico de Estado é a atribuição de uma “finalidade”, uma “missão especial” que a administração pública tem o dever de perseguir, que justifica um “regime de autoridade” fundado em prerrogativas impositivas e excepcionais. Há variações sobre o que seria o conteúdo dessa finalidade suprema (bem comum, interesse público, direitos fundamentais, utilidade pública, aperfeiçoamento do gênero humano, etc.), mas um padrão teórico consistente no mecanismo básico que decorre da percepção dessa finalidade: a legitimação material finalística é a base normativa do condicionamento, da restrição e do sacrifício, pela administração pública, de direitos dos cidadãos individualmente considerados.

Feito esse breve esforço de síntese, argumentaremos, na próxima subseção, que se é verdade que esses quatro eixos constitutivos representam as linhas mestras de formação de uma tradição de trabalho e pesquisa sobre o Estado na teoria jurídica, é igualmente verdadeiro que esses mesmos eixos, ao deixarem de explicar, de maneira metodologicamente consequente, a relação entre direito e política em seu estágio contemporâneo, escancaram a defasagem da incorporação do Estado na teoria jurídica brasileira, e deixam entreaberta a possibilidade da total supressão do Estado no terreno da sociologia jurídica.

## **2.2 O cadáver e sua ocultação: a inabilitação do “Estado” na teoria jurídica brasileira**

Pensar na crítica que a teoria jurídica brasileira lança ao Estado é pensar, necessariamente, em duas ordens de raciocínio. Em primeiro lugar, é preciso compreender o objeto da crítica. A que exatamente se direciona a contestação do Estado como referencial útil à pesquisa e ao trabalho do jurista? Nesse sentido, os quatro eixos mapeados na subseção anterior fornecem uma direção importante: a crítica ao Estado, no direito brasileiro, não é uma crítica a toda e qualquer compreensão possível de Estado como esquema de tratamento da política, mas sim a uma perspectiva específica, peculiar e contingente do significado do “Estado” para o direito. Em segundo lugar, é preciso entender as consequências conceituais da crítica. A que resultados conduz a inabilitação do Estado como referencial de campo? O que fica “de fora” do quadro de trabalho e de pesquisa do jurista pela supressão do Estado como categoria metodológica? Nessa direção, não se está falando da perda do Estado enquanto sinônimo dos quatro eixos acima

descritos, mas da perda do conceito de Estado: o que a ciência do direito deixa de perceber ao abandonar o problema do Estado?

Jogando com a metáfora, é olhar para o cadáver e para as consequências de sua ocultação. A tabela a seguir percorre brevemente cada um dos quatro eixos constitutivos, mostrando como a crítica a esse eixo representa parte de uma “crítica do Estado”, e como a inabilitação do “Estado”, em decorrência da crítica, exclui algumas agendas e perspectivas de trabalho e de pesquisa jurídica que seriam essenciais para a própria superação das defasagens apontadas pela crítica.

**Quadro 1:** Colapso do conceito de Estado na teoria jurídica brasileira: origens e implicações

Eixo de construção do Estado na teoria jurídica brasileira	Crítica	Tópicos deixados de fora da agenda do direito
Personalidade jurídica	Multiplicação de espaços decisórios Núcleos de poder para além da administração pública formal Dispersão do poder em mecanismos que envolvem agentes privados e arranjos de mercado	Direito como ferramenta de estratégias de governança Disciplina de entidades paraestatais / terceiro setor Regulação das atividades econômicas privadas que tocam funções públicas; Arranjos de prestação de serviços públicos e de gestão privada de utilidades públicas
Soberania nacional	Pluralismo jurídico: ordens normativas rivais ao Estado (plano supranacional e infranacional) Normas de origem não exclusivamente estatal Fragmentação das decisões políticas em múltiplos níveis de competência, tempo e espaço Perda da capacidade de ação e decisão do Estado em decorrência da globalização	Papel do Estado na organização de fontes normativas (“bricolagem”) Discricionariedade como técnica de regulação da atividade administrativa “Street-level bureaucracy” Processo administrativo e dever de motivação das decisões públicas Participação democrática
Regime jurídico	Inexistência de um regime jurídico único para o Estado Enfraquecimento da capacidade impositiva da autoridade Privatização do Estado	Relações entre a configuração do direito público e a teoria política Pluralidade de regimes conforme padrões desejáveis de ação política Mecanismos consensuais de interface Estado/sociedade
Inspiração finalística	Incapacidade do Estado em proporcionar base valorativa homogênea para a legitimação da atuação administrativa Inexistência de razão natural, interesse público ou bem comum	Constitucionalismo como técnica jurídica de criação e recriação da política (poder constituinte) Compromissos constitucionais como veículos de consenso juridicamente operacionais

### 3 UMA ABORDAGEM JURÍDICO-INSTITUCIONAL PARA O ESTADO

Se o conceito de “Estado” na teoria jurídica brasileira apresenta deficiências que o inviabilizam como uma categoria analítica útil, como o reabilitar? Traçadas nossas críticas às mais correntes perspectivas no debate nacional, buscamos nesta parte apresentar uma alternativa. Em nossa visão, a sociologia jurídica tem a ganhar ao se apoiar em uma visão de política típica do



institucionalismo histórico e uma visão do “jurídico” típica da tradição do “direito em ação”. Dessa combinação, argumentamos, resulta uma abordagem capaz de integrar o direito público – ao lado de disciplinas como a ciência política, a economia política e a sociologia política – ao estudo da política.

### **3.1 As regras do jogo e o jogo das regras: a política na visão do institucionalismo histórico**

Começamos com a visão de “política” que alicerça a corrente do institucionalismo histórico. Esta tomou forma como reação às perspectivas pluralista e estruturalista – as quais, para institucionalistas, indevidamente reduziram o valor explicativo da categoria “Estado”. Nessas concepções, as estruturas estatais, como parlamentos e aparatos burocráticos, tendiam a figurar como receptáculos vazios, importando verdadeiramente as forças profundas que as animam: no caso do pluralismo, a pressão de grupos de interesse; no caso do estruturalismo, a luta de classes. Neste contexto, alguns acadêmicos defenderam a necessidade de “trazer de volta o Estado” (EVANS; RUESCHEMEYER; SKOCPOL, 1985), e o fizeram através do conceito de “instituição”.

Instituições são conjuntos de regras reconhecidas e efetivamente seguidas. Estas regras podem ser informais ou formais – sendo que regras formais consistentemente ignoradas, na medida em que não moldam padrões de comportamento, não compõem instituições (HODGSON, 2006). Ao criarem expectativas estáveis de conduta e influenciarem a formação das preferências dos atores nelas operantes, tanto possibilitam como impedem determinadas ações. Entre institucionalistas históricos, o objeto de estudo clássico são as grandes instituições políticas, mas esforços recentes se estenderam também a políticas públicas, tanto macro (PIERSON, 2006) quanto micro (LASCOUMES; LE GALÈS, 2007).

O valor do conceito reside em sublinhar que a disputa entre atores políticos não ocorre no vácuo, mas é mediada por regras que não necessariamente escolheram. Apesar de não gerarem efeitos por si mesmas, instituições importam porque, ao desempenharem este papel estruturante, reduzem o vasto campo de resultados possíveis a um grupo bastante menor de prováveis. Focando-se nestas “regras do jogo”, estudos clássicos demonstraram que a compreensão das diferenças nas políticas públicas criadas entre países – por exemplo, regimes tributários (STEINMO, 1989) ou políticas de saúde (IMMERGUT, 1992) – passa necessariamente por variações em padrões de disputa explicáveis apenas se considerados o contexto institucional no qual se desenrolam.

Institucionalistas tradicionalmente caracterizam instituições como estáveis – afinal, se as regras fossem livremente alteráveis pelos atores, não teriam poder explicativo. Nesta visão, uma

vez estabelecidas, tendem a se manter dentro das possibilidades de determinada trajetória (MAHONEY, 2000). Recentemente, no entanto, acadêmicos têm focado também o “jogo das regras”: isto é, admitem que instituições são observáveis não apenas como determinantes, mas também como resultados de disputas. Isso porque atores prejudicados pela distribuição de poder criada por certo arranjo continuamente lutam para alterá-lo (LEVITSKY; MURILLO, 2009; MAHONEY; THELEN, 2009). Nestas disputas, por sua vez, partem de posições de poder prévias definidas institucionalmente.

Os estudos institucionalistas mais consistentes costumam tratar simultaneamente das “regras do jogo” e do “jogo das regras”. Acadêmicos filiados à perspectiva voltam ao passado para demonstrar como estruturas estatais condicionaram resultados políticos, e como estas mesmas estruturas se originaram e modificaram a partir de disputas. Esta sensibilidade histórica permitiu as institucionalistas conceberem a política, na feliz expressão de HALL (2016) como um “processo estruturado no tempo e no espaço” – isto significa dizer, em resumo, que disputas entre atores políticos são inevitavelmente imbricadas em regras que criam limites e possibilidades, e que, por sua vez, variam entre lugares e épocas.

### **3.2 Constitutivo e indeterminado: o “jurídico” na tradição do “direito em ação”**

Apesar de raramente empregarem categorias como “direito” ou “jurídico”, institucionalistas de fato tratam continuamente do papel de arranjos juridicamente criados na constituição de padrões de ação política. Infelizmente, este aparentemente óbvio canal para contribuições de acadêmicos do direito público ao estudo da política segue ignorado entre nós. O desperdício da oportunidade, no entanto, surpreende apenas a quem se esquece da imperante visão sobre a relação entre direito e Estado: este seria um “ente” uno, dotado de personalidade jurídica; aquele, o instrumento que o “ente” emprega para limitar seu próprio poder, vinculando-se a direitos e deveres.

Nesta visão, o direito importa essencialmente como cura para patologias – por exemplo, para situações em que determinada “ação do Estado” aparentemente desrespeita direitos individuais, justificando a busca de um remédio judicial pelo particular. Como aponta COTTERRELL (2002), contudo, esconde-se aí uma problemática separação entre “direito” e “sociedade”. De um lado, padrões de comportamento social resultariam de processos independentes do direito. Este, por sua vez, pairaria sobre nós, incidindo apenas em casos “juridicamente relevantes”. Tais pressupostos se traduzem em uma produção intensamente voltada a orientar a prática judicante,

como se o conjunto de fenômenos relevantes ao estudo do direito se resumisse à resolução de conflitos<sup>2</sup>.

Em oposição a tal separação, estudos da sociologia jurídica norte-americana<sup>3</sup> têm defendido o caráter constitutivo do direito em relação a práticas sociais – incluindo a política (FORBATH, 1991; GORDON, 1984; SARAT; KEARNS, 1993). Nestes trabalhos, como para os institucionalistas, as ações de indivíduos são comumente explicáveis apenas se considerado o ambiente jurídico no qual se inserem. Isso, novamente, ocorre porque regras criam possibilidades e limites racionalmente reconhecidos. Também ocorre porque indivíduos formam hábitos e preferências em meio a normas e categorias jurídicas compartilhadas, de maneira que estas moldam comportamentos sem que sequer se perceba sua influência.

O reconhecimento do caráter constitutivo do direito não implica, contudo, na absurda afirmação de que práticas sociais fluem diretamente dos livros de leis. Isso ocorre porque o direito é também “indeterminado” (BINDER, 2010): seja por dúvidas insanáveis em relação a qual prescrição se aplica a determinada situação, seja por ignorância quanto às regras formais, ou simplesmente por impedimentos contextuais, qualquer regra específica está sujeita a um processo de transformação entre a letra da lei e sua concretização. Conseqüentemente, a conexão entre regras formais e padrões de comportamento figura na literatura como inerentemente problemática e imersa em disputas. Em vista da indeterminação, acadêmicos tematizam, além dos efeitos dos arranjos jurídicos, também os processos de tradução entre “os livros” e a “ação” que medeiam esses efeitos.

### **3.3 A política como processo juridicamente estruturado e o estudo do direito público**

Revisadas nossas concepções a respeito das categorias de “política” e “direito” – a primeira, como um processo estruturado; a segunda, como elemento estruturante – torna-se possível propor uma visão pra trazermos o Estado de volta para a sociologia jurídica. O direito importa na política não como limitação ao poder estatal. Como tem consistentemente sugerido LOUGHLIN (2010, 2017), importa porque, consubstanciado em arranjos que variam entre lugares e épocas, distribui desigualmente as oportunidades de exercício do poder. Por isso, sugere o autor,

---

<sup>2</sup> Para uma crítica à obsessão judicial, ver UNGER (1996, p. 106–119).

<sup>3</sup> Referimo-nos aqui à tradição do “direito em ação”, que congrega uma série de movimentos influenciados pelo realismo jurídico norte-americano: entre eles, o “law and society”, o “critical legal studies” e o “direito e desenvolvimento”. Apesar das diferentes nomenclaturas, separar substantivamente estes movimentos é um objetivo pouco útil, e muitos acadêmicos tiveram importante participação nas três apresentadas. Para uma história intelectual da sociologia jurídica norte-americana, ver TRUBEK (1990).

a disciplina do direito público pode ser concebida como o estudo da estruturação do poder político (*political jurisprudence*).

Tal virada no direito público, no entanto, é viável apenas na medida em que deixarmos de identificar o Estado a um “ente” e reconhecamos seu caráter como uma forma de integração do poder. O difuso conjunto de estruturas juridicamente criadas que medeiam disputas compõem o próprio Estado. Entre outras consequências, isso implica entender o que normalmente se chama de “direitos e deveres do Estado” como os limites e possibilidades que constituem os termos da relação entre agentes concretos: por exemplo, um burocrata dotado de determinadas competências e um cidadão que contará com justificativas para acionar o Judiciário caso dito burocrata tome determinada ação.

O enfoque analítico desta abordagem, como se sugere acima, deve mirar os termos dentro dos quais operam *relações de poder*. Como os cânones da ciência política há décadas reconhecem, o “poder” é, em todas as suas facetas, um conceito relacional (BACHRACH; BARATZ, 1962; DAHL, 1957; LUKES, 1974). Pense em como seria absurdo, por exemplo, afirmar que determinado ator político, observado isoladamente, possui um “nível de poder de mais de 8.000 pontos”. Por outro lado, tem grande valor analítico um trabalho que revele como a capacidade de editar medidas provisórias dá ao presidente uma importante vantagem em negociações com congressistas (LIMONGI; FIGUEIREDO, 2000).

Não se pode, no entanto, deduzir a conformação de relações concretas da simples leitura dos arranjos formais. Arranjos jurídico-institucionais não bastam em si para determinar os resultados de disputas políticas, mas importam porque compõem o ambiente no qual embates se desenrolam<sup>4</sup>. Isso é especialmente visível em categorias jurídicas que, por agruparem diferentes feixes de recursos mobilizáveis, definem as condições destas disputas: “congressista” e “presidente da Câmara”, “ministro” e “presidente da República”, “cidadão” e “servidor estatutário”. A mobilização destes recursos depende das ações dos próprios atores. Consequentemente, como colocam SILBEY e BITTNER (1982) em seu estudo sobre a discricionariedade burocracias de defesa do consumidor,

Nem os propósitos e nem os usos de qualquer lei específica estão nela completamente inscritos. Portanto, o significado de qualquer lei específica, e do *direito como uma instituição social*, podem apenas ser entendidos examinando-se as formas como ele é realmente utilizado. Além disso, *esses usos não são externos ao direito, eles descrevem o direito*. (grifos nossos).

---

<sup>4</sup> A noção de “ambiente jurídico” foi retirada da proposta de EDELMAN e STRYKER (2005) para uma sociologia econômica do direito, em diálogo com o institucionalismo sociológico. Parece-nos, no entanto, facilmente extensível ao estudo da política e ao institucionalismo histórico.

#### 4 CONCLUSÃO

Não é raro, em noticiários, colunas de opinião, ou obras acadêmicas, que juristas arroguem para si o papel de examinar – seja diagnosticando, criticando ou propondo planos de ação – o funcionamento de instituições estatais. Alguns temas de direito público constantemente em pauta incluem, por exemplo, alegadas arbitrariedades governamentais, conflitos entre esferas federativas ou invasões de competências entre poderes constituídos. Não surpreende que seja assim, na medida em que o jurista não é apenas um ventríloquo da lei: é também pesquisador, crítico e criador do direito (BOBBIO, 2007).

Sua formação, contudo, não acompanha sua pretensão. É há décadas generalizado o diagnóstico de que o ensino e a produção jurídica no Brasil perderam dramaticamente a capacidade de formar profissionais que contribuam de maneira consequente a tais problemas (FARIA, 1981). Esta lacuna tem sido, em alguma medida, encarada por outras ciências sociais, como a ciência política, a sociologia ou a economia. A omissão dos juristas, contudo, significa que indispensáveis problemas do fenômeno jurídico – em especial, a articulação entre direito, política e Estado – sigam ignorados ou insuficientemente elaborados.

Diversas dessas lacunas decorrem diretamente da concepção dominante do conceito de Estado entre nós. A identificação do “Estado” a um ente dotado de vontade, que supostamente corporifica o interesse público em um regime de prerrogativas, não só carece de qualquer aderência social, como inabilita a teoria jurídica a exercer adequadamente seu papel na constituição jurídica do poder. Distorcemos a centralidade do direito na política ao situá-lo simplesmente com um instrumento de contenção ou intervenção deste suposto ente soberano. Tão estarrecedor quanto problemático é a permanência deste ingênuo modelo de compreensão, seja na vertente que percebe um Leviatã imponente, seja naquela que anuncia sua inelutável ruína.

O direito público importa na política, defendemos neste artigo, porque distribui desigualmente as oportunidades de exercício do poder. O Estado, como mecanismo de composição do poder político, estrutura os termos das conflituosas relações políticas difusas na sociedade. Ao aproximar institucionalismo histórico, sociologia jurídica e teoria do direito público como matrizes para a compreensão jurídica do Estado, torna-se possível superar a inadequação analítica do padrão vigente. A operacionalização dessa proposta, contudo, pressupõe que juristas se inteirem de debates fundamentais – epistemológicos e metodológicos – da filosofia política e das ciências sociais. Sem esse esforço, a teoria jurídica – bem como a atividade dos juristas –

permanece condenada à franca irrelevância e à reprodução acrítica de um modelo intencionalmente cego à configuração concreta das relações de poder.

## REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, D. **Teoria geral do Estado**. Rio de Janeiro: Globo, 1968.

BACHRACH, P.; BARATZ, M. Two faces of power. **The American Journal of Political Science Review**, v. 56, n. 4, p. 947–952, 1962.

BANDEIRA DE MELLO, C. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BANDEIRA DE MELLO, O. **Princípios gerais de direito administrativo: introdução**. São Paulo: Malheiros, 2007 [1979].

BINDER, G. Critical legal studies. In: PATTERSON, D. (Org.). **A companion to Philosophy of law and legal theory**. Malden: Blackwell Publishing, 2010.

BOBBIO, N. **Da estrutura à função**. Barueri: Manole, 2007.

CAMPOS, F. **O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941.

CARVALHO, A. **Direito alternativo: uma revisita conceitual**. *Rev. Justiça e Democracia* v. 3, 1997.

CAVALCANTI, T. **Instituições de direito administrativo brasileiro, v. I**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

CIRNE LIMA, R. **Direito administrativo e direito privado**. *Revista de Direito Administrativo*, v. 56. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1951.

CIRNE LIMA, R. **O conceito fundamental do direito administrativo**. *Revista de Direito Administrativo*, v. 12. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1948.

DALLARI, D. A Teoria Geral do Estado no curso de direito: história e perspectivas. In: DALLARI BUCCI, M.; GASPARDO, M. (orgs.). **Teoria do Estado: sentidos contemporâneos**. São Paulo: Saraiva, 2018.

DALLARI, D. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2006 [1971].

COTTERRELL, R. Subverting orthodoxy, making law central: a view of sociolegal studies. **Journal of Law and Society**, v. 29, n. 4, p. 632–644, 2002.

DAHL, R. A. The concept of power. **Behavioral Science**, v. 2, n. 3, p. 201–215, 1957.

DINIZ, E. A busca de um novo modelo econômico: padrões alternativos de articulação público-privado. **Revista de Sociologia e Política**, v. 14, 2000.

EVANS, P.; RUESCHEMEYER, D.; SKOCPOL, T. **Bringing the State back in**. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

FARIA, J. **Direito, modernização e autoritarismo**. Tese de doutoramento. São Paulo: USP, 1981.

FARIA, J. **Direito e conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FORBATH, W. E. Courts, constitutions, and labor politics in England and America: a study of the constitutive power of law. **Law & Social Inquiry**, v. 16, n. 1, p. 1–34, 1991.

GALVÃO DE SOUZA, J.P. **Iniciação à teoria do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

GORDON, R. W. Critical legal histories. **Stanford Law Review**, v. 36, n. 1, p. 57–125, 1984.

HALL, P. Politics as a process structured in space and time. In: FIORETOS, O. et al. (Org.). **Oxford Handbook of historical institutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2016. .

HODGSON, G. M. What are institutions? **Journal of Economic Issues**, v. XL, p. 1–25, 2006.

IMMERGUT, E. M. **The rules of the game: the logic of health policy-making in France, Switzerland, and Sweden**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

LASCOUMES, P.; LE GALÈS, P. Understanding public policy through its instruments. **Governance**, v. 20, n. 1, p. 1–21, 2007.

LEVITSKY, S.; MURILLO, V. Variation in institutional strength. **Annual Review of Political Science**, v. 12, n. 1, p. 115–133, 2009.

LEWANDOWSKI, E. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LIMONGI, F.; FIGUEIREDO, A. C. Presidential power, legislative organization, and party behavior in Brazil. **Comparative Politics**, v. 32, n. 2, p. 151–170, 2000.

LOPES, J.R. The traditional dialogue between Law & Economics. **Revista Direito GV**, volume especial, n. 1, 2005.

LOUGHLIN, M. **Foundations of public law**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

\_\_\_\_\_. **Political jurisprudence**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

LUKES, S. **Power - a radical view**. 2 ed. ed. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2005.

MAHONEY, J. Path dependence in historical sociology. **Theory and Society**, v. 29, n. 4, p. 507–548, 2000.

MAHONEY, J.; THELEN, K. **Explaining institutional change: ambiguity, agency and power**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

MANGABEIRA, J. **Em torno da Constituição**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1934.

MARQUES NETO, F.A. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. SUNDFELD, C.; JURKSAITIS, G. **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENEGALE, J.G. **Direito administrativo e ciência da administração, v. I**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1938.

MENEZES, D. **Direito administrativo moderno**. Rio de Janeiro: Coelho Branco Filho, 1943.

MENEZES DE ALMEIDA, F.D. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MOREIRA NETO, D.F. A globalização e o direito administrativo. **Revista de direito administrativo**, n. 226, 2001.

OLIVEIRA VIANNA, F.J. **O idealismo na constituição**. Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927

PIERSON, P. Public policies as institutions. In: SHAPIRO, I. et al. (Org.). **Rethinking political institutions**. New York: New York University Press, 2006. p. 116–131.

SANTOS, B. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2002.

SARAT, A.; KEARNS, T. R. Beyond the great divide. In: SARAT, A.; KEARNS, T. R. (Org.). **Law in everyday life**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1993. p. 21–61.

SILBEY, S. S.; BITTNER, E. The availability of law. **Law & Policy Quarterly**, v. 4, n. 4, p. 399–434, 1982.

STEINMO, S. Political institutions and tax policy in the United States, Sweden, and Britain. **World Politics**, v. 41, n. 4, p. 500–535, 1989.

SUNDFELD, C. A administração pública na era do direito global. SUNDFELD, C.; VIERA, O. **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

TRUBEK, D. M. Back to the future: the short, happy life of the Law and Society movement. **Florida State University Law Review**, v. 18, n. 1, p. 1–55, 1990.

UNGER, R. M. **What should legal analysis become?** London: Verso, 1996.



# A (RE)ESTRUTURAÇÃO DA SUBJETIVIDADE: A SEXUALIDADE COMO CIÊNCIA POLÍTICA

*Jaqueline Keyla Silva Santos*  
(CESUPA - Centro Universitário do Pará)  
jaqueline.keila@hotmail.com

**RESUMO:** É notório que a subjetividade individual é mutável. O presente estudo objetiva apresentar análises a respeito da reestruturação da subjetividade, precisamente com a sexualidade funcionando como dispositivo de poder, este que se deu a partir da evolução da complexidade social muito antes que se possa imaginar. Para tanto, valeu-se do acervo filosófico de Michel Foucault (1926-1984) e de Judith Butler, os quais voltaram análises ao poder regulador da sexualidade através da sua valorização científica, isto é, a sexualidade vira objeto de estudo enquanto política, uma vez que é regulada, normatizada, exercendo poder sobre os indivíduos. Todavia, os autores divergem em suas interpretações. Para Foucault, a concepção do desejo é a valorização ética, teórica e política do prazer, o desejo é o efeito das normas, as quais encarceram a alma. Butler, em contrapartida, introduz a psique, que seria nela mesma a possibilidade de resistência aos discursos normalizadores.

**Palavras-chave:** Subjetividade. Michel Foucault. Judith Butler.

## 1 INTRODUÇÃO

O que é o Ser? A tradição clássica filosófica sustentava o seu caráter Imutável, de Essência. Pensadores como Friedrich Nietzsche, Karl Marx, Freud e Kant, com seus diferentes acervos científicos ofereceram uma imagem alternativa do Sujeito, na qual, respeitadas as diferenças, é apresentado como Movimento, é, portanto, mutável.

O Pós-estruturalismo francês da década de 1960 reconheceu que o sujeito é subjetivado não apenas pelo Estado, mas também pelas relações cotidianas. Desse modo, entende-se que o “Eu” deve ser compreendido conjuntamente à sua historicidade, à linguagem a qual está inserido e à sua experiência vivenciada.

Nesta conjuntura é possível sensibilizar-se à percepção de que na investigação de um problema atual é necessário que se invista de alicerces com relações concretas de causalidade entre o antecedente social e a conduta vislumbrada no presente, de modo a tornar uma visão clara dos porquês que nos sondam ao nos depararmos com uma problemática que se demonstra inevitável, tornando a sexualidade, o prazer, uma dimensão trágica da existência, objeto de incessantes indagações e inquietações individuais.

Dito isto, a análise da sexualidade como poder regulador através de sua valorização científica ao longo de todo um contexto histórico é o que leva às abordagens imprescindíveis deste estudo, pautadas especialmente nos pensamentos de Michel Foucault (1998, 1999, 2005), filósofo francês que escreveu obras impactantes sobre a questão do Poder, e da filósofa estadunidense Judith Butler (2016, 2018) também de extrema importância à respeito das teorias da subjetivação/sujeição, e às questões feministas deste aspecto. Ao referido poder regulador Foucault dá o nome de Biopoder. E o que seria o Biopoder? A política da vida é uma estratégia

estrutura de Conhecimento e Poder em uma complexidade social, conhecimento este também entendido através da noção de saberes/verdades. Importa, portanto, em um jogo de enunciações de verdades e exercício de poder.

O poder possui um campo vasto de significações, ele está por toda parte. Embora detenha tamanha complexidade, literalmente se manifesta em cada momento cotidiano, muitas vezes de forma simplória estamos reescrevendo estruturas de poder, resultando, assim, na manifestação de uma cultura composta por traços da história e das práticas sociais que determinam o que é certo e errado, moral ou imoral, adequado ou desviante, levando à subjetivação do sujeito de desejo.

Entretanto, Foucault e Butler divergem em suas interpretações. Como ocorre a subjetivação para os referidos autores? E qual a implicação disso na esperança de resistência a esse poder? Como ocorre a (re)estruturação a subjetividade? Existe resistência ao Biopoder?

Para Foucault, a concepção do desejo é a valorização ética, teórica e política do prazer. O desejo é o efeito da lei coercitiva. Este poder age por nós, sobre nós, na tentativa de alcançar um estado de perfeição, é o encarceramento de nossa alma. Por consequência, este poder está por toda parte, o sujeito sempre está subjetivado por ele, é, portanto, inescapável, pois está já intrínseco na constituição do Ser.

Butler, em contrapartida, introduz a psique em suas teorias, esta que seria o ponto chave para se pensar na resistência ao poder. A alma, uma vez pensada do ponto de vista da psicanálise enquanto psique, não seria encarceramento, mas sim a capacidade de resistir, ainda que a filósofa entenda tal resistência como um sonho político impossível.

Em “História da Sexualidade” (século XIX), Foucault começou um projeto em que o primeiro volume de 1976 chamou “A vontade de Saber” utilizando o método arqueológico, onde o dispositivo de poder era a formação de Verdades através de práticas discursivas (começando pela confissão, que foi transposta posteriormente à psiquiatria com a busca da verdade oculta do indivíduo), práticas enunciativas estas que seria analisada em uma história social contínua, desde a Antiguidade, para analisar o presente. Todavia, o projeto em seu curso sofreu alteração para suprir a falta da análise prática dos prazeres, o que o fez introduzir em seu projeto o método genealógico de constituição do Ser. A resposta dessa investigação prática gira em torno de pensar o prazer, a sua dimensão trágica de inquietude da existência (para o sujeito de desejo se entender como indivíduo, antes precisa saber o que fazer com os prazeres). Sendo assim, o sujeito de desejo tem que ser compreendido em uma longa historicidade, a partir de investigações que analisem as formas de problematização que se tornaram normas sociais éticas, e as práticas de utilização dos

prazeres, além disso, com análises contínuas e descontínuas da história, para entender como se formou a valoração encontrada no sujeito do presente.

Se torna útil uma remissão ao filósofo alemão Friedrich Nietzsche (1844-1900), o qual utilizou o método genealógico para entender o papel do Bem e do Mal, concluindo que o Valor dos valores é construção histórica. Ressalta-se, portanto, a influência desse autor e do método genealógico por ele anteriormente utilizado.

Por fim, quem é o sujeito para Foucault? É possível entender que existe uma prisão à própria identidade por uma consciência ou autoconhecimento, para ele a alma é o próprio encarceramento. E para Judith Butler? Pode-se concluir que para ela, o sujeito é o produto de um processo objetivo de repetição que produzem fatos, com isso, ela traz a noção de performance identitárias. E qual a esperança que poder ser extraída desses pensamentos? Para Butler, a linguagem (construída pela repetição) pode ser resignificada, e isso seria uma forma eficiente de resistência, pois importaria em uma subversão de valores a partir de uma tarefa individual de subversão de valores pré-constituídos (BUTLER, 2016).

Foucault, por sua vez, em sua análise genealógica analisa as “técnicas de si” que seria a relação que o sujeito tem consigo quando se investe por si mesmo de objeto, é nesta relação que estaria a possibilidade de transformação do Ser, precisamente a diligência na recusa do que ele é, seria, portanto, um exercício contínuo (FOUCAULT, 1998). Para Foucault, o indivíduo deve se liberar ao tipo de individualização a que ele se liga, promovendo novas formas de subjetividade. É, portanto, um trabalho ético, político e filosófico, uma maneira de pensar, sentir, agir e se conduzir. (FILHO, LOBO, LEMOS, 2014).

## **2 O INDIVÍDUO PÓS-ESTRUTURAL COMO SUJEITO DE DESEJO**

Consoante exposto na introdução do presente estudo, os pensamentos-bases de inspiração estão inseridos na circunstância em que a filosofia, em sua inquietude de pensar sobre as questões do Ser, tem atribuída a ela a superação da ideia de Essência individual isto é, a superação do cogito cartesiano “Penso, logo existo”, aderindo à definição do Sujeito o caráter de movimento, de mutabilidade, e, portanto, de constituição, isto porque as indivíduos estão em constante processo de subjetivação, seja pelo Estado, seja pelas relações individuais, aspecto este que fundamenta o pós-estruturalismo com seu caráter radical ou alternativo de explicar o Ser. Houve, com efeito, uma relativização do sujeito. Assim, torna-se imprescindível compreender o referido contexto.

Assim, não é que o pós-estruturalismo rejeite o caráter [self], o sujeito, o “Eu” ou a intersubjetividade, como alguns afirmaram. Ao invés disso, eles devem ser vistos como

tomando lugar em contextos históricos, linguísticos e experienciais mais amplos. Não é que não exista um “Eu”, é que ele não pode reivindicar-se como um âmago seguro. Outros sujeitos, a linguagem além de nosso controle e experiências que abalam nossos sentidos, opera sob nossas mais íntimas percepções e intuições (WILLIAMS, 2013, p. 23).

Desse modo, a subjetividade se transforma através das relações de poder existentes em uma complexidade social, e nas práticas das relações individuais, uma estrutura que se torna realidade, se torna “ontologia artificial de segunda ordem” (BUTLER, 2016, p. 205).

Essa estrutura, para Butler encontra significado na noção de linguagem, que seriam os atos de repetição social, e, além da linguagem, o *habitus* também é elucidado por Butler (2016) através de Monique Wittig, que expõe uma concepção de construção da realidade social a qual chama “ideia de natureza”. Compreende-se, portanto, que no que concerne ao “gênero”, objeto este explanado por Butler ainda não existente em Foucault, “ser homem” e “ser mulher”, não são provenientes da natureza, mas construídos pelas práticas sociais desempenhadas por determinado sexo. Desse modo, a filósofa enfatiza que a natureza produzida nada mais é do que “categoria política”, uma representação social individualizada e incorporada por valores em comum, ideia esta que traduz as tendências radicais ou alternativas pós-estruturalistas de emancipação da tradição filosófica da precípua crença na objetividade, verdade e razão.

[...] a linguagem é um conjunto de atos, repetidos ao longo do tempo, que produzem efeitos de realidade que acabam percebidos como “fatos”. Considerada coletivamente, a prática repetida de nomear a diferença sexual criou essa aparência de divisão natural. A “nomeação” do sexo é um ato de dominação e coerção, um ato *performativo* institucionalizado que cria e legisla a realidade social pela exigência de uma construção discursiva/perceptiva dos corpos, segundo os princípios da diferença sexual. Assim, conclui Wittig, “somos obrigados, em nossos corpos e em nossas mentes, a corresponder, traço por traço, à ideia de natureza que foi estabelecida para nós [...] ‘homens’ e ‘mulheres’ são categorias políticas, e não fatos naturais (WITTIG, apud BUTLER, 2016, p. 200, grifo do autor).

Diante do exposto, pode-se perceber que a subjetividade deve ser entendida não a partir de uma essência imutável e pré-existente, mas de diversos fatores externos que estão estruturados na sociedade, pois a convivência em sociedade subjetiva os indivíduos com valorações morais estruturadas nas instituições de poder, e também nas relações individuais com outros, politizando o sujeito de desejo que se vê naturalizado pela estrutura que subjetiva sua sexualidade, importando em uma inescapável coerção social de identificação sexual.

Partindo dessa premissa, cabe ressaltar que Michel Foucault foi um filósofo que teve sua vivência marcada pelo movimento de maio de 1968 na França, estes que reivindicavam as formas de subjetivação impostas pelo Estado e suas Instituições aos indivíduos, razão fundamental para analisar a mudança do projeto de seu livro História da Sexualidade, que perpassa um momento inicial de investigação arqueológica, com ênfase na análise das práticas discursivas normatizadoras

a partir de um estudo de continuidade da história, ou cronologia de desenvolvimento da valoração sexual.

A História da Sexualidade – A vontade do saber, com publicação datada no ano de 1976 foi o volume precursor do referido projeto de pesquisa de Foucault. A ideia inicial era explicar a experiência da sexualidade na cultura ocidental a partir da formação de saberes através das práticas discursivas e a criação normativa a partir desses saberes enunciados como ‘verdades’, constituindo a subjetividade dos indivíduos. Seria, portanto, a investigação da estrutura normativa que se formou desde a Antiguidade com as práticas discursivas, importando na coerção social a partir das verdades enunciadas pelas instituições de poder.

Todavia, a mudança no projeto resultou nos 3 volumes posteriores, quais sejam *O uso dos Prazeres (1984)*; *O Cuidado de si (1984)*; e, *As confissões da Carne (2018)*, os quais utilizaram genealogia, isto é, a análise de discontinuidades históricas em relação às práticas que influenciaram a subjetividade do indivíduo como sujeito de desejo, o qual na relação com os outros e consigo ele se investe de objeto.

Em resumo, para compreender de que maneira o indivíduo moderno podia fazer a experiência dele mesmo enquanto sujeito de uma “sexualidade”, seria indispensável distinguir previamente a maneira pela qual, durante séculos, o homem ocidental fora levado a se reconhecer como sujeito de desejo (FOUCAULT, 1998, p. 11).

### **3 PODER E DISCIPLINA DO SUJEITO: RELENDO FOUCAULT EM A HISTÓRIA DA SEXUALIDADE**

No processo de construção de Saberes, estritamente relacionado às práticas discursivas desde a Antiguidade clássica, está a “crítica à hipótese repressiva” feita por Foucault, isto porque para ele, a pressão ocorre não de forma propriamente dita no dizer o que se deve fazer e o que não se deve fazer, mas sim dentro do sujeito que encontra-se sendo a própria repressão pois incorporou à sua verdade toda a valoração moral criada, enunciada, repressão esta que se torna parte do próprio sujeito, que se encontra encarcerado em sua própria alma, já subjetivado pela verdade que incorporou a sua subjetividade.

Uma das formas de enunciações de verdades sobre o desejo sexual foi a obrigação da confissão, sobre essa prática, aduz Foucault em *A vontade do Saber*:

A obrigação da confissão nos é, agora, imposta a partir de tantos pontos diferentes, já está tão profundamente incorporada à nós que não a percebemos mais como efeito de um poder que nos coage, parece-nos, ao contrário, que a verdade, na região mais secreta de nós próprios, não “demanda” nada mais que revelar-se: e que, se não chega a isso, é porque é contida a força, porque a violência de um poder pesa sobre ela e, finalmente, só se poderá articular à custa de uma espécie de liberação (...) a produção [da verdade] é inteiramente infiltrada pelas relações de poder. A confissão é um bom exemplo (FOUCAULT, 1999, p. 59).

Nessa linha de pensamento, sendo a subjetividade algo constituível, algo em movimento, que sofre influência tanto do discurso auto reflexivo, como do discurso implícito nos mecanismos de poder, Foucault indaga que a sexualidade detém a partir desse ponto caráter político, econômico e técnico, pois, sendo um assunto presente em todas as relações humanas das mais variadas formas, serve como instrumento para “assegurar o povoamento, reproduzir a força de trabalho, reproduzir a forma das relações sociais; em suma, proporcionar uma sexualidade economicamente útil e politicamente conservadora?” (FOUCAULT, 1999, p. 38).

O poder está em toda parte, não porque englobe tudo e sim porque provém de todos os lugares (...) o poder não é uma instituição e nem uma estrutura, não é uma certa potência de que alguns sejam dotados: é o nome dado a uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada (FOUCAULT, 1999, p. 89).

No entanto, a confissão não esteve presente somente na forma de buscar salvação, a posterior e emergente forma de poder exercida pela confissão se deu através da psiquiatria. Foucault (1999) acreditava que o procedimento psiquiátrico na busca da verdade se deu com a transposição, a reinscrição da tradição da confissão nesse cenário, em que o psiquiatra seria o receptor dos discursos para exercer o papel de dizer a verdade oculta.

Sendo assim, a confissão transposta nesse contexto seria necessária na medicina, para ser usada com o intuito de examinar, analisar a mente do indivíduo diagnosticando e explicando as suas patologias.

As práticas enunciativas traduzem-se, na prática, como formas de regular o sexo por meio de discursos úteis e como já ressaltado, não com caráter proibitivo, uma vez em que deve ser analisado que a geração de valores em cima desse discurso gera uma forma de enxergar a sexualidade imanentemente, mas com caráter primordialmente valorativo e disciplinador (FOUCAULT, 1999).

Posteriormente, Foucault utilizou-se do método genealógico para analisar as práticas dos prazeres que se deu em uma descontinuidade histórica, isto é, a demonstração dos costumes de austeridade sexual relacionados às práticas do Uso dos Prazeres, onde a inquietação não mais gira em torno do certo ou errado, normal ou patológico, adequado ou inadequado, mas sim em entender como foi usado os prazeres, quais as modificações resultante das práticas do uso dos prazeres que levam o sujeito a se identificar como sujeito de desejo na história do mundo ocidental desde a cultura grega clássica até o cristianismo, onde importante distinção entre essas duas fases é que no cristianismo a moral do sexo era empregada universalmente em uma só ideia, enquanto que na antiguidade várias práticas aconteciam simultaneamente, seja por teorias filosóficas da época, seja pelos médicos, houve, com efeito, vários pontos de problematização.

Vale ressaltar que a descontinuidade referida não nega traços de continuidade histórica na valoração da sexualidade, como por exemplo, a ideia cristã da prática sexual como um mal, que já pode ser encontrado resquício semelhante na época antiga na qual a abstinência é percebida de forma mais positiva do que o uso incontinente dos prazeres.

Ao contrário, é fácil ver que cada uma dessas grandes figuras da austeridade sexual se relaciona com um eixo da experiência e com um feixe de relações concretas: relações com o corpo, com a questão da saúde e, por trás dessa questão, todo o jogo da vida e da morte; relação com o outro sexo, com a questão da esposa como parceira privilegiada, no jogo entre a instituição familiar e o vínculo que ela cria; relação com a verdade, onde se coloca a questão das condições espirituais que permitem ter acesso à sabedoria (FOUCAULT, 1998, p. 25).

Em consequência disso, percebe-se que uma pauta tão presente inerentemente estimulada desenvolve uma complexidade na sociedade com os mais variados discursos que comporta. Regula a sociedade, politiza os sujeitos como objetos que incorporam interesses que seria saciado pelo Estado, pelas instituições.

Os indivíduos por meio da sexualidade são, portanto, manipulados e disciplinados a compor o corpo social útil e dócil, pronto a ensejar o poder que falaciosamente promete uma “verdade”, promete um saber, ou seja, é dizer o que pode ser feito e o que não pode ser feito, o normal e o patológico, o adequado e o inadequado.

E, partindo de todos esses contrapontos que propaga a ideia de transgressão social, cria-se uma sociedade enferma, isto é, constituída pela herança de ideias, de verdades, valores, e por conseguinte, dotada de relações de dominação, conforme entendeu Foucault, segundo opinião de Butler:

Para Foucault, ser sexuado é estar submetido a um conjunto de regulações sociais, é ter a lei que norteia essas regulações situada como princípio hermenêutico de auto interpretação. A categoria do sexo é, assim, inevitavelmente reguladora, e toda a análise que a tome acriticamente como um pressuposto amplia e legitima ainda mais essa tragédia de regulação como regime de poder/conhecimento (BUTLER, 2016, p. 168).

Diante do exposto, observa-se que a sexualidade é um instrumento disciplinador dos corpos, regulado por todos os valores morais que se criam, de modo a constituir o próprio Ser instituído pelos discursos de verdade enunciados pelas instituições de poder, e, por consequência, o indivíduo se caracteriza pela subjetivação que a estrutura das práticas enunciativas e as práticas dos usos constroem, lhe impõem, e fatalmente torna si mesmo na medida em que o sujeito se vê como sujeito de desejo, que representa um objeto dentro da complexidade social obtida ao longo da historicidade de uma sociedade, uma vez disciplinados, apresentam uma subjetividade composta em si mesmo pelas repressões já imanentes ao sexo, importando em verdades incorporadas no Ser, pois as valorações se tornam condição de Ser.

#### 4 A SUBJETIVAÇÃO PSÍQUICA: RELENDO BUTLER EM “A VIDA PSÍQUICA DO PODER”

Superado a arqueologia e genealogia do sujeito de desejo em Foucault, entende-se complementar tecer relações com a contribuição de Butler ao pensar sobre a sujeição. A aproximação entre os dois filósofos na questão da subjetividade torna imprescindível compreender primeiramente que o ponto chave das ideias de Butler (2016, 2018) gira em torno da vida psíquica do sujeito, isto é, a filósofa recorre às noções da psicanálise, para entender a subjetivação, o que não foi apresentado em Foucault, que traz tão somente a noção de alma e prisão, na qual o sujeito de desejo se vê como objeto das “técnicas de si” num jogo entre o corpo, a alma, e o aprisionamento, ou, entre a sexualidade e a disciplina dos corpos através da historicidade que constitui o sujeito.

A complexidade em entender a formação psíquica do poder elucidado por Butler é saber que existe no inconsciente um apego à própria subordinação como condição de existência. A introdução da psicanálise na constituição da subjetividade representa que o indivíduo e sua “alma” é bem mais profunda do que a corporificação dos processos normatizadores, uma vez que ao ser introduzido na cultura experiencia o ideal do eu, que seria o horizonte normativo (os valores e as normas) ao qual deve olhar para se constituir. “Os indivíduos passam a ocupar o lugar do sujeito (o sujeito surge simultaneamente com um “lugar”) e desfrutam de inteligibilidade somente se, por assim dizer, estabelecem-se primeiro na linguagem” (BUTLER, 2018, p. 19).

Desse modo, a condição do sujeito para a psicanálise é a neurose, pois essa busca do ideal do eu é insaciável, o que torna necessário para a existência a convivência com os outros, com as normas, e, portanto, imanente em sua constituição está o seu reconhecimento como objeto. “Desejar as condições da própria subordinação é, portanto, necessário para persistir como si mesmo” (BUTLER, 2018, p. 18).

Se os termos com os quais formulamos, sustentamos e abandonamos a “existência” são o vocabulário ativo e produtivo do poder, persistir no nosso ser significa nos entregar desde o início a termos sociais que nunca são inteiramente nossos. O desejo de persistir no próprio ser exige a submissão a um mundo de outros que fundamentalmente não é nosso (BUTLER, 2018, p. 37).

Desse modo, tanto sob o prisma da psicanálise, quanto para as ideias trazidas por Foucault existe semelhança no que diz respeito ao apego pela submissão, uma vez que coloca a sujeição como condição de existência, sendo o próprio Ser. Isto é motivo de grande inquietude, pois seguindo esta linha de pensamento, as questões sobre as possibilidades e formas de resistência ao poder são levadas ao desalento, uma vez que na tentativa de resistir o indivíduo acaba reinscrevendo a sua sujeição.



Por um lado, o sujeito só pode se referir a sua própria gênese assumindo uma perspectiva de terceira pessoa sobre si mesmo, isto é, despossuindo sua própria perspectiva no ato de narrar sua gênese. Por outro lado, a narração de como o sujeito é constituído pressupõe que a constituição já tenha acontecido, e por isso ocorre depois do fato. O sujeito se perde para contar a história de si mesmo e procura relatar o que a função narrativa já deixou claro. Desse modo, o que significa dizer que o sujeito, defendido por alguns como pressuposição da ação, também é entendido como *efeito* da sujeição? Tal formulação sugere que, no ato de se opor à subordinação, o sujeito reitera sua sujeição (ideia compartilhada tanto pela psicanálise quanto pelos relatos foucaultianos) (BUTLER, 2018, p. 20).

A partir desse ponto crítico, Butler coloca um questionamento a respeito da resistência, pois se entendermos a alma como encarceramento, e a sujeição um apego necessário à existência, resistir seria impossível, de que forma, portanto, seria possível ressignificar a linguagem? Para a filósofa, a esperança está na própria psique.

Entende-se, para tanto, que a psique pode ser ressignificada na medida em que a consciência não está presa ao poder, ainda que exista apego à submissão, Butler enuncia que “a ação excede o poder que a possibilita” (2018, p. 24), importando em processos de subversão dos valores.

A vida psíquica do sujeito é um exercício consciente de ação contra si mesmo, isto é, “Mais especificamente ela precisa ser descrita na volta peculiar do sujeito contra si mesmo que ocorre em atos de autocensura, consciência e melancolia que se dão em conjunto aos processos de regulação social” (BUTLER, 2018, p. 28).

Vale ressaltar que esse processo de subversão deve ser sempre analisado a partir da ambivalência do sujeito, e conseqüentemente, de suas ações, tendo em vista que em meio às voltas das críticas que faz sobre si, e das ações que tem contra si, é tendente a recair no apego à submissão que pressupõe sua existência. Ou seja, ainda que as ações demandem a presença de um terceiro olhar sobre si, ressignificar os processos de repetição do inconsciente pode ser um desafio político árduo para lograr êxito.

Não obstante ao anteriormente exposto, o inconsciente para Butler é diferente do sujeito, logo, existe produtividade da norma, porque “a consciência é o meio pelo qual o sujeito se torna objeto para si mesmo, refletindo sobre si mesmo, estabelecendo a si mesmo como refletivo e reflexivo” (BUTLER, 2018, p. 31).

## 5 CONCLUSÃO

As noções da constituição da subjetividade diferem em Foucault e Butler, todavia, aproximar a leitura dos relatos desses dois importantes filósofos na questão do poder é

interessante na medida em que não destoam completamente ao entender os processos de sujeição, mas são analisados de formas distintas.

Foucault em a História da Sexualidade apresenta a constituição do sujeito de desejo a partir das formas de problematização do sexo e da utilização prática dos prazeres ao longo da história do mundo ocidental, fazendo uma análise histórica do sujeito do presente que tem os prazeres normatizados e valorados previamente a sua constituição. Portanto, o sujeito é uma formação teórica e prática, que se vê disciplinado em uma estrutura complexa social.

Disciplina essa que constitui a própria alma, ou seja, a própria subjetividade.

Ao sair da arqueologia, e da genealogia, Foucault assume que existe resistência ao poder, as formas de ressignificar às normas ocorrem em tomar consciência e desenvolver uma diligência constante para dizer não a toda imposição normativa imposta no decorrer de séculos.

Por outro lado, o sujeito para Butler é ambivalente. Aquele que ao mesmo tempo que se investe de sujeito em si mesmo, é investido pelo Outro como objeto.

O que diferencia as análises de Butler e Foucault é essencialmente a introdução da psique que comporta um sujeito que pode ressignificar as normas através da ação que não está presa a sujeição, sendo assim, capaz de ressignificar os processos de repetição do inconsciente. Ainda que reconheça o grande desafio, Butler reconhece que o imaginário é o que resiste ao simbólico. Em outras palavras, diferente de Foucault, o sujeito para Butler é diferente do inconsciente, o que torna possível subverter as normas a partir da ação e criar novas formas de valores.

Embora tendo reconhecido a possibilidade de resistência na constituição da subjetividade, e a possibilidade do sonho político de pertencer a si mesmo, a questão do apego a submissão é inacabada.

O ponto comum entre Foucault e Butler é a questão da submissão, efeito da sujeição como condição de existência do indivíduo. Seja a partir da perspectiva das “verdades” ou das práticas dos prazeres que normatizaram o sexo, seja pela psicanálise que enxerga a neurose e a convivência com os outros (normas e valores) imprescindíveis para a existência, o sujeito de desejo, não obstante a possibilidade de se desprender do que é, de ressignificação da linguagem, e de agir de forma contrária às normas, ainda assim se vê num jogo inconsciente da sujeição como algo já anteriormente existente, tendente à viver a mercê do Poder que o constitui.

## REFERÊNCIAS

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero. Feminismo e subversão da identidade.** 10 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

\_\_\_\_\_. **A vida psíquica do poder. Teorias da sujeição.** 1 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2018.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade 1. A vontade de Saber.** 13 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

\_\_\_\_\_. **História da Sexualidade 2. O uso dos prazeres.** 8 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

\_\_\_\_\_. **História da Sexualidade 3. O cuidado de si.** 8 ed. São Paulo: Graal, 2005.

WILLIAMS, James. **Pós-Estruturalismo.** Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

FILHO, Kleber Prado; LOBO, Lilia Ferreira; LEMOS, Cristina Silveira. A história do presente em Foucault e as lutas sociais. **Fractal: Revista de Psicologia**, Rio de Janeiro, vol. 26, n. 1, 2014.

# PARA UMA SOCIOLOGIA DA SOCIOLOGIA DO DIREITO: TEORIA SOCIAL, DIREITO E CULTURA JURÍDICA

*Leandro Boechat de Almeida*

(Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais no PPGSD/UFF)

leboechat@gmail.com

**RESUMO:** Apesar de algumas conclusões recentes afirmarem que é crescente o interesse das Ciências Sociais pelo Direito, os juristas e as instituições judiciais. Não é de hoje que as Ciências Sociais têm interesse pelo Direito. Fruto da própria formação da Sociologia, a Sociologia do Direito não só se consolidou no campo sociológico como também no campo jurídico. Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é compreender como a Sociologia do Direito se institucionalizou em ambos os campos. A partir da análise da produção teórica, bem como, dos temas e problemas de pesquisa da Sociologia do Direito, assim como dos grupos de pesquisa no país, das principais revistas e trabalhos de/sobre Sociologia do Direito; conteúdos de trabalhos de autores, pesquisas e reflexões sobre a Sociologia do Direito. Analisar-se-á o percurso epistemológico da Sociologia do Direito em ambos os campos, bem como a formação da Sociologia do Direito a partir das principais vertentes teóricas de análise do Direito como fenômeno sócio normativo.

## 1 INTRODUÇÃO

A Sociologia como ciência voltada à compreensão da sociedade moderna, desde seu nascimento teve o Direito, como objeto de investigação. Ora visto como um mecanismo de dominação/poder e reprodução/disciplina, ora como um instrumento de construção de legitimidade/legalidade e coesão social o Direito sempre recebeu um olhar privilegiado entre os temas da Sociologia. Desde a sua formação como ciência, o campo da Sociologia do Direito sempre esteve no cerne das discussões sociológicas. No campo Jurídico somente no início do século XX é possível observar o desenvolvimento de uma corrente crítica ao Direito representada por Eugen Ehrlich e Hermann Kantorowicz, com o objetivo de compreender o Direito a partir de uma visão sociojurídica e não positivista.

Diante da própria formação diferente do campo das Ciências Sociais e do campo das Ciências Jurídicas, o estabelecimento da Sociologia do Direito apresentou-se de forma diferente em ambos os campos. Se nas Ciências Sociais a Sociologia do Direito nasce com a própria formação da Sociologia e é um dos aspectos fundamentais para compressão da própria sociedade moderna, no campo das Ciências Jurídicas a análise crítica e empírica do Direito nasce tardiamente e é relegada a uma condição subalterna e auxiliar se comparada aos saberes dogmáticos.

Nesse sentido, a partir do estudo do caso brasileiro, o objetivo desse trabalho de busca compreender como a Sociologia do Direito se institucionalizou no Campo das Ciências Sociais e no Campo da Ciência Jurídica. Para tanto, analisar-se-á o percurso epistemológico da Sociologia do Direito em ambos os campos, bem como a formação da Sociologia do Direito a partir das principais vertentes teóricas de análise do Direito como fenômeno sócio normativo. Analisar-se-á os temas e problemas de pesquisa da Sociologia do Direito, assim como os grupos de pesquisa no

país, as principais revistas e trabalhos de/sobre Sociologia do Direito, os conteúdos de trabalhos de autores que se destacaram nesse período como indutores de estudos, pesquisas e reflexões sobre a Sociologia do Direito, as ementas dos cursos de Sociologia do Direito com o intuito de mapear os conteúdos da disciplina e a dinâmica dos conceitos e usos das Ciências Sociais para o estudo do Direito.

Os termos Sociologia do Direito, Sociologia Jurídica e Estudos Sociojurídicos são muitas vezes utilizados como sinônimos. Apesar da expressão Estudos Sociojurídicos (mais utilizada entre os norte-americanos) remeter à noção de um campo interdisciplinar; Sociologia do Direito e Sociologia Jurídica (ambas de origem francesa) referem-se cada uma a um campo de saber. Aqui se pensará para além somente da nomenclatura a relevância dessa distinção. Busca-se pensar a institucionalização/organização, as reflexões, o papel e as condições da produção de ambos os campos. Pensar sobre a Sociologia do Direito permite-nos refletir sobre a constituição de um campo de estudo, a relação entre Sociedade e Direito, a produção do saber científico e seus métodos, bem como a própria Sociologia e o Direito.

## **2 CAMINHO EPISTEMOLÓGICO DA SOCIOLOGIA DO DIREITO**

Ao se pensar uma epistemologia da Sociologia do Direito ou mesmo uma Sociologia da Sociologia do Direito faz necessário traçar quais são os marcos teóricos e autores/atores que delimitam/dizem o/sobre campo do saber. Como o Direito é construído de uma dada realidade e um fenômeno social os primeiros sociólogos buscavam compreender o seu papel na sociedade nascente, apresentando diversas possibilidades para o estudo da instituição/institucionalização do Direito, do ser da norma (e não do seu dever ser) assim como da legalidade/legitimidade na regulação da nova sociedade capitalista.

Não se busca fazer aqui um panorama histórico ou uma arqueologia a fim de descobrir o marco inicial, o ponto zero, seja da Sociologia do Direito ou da Sociologia Jurídica, ou como o campo sociológico ou o campo jurídico começou a produzir perspectivas sociológicas sobre o Direito. Mas, busca-se a problematizar as realidades produzidas, os saberes e as subjetividades.

Não há como negar a produção anterior de “análises sociológicas” sobre o Direito produzidas em ambos os campos seja no paradigma positivista de Hobbes e Beccaria, respectivamente em *Leviathan, or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil* (1651) e *Dei delitti e delle pene* (1764), seja no componente jurídico em *La Scienza Nuova* (1744) de Giambattista Vico, ou na questão da Teoria do Estado, da Política e do Direito em *De l'esprit des lois* (1748) de Montesquieu, ou na questão do Direito e da ética no

utilitarismo de Jeremy Bentham em *An introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), ou mesmo na crítica ao jusnaturalismo iluminista em *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814) de Savigny.

No campo sociológico, a princípio podemos considerar três visões clássicas representativas a respeito do Direito na modernidade. Ainda que certos elementos sejam datados e tenham sido superados, aqui não temos por objetivo sermos refratários aos cânones, ou o que se convencionou chamar de os clássicos da sociologia. A análise dessas três visões faz sentido quando se busca compreender a formação do campo da Sociologia do Direito e do campo da Sociologia Jurídica, bem como os aspectos que não foram percebidos antes, e que podem ser “atualizados” a partir de questões e problemas do mundo contemporâneo.

O campo teórico da Sociologia do Direito surge especificamente com as análises encontradas nas teorias de Karl Marx, Émile Durkheim e Max Weber<sup>1</sup>. Ou seja, ela surge no âmbito da emergência da própria Sociologia. Ainda que Marx não tenha produzido de forma sistematizada uma Sociologia do Direito<sup>2</sup>, a teoria marxiana produziu grande contribuição ao campo da Sociologia do Direito ao discutir instituição, ideologia, emancipação, Estado e democracia, bem como na análise específica sobre a evolução das leis fabris inglesas e a interação entre fiscais de fábrica e burgueses como expressões de um sentido instrumental da legalidade.

A segunda vertente da sociologia clássica, de matriz funcionalista, construiu a tese de um direito com função socializadora. No paradigma criado por Émile Durkheim (2003; 2004), o direito assume o papel de integrador da sociedade, a partir de sua atribuição de introjetar nos indivíduos valores e regras necessárias ao bom funcionamento da sociedade. A tese do direito como instrumento de socialização, aliada à visão do mesmo como símbolo do grau de integração de uma sociedade, recebeu grande aceitação tanto na prática do direito quanto nos discursos institucionais, especialmente quando referidos ao controle social, como os observados em prisões e instituições, reforçados com o surgimento posterior da concepção de ressocialização.

---

<sup>1</sup> Apesar de Georg Simmel não configurar como autor, entre os que se convencionou na Sociologia chamar de clássico nesse período de formação da própria disciplina, podemos verificar uma explicação do fenômeno jurídico em sua sociologia formal, com ênfase nos conceitos de conflito e sociabilidade. Como podemos ver em *O Problema da sociologia* (1983); *A natureza sociológica do conflito* (1983); *A sociabilidade (exemplo de sociologia pura ou formal)*. In: “Questões fundamentais de sociologia” (2006).

<sup>2</sup> Encontramos entretanto, em sua vasta obra análises sobre o Direito conforme se pode verificar, em especial no *Debate sobre a Lei referente ao furto de madeira* (1842); *A Contribuição à Crítica Da Filosofia do Direito em Hegel* (1843); *A Ideologia Alemã* (1845-46); nos artigos do *Neue Rheinische Zeitung* (1848-49); *O Dezoito Brumário de Napoleão Bonaparte* (1852); *O Capital* (1867); *A Guerra Civil em França* (1871) e *A crítica do Programa de Gotha* (1875).

Uma terceira concepção sociológica clássica voltou-se a compreender o Direito em sua relação com a economia e a política, e como expressão da racionalização e da instrumentalização da vida no ocidente moderno. Max Weber (1999, 2004) desenvolveu uma sociologia do direito de caráter histórico, discutindo paradigmas acerca das divergências metodológicas entre a dogmática jurídica (lógico-normativo) e a sociologia do direito (empírico-causal). Weber entendeu a Sociologia do Direito a partir da metodologia compreensiva. Analisou as relações de legitimidade produzidas pela legalidade jurídica e sua forma corrente de dominação racional-legal. Weber, a partir de sua metodologia, demonstrou a diferença existente entre o método sociológico e o método jurídico: o primeiro busca saber qual é o comportamento dos membros de um grupo em relação à ordem jurídica em vigor, enquanto que o segundo visa estabelecer a coerência lógica das propostas jurídicas. Em suma, as duas perspectivas encontram-se em planos diferentes, uma no plano do que é (sociológico) e outra no plano do dever ser (jurídico), ao produzir uma sociologia compreensiva e realçar a existência de um outro método de análise da ciência jurídica: o método sociológico (WEBER, 1999).

Não podemos esquecer que, também, no início do século XX observou-se o desenvolvimento de uma corrente crítica no pensamento jurídico, principalmente na Alemanha e na Áustria que ficou conhecido como Escola do Direito Livre e Movimento Sociológico do Direito. Representado por Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz e Ernst Fuchs, autores que defenderam uma nova ciência jurídica, de caráter sociológico e empírico. O movimento teve como paradigma, no final do século a tentativa de socialização do pensamento jurídico representada pela crítica ao formalismo, legalismo e idealismo da Jurisprudência dos Conceitos por parte da Jurisprudência dos Interesses<sup>3</sup>.

O Movimento do Direito Livre contribuiu para a formação do paradigma da criação livre do direito, caracterizado pela introdução de uma concepção sociológica das fontes formais de produção do direito, pelo reconhecimento da existência de lacunas em qualquer sistema jurídico e da função judiciária como função criadora do direito. O segundo paradigma influenciado pelo Movimento do Direito Livre ficou conhecido como pluralismo jurídico. Partindo da ideia da existência de diferentes sistemas jurídicos coexistentes e independentes em relação ao direito estatal, essa perspectiva ampliou o conceito de jericidade. Podemos dizer que ao deslocar a questão da normatividade do direito dos enunciados abstratos da lei para as decisões

---

<sup>3</sup> Jurisprudência dos Interesses e a Jurisprudência dos Conceitos defendem pontos intermediários como solução para as tensões entre o poder legislativo e o judiciário. Perceber na história do texto os limites para a interpretação judicial é o parâmetro proposto pela Jurisprudência dos Interesses. Já a Jurisprudência dos Conceitos assevera uma normatividade valorativa que escapa aos poderes das palavras, ou seja, do Legislativo.

particulares do juiz, a Escola do Direito Livre ou da Jurisprudência Sociológica criou as pré-condições teóricas da transição para uma nova visão sociológica centrada nas dimensões processuais, institucionais e organizacionais do Direito (SANTOS, 2006).

Na França, diferente da Alemanha, o movimento crítico foi pontual com destaque dos juristas: Henri Lévy-Bruhl, Georges Gurvitch, Jean Carbonnier. Ambos autores contribuíram para definição do Direito bem como, cada um a seu modo, de uma perspectiva sociológica sobre o Direito. Defensores da Sociologia Jurídica como disciplina autônoma, além de críticos tanto do sociologismo quanto do positivismo jurídico (SANTOS, 2006), para os autores a abordagem da Sociologia Jurídica seria útil e complementar para compreensão do direito positivo e das limitações do pensamento jurídico. Esse movimento de crítica ao direito positivo foi pioneiro na Alemanha e na França. Contudo, atualmente, variada é a produção no campo jurídico, a nível global, com perspectiva sociológica sobre o Direito. Na Alemanha se destacam os autores: Theodor Geiger, Karl-Dieter Opp, Wilhelm Nöth, Gunther Teubner e Karl-Heinz Ladeur, bem como os periódicos sobre a temática: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (Anuário de Sociologia Jurídica); *Informationsbrief für Rechtssoziologie* (Informe de Sociologia do Direito - editada pela Universidade Livre de Berlim); *Schriftenreihe der Vereinigung für Rechtssoziologie* (Série de Estudos da Associação de Sociologia do Direito); *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Arquivo de Filosofia do Direito e de Filosofia Social) e *Zeitschrift für Rechtssoziologie* (Revista de Sociologia do Direito). A Argentina possui a mais antiga associação de sociologia jurídica da América Latina a SAJu (Sociedade Argentina de Sociologia Jurídica) e os seus autores representativos seriam Alejandro Medici, Carlos Lista, Edmundo Fuenzalida Faivovich, Manuela G. González, Mario S. Gerlero. No Chile se dedicam à Sociologia Jurídica Aldo Mascareño e Jorge Larraín. Na Espanha dedicam-se à Sociologia Jurídica Angel Sánchez de la Torre, Elías Díaz e María José Fariñas Dulce; dentre os periódicos espanhóis há o anuário *Sociología e Psicología Jurídicas* e a *Current Legal Sociology* (revista Sociologia Jurídica), editado pelo Instituto Internacional de Sociologia Jurídica, sediado em Oñati. Com sede na Faculdade de Ciência Política e Sociologia da Universidade Complutense de Madri, destacamos aqui o *Research Committee on Sociology of Law* (Comitê de Investigação em Sociologia do Direito) da *International Sociological Association* (Associação Internacional de Sociologia). Na França os autores que são considerados importantes contribuidores da Sociologia Jurídica contemporaneamente são André-Jean Arnaud, Jacques Commaille e Pierre Guibentif, e a revista francesa que divulga o pensamento sociológico do direito é a *Droit et Société* (Direito e Sociedade). Na Itália os dois periódicos que divulgam o pensamento socio-jurídico é a revista *Sociologia del Diritto* (Sociologia do Direito) e o *Archivio Italiano di*



*Sociologia del Diritto* (Arquivo Italiano de Sociologia do Direito) e os principais autores que fazem uma sociologia jurídica são Renato Treves, Alberto Febbrajo, Vincenzo Ferrari, Raffaele de Giorgi e Mario Losano. Já entre os Estadunidenses destacam-se Nicholas Timasheff, Thomas Cowan, Underhill Moore, Roscoe Pound, George Psathas e Marc Galanter, e dentre os periódicos especializados encontramos a *Law and Society Review* (Revista de Direito e Sociedade), o *Research in Law and Sociology* (anúário Pesquisa em Direito e Sociologia) e a *Law and Social Inquiry* (Revista Direito e Pesquisa Social). Na Inglaterra se destaca Roger Cotterrell e David Nelken. No Brasil, aqui destacamos a produção especializada da Revista Brasileira de Sociologia do Direito (RBSD) criada e administrada pela Associação Brasileira de Sociologia do Direito (ABraSD). Em Portugal se destacam Boaventura de Sousa Santos e Pierre Guibentif. Entretanto, apesar da grande quantidade de autores e atores poucos são os que conseguiram produzir marcos teóricos e delimitarem o campo ou dizer sobre esse campo do saber. Aqui podemos ter um indicativo, corroborado com os materiais da pesquisa, bem como a própria pesquisa de campo quais os autores e atores que dizem sobre o campo da Sociologia do Direito e sobre o Campo da Sociologia Jurídica, bem como sobre a produção teórica e a identidade de ambos os campos.

A Sociologia de Talcott Parsons em seu projeto de unificação e e integração das Ciências Sociais em uma teoria geral da ação influenciou, direta ou indiretamente, o campo da Sociologia do Direito. No grande sistema social parsoniano, a sociedade moderna, quatro são os sistemas que compõem o subsistema: a economia, a política, a comunidade social e os valores sociais. Embora os demais sistemas sociais sejam autônomos, o direito interage com eles. Para o autor o Direito, na sociedade moderna, é considerado o elemento central do sistema social, composto por normas, tribunais e profissionais, que promove o controle social<sup>4</sup>. Ao considerar a sociedade como um conjunto de sistemas sociais e ao destacar, em sua análise sobre o Direito, as profissões jurídicas Parsons influencia Niklas Luhmann e Jürgen Habermas bem como os estudos em sociologia das profissões.

Ao nos debruçamos sobre a produção teórica da sociologia contemporânea, ou seja, das análises que buscaram compreender o contexto do pós-guerra e as transformações sociais

---

<sup>4</sup> Ou seja, apresenta um significado oficial para as normas jurídicas, interpretando-as; transforma as normas gerais e abstratas, presentes nas leis, em normas individuais e concretas, presentes em sentenças e decisões administrativas, aplicando-as; aplica, também, as punições previstas nas sanções presentes em normas jurídicas; divide o território em jurisdições, deixando claro onde, quando e por quem as normas jurídicas legais serão aplicadas; promove a integração individual, regulando as interações entre os membros da sociedade, estabelecendo comportamentos permitidos, proibidos e obrigatórios, e promove a integração social dos sistemas, cujas fronteiras são delimitadas por meio de normas que também regulam as trocas entre eles.

advindas daí, deparamo-nos com várias possibilidades de análise para o fenômeno jurídico. Nessa pluralidade é importante fazer referência à contribuição da teoria francesa para a análise do direito atual.

As teses do filósofo Michel Foucault (2002, 2003), teórico de matriz desconstrutivista, lançou um novo olhar a respeito do direito e de sua relação com as inúmeras formas de poder e disciplina vigentes na sociedade contemporânea. Sua grande contribuição para os estudos jurídicos deu-se pelas análises históricas a respeito do surgimento do sistema penal moderno e do sistema penitenciário como tendo uma origem medieval e religiosa, bem como servindo a uma apropriação capitalista pelas promessas de controle e vigilância das populações. Outra contribuição da obra foucaultiana está na teorização sobre a biopolítica e a governamentalidade, as formas de atuação do Estado e sua capacidade de gerenciar populações, estabelecendo relação entre saberes e dominação. Sendo um crítico das concepções de normalidade produzidas pela ciência humana moderna, o autor representou uma das matrizes de contestação das atuações estatais e do direito. De que outro modo, senão através dos seus estudos, Foucault representaria como um referencial à Sociologia do Direito?

Em Foucault o Direito é um campo de poder e, enquanto tal, não apenas reprime, mas, principalmente, produz saber. Nesse sentido, uma Sociologia do Direito com base em Foucault buscaria compreender como o discurso jurídico produz “efeitos de verdade”, ou seja, como as “práticas judiciais [...] definem tipos de subjetividade, formas de saber e, em consequência, relações entre o homem e a verdade” (FOUCAULT, 2001, p.17).

Em outra matriz francesa, encontramos Pierre Bourdieu (2010) e sua sociologia construtivista-estruturalista, que permite uma análise do “campo jurídico” e suas relações de dominação e manutenção de poder. Bourdieu conceituou o direito como um espaço definido por regras próprias e um embate entre grupos dominantes e dominados, cuja preocupação central é a reprodução. O autor questionou os pilares do direito moderno como o formalismo, e a codificação, apresentando-os como instrumentos voltados à manutenção da dominação entre os profissionais em relação aos profanos. Bem como ao instrumentalismo e sua visão unicamente externa do Direito. Para Bourdieu, nenhuma dessas escolas realizou uma interpretação historicamente situada do Direito. Outra análise bourdieusiana interessante para a compreensão do Direito refere-se aos seus operadores, que, situados nos estratos sociais superiores e dotados de um *habitus* de classe dominante, fazem do Direito um campo de sustentação para os demais campos, como o político e o econômico, atuando como um fundamental mecanismo de manutenção do *status quo*. Em Bourdieu busca-se pensar o papel e a origem social dos

operadores do Direito, o formalismo, o instrumentalismo, a prática jurídica e a função do Direito na sociedade contemporânea (BOURDIEU & TEUBNER, 2000).

A contribuição da sociologia alemã também apresenta análises fundamentais para se pensar o Direito atual. A teoria de Niklas Luhmann (2004; 2005), autor da nova teoria dos sistemas, que, desde sua primeira fase teórica, explicou a legitimidade do direito através do procedimentalismo, rejeitando frontalmente as abordagens entre a sociedade e o direito. Luhmann, na segunda fase de sua teoria, ao estabelecer um sistema jurídico fechado (autopoietico) cuja produção de validade dá-se por recursividade, estabelece as bases para a retomada de uma visão de relativa autonomia entre o direito, a política e a economia na sociedade contemporânea (MELLO, 2005; 2006) em oposição ao que pensou Bourdieu.

Outra referência, na sociologia alemã, é Jürgen Habermas (2003), cuja teoria da ação comunicativa é central para compreender o direito, visto pelo autor por duas perspectivas: o direito da facticidade (o direito do ser) serve a interesses do sistema político econômico, sendo um instrumento do processo de colonização do mundo da vida. Enquanto o direito da validade (o direito do dever ser) deve ter base ética, fundamentado pela moral, sendo capaz de canalizar as demandas sociais no mundo da vida, contribuindo para uma democratização da sociedade. Entre os exemplos de utilização da teoria habermasiana na análise de contextos jurídicos, encontramos as discussões jusfilosóficas a respeito da moralidade e da justiça no direito, às discussões sobre teoria democrática e análises sobre o desenvolvimento societário e sua relação com diferentes tipos de relacionamento social com as normas jurídicas.

Importante referir também o sociólogo português Boaventura de Souza Santos (1988, 2006), cujas análises sobre fenômenos de pluralismo jurídico são importantes para a compreensão do contexto brasileiro e seu histórico de exclusão e lacunas na atuação estatal e jurídica. Santos destaca-se também pelas recentes análises que vem fazendo a respeito dos tribunais e dos sistemas de justiça nos países ocidentais, mas principalmente a respeito do direito e suas experiências democráticas naqueles que chama de “os países de baixo”, referindo-se a contextos latino-americanos e africanos, ressaltando a importância da proteção a direitos humanos (mas dentro de uma concepção multiculturalista e crítica), do desenvolvimento de regras e experiências comunitárias e informais de resolução de conflitos. Entre as análises feitas a partir do referencial teórico de Boaventura de Souza Santos, destacamos os estudos sobre pluralismo jurídico, sobre a sociologia dos tribunais, sobre a administração da justiça e as reformas dos Poderes Judiciários em contextos democráticos (SANTOS, 2001, 2002).

No caso brasileiro podemos destacar o trabalho de Marcelo Neves (1996) que buscou compreender as especificidades do direito e da sociedade brasileiro a partir dos referenciais habermasianos e luhmannianos. Bem como de outros nomes que ou buscaram fazer uma sociologia das instituições jurídicas ou tiveram o direito como objeto de análise: Luiz Jorge Werneck Viana; Marcelo Burgos; Maria Alice Rezende de Carvalho; Eliane Junqueira; Claudio Souto; Celso Fernandes Campilongo, José Eduardo Faria; Fabiano Engelmann; José Ribas Vieira; José Geraldo Sousa Jr.; Leonel Severo Rocha; Luciano Oliveira; Miranda Rosa; Pedro Scuro Neto; Wanda Capeller; Orlando Villas-Boas Filho; Guilherme Leite Gonçalves; Laurindo Dias Minhoto e Joaquim Arruda Falcão.

A partir da construção epistemológica da Sociologia do Direito percebe-se o quanto a função do Direito na atualidade pode estar vinculada a duas grandes visões, por hora dicotômicas, por hora complementares: uma visão crítica, que lhe atribui um papel de dominação e manutenção de poder *versus* uma visão do Direito como instrumento de conquista democrática, de proteção de direitos e garantias. Uma visão que privilegia a questão normativista do Direito e uma visão que busca pensar a questão institucional e organizacional do Direito. Uma visão que dá ênfase ao Direito substantivo em detrimento do Direito processual.

Contudo, mesmo quando se busca mapear o desenvolvimento do campo da Sociologia do Direito como o campo da Sociologia Jurídica, a partir da análise retrospectiva e contemporânea da produção teórica, as temáticas, linhas, correntes, autores e problemas que ocupam lugar central na pesquisa e na produção de ambos os campos tais perguntas se apresentam: O que define a Sociologia do Direito e a Sociologia Jurídica? O que caracteriza uma pesquisa como Sociologia do Direito ou como Sociologia Jurídica? Seus objetos e métodos são iguais ou diferentes? Haveria uma diferença entre ambas? Ou não haveria qualquer diferença entre as duas áreas? A diferença seria somente semântica? Há uma Sociologia do Direito que é produzida por sociólogos e uma Sociologia Jurídica/Sociologia do Direito produzida por juristas? A que se pretende a Sociologia Jurídica nos cursos de Direito? A Sociologia Jurídica hoje reflete os desejos e intentos das lutas e reflexões do passado? A Sociologia Jurídica promove hoje reflexão crítica sobre o Direito e as instituições jurídicas?

Tais perguntas se apresentam porque quando nos debruçamos sobre a temática, não há um consenso no campo jurídico sobre uso dos termos Sociologia do Direito e Sociologia Jurídica, verifica-se em vários autores e manuais a utilização dos termos como sinônimos e de forma

acrítica, ou até outras formas como: Sociologia dos Tribunais (SANTOS, 2006) e Estudos Sociojurídicos<sup>5</sup>.

A diferença entre Sociologia do Direito e Sociologia Jurídica está para além da diferença semântica. E essa diferença se estruturou a partir de condições sociais e da lógica de cada campo, tanto com relação a produção teórica quanto a produção analítica das questões normativas e substantivas do Direito como das questões processuais, institucionais e organizacionais. Se no caso brasileiro, desde o processo de redemocratização, é crescente o interesse das Ciências Sociais pelo Direito, os juristas e as instituições judiciais; e esse interesse se reflete na existência de grupos de trabalhos e áreas temáticas em praticamente todas as edições dos principais eventos científicos das Ciências Sociais nos últimos anos, reforçado pelo protagonismo do Direito, dos juristas e das instituições judiciais na conturbada conjuntura política brasileira recente.

Para alguns do campo jurídico o fundador da Sociologia do Direito é Eugen Ehrlich<sup>6</sup>, tendo outros juristas, a saber Hermann Kantorowicz, Ernst Fuchs, Hans Kelsen, Alf Ross, Carlos Cossio, como autores fundamentais para definir o objeto e o método da ciência do Direito, estabelecendo o espaço da Dogmática e o da Sociologia do Direito. A exemplo do que se verifica entre as demais áreas do Direito, tais como a Filosofia do Direito, a Teoria do Direito e a Teoria do Estado, a Sociologia Jurídica acumulou pouca reflexão sobre si mesma, comprometendo sua produção teórica, a integração de seus tópicos de estudo, bem como uma avaliação continuada de suas limitações e projetos futuros. Percebemos que no campo da Sociologia Jurídica a aplicação da Teoria Social se faz presente no seu modelo teórico e na pesquisa jurídica em detrimento aos precursores do próprio campo. Essa aplicação da Teoria Social na Sociologia Jurídica evidencia as limitações do campo sociojurídico a respeito de seus modelos teóricos e sua identidade. Quando se analisa qualquer manual de Sociologia do Direito ou os programas curriculares da disciplina nos cursos de Direito é possível verificar a total ausência dos precursores em detrimento da produção da Sociologia.

No campo sociológico a estrutura da Sociologia do Direito parece estar já bem estabelecida. No campo teórico da Sociologia do Direito Karl Marx, Émile Durkheim e Max Weber são pensadores centrais a cerca do estudo do Direito. O leque de modelos teóricos é

---

<sup>5</sup> Expressão mais utilizadas nos estudos norte-americanos, que remete à noção de um campo interdisciplinar, onde o foco estaria na dicotomia *law in book/law in action*, para além da concepção dos estudos franceses que veem uma autonomia entre a Sociologia do Direito e a Sociologia Jurídica.

<sup>6</sup> Jurista austríaco, o principal representante da Escola do Direito Livre e do Movimento Sociológico do Direito. É assim considerado por ter sido o primeiro autor a escrever um livro especificamente sobre o tema em 1913 intitulado *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. (Fundamentos da Sociologia do Direito. Brasília; UnB, 1986).

ampliado quando se incorporam ao debate, dentro do próprio campo, alguns dos principais nomes do pensamento sociológico contemporâneo como Bourdieu, Michel Foucault, Niklas Luhmann, Jürgen Habermas, Boaventura de Sousa Santos. Os modelos teóricos e reflexões sobre o Direito, bem como os autores que se convencionou chamá-los de clássicos e o pensamento sociológico contemporâneo estabelecem uma unidade para a disciplina e estruturam sua identidade ao construir concepções sociológicas sobre a lei, o Direito e a justiça como autoridade (paradigma positivista), como cálculo (paradigma utilitarista), como construção intersubjetiva, como sistema e como linguagem.

### **3 CONCLUSÃO**

Com esse trabalho buscou-se pensar o caminho que a Sociologia do Direito percorreu e percorrer; pensar a contribuição dessa área do saber para o campo da Sociologia e do campo do Direito, bem como seu processo de institucionalização e legitimação em cada campo, seu percurso epistemológico, a diferenciação entre Sociologia do Direito e Sociologia Jurídica, assim como a constituição de uma comunidade de pesquisadores e como a disciplina Sociologia do Direito se apresenta hoje.

A partir da análise do caminho epistemológico verificamos uma diferença entre Sociologia do Direito e Sociologia Jurídica está para além da diferença semântica. E essa diferença se estruturou a partir de condições sociais e da lógica de cada campo, tanto com relação a produção teórica quanto a produção analítica das questões normativas e substantivas do Direito como das questões processuais, institucionais e organizacionais. Se no caso brasileiro, desde o processo de redemocratização, é crescente o interesse das Ciências Sociais pelo Direito, os juristas e as intuições judiciais; e esse interesse se reflete na existência de grupos de trabalhos e áreas temáticas em praticamente todas as edições dos principais eventos científicos das Ciências Sociais nos últimos anos, reforçado pelo protagonismo do Direito, dos juristas e das instituições judiciais na conturbada conjuntura política brasileira recente.

A Sociologia do Direito é uma área da Sociologia, autônoma ao Direito, que tem o a lei, o Direito e a justiça como objeto. Permite, em linhas gerais, a aplicação do saber sociológico para compreender o Direito como construção social, como fenômeno social, com o objetivo de desnaturalizá-lo. Já a Sociologia Jurídica é uma subárea do Direito, que tem por objeto as normas jurídicas e produz conhecimento para o Direito, privilegiando uma visão normativista e substantivista do Direito em detrimento de uma visão institucional, organizacional e processual.

## REFERÊNCIAS

- BOURDIEU, Pierre. “A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico”. In: **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2010.
- BOURDIEU, Pierre. **Meditações pascalinas**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- BOURDIEU, Pierre. A codificação. In: **Coisas ditas**. São Paulo: Brasiliense, 2010.
- DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- FOUCAULT, Michel. **Ditos e escritos IV: Estratégia, poder-saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau Ed., 2001.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- LUHMANN, Niklas. “A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito”. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.
- MARX, Karl. **Crítica Da Filosofia do Direito em Hegel**. São Paulo: Boitempo, 2015.
- MARX, Karl. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Boitempo, 2016.
- MELLO, Marcelo Pereira. Sociologias **do direito: Historicismo, subjetivismo e teoria sistêmica**. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, 25, p. 153-169, nov. 2005.
- MELLO, Marcelo Pereira. **A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner**. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 18, n. 1. pp. 351-373
- MELLO, Marcelo Pereira. **A sociologia do direito de Max Weber: o método caleidoscópico**. Cadernos de Direito FESO, Rio de Janeiro, v. 5, n. 7, p. 215-234, 2004.
- NEVES, Marcelo. **Habermas, Luhmann e o Estado de Direito**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 37, 1996, pp. 93-106.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: O social e o político na pósmodernidade**. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** São Paulo: Cortez, 2002.


SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós-moderna.** Porto: Afrontato, 1989.

SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder: Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica.** Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WEBER, Max. **Economia e sociedade.** Brasília: UNB, 1999.





# SOCIOLOGIA JURÍDICA PARA CONCURSOS: TRANSFORMANDO RELAÇÕES SOCIAIS EM QUESTÕES OBJETIVAS?

*Thaís Lemos dos Santos*  
(Universidade Federal Fluminense)  
thaislemosdosantos@gmail.com

**RESUMO:** Este trabalho pretende analisar a incorporação da sociologia jurídica pelas provas de concursos públicos, diante da exigência imposta pela Resolução nº 75 do CNJ, que insere a sociologia jurídica no rol de conteúdos obrigatórios nos concursos públicos da magistratura. Para tanto, faz-se uma análise quantitativa e qualitativa dos editais de ingresso na magistratura estadual e federal, das provas e das questões, desde 2009 até 2017. Assim, o problema sobre o qual se debruça o presente artigo será analisado a partir da hipótese da apropriação dos conteúdos de sociologia jurídica pelas provas de concursos, sem que isso necessariamente represente a possibilidade de lançar sobre os concursandos uma “visão humanística”.

**Palavras-chave:** Sociologia jurídica. Concursos públicos. Magistratura.

## 1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista a inclusão da sociologia jurídica como conteúdo obrigatório no currículo das faculdades de direito e a produção científica deste campo, o presente trabalho se propõe a verificar como a sociologia jurídica vem sendo aplicada para além do campo acadêmico. Neste contexto, a porta de entrada escolhida para a análise é justamente a dos concursos públicos, tendo em vista o grande número de estudantes de direito que demonstra intenção em se submeter aos certames para as mais diversas carreiras jurídicas.

Sendo assim, o presente estudo tem como objetivo inicial entender o concurso público, enquanto critério de seleção de magistrados a partir da atual redação da Resolução nº 75/2009 do CNJ, que alçou a sociologia do direito como sendo um “conteúdo humanístico” obrigatório nas provas de segunda e de quarta etapa dos certames. A fim de contextualizar os concursos públicos e as atribuições funcionais da magistratura, faz-se uma análise dos direitos levados ao conhecimento dos magistrados após a Constituição Federal de 1988 e a Reforma do Judiciário, para, com isso, traçar o perfil do magistrado que, por sua vez, passou a lidar com demandas que exigem mais do que a simples aplicação da lei ao fato concreto, o que colocou o Poder Judiciário em uma posição central na vida pública. Neste contexto de alteração do perfil da magistratura e da relevância atribuída ao Judiciário frente às demandas sociais e políticas, foi elaborada a Resolução nº 75/2009, em que a sociologia do direito é alçada à condição de conteúdo obrigatório nas segundas e quartas fases dos certames para magistratura estadual e federal.

Assim, a análise quantitativa e qualitativa dos editais e das provas de concurso da magistratura estadual e federal em âmbito nacional visa à compreensão acerca de como ocorre,

na prática, a inserção deste conteúdo nos editais e, posteriormente, nas provas para ingresso na carreira da magistratura.

No que se refere aos dados, inicialmente cumpre esclarecer que o período analisado se inicia com a vigência da Resolução nº 75/2009 do CNJ, a partir de maio de 2009 até dezembro de 2017, em que foram realizados 61 concursos públicos para ingresso na magistratura estadual e 27 concursos públicos para ingresso na magistratura federal. Contudo, somente foram localizados 51 editais dos certames da magistratura estadual e 16 da magistratura federal, limitando a presente análise aos documentos efetivamente localizados. Com isso, objetiva-se verificar se há nos editais dos certames para ingresso na magistratura estadual e federal ora analisados, elementos que demonstram o cumprimento do artigo 6º da referida resolução.

## **2 O CRITÉRIO DE SELEÇÃO DE MAGISTRADOS E O PAPEL DOS JUÍZES DIANTE DAS DEMANDAS LEVADAS AO PODER JUDICIÁRIO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Ao longo do longo do século XX e XXI as democracias experimentaram mudanças importantes, principalmente aquelas proporcionadas pela promulgação de constituições programáticas, que passaram a prever, além das normas sobre organização e administração do Estado, também direitos sociais e políticos, o que afetou diretamente o Poder Judiciário e o papel dos magistrados na aplicação das leis, ou seja, “de aplicador das leis e códigos, o Judiciário foi configurado como agente político, cabendo-lhe controlar a constitucionalidade e arbitrar conflitos entre o Executivo e o Legislativo” (SADEK, 2010, p. 14).

Isso porque, o importante papel do princípio da separação dos poderes, tal como delineado no sentido de impedir o abuso de poder do próprio Estado foi relativizado por um sistema em que a atividade dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário não se limitava à sua competência precípua, havendo intervenções de um no outro. Além disso, o Judiciário teve sua capacidade de apreciação e interpretação acentuada diante da legislação e dos direitos sociais, em um fenômeno conhecido como a judicialização da política e das relações sociais (VIANNA, 1997).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 enfatiza os direitos sociais e deixa clara a face política do Poder Judiciário, na medida em que lhe foi conferida uma carga principiológica, além de impor uma nova atuação do judiciário no campo jurídico e político, uma vez que o juiz tem o dever de aplicar as normas constitucionais, desprezando a legislação ordinária com ela incompatível.

Assim, a ampliação dos direitos sociais, alçando a eles o caráter de direitos fundamentais, a competência do judiciário em exercer o controle de constitucionalidade das leis de forma concreta

e abstrata, bem como a previsão do mandado de injunção, proporcionou uma ampliação nas áreas de intervenção e de atuação política do judiciário. Além disso, a Constituição de 1988 previu direitos coletivos, definiu metas e programas a serem desenvolvidos pelo Estado, o que repercutiu na procura por provimento jurisdicional, aumentando-se o número de litígios e a natureza delas, que não mais se limitavam à natureza individual. Sendo assim, os atores sociais passaram a procurar o judiciário para se pronunciar sobre suas expectativas sociais e para realização de justiça, de modo que, conforme Sadek (SADEK, 2004, p. 79):

O modelo de presidencialismo consagrado pela Constituição de 1988 conferiu ao Judiciário e aos seus integrantes capacidade de agirem politicamente, quer questionando, quer paralisando políticas e atos administrativos, aprovados pelos poderes Executivo e Legislativo, ou mesmo determinando medidas, independentemente da vontade expressa do Executivo e da maioria parlamentar. Por outro lado, a instituição possui atribuições de um serviço público encarregado da prestação jurisdicional, arbitrando conflitos, garantindo direitos.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 representou uma dupla alteração na postura adotada pelo judiciário até então, já que não era mais o aplicador neutro da lei, cabendo-lhe inclusive a decisão acerca da sua constitucionalidade, além disso teria competência para decidir sobre questões de cunho político e social, o que o colocou em uma posição de centralidade na vida pública.

Portanto, o constitucionalismo moderno e a sociedade contemporânea impuseram ao judiciário uma modificação no perfil dos magistrados, que dentre as suas competências também passaram resolver conflitos cada vez mais complexos, devendo fazê-lo de maneira ética, ágil e eficiente. Além disso, também passou a ser exigido desse mesmo magistrado uma postura gerencial na administração dos recursos e na gestão das pessoas envolvidas no sistema de justiça.

Além disso, embora o Supremo Tribunal Federal tenha sido alçado à condição de “Guardião da Constituição” pelo texto constitucional de 1988, cabendo a ele, inclusive, o controle abstrato de constitucionalidade de leis estaduais e federais, os juízes de primeira instância também tiveram suas competências alargadas e o desempenho delas representa uma postura política diante da apreciação de direitos sociais.

Embora o protagonismo do poder judiciário tenha sido delineado pelo próprio constitucionalismo moderno, verificou-se ao longo da década de 90 e dos anos 2000 que este poder não estava preparado para desempenhar o papel exigido, o que acabou gerando uma sobrecarga institucional e colocando em evidência as suas carências, revelando-se como uma estrutura morosa e pouco aberta à mudança, conforme destaca Werneck Vianna (VIANNA, 1997, p. 12):

As novas demandas, contudo, chegam a um judiciário ainda sob forte influência do princípio da separação de poderes e de uma adesão de direitos sob a forma de códigos. O que se designa, então como crise do Poder Judiciário, nada mais é do que a sua súbita adaptação à feição contemporânea da sociedade, sem estar equipado material, conceitual e doutrinariamente para dar conta da carga de novos problemas que a sociedade passou a se apresentar.

Na verdade, o perfil do juiz anteriormente exigido pelo Estado e proporcionado pelo próprio ensino jurídico era um juiz funcionário público, que tratava das questões levadas à sua apreciação de maneira técnica e acrítica, pela aplicação formal da lei, sendo esta a tradição e a cultura jurídica até então observada e que não foi modificada automaticamente, pelo contrário, com o advento do protagonismo judiciário, a formação técnica e o despreparo dos juízes para julgamento das novas demandas restou evidenciada. Nesse sentido, Rocha ressalta a dificuldade dos magistrados brasileiros e atribui essa dificuldade à formação conservadora (ROCHA, 1995, p. 112):

Mesmo após a Constituição de 1988, ainda prevalece no Brasil a postura tradicional, segundo a qual o juiz tem e deve ter um papel dependente, derivado e ancilar no âmbito do processo de produção do direito. Para se compreender esse fenômeno é necessário se examinar a forma de organização jurídica que continua dominante na doutrina e na atividade do juiz. A forma de organização presente na pré-compreensão de juristas e juízes corresponde ao modelo do legislador como monopolista das fontes de produção do direito, e do juiz como mero aplicador mecânico das leis produzidas pelo legislador. O papel principal de formação do direito cabe ao legislador. Ao judiciário competirá a tarefa de identificar conteúdo em uma atividade politicamente neutra, de mera subsunção da norma ao fato.

Diante da falta de estrutura do judiciário em solucionar as questões levadas à sua apreciação, o acúmulo de processos, a morosidade da justiça, passou-se a falar na existência de uma crise no Poder Judiciário. Nesse contexto, o judiciário foi submetido à reforma implementada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que teve como principal objetivo garantir a celeridade processual e a segurança jurídica. Sendo assim, buscou-se solucionar a crise pela implementação de meios alternativos de solução de controvérsias, informatização, aumento do número de juízes, combate ao nepotismo, valorização dos juizados especiais etc.

Embora a reforma do judiciário tenha sido implementada em 2004, as críticas a este poder permaneciam, gerando grande insatisfação, principalmente, a respeito da eficácia das suas decisões. Assim, foi elaborado o Planejamento Estratégico do Poder Judiciário, para elaboração de objetivos e definição de um padrão para organização para ações futuras. Neste contexto, as atividades dos juízes, além de julgar, assumia um caráter administrativo, devendo se comportar como planejadores e gestores das suas unidades administrativas.

Portanto, passou a ser exigido dos magistrados uma postura mais ativa, preocupada com os resultados e com a eficácia de suas decisões, devendo instrumentalizar os recursos necessários

para tanto. Por isso, foram desenvolvidas no âmbito do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM uma série de políticas públicas direcionadas à concretização das novas competências dos magistrados. Essas medidas foram direcionadas para uma prestação jurisdicional ágil e eficiente, por um judiciário moderno, com magistrados devidamente capacitados.

### **3 A PRÁTICA: A SOCIOLOGIA JURÍDICA NOS CONCURSOS PÚBLICOS DA MAGISTRATURA**

Uma das inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 foi a criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Este órgão é composto por 15 membros, sendo 09 membros da magistratura, 02 do ministério público, 02 advogados e 02 cidadãos de notório saber jurídico e reputação ilibada, sendo que um deve ser indicado pelo Senado e outro pela Câmara. Em relação à competência do Conselho, o parágrafo 4º do artigo 103-B da Constituição Federal de 1988 prevê que cabe a ele realizar o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como realizar o controle do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados.

Sendo assim, embora a Constituição não preveja expressamente a competência do CNJ em matéria de concurso público, o Conselho elabora regulamentações com vistas a aprimorar o critério de seleção de magistrados com fundamento no artigo 103-B, parágrafo 4º, que lhe confere competência para regulamentar o cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, além de outras atribuições conferidas pelo Estatuto da Magistratura.

Considerando este cenário, o CNJ publicou a Resolução nº 75/2009, que dispõe sobre os concursos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. Conforme o texto da própria resolução, esta foi publicada principalmente em razão da “multiplicidade de normas e procedimentos distintos por que se pautam os Tribunais brasileiros na realização de concurso para ingresso na magistratura, com frequentes impugnações na esfera administrativa e/ou jurisdicional que retardam ou comprometem o certame” (RESOLUÇÃO 75/2009), de modo que tornou-se “imperativa necessidade de editar normas destinadas a regulamentar e a uniformizar o procedimento e os critérios relacionados ao concurso de ingresso na carreira da magistratura do Poder Judiciário nacional” (RESOLUÇÃO 75/2009).

Ou seja, a intenção do CNJ ao dispor sobre as diretrizes que devem balizar todos os concursos públicos para ingresso na magistratura nacional foi diminuir a quantidade de procedimentos administrativos e judiciais que questionavam a lisura dos editais. Nesse sentido, foram estabelecidas normas a respeito da abertura, das etapas, do programa, da classificação, dos critérios de desempate, da publicidade, da duração razoável, do custeio e das comissões.

Na seção II, a Resolução trata das etapas e do programa do concurso, sendo que o seu artigo 5º prevê que o concurso será desenvolvido sucessivamente nas seguintes etapas: a primeira etapa, uma prova objetiva, seletiva de caráter eliminatório e classificatório; a segunda etapa, duas provas escritas de caráter eliminatório e classificatório; a terceira etapa, de caráter eliminatório, com as seguintes fase: a) sindicância de vida pregressa e investigação social; b) exame de sanidade física e mental; c) exame psicotécnico; a quarta etapa, uma prova oral de caráter eliminatório e classificatório; e, por fim, a quinta etapa de avaliação de títulos, de caráter classificatório.

O artigo 6º prevê que as provas de primeira, segunda e quarta etapa, ou seja, as provas objetivas, discursivas e oral, versarão, no mínimo, sobre as disciplinas constantes dos Anexos I, II, III, IV e V. Além disso, as provas de segunda e quarta etapa, isto é, provas discursivas e oral, também versarão sobre o programa discriminado no anexo VI.

No tocante às provas discursivas, o artigo 47 prevê que a primeira prova escrita consistirá de questões relativas a noções gerais do direito e de formação humanística previstas no Anexo VI, além de questões sobre quaisquer pontos do programa específico do respectivo ramo do Poder Judiciário nacional.

Por fim, vale dizer que o Anexo VI da resolução elenca as disciplinas que compõem o programa dos conteúdos relativos à “Noções Gerais de Direito e Formação Humanística”, são elas: a) sociologia do direito; b) psicologia judiciária; c) ética e estatuto jurídico da magistratura nacional; d) filosofia do direito; e) teoria geral do direito e da política. A resolução também se preocupa em elencar alguns temas relacionados aos mencionados conteúdos, no que se refere à sociologia do direito, prevê o seguinte conteúdo: 1) introdução à sociologia da administração judiciária. Aspectos gerenciais da atividade judiciária (administração e economia). Gestão. Gestão de pessoas. 2) relações sociais e relações jurídicas. Controle social e o Direito. Transformações sociais e o direito. 3) Direito, Comunicação Social e opinião pública. 4) Conflitos sociais e mecanismos de resolução. Sistemas não-judiciais de composição de litígios.

Neste contexto, passa-se à análise dos editais para ingresso na magistratura, que se justifica na medida em que estes podem ser vistos como mera expressão de regras de organização do certame ou como os projetos institucionais do Poder Judiciário, e é com esta última hipótese que iremos trabalhar, sendo que para a construção desta hipótese, primeiro é preciso lançar mão de um conceito “capaz de unificar estratégias individuais, crenças coletivas e projetos institucionais: *ideologia*” (FONTAINHA, 2015, p. 673), e continua:

Por ideologia, designamos um conjunto de atributos que se podem ver, majoritariamente, presentes na forma como os diferentes atores envolvidos vivem o processo de seleção por

concurso. As expectativas, as obrigações, os discursos de legitimação e a realização estratégica serão aqui representados através de uma *ideologia do concurso*.

No estudo sobre o concurso público brasileiro e a ideologia concurseira como sendo uma hipótese para o Brasil, Fontainha, Geraldo, Veronese e Alves analisaram institucionalmente os certames a partir de diferentes “ideologias”. A primeira delas consiste, justamente, na ideologia republicana, cuja força repousa no caráter antidemocrático das nomeações dos funcionários do Estado pelo monarca.

A segunda, ideologia burocrática, se estabelece como a nova racionalidade gerencial da administração pública, ou seja, em que os funcionários públicos, selecionados por meio de concurso público, gerem o Estado, sendo que este método implica na valorização do saber neutro desejado às elites estatais.

Analisa-se, também, a ideologia meritocrática, segundo a qual o mérito pode ser aferido com base nos resultados dos processos objetivos de medição das performances. Por fim, ressaltam que o concurso público também partilha das ideologias acadêmica e profissional, de modo que os certames visam recrutar aqueles candidatos que representam os melhores egressos do sistema de ensino e aqueles que representam profissionais competentes, com as habilidades necessárias ao exercício do cargo.

A partir das análises acima, os autores vislumbram a existência, no Brasil, de uma ideologia concurseira:

Valemo-nos desse neologismo, bastante comum nesse universo particular, para investigar a hipótese segundo a qual, no Brasil de hoje, a tônica fundamental das seleções de funcionários públicos é absolutamente autorreferenciada, nas estratégias dos candidatos, no discurso de legitimação, na forma de organização e no projeto institucional, o que acarreta enorme prejuízo de recursos financeiros e humanos para a Administração Pública (FONTAINHA, p. 683, 2015).

Nesse contexto, os editais de concursos públicos são vistos mais do que como simples instrumentos jurídicos, mas como projetos políticos, em que se constata as políticas de recrutamento e de seleção de um dos poderes da República, sendo assim são vistos como uma parte dos projetos institucionais das instituições do Estado.

Da análise dos editais selecionados para a pesquisa realizada pelos autores, chegou-se a constatações importantes para o presente estudo, principalmente em relação à prova do concurso e a profissionalização do candidato, em que se verificou que quase a totalidade dos concursos que devem comprovar a inscrição no conselho de classe devem realizar provas de múltipla escolha. Dessa constatação, os autores concluíram que

A absoluta falta de coerência no trato e na combinação de categorias fundamentais como (1) curso de formação, (2) experiência prévia, (3) titulação e (4) inscrição no conselho de

classe permite inferir que não há projeto institucional orientado para fora do certame na Administração Pública brasileira (FONTAINHA, p. 696, 2015).

Mais adiante, quando se analisa a lógica de avaliação de profissionais de diferentes níveis, verifica-se que independente da titulação dos candidatos e das atribuições de bacharéis, mestres, doutores e candidatos de nível médio, o modelo adotado para a avaliação é praticamente o mesmo. Assim, chega-se à conclusão de que o certame recruta aqueles candidatos que melhor sabem fazer as provas.

Por fim, quando da análise da remuneração média em comparação à complexidade do certame, o que se constata é o seguinte:

Vemos, assim, uma hermeticidade ou autorreferencialidade desse processo seletivo: ele afere apenas o que ele próprio constrói como legítimo e relevante, excluindo de seu universo avaliativo critérios importantes para o desenvolvimento das atividades exteriores a ele. Parece-nos que uma das ferramentas corporativas de valorização simbólica e remuneratória de uma carreira é o grau de complexidade do certame, o que aponta para uma força ainda maior que a expressa neste trabalho (FONTAINHA, p. 698, 2015).

Assim, a pesquisa realizada pelos autores em 2015 aponta no sentido de que a organização social dos concursos públicos, em especial os concursos para carreiras jurídicas, dentre as quais a magistratura, se explica pela ideologia concurseira, ou seja, os concursos públicos se orientam para si e não para o projeto institucional das instituições do Poder Judiciário.

No que se refere aos dados obtidos, inicialmente cumpre esclarecer que o período analisado se inicia com a vigência da Resolução nº 75/2009 do CNJ, ou seja, a partir de maio de 2009 até dezembro de 2017, em que foram realizados 61 (sessenta e um) concursos públicos para ingresso na magistratura estadual e 27 (vinte e sete) concursos públicos para ingresso na magistratura federal. Contudo, somente foram localizados 51 (cinquenta e um) editais dos certames da magistratura estadual e 16 (dezesesseis) da magistratura federal, limitando a presente análise aos documentos efetivamente localizados.

Com isso, objetiva-se verificar se há nos editais dos certames para ingresso na magistratura estadual e federal ora analisados, elementos que demonstram o cumprimento do artigo 6º da referida resolução. Sendo assim, a leitura dos editais se deu de maneira direcionada a responder aos seguintes questionamentos: os editais preveem o conteúdo de “noções gerais de direito e formação humanística” elencado no anexo VI da Resolução nº 75/2009 do CNJ, conforme previsto pelo seu artigo 6º? Em qual fase do concurso o conteúdo será cobrado? Considerando a classificação feita pela própria resolução, qual dos conteúdos considerados como sendo de “noções gerais do direito e formação humanística” aparece com mais frequência nas provas discursivas de concurso público para ingresso na magistratura federal e estadual?



No que se refere à previsão do conteúdo de noções gerais de direito e de formação humanística, todos os editais analisados cumpriram a determinação da resolução e incluíram em seu programa o conteúdo mencionado. Vale salientar que em 04 (quatro) dos 51 (cinquenta e um) editais da magistratura estadual não havia o conteúdo programático de suas provas, não sendo possível verificar quais foram os assuntos abordados pelo certame. Além disso, 12 (doze) editais preveem conteúdos diversos e mais abrangentes do que aqueles elencados na resolução, enquanto os demais simplesmente reproduziram o que já havia sido previsto pela norma. Em relação à magistratura federal, 03 (três) editais não apresentaram o conteúdo programático e os outros 13 (treze) editais que tivemos acesso reproduziram exatamente o mesmo conteúdo da resolução.

Conforme mencionado, o artigo 6º da Resolução nº 75/2009 do CNJ prevê que as provas de segunda e quarta etapa, ou seja, as provas discursivas e orais, tratarão sobre o programa discriminado no anexo VI, quais sejam, sociologia do direito, psicologia judiciária, ética e estatuto jurídico da magistratura nacional, filosofia do direito e teoria geral do direito e da política.

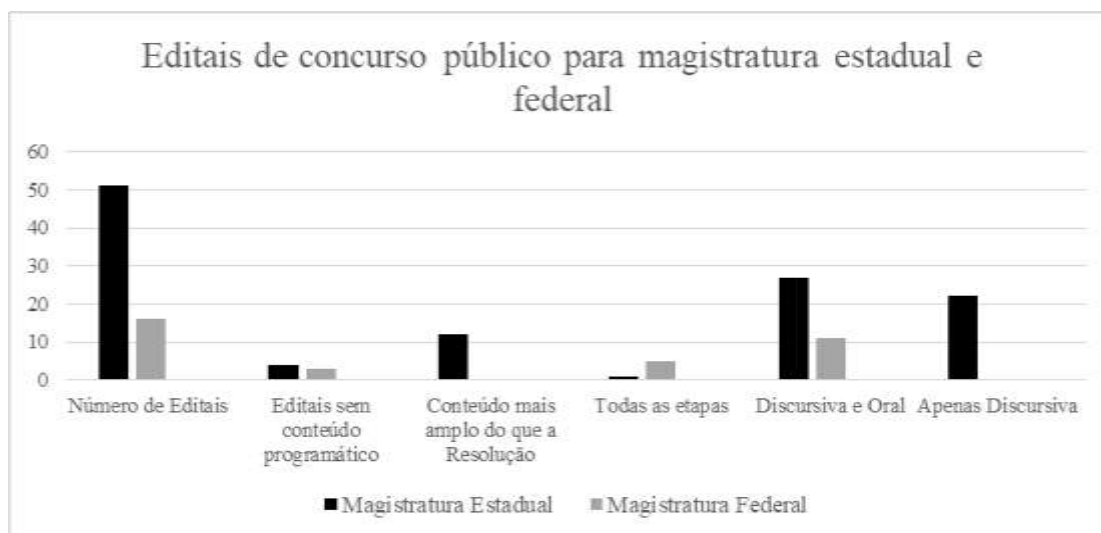
Nesse sentido, a despeito da previsão normativa, verificou-se em 01 (um) edital da magistratura estadual e em 05 (cinco) editais da magistratura federal a previsão do conteúdo de “noções gerais do direito e formação humanística” para todas as etapas do certame. De acordo com o edital de 22 (vinte e dois) concursos da magistratura estadual o conteúdo se restringiu à segunda etapa, ou seja, às provas escritas. Todavia, não podemos afirmar que este conteúdo, de fato, não constou dos questionamentos feitos na etapa oral do certame, já que esta pesquisa não observou as provas no momento de sua realização. Por fim, em 27 (vinte e sete) concursos da magistratura estadual e em 11 (onze) concursos da magistratura federal o conteúdo foi cobrado tanto na segunda, como na quarta etapa do certame, segundo os seus editais.

Neste contexto, a análise dos editais da magistratura estadual e federal a partir da Resolução nº 75/2009 do CNJ permite concluir que, pelo menos, 80,55% dos concursos realizados após a sua vigência incluíram o conteúdo de sociologia do direito em seu programa, considerando que não foi possível localizar os editais dos demais (19,45%), porém a grande maioria dos editais simplesmente reproduz o texto da resolução (76,47%), apenas 23,52% dos editais da magistratura estadual se preocupa em ampliar e contextualizar os conteúdos com a profissão, quanto à magistratura federal, o conteúdo é sempre o mesmo da Resolução.

Embora a resolução exija o conteúdo de “noções gerais do direito e formação humanística” apenas para a segunda e quarta etapa dos certames, em 31,25% dos editais da magistratura federal há previsão de que o conteúdo também seja cobrado nas provas objetivas, de primeira

etapa, e, em 68,75% dos editais da magistratura federal a previsão é de que o conteúdo seja cobrado nas segunda e quarta etapa, tal como previsto pela resolução.

Em relação à magistratura estadual, 43,13% dos editais preveem o conteúdo de “noções gerais do direito e formação humanística” apenas para a segunda etapa, ou seja, a prova discursiva, e 52,94% para as provas de segunda e quarta etapa, ou seja, a prova discursiva e a prova oral. Tais informações podem ser sistematizadas conforme o gráfico abaixo:



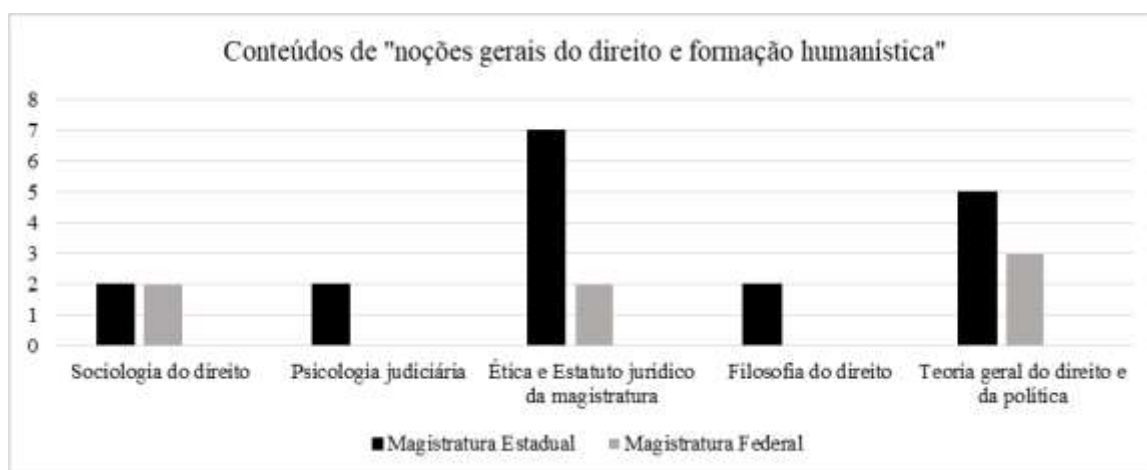
Portanto, em que pese exista uma inconstância na forma como este conteúdo aparece nos concursos públicos para ingresso na magistratura federal e estadual no país, ao menos formalmente, a resolução está sendo implementada pelas bancas de concursos, sendo importante a análise do conteúdo das questões discursivas.

De acordo com o anexo VI da Resolução nº 75/2009 do CNJ, integram o programa de “noções gerais do direito e formação humanística” os seguintes conteúdos: sociologia do direito; psicologia judiciária; ética e estatuto jurídico da magistratura nacional; filosofia do direito; teoria geral do direito e da política. Além disso, a resolução também elenca assuntos específicos no rol de cada conteúdo, sendo que os conteúdos de sociologia do direito são os seguintes: 1) Introdução à sociologia da administração judiciária. Aspectos gerenciais da atividade judiciária (administração e economia). Gestão. Gestão de pessoas. 2) Relações sociais e relações jurídicas. Controle social e o Direito. transformações sociais e Direito. 3) Direito, Comunicação Social e opinião pública. 4) Conflitos sociais e mecanismos de resolução. Sistemas não-judiciais de composição de litígios.

Por meio de busca nos sites das bancas responsáveis pela elaboração das provas de cada concurso, foi possível ter acesso a 21 (vinte e uma) questões discursivas aplicadas em concursos da magistratura estadual e a 12 (doze) questões discursivas aplicadas em concurso da

magistratura federal, totalizando 33 (trinta e três) questões analisadas no presente estudo. Em relação a essas questões, buscou-se verificar quais conteúdos integrantes do anexo VI da resolução apareciam nas provas.

Portanto, dos dados analisados, foi possível verificar que foram aplicadas 02 (duas) questões de sociologia do direito nos concursos da magistratura estadual e 02 (duas) em concursos da magistratura federal. O conteúdo de psicologia judiciária foi cobrado em 02 (duas) questões da magistratura estadual e não apareceu nas provas da magistratura federal. Os conhecimentos a respeito de ética e estatuto jurídico da magistratura nacional foram cobrados em 07 (sete) questões de diferentes concursos da magistratura estadual e em 02 (dois) da magistratura federal. Foram realizadas 02 (duas) questões de filosofia do direito em concursos da magistratura estadual e este conteúdo não foi cobrado em nenhuma das provas da magistratura federal analisadas. Por fim, teoria geral do direito e da política foi objeto de 05 (cinco) questões da magistratura estadual e de 03 (três) questões da magistratura federal.



Em relação aos assuntos das questões de sociologia do direito, verificou-se que 02 (duas) questões exigiam conhecimentos sobre o item 4 do anexo VI, ou seja, “conflitos sociais e mecanismos de resolução. Sistemas não-judiciais de composição de litígios”. Havia uma questão a respeito de item 2, mais precisamente sobre controle social e direito. E, por fim, uma questão sobre administração da justiça.

A análise das questões discursivas nos permite concluir que embora exista a previsão quanto ao conteúdo de “Noções Gerais do Direito e Formação Humanística” em pelo menos 80,55% dos editais analisados em relação à magistratura estadual este conteúdo não apareceu em 14,25% das provas discursivas e na magistratura federal em 41,66%.

Deste modo, das provas em que foi cobrado o conteúdo de “noções gerais do direito e formação humanística” na magistratura estadual (85,71%), a maior parte deles (33,33%) era sobre

ética e estatuto jurídico da magistratura, 23,80% era sobre teoria geral do direito e da política, e, por fim, 9,52% de sociologia do direito, de psicologia judiciária e de filosofia do direito, cada uma.

Já na magistratura federal, em 41,66% das provas o conteúdo de “noções gerais do direito e formação humanística” foi ignorado, aparecendo em 58,33% das provas discursivas, sendo que 25% das questões era sobre teoria geral do direito e da política, 16,66% era de ética e estatuto da magistratura e, também, 16,66% era de sociologia do direito.

Em relação às quatro questões discursivas sobre sociologia do direito, todas elas tratavam de conteúdos abordados pela resolução, ou seja, embora em alguns editais exista previsão para além dos conteúdos indicados pela norma, as questões limitam-se ao conteúdo já estabelecido. Assim, as questões referem-se aos tópicos relativos a controle social e direito, conflitos sociais e mecanismos de resolução, mais precisamente sobre sistemas não-judiciais de composição de litígios, e administração da justiça. De modo que todos os demais tópicos abordados pela resolução foram completamente ignorados pelas bancas de organização de concursos para ingresso na carreira da magistratura.

#### **4 CONCLUSÃO**

Verificou-se que embora todos os concursos públicos cujos editais foram lançados após a Resolução nº 75/2009 do CNJ tenham previsto em seus conteúdos programáticos o conteúdo de sociologia do direito, a aparição do conteúdo nas provas ainda ocorre de maneira pequena. Uma hipótese para a presença ainda tímida do conteúdo é o fato de ser considerado pela resolução como sendo de “noções gerais do direito e formação humanística”, dividindo espaço com os conteúdos de psicologia judiciária, ética e estatuto jurídico da magistratura, filosofia do direito e teoria geral do direito e da política. No entanto, embora este seja um fator que colabore para a ausência de questões envolvendo o conteúdo de sociologia do direito, é preciso levar em consideração também que em 14,25% das provas discursivas da magistratura estadual não tiveram nenhuma questão para explorar o conhecimento “humanístico”, como prevê a resolução. Na magistratura federal esse número é ainda maior, sendo que 41,66% das provas não trazem questões sobre “noções gerais do direito e formação humanística”.

Além disso, como afirmado acima, o fato de a resolução classificar a sociologia do direito como sendo um conteúdo de “Noções Gerais do Direito e Formação Humanística”, junto com outras disciplinas, levou à análise de quais conteúdos são mais frequentes nas provas, sendo que das 33 (trinta e três) questões analisadas, apenas 04 (quatro) eram sobre o conteúdo de sociologia do direito, ou seja, apenas 12,12% das questões, ao passo que o conteúdo de Ética e Estatuto da

Magistratura aparece em 27,27% das questões e o conteúdo de Teoria Geral do Direito e da Política aparece em 24,24% das questões. Demonstrando que, dentre todos os conteúdos “humanísticos”, privilegia-se o conteúdo sobre ética e estatuto da magistratura e teoria geral do direito.

Portanto, ainda que exista a regulamentação para que este conteúdo seja cobrado nas provas de segunda e quarta etapa dos concursos públicos para a magistratura nacional, a nível da magistratura estadual e federal, verificou-se uma presença bastante tímida do conteúdo de “Noções Gerais do Direito e Formação Humanística”, em especial, do conteúdo de sociologia do direito. Estes dados revelam uma certa resistência das bancas de concursos para inserirem tal conteúdo em suas provas, seja pela ausência de familiaridade com ele, seja por não considerarem importante.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Educação. **RESOLUÇÃO Nº. 9, de 29 de setembro de 2004**. Brasília, 2004. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09\\_04.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2017.

DANTAS, Humberto; SADEK, Maria Tereza; GRANADO, Antonio; PERES, Ursula Dias; DINIZ, Simone; LAMARI, Roberto. **Reforma do Estado brasileiro: perspectivas e desafios**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2010.

ENGELMANN, Fabiano. **Elementos para uma sociologia da diversificação do campo jurídico brasileiro pós-redemocratização**. Florianópolis: Revista de Ciências Humanas, nº 39, p. 99-115, Abril de 2006.

\_\_\_\_\_. **Sentidos Políticos da Reforma do Judiciário no Brasil**. Rio de Janeiro: Revista Direito e Práxis, vol. 07, nº 12, 2015, p.395-412.

FARIA, José Eduardo. (Org.). **A crise do direito numa sociedade em mudança**. Brasília: UNB, 2009.

\_\_\_\_\_. **Sociologia jurídica: crise do Direito e práxis política**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_\_; CAMPILONGO, Celso. **A sociologia jurídica no Brasil**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

FRAGALE FILHO, Roberto. **Conselho Nacional de Justiça: desenho institucional, construção de agenda e processo decisório**. Dados. Rio de Janeiro, v. 56, nº 4, p. 975-1007, 2013.

FONTAINHA, Fernando de Castro, GERALDO, Pedro Heitor Barros; VERONESE, A.; ALVES, Camila Souza. **O concurso público brasileiro e a ideologia concursista**. BDA. São Paulo, v. 32, p. 58-76, 2016.

SADEK, Tereza; BENETI, Sidnei Agostinho; FALCÃO, Joaquim. **Magistrados: uma imagem em movimento**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SOUTO, Claudio; FALCÃO, Joaquim (org.). **Sociologia e direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

\_\_\_\_\_. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.



# GP11

## **DIREITOS HUMANOS, SAÚDE E SOCIOLOGIA: QUAIS AS TEORIAS APLICADAS PARA A CONTEMPORANEIDADE?**

Coordenação:

Profa. Dra. Sandra Regina Martini (UniRitter)

Profa. Dra. Vládia Soares (UFMG)

Prof. Dr. Matteo Finco (UniRitter)

# DAS INTERNAÇÕES À REDUÇÃO DE DANOS: UMA EXPERIÊNCIA DE PESQUISA-AÇÃO COM POPULAÇÃO DE RUA EM FRANCA

Túlio Boso Fernandes dos Santos  
(Graduando em Direito na FCHS de Franca – UNESP)  
tuliobosofs@gmail.com<sup>1</sup>

**RESUMO:** Apesar de bem disciplinada na Portaria do Ministério da Saúde, nº 1.028, de 2005, práticas de Redução de Danos (RD) são raramente aplicadas como alternativa de tratamento para pessoas que possuem uma relação complexa com a drogadição. Voltada para a educação em RD a partir das questões atinentes à população de rua em Franca, essa pesquisa utiliza o método da Pesquisa-Ação Existencial com o intuito de promover tais práticas. Com uma longa lista de espera para internar, a institucionalização passa a ser a principal política municipal para consumidores de drogas, indo na contramão da Lei da Reforma Psiquiátrica. Entretanto, a partir de nossa experiência de Grupo de Estudos em RD com o Consultório na Rua, a construção de práticas de RD no município passa a ser vislumbrada, juntamente à Rede de Atenção Psicossocial. Nesse sentido, é que esse artigo se desenvolve, contrastando as atuais internações às novas possibilidades de tratamento com RD.

**Palavras-chave:** Redução de Danos. População de Rua. Internação.

## 1 FRANCA, SUA POPULAÇÃO DE RUA E A REDUÇÃO DE DANOS

Iniciei meus trabalhos com a população de rua há dois anos por meio do grupo de extensão Núcleo de Cidadania Ativa (NCA). Por meio da arte, estabelecemos nossas primeiras relações com tal população, construindo junto a eles um teatro sobre Zumbi dos Palmares. Posteriormente, nos aprofundamos nas violações de direitos que a população de rua sofre em Franca. Concentramo-nos em duas violações: físicas, praticadas por policiais militares e guardas municipais, e retirada de pertences pessoais. Para tanto, começamos a entrevistar a população de rua, em focos de concentração pela cidade, encaminhando os casos autorizados à Defensoria e ao Ministério Público.

Franca é um município localizado no nordeste do Estado de São Paulo e conta com 318.640 habitantes (IBGE, 2010). Além disso, o município ocupa uma área territorial bastante extensa e periférica. Politicamente, é bastante conservadora – expressão clara do interior paulista – tendo o candidato eleito para presidência, Jair Bolsonaro (PSL), 75,39% de votos válidos (Especiais G1, site, Acesso em 20/11/18).

No início de 2018, a Prefeitura lança a campanha publicitária “Não dê esmolas” desestimulando essa prática nos semáforos. *Manguear*, expressão utilizada pela população de rua para se referir ao ato de pedir uns trocados aparece como uma fonte de renda alterativa a essa população, que não consegue trabalho devido ao atual cenário econômico de crescimento do desemprego; ao preconceito inerente a essa população, entendida muitas vezes como *nóia*, sem

---

<sup>1</sup> Orientador: Murilo Gasparido. (FCHS de Franca – UNESP). E-mail: murilo.gasparido@unesp.br.



endereço fixo para se ter alguma referência empregatícia; à insuficiente renda advinda de trabalhos informais. A incoerência atinge níveis alarmantes no momento em que contraditoriamente a Prefeitura desestimula a prática de esmolas, por existir serviços adequados a suprirem necessidades básicas dessas pessoas, ao passo que corta a alimentação oferecida no Centro de Referência Especializado para Pessoas em Situação de Rua (Centro POP).<sup>2</sup>

Já no âmbito do Legislativo, desde sua implantação em 2012, o Centro POP sofre inúmeros ataques da Câmara Municipal, questionando sua eficácia e exigindo relatórios a respeito dos trabalhos realizados. Os relatórios são apresentados com resultados bastante positivos, a questão é “engavetada” e após alguns meses, novamente aparecem como pauta questionamentos a cerca de seus resultados. Em Audiência Pública realizada em 11 de abril de 2018, convocada pelo vereador Correa Neves Jr. (PSD), a respeito do serviço Centro POP, o vereador Pastor Otávio (PTB) afirmou que o serviço é responsável pelo aumento da população de rua no município uma vez que acomoda o “vagabundo” ao fornecer alimentação e produtos de higiene pessoal. Talvez, uma de nossas mais profundas ignorâncias seja confundirmos as causas e as consequências de um fenômeno.

\*

No intuito de aprender novas perspectivas de trabalho com população de rua é que conheço o É de Lei. Este se configura como uma organização da sociedade civil sem fins lucrativos que empenha esforços na efetivação da redução de danos (RD) sociais e à saúde associados ao uso de drogas. “Nossas ações estão voltadas para o desenvolvimento da cidadania e para a defesa dos Direitos Humanos de pessoas que usam drogas, sobretudo em contexto de vulnerabilidade” (É de Lei, site, Acesso em 09/02/18). Localizado próximo à *Cracolândia*, na cidade de São Paulo, atua em duas perspectivas: em campo, distribuindo insumos para uma melhor utilização de substâncias psicoativas; em rodas de convivência, propiciando espaços de reflexão a cerca do consumo próprio.

As práticas em RD estão autorizadas na Constituição Federal em seu Art. 198 que garante:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à **redução do risco de doença e de outros agravos** e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (Grifos meus).

---

<sup>2</sup> Unidade pública da Assistência Social para atendimento especializado à população adulta em situação de rua. O Centro Pop é um espaço de referência para o convívio grupal, social e o desenvolvimento de relações de solidariedade, afetividade e respeito.

A RD se configura em um conjunto de práticas e técnicas individualizadas que visem à amortização das consequências maléficas decorrentes do consumo despreocupado de psicoativos. Partindo do pressuposto que o ser humano possui uma intrínseca relação histórica, e talvez mesmo ontológica, com o consumo de drogas, a RD não preza pela abstinência, mas sim por um consumo adequado e consciente que garanta a independência do indivíduo perante as substâncias psicoativas. Apesar de não se limitar à população de rua, existindo inclusive Coletivos de RD que atuem em Festivais de Música Eletrônica e Raves, tal qual o Projeto Respire, focaremos nas pessoas expostas a alto grau de vulnerabilidade social das ruas. Destarte, não apenas se relacionando com o tema da drogadição, a RD aparece como um autônomo olhar de si para si, valorizando o cuidado com a saúde biológica e psíquica do indivíduo, garantindo as aspirações de uma pessoa humana para livremente desenvolver suas distintas potencialidades.

Outro dispositivo legal que temos a respeito da RD é a Portaria do Ministério da Saúde, nº 1.028, de 1º de Julho de 2005. Nesta, observamos a regulação de suas práticas, determinando-se, em seu Art. 3º:

Definir que as ações de redução de danos sociais e à saúde, decorrentes do uso de produtos, substâncias ou drogas que causem dependência, compreendam uma ou mais das medidas de atenção integral à saúde, listadas a seguir, praticadas respeitando as necessidades do público alvo e da comunidade:

I - informação, educação e aconselhamento;

II - assistência social e à saúde; e

III - disponibilização de insumos de proteção à saúde e de prevenção ao HIV/Aids e Hepatites.

Entretanto, apesar de bem disciplinada, as práticas de RD são poucos comuns, principalmente no interior paulista. Isso se deve à dificuldade em se trabalhar com RD advindas de preconceitos a respeito da drogadição. Inclusive, de acordo com Taniele Rui (2012, p. 56), quando tais práticas chegam ao Brasil, no final da década de 1980 em Santos, com o intuito de dialogar com a expansão do HIV/Aids na região portuária, logo é barrada pela Justiça, por, segundo esta, fazer apologia às drogas. Além disso, por anos, redutores de danos tiveram que exercer seus trabalhos portando habeas corpus, caso fossem presos.

Dialogando com os funcionários dos serviços sociais e de saúde em Franca destinados à população de rua, foi ressaltada a dificuldade de se trabalhar com RD, a nível local, por diversos fatores. Entre tais empecilhos destacam-se a inexistência de capacitação para atuar com RD, uma vez que abrange um complexo universo multidisciplinar, além do projeto de desmonte de tais serviços, tornando-se alvos de um inescrupuloso preconceito provincial, fielmente crente de que práticas que assegurem a dignificação do indivíduo são máscaras para financiar *vagabundos*.

Receoso eu estava no início de empenhar essa Pesquisa-Ação, por temer que a questão da drogadição apenas tivesse sentido para minha pessoa, e que as práticas em RD não trouxessem qualquer compreensão simbólica, tanto à população de rua, quanto aos funcionários dos serviços municipais. Entretanto, eu estava enganado, e RD passou a ser pauta em diversos encontros e reuniões com ambos os atores.

Talvez isso se deva ao fato de que a grande esmagadora população de rua é consumidora de drogas, assim como a sociedade em geral o é. Todavia, as consequências desencadeadas pelo consumo de drogas com pessoas expostas a alto grau de vulnerabilidade social são distintas e mais severas. Outra questão é que os funcionários dos serviços apresentaram um contagiante interesse em estudar RD, com o intuito de realizarem seus trabalhos de forma mais segura e objetiva.

Apesar de ser um tema que se situa no âmbito da saúde, acredito que a RD muito bem dialogue com as situações de violação de direitos da população de rua expostos anteriormente. É a partir do estereótipo do *nóia* que a polícia é legitimada a agir com rigor contra essa população, uma vez que, no imaginário popular, um viciado poder fazer tudo por droga, inclusive te esfaquear por alguns trocados. Com relação à tomada de pertences pessoais, sob os auspícios da saúde e da vigilância sanitária é que a higienização do espaço público toma formato. Muito além de estabelecer uma relação mais saudável com substâncias psicoativas, as práticas em RD visam valorizar o indivíduo e sua autoestima para que passe a olhar para si e questione seu entorno.

Nesse sentido, para construir a presente pesquisa, utilizamos o método de Pesquisa-Ação Existencial (P-AE), desenvolvido por René Barbier. Esta consiste em uma **arte de rigor clínico, desenvolvida coletivamente, com o objetivo da adaptação relativa de si ao mundo** (BARBIER, 2007, p.67-73). Não se apoiando em uma perspectiva cartesiana de pesquisa, tal método, pretende romper com barreiras antes intransponíveis, propondo o diálogo, e não a confusão, entre prática e teoria, arte e ciência, realidade objetiva e subjetiva. Longe de ser esquematizada de forma intrincada, a P-AE se dá em uma abordagem em espiral, às quais noções-entrecruzadas são suscetíveis de serem utilizadas. Entre estas, denunciamos a complexidade, escuta sensível, pesquisador coletivo, avaliação, negociação, mudança, estando em conjunta comunicação, unidas pela abordagem em espiral, pelo processo de construção das ações e teorias, assim como pela autorização.

Devemos conceber a **Complexidade** a partir de uma visão sistêmica aberta, devendo “combinar a organização, a informação, a energia, a retroação, as fontes, os produtos e os fluxos, input e output, do sistema, sem fechar-se numa – clausura – para onde o leva geralmente seu espírito teórico” (BARBIER, 2007, p.91).

A **Escuta-Sensível**, termo comum tanto à metodologia presente quanto à RD, apoia-se em um “escutar/ver” de bases rogerianas, e pende para o lado meditativo<sup>3</sup>. Carl Rogers sustenta sua psicoterapia na ideia de uma Abordagem Centrada na Pessoa, apoiada em três princípios, quais sejam a consideração positiva incondicionada<sup>4</sup>; a congruência, tida como a coerência interna do próprio terapeuta e a empatia. Sobre este último, Barbier destaca que “o pesquisador deve saber sentir o universo afetivo, imaginário e cognitivo do outro para ‘compreender do interior’ as atitudes e os comportamentos, o sistema de ideias, valores, símbolos e mitos - existencialidade interna” (BARBIER, 2007, p.94).

Desdobrando-se tal noção, desembocamos na ideia de implicação. Segundo Barbier, “implicar-me consiste sempre em reconhecer simultaneamente que eu implico o outro e sou implicado pelo outro na situação interativa” (BARBIER, 2007, p.101). Partindo de uma abordagem transversal, podemos posicionar-nos as relações dos sujeitos para com os três universos do sentido, emergidos dos imaginários pulsionais, sociais e sacrais.

A partir da forma de trabalho desenvolvida no É de Lei é que baseio a instrumentalização da P-AE, tendo dois momentos complementares: de campo, juntamente ao Consultório na Rua<sup>5</sup> (CnR), a partir de Grupos de Estudos em RD; de reflexão, construindo Rodas de Vivências (RVs) com usuários do Centro POP. Nos Grupos de Estudos (GEs), debatemos e refletimos a cerca da RD por meio de textos produzidos pelo É de Lei, assim como outros referências teóricos que perpassam a medicina, a psicologia – com Carl Rogers-, e o direito. Nesses encontros quinzenais participam a Assistente Social, a Auxiliar de Saúde, a Enfermeira e o Apoio, assim como pessoas em situação de rua interessadas. Já nas RVs, momento que legitima nossa pesquisa, conto com a participação de Fabiana, graduanda em Serviço Social, e Brenda, graduanda em Medicina, que integram comigo o grupo de mediadores. Nessas, convidamos semanalmente usuários do Centro POP a dialogarem conosco e a refletirem diversos temas a cerca da drogadição. Elas costumam ter a adesão de seis pessoas, normalmente homens consumidores principalmente de bebidas alcoólicas, cigarro e crack, entre outras substâncias. Ambos os momentos têm como objetivo a educação em RD, tanto nossa, enquanto mediadores e pesquisadores, quanto da população de

---

<sup>3</sup> A plena consciência de estar, aqui e agora, ocasionando um estado de hiperobservação e de suprema atenção.

<sup>4</sup> Receber a aceitar a pessoa como ela é e expressar uma consideração positiva por ela, simplesmente por que ela existe, não sendo necessário que existam outras condições para isso. (ROGERS, Carl. Tornar-se Pessoa).

<sup>5</sup> Equipes de saúde móveis que prestam atenção integral à saúde da população em situação de rua, e trabalham junto aos usuários de drogas com a estratégia de redução de danos. Essas equipes possuem profissionais de várias formações que atuam desenvolvendo ações compartilhadas e integradas às Unidades Básicas de Saúde, CAPS, Serviços de Urgência e Emergência e outros pontos de atenção.

rua e dos funcionários de serviços destinados a esta. Ademais, faço uso de um diário de campo, que posteriormente é digerido e formalizado em relatórios.

Tema que permeia constantemente nossos debates, a internação aparece como uma questão latente a ser investigada. Diante disso, visitamos as Comunidades Terapêuticas (CTs) vinculadas à Prefeitura de Franca e o Hospital Psiquiátrico Allan Kardec, para conhecer suas estruturas e métodos terapêuticos desenvolvidos. A partir dessas visitas, passamos a construir comunicação entre o CnR, as CTs e o Centro POP.

Além dos GEs, das RVs e das visitas, entrevistas abertas são realizadas, com o intuito de investigar as situações que aparecem nos espaços de reflexão, como, por exemplo, as experiências de internação da população de rua.

Frequente também as reuniões da Rede de Atenção Psicossocial<sup>6</sup> (RAPS) assim como as de sua Comissão Álcool e Drogas. É nesse espaço que as experiências do GEs com o CnR foram assimiladas, surgindo o interesse de transformarmos esses ensaios em algo mais organizado e geral para os trabalhadores e trabalhadoras do município que atuam com a questão da drogadição.

Recentemente, passei a frequentar o Conselho Municipal Sobre Drogas (CMSD) e em dezembro iniciaremos uma sensibilização a cerca de RD com os funcionários do Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Drogas (CAPS ad). A pesquisa encontra-se ainda em fase de desenvolvimento, e trago, nesse artigo, apenas um recorte a respeito desta.

A respeito desse recorte, estabeleço considerações a respeito da atual política local destinada à população de rua consumidora de psicoativos. Abordo a questão das internações, voluntárias e involuntárias, a partir das visitas realizadas nessas instituições e entrevistas com ex-internos. Em contraposição, apresento as construções realizadas à implantação de uma rede de estudos em RD no município, elaboração esta coletiva e proporcionada através da Comissão de Álcool e Drogas. Tal contraditório estabelecido visa, por meio de instrumentos legais e ações desenvolvidas, apresentar novas possibilidades de tratamento ao consumidor de drogas, que não seja apenas a internação.

## **2 A PROBLEMÁTICA DAS DROGAS NA POPULAÇÃO DE RUA**

O Decreto nº 7.053 de 2009, considera, em seu Art. 1º, parágrafo único, população de rua como um:

---

<sup>6</sup> Conforme a Portaria n.º 3088, de 23 de dezembro de 2011, a Rede de Atenção Psicossocial instituir-se-á com a criação, ampliação e articulação de pontos de atenção à saúde para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

Grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

No intuito de contrastar as palavras secas da lei com a realidade crua das ruas é que apresento algumas figuras que conheci desenvolvendo a pesquisa. Os relatos possibilitam trazer maior complexidade a essa população que não pode ser compreendida apenas a partir de certas características. Outra possibilidade é a de apontar as distintas relações construídas entre pessoas em situação de rua e as drogas. Os nomes são fictícios.

Andressa, 41 anos, é mãe de seis filhos e consumia crack diariamente. Vive nas ruas há dez anos, somando inúmeras marcas em seu corpo advindas de violência doméstica. É HIV positiva. Recentemente, amealhou sentido para si substituir o crack por maconha, reduzindo drasticamente o consumo daquele. Está aguardando uma vaga para internação, pois essa foi a condição que sua filha lhe impôs para que pudesse voltar a morar com ela. Andressa está animada com a internação, almejando um respiro e disciplina.

Gerson, 45 anos, viveu nas ruas por quatorze anos, mas devido ao Centro POP, reestabeleceu laços com a sua mãe, com quem mora hoje. Consumiu crack excessivamente, estando há dois anos sem consumi-lo. Participa de forma ativa de nossos GE com o CnR trazendo a realidade da população de rua para esse espaço, e o legitimando. Devido a esse contanto permanente com a questão das drogas, deve estar sempre em alerta para não recair.

Mauro, 32 anos, pai, conseguiu auxílio moradia para sair das ruas. Entretanto, o benefício só veio por três meses, tempo que se mostrou insuficiente para conseguir aumentar sua renda mensal e pagar o aluguel. Trabalhando informalmente em barracas do camelô, passou a traficar crack para permanecer com seu lar. Consome apenas maconha de forma recreativa.

Sérgio e Antônia, casal que ocupava um vestiário – recentemente destruído – tinham um rato como animal de estimação. Sérgio prostituía sua companheira para que ambos pudessem conseguir dinheiro para consumir crack. Após os espancamentos que Antônia sofreu, não estão mais juntos.

### **3 ATUAL POLÍTICA MUNICIPAL PARA OS CONSUMIDORES DE DROGAS EM SITUAÇÃO DE RUA**

De acordo com a OMS,

A farmacodependência é um transtorno complexo com mecanismos biológicos que afetam o cérebro e a sua capacidade para controlar o consumo de substâncias. Ela é não apenas determinada por fatores biológicos e genéticos, mas também por fatores psicológicos, sociais, culturais e ambientais. Atualmente, não existem meios para

identificar as pessoas que se tornarão dependentes—nem antes nem depois do início do uso de drogas (OMS, 2004, p. 33).

Assim sendo, nas relações humanas com substâncias psicoativas não podemos fazer uma divisão binária entre não consumidores e dependentes. Existe entre esse dois polos uma vasta quantidade de relações construídas que perpassam o consumidor recreativo. Dessa forma, inexistente tratamento específico para a pseudo categoria de dependentes químicos, mas sim adequadas formas de construção individual de abordagens terapêuticas que tragam sentido ao paciente. É nessa perspectiva que RD aborda as relações de consumo e respectivos tratamentos.

Utilizarei o termo consumidor, e não usuário, para me referir ao indivíduo que consome drogas. São dois os motivos de minha escolha: usuário é um termo que traz uma carga estereotipada negativa, impedindo a real análise dos fatos; pessoas fazem uso de serviços – daí o termo usuário referente à população de rua que frequenta o Centro POP -, e não de produtos (psicoativos), estes são consumidos.

\*

Os CAPS “começaram a surgir nas cidades brasileiras na década de 80 e passaram a receber uma linha específica de financiamento do Ministério da Saúde a partir do ano de 2002, momento no qual estes serviços experimentam grande expansão” (Ministério da Saúde, 2005, p. 27). Tal linha de financiamento ganha forças a partir da vigência da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica. Esta teve como principal objetivo a eliminação da presença dos manicômios, assim como propostas alternativas à internação em Hospitais Psiquiátricos, valorizando, pois, a desinstitucionalização. É função do CAPS:

Prestar atendimento clínico em regime de atenção diária, evitando assim as internações em hospitais psiquiátricos; promover a inserção social das pessoas com transtornos mentais através de ações intersectoriais; regular a porta de entrada da rede de assistência em saúde mental na sua área de atuação e dar suporte à atenção à saúde mental na rede básica. (Ministério da Saúde, 2005, p. 27).

Direcionado às pessoas que fazem um consumo problemático de drogas, o CAPS ad em Franca encontra-se com sua equipe mínima preenchida, entretanto, esta se mostra bastante reduzida frente às necessidades apresentadas pelo município. Oferecendo poucas oficinas terapêuticas, que manifestam relativa resistência em adesão dos pacientes, o que lhe resta, muitas vezes, e por enorme pressão das famílias, é exercer um determinado proceder burocrático para as internações voluntárias e involuntárias em Comunidades e Clínica Terapêutica, respectivamente. Outro fator que contribui para esse quadro é a presença de um único médico psiquiatra no serviço, além deste possuir tendências claras à terapêutica de internação. Tal fato

entra em confronto com o Art. 4º da Lei da Reforma Psiquiátrica, estabelecendo que “a internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.”

De acordo com esse mesmo dispositivo legal, em ser Art. 6º, parágrafo único são apresentadas os tipos possíveis de internação psiquiátrica, quais sejam: internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

Por fim, a RDC nº 29 da ANVISA, estabelece requisitos de segurança sanitária para o funcionamento de instituições que prestem serviços de atenção às pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de substâncias psicoativas. Nesta, é clara a diferenciação entre:

As instituições que prestam serviços de atenção a pessoas com transtornos decorrentes do uso ou abuso de substâncias psicoativas (SPA), em regime de residência, tendo como principal instrumento a convivência entre os pares, de um lado, e os serviços referidos pela legislação sanitária como estabelecimentos de saúde, de outro. Esses últimos podem ser considerados como equipamentos de saúde (caso dos hospitais, clínicas e congêneres), já os primeiros devem ser considerados ‘equipamentos sociais’ (ANVISA, 2011, p. 4).

### 3.1 Das internações voluntárias

Classificadas enquanto **equipamentos sociais** com tratamento em regime de residência e a partir da convivência entre os pares, são quatro as Comunidades Terapêuticas (CTs) vinculadas à Prefeitura de Franca. Dessas, três são masculinas e uma feminina e todas são associadas à FEBRACT<sup>7</sup>. O número de vagas em cada instituição varia de vinte a trinta e cinco leitos. O financiamento das vagas vinculadas diretamente à Prefeitura é de R\$1.100,00, ao mês por leito. Já as vagas pagas pela Secretaria Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SENAD) são no valor de R\$1.000,00, e por fim, algumas poucas vagas são financiadas pelo Programa Estadual Recomeço, e recebem \$1.350,00. Em contrapartida, as CTs gastam em torno de R\$1.500,00 á R\$2.000,00 por interno ao mês, sendo tal diferença obtida a partir de doações.

A respeito das CTs masculinas, cada uma é adepta de uma religião específica: Amar Já é espírita; DCNOVI, evangélica e NAREV, católica. Segundo a assistente social do Centro POP, é muitas vezes, além da disponibilidade de vagas, a partir da religião praticada ou simpatizada pelo indivíduo em situação de rua que acontece o encaminhamento específico para à CT. Com rotinas bastante similares, pautadas em reuniões de convivência, espiritualidade, terapia em grupo,

---

<sup>7</sup> Federação Brasileira de Comunidades Terapêuticas



laborterapia e 12 passos, talvez seja a religiosidade uma das poucas marcas de diferenciação entre as CTs, além de algumas oficinas específicas ofertadas. Ademais, apenas a Amar Já conta com um médico psiquiatra no seu quadro de funcionários, sendo as demais assistidas pelo médico do CAPS ad em caso de necessidades. Além disso, todas oferecem Grupos de Apoio aos familiares e aos ex-internos em reuniões semanais que, normalmente, possuem adesão.

A procura por internação voluntária entre a população de rua é alta, e são raros os casos de indivíduos que nunca passaram por uma CT – inclusive, em certos casos, já foram internados mais de cinco vezes. Os motivos por essa procura são, por vezes, variados, não tendo foco exclusivo na abstinência. Alguns querem apenas dar um respiro da vida nas ruas, ter uma cama para dormir e uma alimentação digna, além de almejem distância das companhias que *arrastam* para o consumo. Entretanto, um motivo que se destaca nos discursos dos que querem se internar é a necessidade de **disciplina** no cotidiano, ânsia que talvez seja saciada com a rotineirização das tarefas empenhadas nas CTs, horários e fiscalização dos afazeres. E nesse sentido as CTs ganham as características de “Instituição Total”, definida por Erving Goffman como “um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos, com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada” (GOFFMAN, 1999, p.11 apud RUI, 2007, p. 58). Ademais, a aderência ao tratamento raramente ocorre, permanecendo lá internados por dias, ou semanas, ao passo que o procedimento se completa entre seis a nove meses, variando do caso ou da instituição.

Os 12 passos<sup>8</sup> são utilizados em todas as CTs pesquisadas como proposta de tratamento do “paciente”. Nestes, a palavra *Poder Superior* aparece de forma constante.

No contexto do tratamento, essa evocação é bastante funcional porque visa ressaltar o reconhecimento de que o indivíduo perdeu o controle sobre si mesmo e, acima de tudo, de que precisa recorrer a uma instância superior, ou a algo mais poderoso que ele próprio para conseguir reestruturar sua vida. (RUI, 2012, p. 83).

Outra situação corriqueira nas reuniões dos 12 passos é a lembrança da dor e sofrimento causados pelo abuso de substâncias psicoativas. “Só com a dor é possível aceitar que o controle da

---

<sup>8</sup> 1) admitir a impotência perante as drogas e que perdeu o controle da própria vida; 2) acreditar que um Poder Superior pode devolver a sanidade; 3) Entregar a vontade e a vida aos cuidados de um Poder Superior; 4) Fazer um minucioso e destemido inventário moral de si mesmo; 5) admitir para esse Poder Superior, para si mesmo e para os outros a natureza exata dos seus defeitos; 6) Ficar pronto para que um Poder Superior remova todos esses defeitos de caráter; 7) Humildemente, pedir a um Poder Superior para que Ele remova essas imperfeições; 8) Fazer uma relação de todas as pessoas que prejudicou e se dispor a fazer reparação a todas elas; 9) Fazer reparação direta a essas pessoas, exceto quando fazê-lo implica em se prejudicar ou prejudicar as outras pessoas; 10) Continuar a fazer o inventário pessoal e, quando estiver errado, admitir prontamente; 11) Procurar, através da prece e da meditação, melhorar o contato consciente com um Poder Superior, rogando apenas o conhecimento de Sua vontade e força para realizar essa vontade; 12) Tendo tido um despertar espiritual, por meio destes passos, levar esta mensagem a outras pessoas e praticar esses princípios em todas as atividades (RUI, 2012, p. 82).

vida foi perdido e que há a necessidade de ajuda” (RUI, 2012, p. 83), e assim possibilitam uma adequação, sem grandes resistências, tanto às normas de funcionamento da instituição quanto ao tratamento.

É a partir da anulação das histórias com o intuito de igualar todos os participantes das reuniões que estabeleço minha principal crítica aos 12 passos. De acordo com a RD, as relações construídas entre o indivíduo e as drogas por este consumidas são necessariamente **individualizadas**. Assim sendo, negligenciar as particularidades de cada pessoa para que esta se adeque a um coletivo se apresenta como um fenômeno que não consegue assimilar a complexidade da drogadição. Inclusive, entrevistando um ex-interno, este afirmou que “esse Poder Superior não é fonte de libertação do jeito que eles colocam lá. Isso [12 passos] foi feito por um americano, e não é para nós brasileiros”, além de comentar sobre extremo caráter repetitivo e mecânico presente nas reuniões dos 12 passos.

Outra questão latente às CTs é seu fechamento para o mundo. Um indivíduo em situação de rua que lá se interna passa a conviver em um espaço artificial que não dialoga com o seu cotidiano real. Dessa forma, como por em prática tal disciplina lá recebida se as variáveis são imensamente diferentes. Enquanto nas CTs há camas, comida e terapia, nas ruas há frio, fome e a presença constante das drogas.

No intuito de modificar essa situação, as CTs passaram a permitir as *saidinhas*. Cada qual a sua maneira, e com constâncias diferenciadas, que variam entre quinzenais há mensais, foi adicionado ao projeto terapêutico a prática de permitir aos internos que saiam das CTs por alguns dias, de forma, normalmente, progressiva. Para tanto, é construído junto ao terapeuta um plano de saída, com seus objetivos e anseios. Em nenhum caso ocorreu a evasão do paciente.

Recentemente o Município de Franca pactuou sua entrada no Programa Estadual do Recomeço. Apesar de apresentar uma ampla opção de tratamentos ao dependente químico, tal programa apenas disponibiliza recurso para as internações, possibilitando ao Município acessar uma vasta rede de leitos para internação em CTs por todo o Estado. Novamente ressalto o art. 4º da Lei da Reforma Psiquiátrica que estabelece a internação como última alternativa e questiono se de fato valorizamos outros métodos.

### **3.2 Das internações involuntárias**

Eram três horas da madrugada, um funcionário do Abrigo Provisório acorda Daniele, comunicando que sua mãe estava ao telefone. Um pouco atordoada pelo interromper do sono, a mulher se espreguiça e vai até o aparelho que se encontrava na recepção. O telefone estava

mudo. Dois grandes homens a abordam e comunicam da sua internação involuntária. Eles explicam que ela seria encaminhada para Charqueada, SP, e lá passaria por um tratamento para dependentes químicos. Pondo, a sua frente, um copinho descartável com comprimidos, ordenam para que ela tome a medicação. Daniele faz dois pedidos: despedir-se de seu companheiro que estava dormindo no Abrigo e para não tomar a medicação, pois iria de boa vontade. Ambos são negados. O tratamento é completado após seis meses confinada na Clínica de Reabilitação. Apenas uma semana em “liberdade”, Daniele volta a consumir crack.

Denominadas *remoções*, o procedimento de encaminhar o paciente à Clínica de Reabilitação (CRe) ocorre com apoio da Guarda Municipal e é realizada pela equipe da própria Clínica. Sempre na madrugada, são divididos em grupos e após cada remoção, o paciente é encaminhado para base da Guarda onde se encontra uma Van. Lá permanecerá dopado, aguardando que todas as remoções sejam realizadas, para, posteriormente, ser encaminhado para Charqueada, cidade na qual se localiza a Clínica Renovare, contratada pela Prefeitura de Franca. Ao relatar como ocorrem tais retiradas, o Guarda Civil, que participou da remoção de seis pessoas, disse achar estranho esse procedimento. “Inexistia mandado, ou qualquer instrumento formalizado e assinado que não fosse a cópia de uma receita médica e alguns endereços anotados na mão de um funcionário da Clínica.” Inclusive, em certa remoção, a mãe implorou para que não levassem seu filho, pois estava arrependida do pedido de internação que havia dado entrada. A equipe consentiu com as suplicas. Ademais, a cerca das remoções, disse o companheiro de uma interna, “sequestraram minha mulher.”

Com uma fila de espera com mais de duzentos nomes, por volta de dois anos é o tempo para se aguardar uma vaga na de internação involuntária pelo CAPS ad. Contado com cento e quarenta vagas, metade feminina e metade masculina, ao ano, estas parecem insuficientes para atender as ânsias de institucionalização dos familiares dos dependentes químicos. Vale ressaltar que não como equipamentos sociais, mas sim de **saúde**, é o modo como as CRe são encaradas na RDC nº29 da ANVISA.

Nas entrevistas com ex-internos, aparece um sentimento antagônico em relação à internação involuntária. Por um lado, percebiam a CRe como um ambiente agradável para se estar, com árvores e trocas de convivências, já por outra ótica, manifestam a restrição da liberdade e a ociosidade como sentimentos que traziam incômodo a se estar lá. Além disso, prescrição de medicamentos é intensa, com um cardápio que perpassa ansiolíticos, antidepressivos, estabilizadores de humor e calmantes. Outra face das internações pesquisadas que me traz estranheza são os castigos aplicados por conta de mau comportamento. Entre as

penas mais comuns infligidas estava a cópia do maior salmo da Bíblia e, em casos de tentativa de fuga, permaneciam trancafiados em um dormitório durante alguns dias, com a dose de medicamentos reforçada.

Por fim, as internações involuntárias manifestam-se como um prato cheio para os familiares dos dependentes químicos que, por desespero, ou por extremo cansaço, almejam a institucionalização. Deve-se ressaltar que com a ausência de sentido no tratamento para o paciente, a internação não trará resultado algum além de malefícios.

#### **4 A EXPERIÊNCIA BEM SUCEDIDA COM O GRUPO DE ESTUDOS EM RD**

Foi no Fórum Municipal de Políticas sobre Álcool e Drogas, realizado no final de junho de 2018, que apresentamos aos demais participantes do Grupo de Trabalho em Redução de Danos nossa experiência com o Grupo de Estudos (GEs) construída junto ao Consultório na Rua (CnR). Bem recepcionada pelos demais, foi proposto e aprovado a implantação de estudos em RD para o município.

Os GEs apareceram como um interessante espaço de reflexão a respeito da RD. Iniciamos com questões sobre o preconceito com as drogas e os estereótipos de usuários, todavia, seus melhores frutos advieram da presença constante de pessoas em situação de rua nos encontros. Os funcionários do CnR, apesar de trabalharem em contato direto com tal população, nunca haviam visto um cachimbo de crack, assim como as variadas técnicas de consumo. Isso dificultava o cotidiano de seus trabalhos, pois as informações permaneciam no âmbito do imaginário. Recentemente, conversando com a Auxiliar de Saúde do serviço, esta comentou que havia atendido uma grávida consumidora de crack, e que se sentiu preparada para responder às necessidades da paciente, rememorando as discussões realizadas no GEs.

A Comissão Álcool e Drogas da RAPS ficou responsável por desenvolver as propostas do Fórum. Dessa forma, passamos a frequentar suas reuniões e a debater a respeito das possibilidades da implantação de um espaço permanente de discussão a respeito de RD direcionado a todos os funcionários de serviços que trabalhem com a questão da drogadição de forma direta ou indireta. Os serviços que compõe tal Comissão sentiram-se empolgados com a proposta e o Centro de Tratamento e Aconselhamento DST/Aids (CTA) ofertou a disponibilidade de verbas para projeto, a partir do Plano de Ação e Metas (PAM).

O PAM destina-se ao governo estadual e tem duração de um ano, com o compromisso de continuidade e avaliação de suas propostas. O CTA assinalou que as verbas serão enquadradas enquanto capacitação em RD. Além disso, o psicólogo do serviço relatou que, em 2003, existia em

Franca a prática de distribuição de insumos para consumidores de drogas, mas que essa política durou apenas dois anos, pela falta de vontade política de seus administradores.

O Grupo de Estudos Geral não abarcará apenas as práticas de RD com a população de rua, mas dialogará também com as necessidades de outras populações, como a jovem, idosa, carcerária, etc. No mês de Dezembro iniciaremos a construção prática desse projeto, debatendo a cerca de temáticas pertinentes, palestrantes possíveis e divulgação.

Talvez, a partir da discussão ativa e a da implantação de práticas em RD, o protagonismo das internações como opção de tratamento diminua, ao passo que os funcionários dos serviços estejam mais preparados para acolher seus usuários, ao invés de apenas reproduzir procedimentos gerais de internação.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Voltando ao Art. 3º da Portaria do Ministério da Saúde nº 1.028, que contém ações possíveis no campo da RD, destaco que estamos desenvolvendo, em âmbito municipal, a educação em tais práticas – medida compreendida no inciso I do referente artigo citado. Entretanto, vale ressaltar que, a partir desses encontros em rede, práticas integradas entre a assistência social e a saúde foram implementadas, ocorrendo mensalmente reuniões para discussão de casos entre os diversos serviços que abarcam a população de rua – referente ao inciso II. Ademais, juntamente ao CnR, estamos aperfeiçoando um kit de insumos a ser distribuído a essa população, contendo alguns itens básicos como água, barra de cereais, protetor labial, preservativos e material informativo, e assim, consolidando medidas abarcadas no inciso III.

Dessa forma, estamos aplicando ao município práticas em RD, com o intuito de promover alternativas de tratamento aos indivíduos em situação de rua que consomem substâncias psicoativas, para que a internação voluntária apenas ocorra quando necessária e, principalmente, com sentido ao próprio paciente. Para tanto, o CAPS ad deve ser aperfeiçoado. É nesse sentido que iniciaremos, em dezembro, uma sensibilização a cerca de RD com os funcionários do referido serviço. Além disso, estamos cobrando o Secretário de Saúde para que complemente a equipe do CAPS ad, contratando mais um médico psiquiatra, mais oficinairos e psicólogos e assim adequando o material humano às demandas do município. Já com relação á estrutura do serviço, está ocorrendo a sua expansão, com obras previstas para que se concretizem dentro de oito meses, após longo período paralisadas. Além disso, a participação recente das CTs vinculadas á Prefeitura na Comissão Álcool e Drogas pode trazer uma interessante interação entre os serviços, concretizando um alinhamento nas ações e adequação dos fluxos, afinal RD pode muito bem

dialogar com a internação voluntária – tema possível para futuros artigos - mas nunca com a involuntária.

Para se trabalhar a questão das internações involuntárias, talvez, a figura que mais necessite ser transformada seja a família do consumidor de drogas. Brigando com a recepcionista do CAPS ad, familiares exigem a internação, crendo ser única escolha possível de tratamento. Para estes, o acolhimento do serviço deve ser modificado, construindo-se estratégias que dialoguem de forma pedagógica com o familiar, desestimulando-o à requerer a internação e lhe apresentando possibilidades diversas. Uma vez aceita a sua condição de co-dependente, o familiar pode estar aberto a se transformar, deixando de repetir que apenas o outro (dependente) é o problema.

A respeito do método escolhido para se pesquisar, a P-AE se mostra como uma interessante proposta a ser desenvolvida, principalmente por trazer de forma latente a transformação da realidade como objetivo. Acredito que esse escopo está sendo aperfeiçoado e a RD vem sendo assimilada, tanto pela população de rua, nas RVs, quanto pelos trabalhadores dos serviços que dialoguem com tal população, de forma curiosa e com bastante empenho. Afinal, tanto os usuários, quanto os próprios serviços são constantemente marginalizados pelas ações da administração pública, ancorando-os com inúmeros desestímulos.

Por fim, apesar da minha área de conhecimento se localizar no âmbito do Direito, trabalhar com a multidisciplinaridade presente no objeto pesquisado aparece como algo necessário, principalmente dada a complexidade do fenômeno. Apesar das dificuldades existentes em se aventurar em outras ciências, principalmente devido às fronteiras positivistas destas, o constante diálogo com outros saberes vem sendo uma experiência ímpar e atual. Acredito que esta é bastante facilitada por meu contato não se limitar á textos, mas incluir o cotidiano dos trabalhadores dessas outras áreas, assim como a presença nas RVs da Fabiana, estudante de Serviço Social, e de Brenda, estudante de Medicina.

## REFERÊNCIAS

BARBIER, René. **A Pesquisa-Ação**. Tradução de Lucie Didio – Brasília: Liber Livro Editora, 2007;

RUI, Taniele. **Usos de “drogas”, marcadores sociais e corporalidades**: uma perspectiva comparada. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Universidade Estadual de Campinas, SP, 2007.

RUI, Taniele. **Corpos abjetos**: etnografia em cenários de uso e comércio de crack. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, 2012.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Neurociências: consumo e dependência de substâncias psicoativas: resumo**. Genebra, 2004;

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. DAPE. Coordenação Geral de Saúde Mental. **Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil**. Documento apresentado à Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. OPAS. Brasília, 2005;

BRASIL, ANVISA. **Nota Técnica nº 1/2011**. Esclarecimentos e orientações sobre o funcionamento de instituições que prestem serviços de atenção a pessoas com transtornos decorrentes do uso, abuso ou dependência de substâncias psicoativas - RDC nº 29, de 30 de junho de 2011. Brasília, 2011;

BRASIL, IBGE. **Panoramas das Cidades, Franca – SP**. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/franca/panorama>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

É DE LEI. **Quem somos**. Disponível em: <<http://edelei.org/pag/quem-somos>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

ESPECIAIS G1. **Apuração por Zona Eleitoral para Presidente**. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/eleicoes/2018/apuracao-zona-eleitoral-presidente/franca/2-turno/>>. Acesso em: 20 de nov. 2018.



**GP12**

**SOCIOLOGIA DO PROCESSO E DA  
ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS**

Coordenação:

Prof. Dr. Paulo Eduardo Alves da Silva (FDRP/USP)

Prof. Dr. Pedro Heitor Barros Geraldo (UFF)



# A MEDIAÇÃO E A FUNÇÃO DE PACIFICAR DIANTE DA PROPOSTA DE UMA “CULTURA DE PAZ”

*Aline Lemos Reis Bianchini*

(Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-USP)  
alemosreis@yahoo.com.br<sup>1</sup>

*Márcio Henrique P. Ponzilacqua*

(Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-USP)  
marciorique@usp.br<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este trabalho pretende contrapor a sentença e a mediação como métodos de tratamento de conflitos sob o ponto de vista de um tratamento adequado, especialmente sob o ponto de vista de uma medida que não signifique apenas uma solução provisória para o conflito. As análises foram feitas a partir de um estudo de caso selecionado por suas particulares características. As discussões foram tecidas utilizando como base teórica a Sociologia dos Tribunais de Boaventura de Souza Santos, e o amparo nas considerações de Pierre Bourdieu e Yves Dezalay. Foi estruturada em quatro tópicos, sendo o primeiro uma introdução, o segundo a descrição e uma breve análise do caso, e a terceira compondo as considerações sobre tratamento adequado do conflito. O texto é encerrado por um tópico de conclusão.

**Palavras-chave:** Cultura da pacificação. Mediação. Tratamento adequado de Conflitos.

## 1 INTRODUÇÃO<sup>3</sup>

O texto ora apresentado encontra-se no âmbito da chamada “Sociologia dos Tribunais”, conforme a proposta encetada por Boaventura de Souza Santos (2005), para quem, a modernidade desvela-se como um desafio à antiga proposta de administração de justiça Estatal. Ao mesmo tempo, associa-se à crítica teórica e metodológica engendrada pela “Sociologia do Campo Jurídico” (PONZILACQUA, 2018), cujas origens remontam aos estudos e análises sobre o Direito, suas homologias, ortodoxias e disputas simbólicas, conforme o entendimento de Pierre Bourdieu (BOURDIEU, 1986; 1991) e, depois, capitaneada e desenvolvida por Yves Dezalay, notadamente em sua aplicação concreta no campo das estratégias profissionais e mercadológicas (DEZALAY 1990; 1992; 2007).

O modelo tradicional de jurisdição dado a partir da consolidação dos Estados modernos reveste-se de uma promessa, pela teoria contratualista de Rousseau, de um Estado que toma para si a resolução dos conflitos sociais, sub-rogando-se aos seus cidadãos Esta promessa de eficiência

---

<sup>1</sup> Aline Lemos Reis Bianchini é especialista em Direito Processual Civil e Mestre em Direito, pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto.

<sup>2</sup> Marcio H. P. Ponzilacqua é Professor Associado da Universidade de São Paulo. Ministra as disciplinas de Sociologia Geral e do Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP – USP).

<sup>3</sup> Embora os autores tenham críticas à locução terminológica 'cultura da paz', que se mostra por vezes paradoxal e com tessitura aberta e polissêmica, reconhecem-na como importante por traduzir discussões teóricas atuais e por se tratar de uma expressão consagrada entre especialistas de meios alternativos de conflito, entendida pela academia como a que traduz a postura de uma busca de tratamento de conflito adequada, por meio de soluções construídas de maneira colaborativa pelas partes, através do diálogo.

na resolução dos conflitos, a partir dessa sub-rogação obrigatória e tida como necessária à vida social civilizada, entra em colapso diante dos novos arranjos da modernidade.

De fato, o século XX já foi marcado pelo surgimento de uma sociologia crítica, e de intensos movimentos sociais que conquistaram a ampliação e o surgimento de novas categorias de direito, o reconhecimento de novos sujeitos de direito, e a constatação da ineficiência do modelo tradicional de Justiça, diante da complexificação da vida social.

Assim, diante desta dissonância entre a forma tradicional de se aplicar Justiça e a sua cada vez mais unânime constatação de ineficiência destes meios tradicionais, é que as ciências jurídicas se aproximam da sociologia crítica, para reformar-se, reinventar-se e manter-se atual e legítima.

Tradicionalmente, ao avaliar este papel do Estado como solucionador de controvérsias, os teóricos tendem a citar o efeito causado pela sociedade de consumo, que resulta em “demandas de massa”, ou seja, demandas que surgem com elementos identificadores praticamente idênticos, e em imensa quantidade, as tais demandas repetitivas. Mas não é só na questão quantitativa que a justiça se mostra inadequada. De fato, a solução dada através de uma fórmula legal e genérica posta à observância obrigatória tem demonstrado ser insuficiente como ferramenta dentro de uma perspectiva de “solução de conflitos”.

A abordagem ora apresentada insere-se neste movimento crítico ao papel do aparato Estatal na resolução de conflitos, sobretudo, os conflitos que são submetidos ao processo judicial e à Sentença. Pretende-se utilizar como método e material de análise o estudo de um caso, selecionado da experiência prática de um dos autores, no âmbito da observação participante como mediadora, escolhido desta forma por entender ilustrar bem o conflito acerca da inadequação e insuficiência dos meios tradicionais de “solução” de conflitos, ante a complexidade das relações sociais.

A narrativa do caso procurará contemplar a análise sob o ponto de vista do garoto, que se vê envolvido em uma sucessão de desventuras, que se iniciam com a perda da mãe. O caso também foi selecionado em decorrência dos elementos constantes do conflito, para os quais concorrem como causas deflagradoras elementos jurídicos e extrajurídicos, bem como uma atuação desastrosa do ponto de vista do tratamento dispendido. Objetiva-se com esta análise comparar a sentença e a mediação como opções de tratamento de conflito disponíveis. Trabalha-se com a hipótese de que a mediação possui melhores aparelhamentos para tratar situações nas quais as dimensões não-jurídicas possuam um peso relevante nos motivos deflagradores do litígio.

Para tecer as considerações críticas a respeito do método mais adequado também se utilizará como referência os elementos descritos por Johan Galtung (1968; 1971; 2001;2004), através de seus estudos desenvolvidos no campo multidisciplinar dos *Peace Studies*.

## 2 O CASO SELECIONADO

Escolhe-se uma narrativa retirado da experiência forense. Trata-se das desventuras de um garoto que se vê órfão aos seis anos de idade, e, após, assiste a desagregação de seu núcleo familiar.

A mãe, “T.”<sup>4</sup>, uma jovem de 28 anos, é acometida de dengue hemorrágica, e falece cerca de dias após o diagnóstico. Antes do falecimento, o núcleo familiar do menino era composto por pai, mãe, e avós maternos. Estes últimos, possuidores de um terreno de tamanho razoável, cederam uma faixa para que a filha recém-casada pudesse ali erguer algum prédio que lhe servisse de morada. O jovem casal, então, com esforço conjunto, construiu uma pequena casa, com entrada independente da propriedade original. Não há maiores informações a respeito da convivência durante o período anterior à morte da mãe, apenas as impressões pessoais passadas pelos avós maternos de que era um ambiente de colaboração entre estes e os pais do menino. Narram que a criança recebia a atenção e os cuidados da avó materna durante os períodos em que a mãe estava no trabalho, como o acompanhamento das tarefas escolares e os demais cuidados como alimentação e banho.

O pai, “A.”, e o menino continuaram residindo no mesmo lugar que moravam antes do falecimento repentino de “T.”. Entretanto, a convivência não era tranquila. Havia atrito entre sogro e genro, estas que versavam especialmente sobre a educação do garoto. O avô materno mostrava-se inseguro quanto à juventude e pouca experiência do genro, vendo-o como inconsequente, imaturo e temerário no trato com o menino, expondo o filho a riscos desnecessários. O pai do garoto, por sua vez, reclamava que o sogro se intrometia excessivamente na sua função de pai a ponto de parecer pretender usurpá-la.

As tensões contidas até então finalmente se deflagram em conflito direto cerca de seis meses após o falecimento de “T.”. Nesta ocasião, o viúvo sem maiores satisfações ou comunicações prévias, resolve trazer uma nova companheira para morar consigo na casa que

---

<sup>4</sup> Os nomes reais são substituídos por iniciais, aleatoriamente selecionadas, sem substrato algum com as designações concretas, por questões éticas óbvias, notadamente a preservação do sigilo a que está submetida a ação e o anonimato necessário das partes, por envolver criança ou adolescente.

habitava antes com sua falecida esposa. O incidente resulta na saída de “A.” da residência, levando consigo o menino, com a promessa de que os avós jamais tornarão a ver o neto.

Ato contínuo, o casal mais idoso procura então a defensoria pública, relatando o caso. O atendimento é feito preliminarmente e o caso é desmembrado, sendo cada um dos assuntos encaminhados a um defensor diferente, obedecendo a critérios organizacionais e de competência judicial. O caso então é remetido à Justiça, desdobrando-se inicialmente em um pedido de guarda e regulamentação de visitas, por parte dos avós maternos, contra o genitor; e, uma ação possessória, com liminar deferida, para afastamento de “A.” do imóvel emprestado.

A ação da vara de família é submetida a um processo conciliatório conduzido inadequadamente, no qual nenhuma das técnicas descritas nos manuais foi aplicada, e resulta em um acordo praticamente arrancado, com estipulações de visitas avuelas quinzenais. O genitor, que compareceu à audiência desacompanhado de advogado, ao sair, aparenta estar ainda mais enraivecido e resistente.

Como resultado, descumpre o acordo homologado, ocultando o garoto, por meses, da visita dos avós, enquanto retorna à Defensoria Pública e requisita novo procurador, buscando extinguir as visitas. O descumprimento do estipulado por homologação também repercute na esfera criminal com o registro de sucessivos boletins de ocorrência por parte do avô por descumprimento de ordem judicial.

O conflito deflagrado chegou ao Sistema Judiciário desdobrado em diversos processos, entre eles, pelo menos duas regulamentações de visitas, dois relativos a direitos reais, diversos boletins de ocorrência, uma indenizatória por danos materiais e morais, sem perspectiva de reconciliação entre as partes.

Em razão do atrito duradouro entre pai e avós, o garoto órfão cuja mãe já havia sido arrebatada repentinamente, também se viu privado da casa de infância e do convívio familiar a que estava anteriormente acostumado.

### **3 A INADEQUAÇÃO DOS MEIOS TRADICIONAIS DE JUSTIÇA PARA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS MODERNOS**

É quase lugar-comum nas ciências jurídicas reconhecer que os meios tradicionais de justiça não possibilitam resolução adequada e rápida dos conflitos. Aliás, historicamente, a instituição judiciária sempre teve percalços no sentido de conceber meios adequados de distribuição da justiça, em cujo projeto houvesse tanto a presteza rápida de modos de se interpretar o conjunto normativo – o direito – associado à eficácia da solução no âmbito das comunidades ou grupos

sociais aos quais se vinculam. Há embates por diversos capitais (econômico, sociais, simbólicos e culturais), subjacentes às disputas por “dizer o direito”, que se concretizam sob a forma do “capital jurídico”.

Esses lutas em torno do capital jurídico acabam por afastar o núcleo jurisdicional, isto é, a decisão prolatada, das manifestações existenciais em que os problemas emergem. Em outras palavras: há fragmentações sucessivas de sentido, forçadas por disputas internas e externas dos operadores do direito, que afastam gradativamente o campo jurisdicional do “*lebenswelt*” (mundo da vida) e tornam, por vezes, as sentenças e outros mecanismos decisório apenas implicadas num mundo à parte, repleto de formalidades e ritos, mas muito pouco atrelado às condições de existência que o justificam e explicam (PONZILACQUA, 2018; BOURDIEU, 1994).

O tópico ora discutido, pretende elucidar como, no âmbito da mediante e perante as informações hauridas do caso analisado, é possível demonstrar essa desconexão existencial entre o conjunto de ritos e decisões processuais ao modo tradicional.

Há ainda o escopo de demonstrar como a mediação pode servir de instrumento adequado ou mais eficaz para se buscar, no âmbito da prestação jurisdicional, o restabelecimento dos vínculos existenciais para o enfrentamento das questões propostas e a busca de soluções mais humanas e consistentes. Presta-se, pois, a conceber modos alternativos de composição, para além de discussão e apresentação meramente descritiva dos limites da forma tradicional de decisão.

### **3.1 Considerações sobre conflito e violência e o adequado tratamento de conflito, segundo Johan Galtung**

Durante o século XX floresceram novos interesses de investigação científica e novos campos da ciência surgiram e se desenvolveram. Um deles, um ramo particularmente multidisciplinar e desenvolvido com um propósito específico de alcançar um objetivo, foi o chamado “*Peace Studies*” ou os estudos para a paz. Este novo campo da ciência toma por objeto de análise o conflito, suas estruturas, seus processos deflagratórios, e também, os métodos, instrumentos e técnicas disponíveis para evita-los. Esta preocupação surge em resposta aos conflitos bélicos ocorridos no Século XX. Ante a constatação do aumento do poder de alcance e destruição conferido pelas novas tecnologias, a humanidade passou a entender que se não investisse em instrumentos para construir e manter uma paz duradoura, o escalonamento dos conflitos traria a aniquilação certa da vida no planeta.

O maior progresso dado pelos *peace studies* foi a mudança de paradigma a respeito da paz e seus processos. Até então, as teorias que versavam sobre o tema demonstravam um viés

descritivo da paz e guerra, como fenômenos naturais e inevitáveis. A paz, definida como a ausência de conflito (acepção negativa) é apenas o período em que não há o conflito armado, e este ciclo de alternância entre paz e guerra é um ciclo meramente natural, como o são as estações do ano. Grande parte dos estudos havidos até então tinham um viés de estratégia de dominação. Há um certo conformismo dentro da acepção negativa de paz de que os conflitos são cíclicos e é inevitável a alternância entre períodos de conflito aberto e de cessar fogo.

Embora os estudos para a paz do século XX em certa medida mostravam uma preocupação com a solução de conflitos entre países, ou, entre grupos dentro de um mesmo território ou país, interessantes análises foram desenvolvidas a respeito das estruturas da violência e do conflito, e, esta teoria que foi desenvolvida para ser aplicada dentro de um universo Macro (Global/Territorial), também pode ser aproveitada para o micro universo das relações individuais.

Uma mudança proposta por Johan Galtung (1968; 1971; 2001;2004) um dos pioneiros e co-fundadores destes estudos, insere-se na compreensão de uma dimensão abstrata do conflito. Até então, o conflito era entendido como existente somente quando houvesse a presença de ações concretas, de violência direta e aberta. Considerava-se iniciado o conflito apenas quando este escalonava para a violência verbal ou física. E a paz, por sua vez, vista como o estado negativo, de ausência de atos diretos de violência, é atingida quando estes atos concretos cessam. Para a concepção anterior de conflitos, este deixa de existir/é “pacificado” quando cessam os atos concretos de violência. Geralmente, para esta percepção de paz negativa, os remédios dados aos conflitos são também violentos, por exemplo, através de dominação e intervenção militar.

Mas a nova perspectiva a respeito da definição de conflito, sob uma acepção positiva de paz, adiciona uma nova preocupação em definir o conflito a partir de outros elementos abstratos e imateriais, levando em consideração as dimensões psíquicas, emocionais e estruturais do conflito. Por esta nova ótica um conflito não se inicia com a violência direta, mas bem antes, através de violências indiretas, que podem inclusive ser estruturais. E também não se encerra com a cessação dos atos concretos, mas somente com o tratamento de todos os seus elementos.

Galtung propõe que se não forem tratados todos os fatores determinantes, inclusive os de natureza “invisível”, quais sejam as violências abstratas, estruturais e emocionais, o conflito não deixa de existir. Ele pode até se acalmar durante um breve período durante o qual haverá apenas uma cessação de violência direta, mas estes períodos de cessar fogo não passarão disso, um armistício. E ainda, a experiência tem demonstrado que os conflitos quando reaquecidos, tendem a escalonar em relação à violência envolvida, pois esta violência vem tingida com ressentimento, frustração, revanchismo, mágoa e inconformismo.

### 3.2 A análise do conflito posto e o tratamento adequado

A comparação entre as teorias medievais e modernas de paz poderiam ser transpostas para a comparação entre a sentença e a mediação como métodos de tratamento. A sentença se alinharia com a perspectiva de uma paz negativa, só pode disciplinar aquilo que é elemento jurídico, e, que se expressa concretamente no mundo, tanto o é que se apoia naquilo que foi demonstrado nos autos através de um procedimento probatório.

Todavia, é preciso convir com Pierre Bourdieu a existência de traços estruturantes no âmbito do Direito, quer como ciência jurídica, quer como expressão normativa. Esses traços qualificadores do Direito como campo implicam em manifestação de valores hegemônicos em determinados espaços ou contextos sociais. Denotam “habitus” específicos engendrados entre os atores de grupos que dominam as respectivas estruturas de poder. Esses monopólios, associados à autonomia em relação a outros campos sociais e ortodoxias prevalentes, tornam-no (o campo jurídico) refratário às interferências de outros atores e sentidos ameaçadores oriundos de campos sociais distintos, ao mesmo tempo que integram e ressignificam positivamente os significados que reforçam e ratificam os conteúdos presentes no interior do próprio campo jurídico, notadamente com o fim de preservação de estatutos e de apropriação de capitais. A violência simbólica, exercida mediante mecanismos sofisticados de elaboração e consagração de sentidos e conteúdos dominantes (doxas e ortodoxias) são engendradas e estabelecidas por meio de recursos de linguagem, de nomeação e de formalizações rituais peculiares e rigorosas. Ela perpetua as violências e conflitos presentes nos contextos sociais de origem e serve para a veiculação das demais dominações sociais e da apropriação dos diversos capitais sociais (PONZILACQUA, 2018, p. 236-238; BOURDIEU, 1986).

Dentro desta perspectiva, o caso trazido a este estudo pode ser visto como formado por diversos conflitos separados e simultâneos, cada um deles iniciado por um ato concreto de violência. A expulsão/afastamento de “A.” da casa em que morava com o filho e a mulher é um ato de violência concreta que dá início ao conflito de direito real, e, este só se extingue com a cessação da violência, solução esta, implementada através de um ato coercitivo. Reconduzido ao imóvel, ato contínuo, “A.” renova as violências mútuas e reacende o conflito, com novo processo indenizatório movido contra o sogro.

E, daí, encaixa-se a tradicional visão da Justiça de que a sentença pacifica o conflito porquanto faz cessar os atos de violência concreta, obrigando o vencido a adotar determinada postura positiva ou negativa, sob pena de coação (violência) do próprio Estado. Por fim, furtando-

nos da discussão sobre a justiça da sentença, tecnicamente, esta só oferece solução violenta no sentido de que a resposta estatal é coercitiva e sujeita a uma execução forçada.

A sentença é uma solução dada dentro de um sistema positivista e inquisitório, organizado em princípios e garantias processuais, uma vez que a postura das partes do processo é a de confronto, os elementos do conflito são obtidos apesar das partes, com a resistência delas. Assim, a investigação da “verdade processual” deve ser pautada por princípios que preservem as partes de abusos e desmandos estatais. Mesmo os elementos extrajurídicos que emergem, como motivações e aspectos emocionais por exemplo, estes raramente são levados em consideração, a não ser quando transformados em elementos jurídicos. As soluções propostas pelo modelo tradicional de sentença são pouco criativas, pré-definidas por comandos postos anteriormente (princípio da anterioridade legal e princípio da legalidade) e a padronização das decisões é vista como uma garantia de imparcialidade do julgador e do sistema jurídico.

A grande crítica que é feita às teorias tradicionais de paz é a de que as abordagens por elas oferecidas geralmente resultam em armistícios, seguidos por multiplicação de conflitos abertos, cada vez mais escalonados em violência. E o mesmo ocorreu neste caso. Tratava-se de uma única relação naturalística, complexificada, mas que fatiada para se encaixar na jurisdição, acabou por promover uma multiplicação de novos processos.

Para este caso, um tratamento adequado deveria necessariamente compreender os múltiplos processos como um único litígio que se desdobra, com uma causa, ou causas concorrentes comuns, bem como contemplar elementos abstratos tais como o luto da família, que se torna importante na medida em que ressignifica a necessidade do avô materno em participar na criação do neto de maneira mais ativa, e, a resistência do pai, que se vê viúvo repentinamente, e com a hercúlea tarefa de cuidar do próprio filho sem a assistência da mãe do menino. Esta diferença de lutos é percebida pelo viúvo como necessidade de refazer sua vida, buscando outra companheira, enquanto para o pai, o mesmo ato é valorizado como desrespeito pela filha falecida. O luto do garoto em especial que é agravado pela desagregação da família jamais foi considerado por qualquer um dos adultos envolvidos no litígio.

Contudo, é preciso consignar que a proposta deste trabalho não é a de argumentar pela superioridade absoluta da mediação, mas de apenas demonstrar a quebra do paradigma tradicional do processo baseado na premissa de um modelo único para todas as situações, “*one size fits all*”. Para o caso selecionado, com características que se amoldam àquelas propostas, um modelo informal, naturalístico, demonstra ser o mais adequado, em oposição à sentença.



#### 4 CONCLUSÃO

A mediação é modo alternativo de solução de conflitos, que busca enaltecer algumas características oriundas do mundo da vida (*Lebenswelt*), tornando-as passíveis de aplicação no âmbito do direito.

O paradigma jurídico tradicional não tem se mostrado eficaz no âmbito das soluções de conflitos, por se mostrar contaminado por formas de verticalidade nas expressões de poder, igualmente consignadas em linguagem sofisticadas e distantes com formas rituais rígidas, herméticas e, não raras vezes, como expressão de modos de cosmovisão e interesses de grupos dominantes.

As dinâmicas existenciais e os conflitos subjacentes não são abarcados nem albergados pelos modos de expressão normativos nem pelas formas jurisdicionais equivalentes.

O estudo de caso apresentado, associado à revisão crítica haurida da Sociologia do Tribunais iluminada pela Sociologia do Campo Jurídico, demonstra que a mediação pode ser caminho de solução ágil e mais adequado por ter maior proximidade com os fenômenos existenciais de base.

No âmbito do direito de família, ainda que outros direitos estejam associados, como os direitos reais, as questões atinentes ao afeto e aos vínculos comunitários, notadamente as representações sociais típicas deste universo, devem ser tomadas como prioritárias. Em outras palavras, a consideração das conexões vitais de bases demonstra-se imprescindível para o encontro de soluções mais próximas do restabelecimento e da restauração de expressões de justiça. A humanização do direito, mediante a consideração dos vínculos existenciais, é tarefa incontornável para o aprimoramento da solução.

Em que se pese os limites das formas de mediação ela tem a vantagem de propiciar relações mais próximas, horizontais, com ritos e linguagens mais acessíveis, a depender, por certo, da habilidade e idoneidade dos profissionais envolvidos e das estruturas disponíveis. Ela permite ressignificação do campo jurídico e pode possibilitar avanços que limitem e ofereçam resistências às violências simbólicas presentes nas ortodoxias do direito.

Em razão desse escopo limitado, o trabalho pode ser ampliado no sentido da consideração de outros casos e exemplos em cuja solução a mediação (ou até mesmo a conciliação) pode servir de instrumento adequado e facilitador de composições.

Também pode ser desenvolvido no sentido de explicitar os limites dos modelos de mediação, pelas deficiências estruturais na prestação do serviço, que acabam inserindo-o nos mesmos paradigmas de dominação a que pretende dar respostas distintas.

Para o momento, contudo, o foco escolhido fora o de imprimir reflexão e crítica ante o modelo jurisdicional tradicional, e, ao mesmo tempo, mediante estudo de caso específico e elucidante, apresentar a mediação como via possível de solução de conflitos e de solidificação de relações sociais, notadamente familiares, e não de acirramento das tensões e diferenças, o que pode possibilitar dinâmicas efetivas de paz.

A cultura de paz, todavia, deve ser concebida como dinâmica e processual. A pacificação, como comumente é entendida, acaba por se tornar instrumento de dominação, em que a cosmovisão dos dominadores é imposta aos dominados. “Pacificar” é, na maioria das vezes, modo de sujeitar uma parte aos interesses da outra e obter algo assemelhado à *pax romana*. E isso vale tanto os macrocosmos sociais, como as sociedades complexas, como para os microcosmos, como as famílias.

Ao contrário, a paz, enquanto expressão substantiva, mantém-se como meta, ainda que num horizonte utópico, mas necessário. E implica reconhecimento, sobretudo dos vulneráveis. Requer alteridade e empatia. E exige profundidade, diálogo e constância, que somente um espaço aproximativo é capaz de propiciar, como os que devem ser cultivados pela mediação.

## REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. La force du droit: elements pour une sociologie du champ juridique. **Actes de la recherche en sciences sociales**, 64, 1986, p. 3-19.

\_\_\_\_\_. Les juristes, gardiens de l’hypocrisie collective”. In: CHAZEL, F.; COMMAILLE, J. (org). **Normes juridiques et régulation sociale**, Paris, LGDJ, coll. «< Droit et Société >>, 1991, p. 95-99.

DEZALAY, Yves. Vendre du droit en (re-)inventant de l’Etat: strategie constitutionnelles et promotion de l’expertise juridique dans le champ du pouvoir d’Etat. In: COHEN, Antonin; VAUCHEZ, Antoine. **La Constitution européenne: elite, mobilizations, vote**. Bruxelles : Editions de l’Universite de Bruxelles, 2007, p. 271-289 (posface).

\_\_\_\_\_. **Marchands de droit: la restructuration de l’ordre juridique international par les multinationals du droit**. Paris: Fayard, 1992.

\_\_\_\_\_. **Juristes purs et marchands de droit: division du travail de domination symbolique et aggrégation dans le champ du droit**. In: Politix. v. 3, n. 10-11, 1990, pp. 70-91

GALTUNG, Johan. Tord Höivik. Structural and Direct Violence: A Note on Operationalization. **Journal of Peace Research**. Vol 8, Issue 1, pp. 73 – 76. First Published March 1, 1971. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/002234337100800108>>. Acesso em: 05 de jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Violencia, guerra y su impacto** - Sobre los efectos visibles e invisibles de la violencia, 2004. Disponível em: <<http://them.polylog.org/5/fgj-es.htm>> Acesso em: 05 de jun. de 2018.

\_\_\_\_\_. **AFTER VIOLENCE: 3R, RECONSTRUCTION, RECONCILIATION, RESOLUTION:** Coping With Visible and Invisible Effects of War and Violence. In: *Reconciliation, Justice, and Coexistence: Theory & Practice*, ed. Mohammed Abu-Nimer, pp. 3-23. Lanham, Maryland: Lexington Books, 2001.

\_\_\_\_\_. Violence, peace, and peace research. **Journal of Peace Research**, Vol. 6, No. 3 (1969), pp. 167-191. Disponível em <[https://www.jstor.org/stable/422690?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/422690?seq=1#page_scan_tab_contents)>. Acesso em 05 de jun. de 2018

PONZILACQUA, Marcio Henrique Pereira. A Sociologia do Campo Jurídico de Bourdieu e Dezalay. In: **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 1, 2018, p. 226- 249.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice:** O Social e o político na pós-modernidade. 10. Ed. São Paulo: Cortez, 2005.



# A LEITURA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO A PARTIR DA MATRIZ PRAGMÁTICO-SISTÊMICA COMO PROPOSTA PARA A PRESTAÇÃO DE UM PROCESSO EFETIVO

*Guilherme Christen Möller*

(Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos)

guilhermecomoller@gmail.com

**RESUMO:** Tendo por problema de pesquisa a possibilidade de compreender o processo civil brasileiro a partir das propostas da matriz pragmático-sistêmica, especialmente diante um fenômeno que afeta o direito processual contemporâneo, a globalização, norteando-se o enfoque para a buscar em obter uma prestação efetiva do processo, este artigo, a partir do método pragmático-sistêmico, divide-se em dois capítulos. O primeiro, o objetivo específico deste estudo, dialogar com direito, globalização e complexidade a fim de que se obtenha um conceito contemporâneo de processo civil para o Brasil, e, no segundo, o objetivo geral deste trabalho, seguir a proposta do problema de pesquisa. Conclui-se que na visão contemporânea de processo, não mais deve ser lido a partir da padronização pretendida pela modernidade, afinal, mostra-se como insuficiente para lidar com a sua alta complexidade. A leitura do Direito Processual Civil brasileiro a partir da visão pragmático-sistêmica permite uma maior efetividade do processo diante dessa complexidade.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil. Matriz pragmático-sistêmica. Complexidade.

## 1 INTRODUÇÃO

Compreender a redefinição da perspectiva do sentido originário de determinado elemento, seja ele do direito ou não, é uma atividade que demanda um certo esforço. Por mais que ele permaneça sendo aquele originário, sua concepção está nesse infinito ciclo autopoietico. Para o Direito e o Processo, especialmente partindo-se da matriz pragmático-sistêmica, é o ponto primordial de qualquer que seja o instituto estudado. Para o caso deste estudo, objetivou-se restringir essa análise autopoietica tão somente para o direito processual, mais precisamente para o Direito Processual Civil do Brasil.

Em tempos de globalização, aliás, em que já é amplamente sentida no mundo, em que se tem um globo cada vez mais complexo, com relações sociais complexas, em que tudo, de certa forma, está ligado, a leitura a partir da proposta padronizada foucaultiana da modernidade é obsoleta. O mundo, as relações sociais, os conflitos, o direito e, principalmente, o processo, devem prescindir às propostas do paradoxo da modernidade. Naquilo que se entende por hipermodernidade, o processo, com toda a sua bagagem de complexidade, apenas poderá ser gerido de forma a busca cada vez mais efetividade – inexoravelmente, trata-se do pilar central do processo na contemporaneidade – se pela redução da sua complexidade, o que se dá, seguindo-se a proposta luhmanniana, exclusivamente pela proposição de uma teoria tão complexa quanto. Essa, inclusive, é a proposta deste estudo.

Na busca por orientar a compreensão dos caminhos que o processo civil brasileiro deve percorrer para que se tenha a sua prestação de forma cada vez mais efetiva, tem-se como problema de pesquisa a possibilidade de compreender o processo civil brasileiro a partir das

propostas da matriz pragmático-sistêmica, especialmente diante do fenômeno que muito afeta-o, notadamente, a globalização (complexidade e comunicação). A fim de responder ao problema de pesquisa, ou seja, de observar essa prestação de um processo efetivo a partir da leitura pragmático-sistêmica, criam-se dois objetivos de pesquisa. O primeiro, correspondendo ao objetivo específico, o primeiro capítulo, dialogar-se-á com o direito, a globalização e a complexidade, enfatizando-se para uma concepção contemporânea para o Direito Processual Civil do Brasil. O segundo (e último capítulo), o objetivo geral da pesquisa, por sua vez, a partir do que será observado no capítulo anterior, trabalhará com a ideia dessa matriz teórica do direito (pragmático-sistêmica), parafraseando-se trechos do primeiro capítulo, especialmente no que tange à complexidade e ao paradoxo da hipermodernidade, objetivando observar um caminho norte para alcançar essa prestação efetiva do processo em tempos cada vez mais complexos. Como hipótese, tem-se que o processo civil brasileiro não mais comporta uma leitura moderna, vez que não mais é possível conceber uma padronização dos conflitos. A pluralidade de contextos, policontextualidade, faz com que nasça uma pluralidade de tipos de conflitos, ou seja, uma despadronização daquela proposta moderna de conflito. A leitura do Direito Processual Civil brasileiro a partir da perspectiva pragmático-sistêmica permite observar toda essa complexidade.

## **2 DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E COMPLEXIDADE: EM BUSCA DE UMA CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL PARA O BRASIL**

Um primeiro ponto que se deve levar em conta para a proposta estabelecida neste estudo é que a visão que se deve ter pelo direito processual na perspectiva contemporânea é distinta em relação àquela do direito processual moderno. Isso se dá, inexoravelmente, partindo-se de Rocha (2017), porque há a redefinição da perspectiva do sentido originário daquilo que se entende pelo direito processual. Em outras palavras, há um movimento autopoietico no direito processual – isso pelo menos para a matriz norteadora deste estudo, no caso, a pragmático-sistêmica, afirmação distinta a ser feita com relação às matrizes analítica filosófica e hermenêutica. (ROCHA, 2013).

Partindo-se da proposta autopoietica trabalhada por Gunther Teubner (2005) – embasando-se em Niklas Luhmann que, no final de seu livro “O Direito da Sociedade” (2016), aponta para um caminho sobre a formação de um ordenamento jurídico para a sociedade mundial, especialmente com a ênfase nos direitos humanos –, a policontextualidade, tem-se que o direito processual é desafiado por um fenômeno que se denomina por globalização.

O direito processual de hoje sente, inegavelmente, esse fenômeno. Isso se dá em todas as espécies que compõem o gênero direito processual. Um exemplo do que se afirma pode ser

observado em um estudo realizado recentemente por Bernardo Leandro Carvalho Costa (2018), que, em sua dissertação de mestrado defendida em 20 de novembro de 2018, na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), na cidade de São Leopoldo (RS), tendo por marco teórico Gunther Teubner (fragmentos constitucionais), Chris Thornhill (a sociology of transnational constitutions) e Marcelo Neves (transconstitucionalismo), analisou a evolução do Constitucionalismo Transnacional a partir de uma análise sociológico-sistêmica da Operação Lava Jato. Mesmo que o foco de estudo do, agora, Mestre em Direito Público, tenha sido com ênfase no direito constitucional, há, inexoravelmente, um viés de abordagem que permite navegar e observar de forma clara a influência desse fenômeno (globalização) na seara do Direito Processual Penal.

Antes de avançar no estudo realizado por Costa (2018), deve-se ter como ponto de partida que se se parte do fenômeno da globalização como um norte para balizar a concepção contemporânea de direito processual – e consequentemente do Direito Processual Civil brasileiro –, tem-se um problema sobre com a própria essência, no caso, a globalização, visto que se trata de um termo polissêmico. Além de sua conceituação variar conforme o autor, pode ser observado a partir da constatação de distintos fatores, como seu caráter multidimensional, ou em sua dimensão econômica (no caso, sistema econômico capitalista sob a ideologia neoliberal), ainda, na perspectiva política ou cultural, enfim, há uma pluralidade de fatores que podem apontar para um norte conceitual acerca desse fenômeno. (CAMPOS; CANAVEZES, 2007).

Volta-se a atenção, no entanto, para Edgar Morin, o qual concebe a compreensão de globalização a partir de duas vertentes, no caso, a complexidade e a comunicação, suas duas globalizações. A primeira globalização, a complexidade, não deve ser entendida no sentido de dificuldade, visto que está associada à ideia de um mundo indissociável, de modo que tudo está ligado de alguma forma. Aliás, parafraseando-se o sociólogo francês, um exemplo de complexidade pode ser observado em nossos lares. Morin trabalha com o exemplo da pessoa que mora no país A, todavia, pela manhã, liga o seu rádio que foi produzido no país B, para, talvez, ouvir notícias acerca da, por exemplo, política do país C, enquanto degusta um café da manhã com café produzido no país D e suco de laranja produzido no país E. Após o café, veste-se com uma camisa de algodão produzida no país F e uma calça jeans produzida no país G. Enfim, o exemplo, sem qualquer óbice, poderia ser alongado para, justamente, sustentar que, de fato, há um inegável indissociabilidade do mundo. Ao mesmo tempo em que se tem contextos cada vez mais diversificados – contrapondo-se à disciplina foucaultiana, ou seja, de um molde padrão –, na perspectiva do aqui exposto, tem-se um mundo uno. A segunda globalização, a comunicação, é

associada à ideia de que a comunicação (e não compreensão) permite, cada vez mais, conectar as pessoas ao redor do mundo, especialmente com o avanço das tecnologias, como *tablets*, *smartphones*, *ultrabooks*, enfim, supera-se a limitação geográfica. Comunicação, no entanto, não associada exclusivamente a ideia de diálogo, mas como uma forma de conexão do globo. A área da saúde é um clássico exemplo para essa afirmação. Diferentemente do que acontecia a algumas décadas, hoje, se um médico precisar realizar um procedimento cirúrgico no outro lado do mundo, é possível que realize a operação via software em tempo real. (MORIN, 2007).

O problema dessa segunda globalização está no fato da dissociação semântica entre comunicação e compreensão. Superada a explanação acerca da comunicação, a compreensão está associada à ideia da comunicação da comunicação – exemplificando-se com um produto que é frequentemente visto no mercado brasileiro, os códigos comentados, como, por exemplo, um Código de Processo Civil comentado por um processualista. Podemos ter cada vez mais comunicações e cada vez menos compreensão. Retomando-se em Morin, quando enfrenta o dilema acerca dos dois termos, dá o exemplo de um observador que, ao deparar-se com uma pessoa chorando, coleta algumas de suas lágrimas e remete o material para análise química. Essa referida análise certamente apresentará um resultado, no entanto, o resultado estará mais para uma explicação biológica daquele material coletado (lágrimas) e não do motivo real do choro (nesse caso, sentimentos). Curiosamente, num mundo vastamente comunicativo, o individualismo proposto por Gilles Lipovetsky (2018) mostra-se cada vez mais forte. Por mais que o mundo seja cada vez mais ligado, cada vez mais complexo, as pessoas que o compõem estão cada vez mais encasuladas em si, deixando-se a preocupação para com a compreensão à limiar.

Com as devidas observações acerca da globalização, retomando-se a partir do estudo de Bernardo Leandro Carvalho Costa (2018), todavia, a partir do enfoque do Processo Penal, observa-se que em crimes de natureza de lavagem de dinheiro, em sua normalidade, há o envolvimento de uma pluralidade de agentes, especialmente pelo envolvimento de dois Estados-nações, ou seja, rompe-se com a padronização pretendida pelo período moderno (foucaultiano) do processo penal, em que, nessa perspectiva, haveriam três agentes envolvidos, Estado, vítima e réu, sendo essa relação jurídica amparada por uma exclusiva legislação restrita aos limites daquele Estado. Questões envolvendo crimes de lavagem de dinheiro em que há, vale frisar, o envolvimento de pelo menos dois Estados-nações, além de contar com as respectivas legislações processuais penais de cada um desses Estados, na maioria dos casos da Operação Lava Jato que foram julgados pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, como Costa (2018) aponta no levantamento de dados realizado em seu trabalho, há a presença de menção ao Estatuto de Roma – tratado adotado em

1998 e que estabelece a Corte Penal Internacional –, afinal, diante da complexidade do globo, essa espécie de crime esclarece que hoje não se poderia pensar tão somente em Estado, vítima e réu, aliás, o trabalho, nessa perspectiva, mostrou que essa modernidade foucaultiana não mais prevalece pelo simples motivo que as questões “fugiram” do monopólio do Estado-nação, de modo que, seguindo-se a proposta de Berman (2007), conflitos contemporâneos podem envolver tantas outras espécies de contextos que estão além do Estado-nação, como contextos transnacionais, epistêmicos, subnacionais ou, ainda, supranacionais. Essa consequência tem, como sua causa, senão, a globalização (complexidade e comunicação), justificando-se, assim, a sua relevância para a compreensão de, não só da seara processual, mas do próprio Direito.

Além do Direito Processual Penal, essa análise acerca da influência do fenômeno da globalização poderia ser observada em todas as outras espécies que compõem o gênero direito processual, como destacou-se alhures neste trabalho. Todavia, seguindo-se os fins metodológicos estabelecidos para este trabalho, volta-se ao problema deste momento do estudo, buscar balizar uma concepção de Direito Processual Civil – brasileiro – na perspectiva contemporânea.

Contemporaneamente, fala-se muito em empregar esforços a fim de viabilizar uma concepção pragmática do Direito Processual Civil, contrapondo-se ao paradigma racionalista, a forte crítica de Ovídio Araújo Baptista da Silva, em seu “Processo e Ideologia” (2004), enraizado na dogmática processual civil brasileira. Nessa linha, inclusive, há uma Escola metodológica do processo que estuda justamente essa proposta pragmática – a partir da proposta teórica de Vicente de Paula Ataíde Júnior (2013) em sua tese doutoral. Em meio a uma proposta complexa do globo, não poderia ser outra a proposta, para o Direito Processual Civil brasileiro, senão a de pensar o processo a partir de sua complexidade.

Os conflitos da sociedade brasileira não mais são passíveis de serem enquadrados na proposta moderna foucaultiana. Aliás, para o caso em comento (do Brasil), o próprio Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) teve, em seu projeto, um desenho nesse sentido (dar relevância ao caráter pragmático do processo), conforme justificativa que está presente na exposição de motivos do seu anteprojeto, a qual resta comprovada com a existência, por exemplo, de disposições (de forte caráter liberal) como o forte investimento nos negócios jurídicos processuais (*vide* art. 190 do Código de Processo Civil de 2015).

Os negócios jurídicos processuais apenas elucidam essa proposta pragmática do processo, isso porque o procedimento deve ser rente ao contexto do conflito (e não o contrário), afinal, ao perguntar-se sobre os destinatários do uso do processo e sua real necessidade hoje, o que não se pode afastar é que o processo, além de adequado (respeitando-se o texto constitucional), deve



buscar ser o mais efetivo possível. Nessa proposta de eficiência, se são as partes as protagonistas de seus litígios (por óbvio), são elas que deverão ditar um procedimento específico que seja o mais rente às suas realidades – enquanto não versando acerca de direitos indisponíveis, não se podendo descartar as suas próprias culturas, o que muito lembra a proposta formulada por Chase (2014).

A consequência dessa reflexão é uma, eficiência. Eficiência posto que hoje, nos tempos hipermodernos de Lipovetsky (2018), em que há a prevalência de amplos valores, não há a possibilidade de pensar que um Código de Processo Civil traria eficiência se pensado no sentido de que funcionaria como uma espécie de um remédio geral, outrossim, caindo-se na vulgata de se padronizar os conflitos e, conseqüentemente, as próprias relações sociais. Na proposta luhmanniana, a redução de complexidade apenas se dá com mais complexidade, o que significa dizer, para esse processo civil brasileiro banhado em complexidade, se se espera que haja uma efetividade do processo, as formas para solucionar os conflitos devem ser pensadas de igual maneira, ou seja, de maneira complexa. Essa é, portanto, a proposta do próximo capítulo.

### **3 A LEITURA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO A PARTIR DA MATRIZ PRAGMÁTICO-SISTÊMICA: A COMPLEXIDADE DOS CONFLITOS E A PROPOSTA PARA A PRESTAÇÃO DE UM PROCESSO EFETIVO**

Leonel Severo Rocha (2003) explica que a teoria jurídica do século XX é caracterizada pela busca em elaborar uma racionalidade própria para o Direito, de modo que, partindo-se desde a “Teoria Pura do Direito”, de Hans Kelsen (1976), a “O conceito de Direito”, de Hart (2009), o “Direito Responsivo”, de Nonet e Selznick (2010), a “Teoria da Argumentação Jurídica”, de Alexy (1989), entre tantas outras tentativas, até, inclusive, a “*La Sociedad de la Sociedad*”, de Niklas Luhmann (2007), procurou-se construir uma perspectiva de observação para o Direito a partir de distintos pressupostos epistemológicos. (ROCHA, 2009).

Uma questão problemática é que o raciocínio jurídico da contemporaneidade permanece com características cartesianas da modernidade de René Descartes, outrossim, ainda hoje parte-se do ponto em que a racionalidade é obtida pela utilização de um método dedutivo baseado nas evidências, demonstrações, e das relações de causalidade dos argumentos. O Direito seria, nesta linha, uma “metafísica com aspectos claramente ontológicos cuja essência estaria à disposição da pré-compreensão dos juristas”. (ROCHA, 2009, p. 142).

Esse raciocínio cartesiano vem sendo constantemente confrontado pelas perspectivas da Matriz Sistemática (cada vez mais difundida no meio jurídico do Brasil), de modo que, seguindo-se nas propostas da referida matriz, se busca sentido na estrutura e abandonam as visões metafísicas

da verdade atomizada. Além disso, a proposta dessa Matriz Sistêmica é fomentada por consideráveis contribuições de Niklas Luhmann – especialmente os seus últimos trabalhos, notadamente, a partir da Sociologia das Organizações, e de conceitos como os de risco e paradoxo, permitem um passo à frente para a compreensão da complexidade da sociedade atual. Conciliando-se as propostas de Luhmann para com essa matriz, tem-se a constituição de uma Matriz Pragmático-Sistêmica, responsável por provocar uma mudança epistemológica na teoria jurídica, possibilita-se uma observação de segunda ordem do contato na teoria jurídica entre os aspectos externos e internos, entre a práxis e a teoria, superando as concepções dogmáticas dominantes. (ROCHA, 2003).

Esta matriz realmente provoca uma mudança epistemológica na teoria jurídica. O ponto de partida são as análises de Luhmann sobre a Teoria dos Sistemas Sociais. Niklas Luhmann adaptaria alguns aspectos da teoria de Parsons (2010). Porém, na maturidade, Luhmann voltou-se para uma perspectiva autopoietica (Maturana e Varela, 1996), acentuando a sistematicidade do Direito como organização da sociedade. A perspectiva sistêmica autopoietica (pragmático-sistêmica) permite afirmar que, por trás de todas as dimensões da semiótica, notadamente, as funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica, estão presentes, redefinidas no interior do sistema, a problemática do risco e do paradoxo. Nesta linha de ideias, pode-se entender porque Luhmann define o Direito como “uma estrutura de generalização congruente”. (ROCHA, 2009, p. 147).

No caso, para a Sociologia do Direito, na proposta de Luhmann, “o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de graduações que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir de expectativas sobre tais expectativas”. A forma como pode-se dar tais reduções ocorrem através de três dimensões: temporal, social e prática. Outrossim, num mundo altamente complexo e contingente, o comportamento social requer reduções necessárias que possibilitarão expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas partindo das expectativas sobre tais expectativas. Portanto, na proposta de Luhmann (1985, p. 185) do Direito como “a estrutura de um sistema social”, sua função reside na sua eficiência seletiva, baseada “na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”. (ROCHA, 2009, p. 147).

Embora visto como uma estrutura, o Direito, na perspectiva luhmanniana, mostra-se como dinâmico devido à permanente evolução decorrente da sua necessidade de constantemente agir como uma das estruturas sociais de redução da complexidade das possibilidades do ser no mundo. (ROCHA, 2009).

Além do que foi abordado no capítulo anterior, um ponto que precisa ser compreendido para que se avance na proposta estabelecida para este momento é entender a função que o Direito Processual Civil exerce. Partindo-se de conceitos clássicos para compreender o

questionamento proposto, seria expressiva a quantidade de doutrinas que trabalham o Direito Processual Civil como um ramo que deriva do gênero direito processual, com autonomia em relação ao direito material, sendo que a sua função estaria ligada à resolução de conflitos de modo amplo, excluindo-se aqueles que estão amparados por uma outra espécie de direito processual, como exemplo, os penais, como lembra Humberto Theodoro Júnior (2016).

De fato, sua função é resolver conflitos do cotidiano da sociedade, seja por jurisdição voluntária ou contenciosa. Todavia, pelo menos para o Brasil, pensar em Direito Processual Civil é pensar numa ampla ramificação que vem sendo desenvolvida desde o surgimento do conflito. Salvo ações juridicamente impossíveis, qualquer questão conflituosa poderá ser levada ao conhecimento do Poder Judiciário, aliás, nesse momento cai-se no mesmo equívoco conceitual que se está lutando contra. Juntamente com o surgimento do conflito, surge o direito de ação, o qual não está relacionado exclusivamente com a jurisdição (o Direito Processual Civil). O direito de ação hoje, na proposta contemporânea de acesso à justiça, poderá ser exercício por diversas formas de resolução de conflitos. Aqui está o ponto, o Direito Processual Civil, o processo em si, pertence à uma amplitude de possibilidade para gerir o conflito. O processo é tão somente mais uma, afinal, poderá ser dispensado (versando-se sobre direito disponível) caso os conflitantes entendam em, por exemplo, resolver seu conflito pela via da mediação. O que vem sendo feito de forma gradual no processo civil brasileiro é dar maior autonomia aos litigantes, afinal, se o conflito surgiu com eles, são eles, a partir de sua realidade, seu contexto, seu tempo, seus valores, que conceberão a forma mais eficiente para resolvê-lo. O processo não pode (ou pelo menos não poderia) ir em sentido contrário, afinal, como destacou-se no capítulo anterior, a sociedade em que desempenha o seu papel é complexa. Não existe uma padronização entre os conflitos. Cada conflito tem o seu próprio contexto, e isso voltando-se na proposta de Gunther Teubner (2005) sobre a policontextualidade.

Inexoravelmente, as peculiaridades existentes em cada conflito poderão surgir a partir de diversos fatores, como, por vezes, decorrente de uma diversidade de formas de comunidades com configurações totalmente diversas a de um Estado-nação. Não se pode deixar à limiar que na seara atual da globalização uma “comunidade” não é representada única e exclusivamente pela figura de um Estado-nação, afinal, essas comunidades podem, sem qualquer espécie de “enfraquecimento” da figura do Estado-nação, serem representadas como sendo transnacionais, supranacionais, epistêmicas, ou ainda subnacionais, ou seja, a comunidade pode possuir, simultaneamente à sua plena existência, a sua comunidade da comunidade, como destacou-se alhures a partir da proposta de Berman (2007). Nessa perspectiva, por exemplo, tem-se o caso

brasileiro da comunidade subnacional de Pasárgada (Rio de Janeiro – RJ), grupo social estudado por Santos (1988) em sua tese doutoral.

Santos, então, passa a mostrar como uma comunidade, à margem do Estado-nação e em constante conflito com o direito oficial, como é o caso de Pasárgada, desenvolve mecanismos próprio dessa organização coletiva e, especialmente, para a resolução dos conflitos que surgem a partir da configuração dessa determinada comunidade, como, *v.g.*, conflitos envolvendo posse de terra e construções de moradias. Esse “direito não oficial”, nomenclatura que é adotada para referir-se ao direito de Pasárgada, fundado na proposta de ser “um procedimento aberto permeado por uma tonalidade ético-social”, constituindo-se de “um discurso jurídico mais acessível e participativo, no qual prevalece o modelo da mediação”, regido por características como equilíbrio, cooperação e do “bom vizinho”, acaba por possuir um amplo reconhecimento naquela comunidade não apenas pelo fato de ser mais retóricos e próximos da linguagem comum, ou seja, possuindo um grau inferior nas características formal, técnica e burocrática do que o direito oficial, ou seja, do direito estatal, mas, e principalmente, pelo fato de que se leva em consideração, quando do desenvolvimento de mecanismos para gerir os conflitos dessa comunidade, a realidade daquele contexto, ou seja, uma observação prática sobre as particularidades ali existentes. Pasárgada, outrossim, mostra-se como um exemplo do que se deve ter por “desgeneralização” dos conflitos, aquilo que se busca evidenciar para o processo civil brasileiro neste estudo. (CARVALHO, 2019, p. 17; SANTOS, 1988).

Mostra-se como utópico pensar que os conflitos a partir do contexto de Pasárgada serão iguais aos dos outros contextos do Brasil, e isso, claro, não apenas por conta de uma forte existência de pluralidade de organizações de comunidades, mas porque, e o que pode ser presenciado dentre dessas comunidades das comunidades, é que cada relação conflituosa terá a sua própria configuração, seja pelos agentes, seja pelo contexto, seja pelo fato, e assim sucessivamente. Não exclusivamente o processo, mas essencialmente os conflitos são cada vez mais complexos. Retomando-se na proposta luhmanniana, a redução dessa complexidade presente nos conflitos complexos contemporâneos dessa sociedade complexa, apenas será possível a partir da adoção de um pensar que seja igualmente complexo. Assim, a complexidade, quando confrontada por outra complexidade, acaba por ser reduzida. Justamente por isso que se aposta na leitura do Direito Processual Civil a partir da matriz pragmático-sistêmica.

A breve digressão acerca da matriz pragmático-sistêmica, evidenciando-se as suas principais características, apresenta a possibilidade de sua eficiente compatibilização para com a gestão dos conflitos brasileiros, especialmente diante das peculiaridades destacadas ao final do

último capítulo. Parafraseando-se a proposta de Darci Guimarães Ribeiro (2010), a epistemologia do direito hoje deve ser pensada a partir de sua natureza. O direito é um produto criado pelo homem para o homem. O Direito Processual Civil, outrossim, deve aceitar a complexidade dos conflitos, ou seja, aceitar que não há um padrão de conflitos. A eficiência que se espera pelo processo civil tão somente ocorrerá quando se deixar de pensar em conflitos como meros números.

Dentro de cada relação conflituosa, há todo um contexto. O contexto desse determinado conflito nunca corresponderá de forma idêntica a outro, afinal, por mais que se possa vislumbrar características similares, cada qual, inevitavelmente, contará com os seus próprios elementos que farão a sua distinção em relação aos demais conflitos. Essa, na proposta de Möller (2018), é a principal lição que o Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo precisa aprender. O processo civil brasileiro, assim, deve ser aplicado rente à realidade do conflito, e não o conflito deve se adequar à realidade do processo. Como destaca Carnelutti (1957), para compreender o direito, precisa-se compreender o homem, afinal, seguindo-se na proposta de Ribeiro (2010), se nasce a partir do homem e o homem permanece como seu destinatário fim, o direito deve ser aplicado rente à realidade do contexto desse homem, caso contrário, em nada adiantaria termos o direito.

#### **4 CONCLUSÃO**

Passando-se por temas como a complexidade de Edgar Morin, a hipermodernidade de Gilles Lipovetsky, a policontexturalidade de Gunther Teubner, a visão de Leonel Severo Rocha acerca da matriz pragmático-sistêmica, dentre tantas outro, espera-se, ao fim desta digressão, que se tenha respondido ao problema proposto para a presente pesquisa.

É inegável que o processo civil brasileiro ainda sente características cartesianas da modernidade, no entanto, como viu-se no primeiro capítulo, não é mais possível concebê-lo dentro dessa realidade. Vive-se hoje num globo complexo, tudo de certa forma está ligado. Edgar Morin explica isso a partir da sua proposta de globalização, no caso, comunicação e complexidade, o que é complementado a partir do paradoxo proposto por Gilles Lipovetsky, a hipermodernidade.

O direito, por sua vez, não pode distanciar-se dessa realidade. O direito mostra-se como cada vez mais complexo. O processo é complexo, aliás, partindo-se da ideia construída no segundo capítulo, em que se tem o processo como uma forma de resolução de conflitos, os próprios conflitos são complexos, ou melhor, policontexturais, como viu-se em Gunther Teubner. Seguindo-se na proposta luhmanniana, a redução de toda essa complexidade presente nos conflitos

complexos contemporâneos dessa sociedade complexa, apenas será possível a partir da adoção de um pensar que seja igualmente complexo. Justamente por isso que se aposta na leitura do Direito Processual Civil a partir da matriz pragmático-sistêmica, afinal, é a base do pensar complexo.

Com razão Darci Guimarães Ribeiro ao afirmar, diante de toda essa complexidade e despadroneização dos conflitos, deve-se voltar a atenção da epistemologia do direito de hoje a partir da natureza do direito. O direito é um produto criado pelo homem para o homem. O Direito Processual Civil, outrossim, deve aceitar a complexidade dos conflitos, ou seja, aceitar que não há um padrão de conflitos. A eficiência que se espera pelo processo civil tão somente ocorrerá quando se deixar de pensar em conflitos como meros números. Dentro de cada relação conflituosa, há todo um contexto. O contexto desse determinado conflito nunca corresponderá de forma idêntica a outro, afinal, cada qual contará com os seus próprios elementos que farão a sua distinção em relação aos demais conflitos. Pensando-se na proposta da visão pragmático-sistêmica, nortear o processo civil brasileiro por essa linha mostra-se como uma forma de contrapor ao plano cartesiano do processo civil moderno e conceber maior eficiência para as os conflitos.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012.

ATAIDE JÚNIOR, Vicente de Paula. **Processo Civil pragmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2013. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31921/R%20-%20T%20-%20VICENTE%20DE%20PAULA%20ATAIDE%20JUNIOR.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

BERMAN, Paul Schiff. Global Legal Pluralism. *Southern California Law Review*, v. 80, p. 1155 – 1237, 2007.

CAMPOS, Luís; CANAVEZES, Sara. **Introdução à globalização**. Lisboa: Instituto Bento Jesus Caraça, 2007. Disponível em: <<https://www.google.com.br/search?q=Instituto+Bento+Jesus+Cara%C3%A7a&oq=Instituto+Bento+Jesus+Cara%C3%A7a&aqs=chrome..69i57.399j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

CARNELUTTI, Francesco. Nuevas reflexiones sobre el juicio jurídico. **Revista de Derecho Procesal**, 1957, n. 1.

CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (Org.). **Pluralismo Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 13 – 36.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Trad. Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **A evolução do constitucionalismo transnacional nos tribunais**: uma análise sociológico-sistêmica da operação Lava Jato. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2018.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermodernos**. Lisboa: Edições 70, 2018.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

\_\_\_\_\_. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MÖLLER, Guilherme Christen. O art. 695 do Código de Processo Civil de 2015 e sua proposta subjetiva de “condicionamento” da jurisdição à conciliação/mediação. Encontro Nacional do CONPEDI, XXVII, 2018, Salvador. **Anais do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI**. Salvador: CONPEDI, 2018. p. 44 – 61. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/v5n81bbi/7x80Qz2ZfXMB08bX.pdf>>. Acesso em: 2. set. 2018.

MORIN, Edgar. As duas globalizações: comunicação e complexidade. In: \_\_\_\_\_; CLOTET, Joaquim. SILVA, Juremir Machado da. (Org.). **As duas globalizações**: complexidade e comunicação uma pedagogia do presente. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, EDIPUCRS, 2007, p. 39 – 60.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

\_\_\_\_\_. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 5(2):141-149, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06/3934>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Direito e autopoiese. In: STRECK, Lenio Luiz; \_\_\_\_\_; ENGELMANN, Wilson. (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. n. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 123 – 135.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). **O direito achado na rua**. Brasília: Universidade de Brasília, 1988. p. 46-51.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Piracicaba: Unimep, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed. rev. atual. e ampl. Forense: São Paulo, 2016, v. 1: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum.





# DIREITO PROCESSUAL E JUDICIÁRIO EM DISPUTA: DISCURSOS, AGENTES POLÍTICOS E DOCTRINA JURÍDICA NA CONSOLIDAÇÃO DO CAMPO PROCESSUAL BRASILEIRO ENTRE 1890 E 1930

*Matheus Guarino Sant'Anna Lima de Almeida*

(Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF)  
matheus\_almeida@id.uff.br

*Delton Ricardo Soares Meirelles*

(Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF)  
deltonmeirelles@id.uff.br

**RESUMO:** Esta pesquisa tem como proposta investigar como que as discussões teóricas e doutrinárias acerca do direito processual e judiciário se relacionaram com as teorias políticas, formações discursivas e projetos de Estado em disputa no período que vai da primeira república até o CPC de 1939. O recorte temporal se justifica por este ser um momento não só de consolidação do processo civil brasileiro, mas também de discussões fundamentais acerca da organização do estado republicano. O projeto tem como problemática o fato de que, por traz de uma suposta tecnicidade e neutralidade do processo, há um caráter ideológico e político na legislação processual. Neste sentido, a hipótese da pesquisa é que, com uma investigação empírica e histórica com base em metodologias de análise do discurso, é possível desvelar como que o direito processual brasileiro foi gerado com base nos projetos políticos em disputa à época.

**Palavras-chave:** Direito processual. História do direito. Análise do discurso.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata-se de reflexões iniciais acerca do início de pesquisa desenvolvida no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD-UFF). O artigo traz, então, uma retomada do projeto de pesquisa, e algumas reflexões iniciais pertinentes às primeiras discussões no âmbito do mestrado. Desta maneira, o trabalho consiste em uma reflexão sobre a possibilidade de investigação dos aspectos políticos da doutrina sobre processo civil, em análise focada no período que vai da primeira república ao Estado Novo, mas possível de trazer também aspectos teóricos possivelmente aproveitáveis em pesquisas sobre a doutrina jurídica, que a tenham como objeto de estudo empírico, a partir de referências teóricas da análise do discurso de matriz francesa, em diálogo com outros campos que vão da psicanálise a história social do Direito.

Desta maneira, o presente artigo está dividido em duas seções. Na primeira, serão abordados alguns elementos essenciais quanto à delimitação do tema da pesquisa, seu objeto, o problema de pesquisas, as hipóteses iniciais, e seus objetivos iniciais. A segunda seção irá delimitar os primeiros referenciais teóricos pensados para a pesquisa, e algumas proposições teóricas iniciais quanto à aplicabilidade da análise semiolinguística do discurso para se pensar uma pesquisa acerca da história do direito brasileiro, principalmente no que tange à análise do texto doutrinário, das reformas legislativas e suas implicações ideológicas e políticas.

## 2 O RECORTE DA PESQUISA

Este projeto de pesquisa tem como tema as discussões doutrinárias acerca do direito processual e judiciário<sup>1</sup> e sua relação com as teorias políticas, formações discursivas e projetos de Estado em disputa no início da república brasileira. A pesquisa se insere no campo de estudos que busca constituir uma história social das ideologias do direito brasileiro, em diálogo com teorias de análise do discurso, buscando desvelar a relação entre discursos e práticas jurídicas e políticas, a atuação dos agentes jurídicos, a produção doutrinária acerca do direito processual, e as teorias políticas em voga na época.

O período recortado, que vai de 1891, momento de promulgação da Constituição Republicana, até 1939, quando foi promulgado o primeiro Código de Processo Civil unificado do Brasil, foi um momento de grandes debates acerca de projetos políticos em disputa para o Brasil, assim como de discussões teóricas quanto ao direito processual. Com o advento da República, a Constituição de 1891 inovou ao dar aos estados competência para legislar acerca do processo civil, o que só se alteraria com a Constituição de 1934. Desta maneira, as sucessivas alterações na legislação processual, assim como o amplo debate quanto à competência estadual no contexto federativo para legislar acerca do processo, tornaram este período um momento de efervescência quanto às discussões doutrinárias acerca do direito processual, e sua independência conceitual frente ao direito material, assim como das discussões políticas acerca do judiciário, sua organização e as competências do juiz, discussões que ganharam novo contorno durante os governos Vargas e o Estado Novo, quando a tendência centralizadora do governo varguista aliado a teorias corporativistas e publicistas deram um contorno político diferente ao processo e ao judiciário.

O problema de pesquisa se relaciona aos referenciais teóricos utilizados como base. Primeiramente, sendo uma pesquisa de caráter historiográfico, torna-se relevante pensar a perspectiva histórica que se pretende abordar na constituição de seu problema de pesquisa. A abordagem pretende evitar a prática, comum no campo jurídico, de chamar de uma perspectiva historiográfica a mera enumeração de leis em um suposto processo evolutivo (OLIVEIRA, 2004).

---

<sup>1</sup> Apesar de a pesquisa se centrar no direito processual civil, todo o projeto usará apenas a expressão “direito processual e judiciário”. No período abordado, sendo um período de consolidação da doutrina processual no Brasil, ainda havia separações entre o direito processual civil e comercial, legislações que abordavam temáticas de direito processual civil junto ao direito processual penal, e discussões teóricas quanto à independência do direito processual em relação ao direito material. Além disso, temáticas ligadas ao direito processual civil e à organização judiciária também se misturavam, havendo diversas legislações e obras que tratavam dos dois temas com o nome comum de “direito judiciário”. Desta maneira, entendeu-se que uma das contribuições da pesquisa será, com auxílio da orientação, delimitar melhor estas possíveis diferenças temáticas.

Em sentido contrário, a pesquisa pretende se inserir em uma análise sócio-histórica, que situe as categorias jurídicas no tempo, relacionando-as com a produção discursiva da época, conforme será mais bem delimitado na fundamentação teórica do projeto de pesquisa.

Propõe-se uma história do direito processual que não tenha a perspectiva de legitimar as leis ou práticas processuais, mas sim de situar seu desenvolvimento dentro da história, em uma perspectiva crítica. No que tange ao direito processual, esta concepção de história do processo se coloca diametralmente oposta à prática recorrente no direito brasileiro, que tende a olhar o direito processual como uma matéria eminentemente técnica e científica, descontextualizando as disputas políticas envolvidas.

A problemática, definida pela perspectiva histórica adotada, é evidenciada no recorte temporal proposto para a pesquisa. No período que se sucedeu à proclamação da República, diversos debates de natureza política e jurídica foram motivados pela instauração do novo regime de governo. Conforme observa Gizlene NEDER (2012), a instauração da República é acompanhada também pela inserção da ordem burguesa no país, tornando necessária uma reorganização do Estado, e, portanto, também dos discursos acerca dele. Neste cenário, os juristas possuem um papel privilegiado tanto na configuração do regime, quanto na sua justificativa ideológica:

Encontramos no pensamento jurídico a fonte geradora, tanto de grandiosas e bem elaboradas teses e projetos para o Brasil, quanto o reservatório privilegiado de práticas sociais e ideológicas, a partir das quais se difunde uma forma particular de pensar a organização social. A penetração no interior da formação social das concepções de ordem e disciplina possibilita, em termos microfísicos, a legitimação de um conjunto de normas de legalidade fundantes da forma burguesa de estruturar o poder e a sociedade. (NEDER, 2012, p. 16)

Desta maneira, a pesquisa parte de uma identificação de que, no período histórico recortado, o pensamento jurídico se mistura com os projetos políticos e práticas sociais em disputa no Brasil, na inserção de um novo contexto econômico, político e social para o país.

Com esta fundamentação, podemos ressaltar na constituição da problemática da pesquisa, a disputa que colocava de um lado liberais e republicanos, e de outro, defensores de uma federação ampla, com tendências positivistas (COSTA, 1970), debate no qual a competência federal ou estadual para legislar sobre direito processual, e a própria pertinência de tal codificação, se misturavam aos demais debates e disputas quanto aos poderes a serem reservados à união ou aos estados:

O tema da codificação do direito processual não é um problema interno aos juristas. Ele se situa antes na confluência de questões institucionais e estruturais, como os da forma política da República, as bases econômicas de organização dos estados e suas perspectivas de desenvolvimento. Na Constituinte de 1891, o direito processual esteve, com outros temas como a organização do Poder Judiciário, a distribuição de rendas e os poderes de contrair empréstimos externos, no cerne dos embates sobre a organização federativa da

República. Lideranças republicanas e liberais significativas, como Rui Barbosa e José Higino, defendiam a atribuição do Congresso para legislar sobre direito substantivo e processual, enquanto outros, liderados pelos paulistas e rio-grandenses, como Campos Salles e Júlio de Castilhos, defendiam a federação ampla, em que essas atribuições caberiam aos legislativos estaduais. (DUARTE; KOERNER, 2014, p. 21)

Com o avançar da primeira república e, posteriormente, após a Revolução de 1930, diversos juristas se envolvem em espaços propriamente políticos, e disputas teóricas misturam-se com debates supostamente técnicos quanto ao processo e à organização judiciária. Figuras relevantes, a exemplo de Antônio Torres, Oliveira Vianna e Francisco Campos se destacam tanto pela sua produção como juristas, e também como cientistas sociais ou teóricos políticos, como também pela sua atuação política junto a cargos do governo.

Em trabalhos anteriores (ALMEIDA, 2017) acerca da reforma de processo civil de 1939, onde foi explorado o pensamento de Francisco Campos, foi possível revelar que diversas categorias que hoje são tidas como unicamente técnicas ou mesmo neutras, no âmbito do processo civil, foram concebidas à época do Estado Novo como categorias políticas, fortemente influenciadas pelas concepções de estado e teorias políticas dos juristas e agentes políticos que estavam à frente delas, no caso Francisco Campos.

A pesquisa parte de então de uma proposta de investigação que consiga relacionar doutrina jurídica, ideologia do campo jurídico e práticas políticas através da análise do discurso jurídico em circulação e disputa na época. Neste sentido, importante lembrar, na esteira do proposto por Gizlene Neder, de que os discursos jurídicos não se limitam aos textos propriamente legais, mas também aqueles todos aqueles que informam algum tipo de preocupação com as normas jurídicas, a legalidade e o campo jurídico como um todo:

Consideramos como discurso jurídico os textos legais (códigos, leis, regulamentos, decretos); a formulação de um tipo particular de preocupação com as normas jurídicas expressas em artigos publicados na imprensa ou em revista especializadas, os discursos dos chefes de polícias e dos ministros de justiça e as várias publicações da época, resultados ou de teses defendidas em faculdades de Direito ou de opiniões de juristas considerados. [...] Pretendemos analisar os textos enquanto representações ideológicas. Estamos atentos, entretanto, para o fato de que ao mesmo tempo em que são enunciadas, as normas jurídicas pressupõem uma prática social, através de ações concretas, em formações sociais historicamente estabelecidas. São, na verdade, o resultado da própria luta de classes. Expressa, a correlação de forças sociais e políticas, de uma dada formação social. (NEDER, 2012, p. 20-21)

O direito processual, na abordagem proposta, pode ser entendido na constituição de um saber que informa uma determinada forma de exercício do poder ligada ao judiciário e à atuação dos agentes jurídicos. No contexto apresentado por Neder, vale a pena ressaltar que o direito processual estabelece práticas e relações de exercício de poder e regulação da sociedade, diretamente ligada ao mercado e a intervenção do estado nos conflitos sociais. A inserção de uma

ordem burguesa após a queda do império, e os diversos projetos para o judiciário dentro do Estado brasileiro, podem então se relacionar com diferentes correntes doutrinárias, também em disputa, na consolidação do campo processual.

A pesquisa pretende, então, investigar como que a constituição do campo processual brasileiro, em seus debates teóricos na doutrina jurídica, se relacionava com as concepções de justiça e os projetos para o Direito e para o poder judiciário, além da relação do campo jurídico com o cenário político da época. Tem, nesse contexto, como objetivos: a) Identificar os juristas e pensadores de destaque no campo do processo dentro do período delimitado, buscando mapear suas trajetórias profissionais, suas posições a respeito dos conceitos fundamentais do processo, assim como as principais obras em circulação dentro deste campo; b) Caracterizar as principais variantes doutrinárias do pensamento jurídico acerca do direito processual dentro do recorte temporal realizado, por meio da combinação das posições sobre temas específicos, modelos teóricos de Direito, política e sociedade e as suas trajetórias e vínculos políticos. c) Identificar as possíveis relações entre as posições destes autores quanto ao processo civil, e suas trajetórias e ideias políticas, com o objetivo de mapear paralelismos entre a doutrina processual por eles defendida, e os debates políticos em voga no período estudado.

O trabalho tem como hipótese de que diversas categorias processuais, presentes em nossas leis, jurisprudências e doutrinas jurídicas, embora hoje destituídas de caráter político pela doutrina, naturalizadas como meramente técnicas ou científicas, foram geradas e defendidas aliadas a projetos políticos e ideológicos identificáveis nos textos da época. A constituição do direito processual – enquanto organização do judiciário e de sua atuação na sociedade, em relações de prática de poder e constituição de discursos entre Estado, agentes jurídicos, jurisdicionados e sociedade – implicaria na construção de um saber jurídico/processual, que se consolida nesta época, em um contexto em que a formação deste campo de saber se relaciona diretamente com o exercício de poder pelo judiciário e pelos agentes jurídicos. O trabalho parte então da hipótese central que as principais controvérsias acerca do direito processual, no momento de consolidação deste campo no Brasil, têm ligação direta com discussões próprias do debate político pertinente à consolidação da república brasileira, de modo que o direito processual brasileiro carregaria elementos políticos de matrizes corporativistas e autoritárias, que se consolidaram em oposição às perspectivas liberais, federalistas e positivistas presentes no período anterior à década de 1930<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> A hipótese se sustenta em trabalhos anteriores (ALMEIDA, 2017; ALMEIDA *et al* 2016), que indicam marcas de cunho autoritário ligados ao projeto político do Estado Novo na reforma processual de 1939. Desta maneira, tem-se como

Relevante mapeamento da legislação processual brasileira já foi realizado em diversas obras de cunho dogmático. Para este projeto, julgo fundamental a contribuição de Moacyr Lobo da Costa (1970), na obra *Breve Notícia Histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua Literatura*, onde o autor realiza um levantamento de toda a legislação processual brasileira, do império até o final da década de 1960, assim como das principais obras e autores do campo do Direito Processual Civil. Do levantamento inicial realizado pelo autor, pretende-se fazer uma revisão desta literatura, no que tange ao recorte temporal deste projeto, para selecionar aquelas mais pertinentes para as discussões aqui propostas.

Afora estas obras, julga-se de extrema relevância aquelas que tratam do pensamento político e social brasileiro, em especial aqueles ligados ao campo jurídico, como Oliveira Viana, Francisco Campos, Alberto Torres, Azevedo Amaral e Ruy Barbosa. Enumeram-se, neste contexto, algumas obras de referência, como (MEDEIROS, 1978), (MENEZES, 2013), (SANTOS, 2009) (VIEIRA, 2010), (BOMENY, 2010), (WARLICH, 1983), dentre outros.

Dentro deste cenário, esta proposta de pesquisa se insere numa rede pesquisa<sup>3</sup> que tem explorado a temática das reformas processuais e de influências políticas, econômicas e sociais no campo processual. Neste sentido, o trabalho de Francis NOBLAT (2015) demonstra influências econômicas na reforma processual de 2015, e pesquisa conjunta (ALMEIDA et al, 2016) demonstrou recorrências discursivas nas reformas processuais brasileiras, utilizando como base referenciais da análise do discurso de matriz francesa. Pesquisa conjunta realizada por Fernanda Duarte e Andrei Koerner (DUARTE; KOENER, 2014), dos quais participaram os grupos supracitados, acerca do pensamento jurídico publicista brasileiro e vertentes do processo civil, demonstram parte da inserção e das discussões doutrinárias neste campo entre as décadas de 1920 e 1960, mapeando os códigos de processo civil ou judiciário estaduais durante a primeira república, as críticas que levaram a reforma de 1939, e a crítica posterior liderada pela escola paulista de processo após a chegada de Enrico Túlio Liebman ao Brasil.

Entendo, ainda, que a proposta trabalho se alinha com uma série de pesquisas que, principalmente no âmbito do processo penal e das instituições policiais, mas não só nelas identificam uma tradição inquisitorial no direito processual e no judiciário brasileiros, onde o

---

hipótese que outras correntes doutrinárias estavam em disputa também no período imediatamente anterior a reforma, dialogando com as principais correntes políticas da época, como federalistas, liberais, positivistas e corporativistas.

<sup>3</sup> Rede composta por pesquisadores do Observatório Fluminense de Estudos Interdisciplinares e Pesquisa Empírica em Processo e Sistemas de Justiça (ObservaProcessos-UFF) e do Núcleo de Estudos em Direito, Cidadania, Processo e Discurso (NEDCPD – UNESA), no âmbito do INCT-InEAC (Instituto de Estudos Comparados em Administração de Conflitos)

processo é visto como um instrumento de exercício do poder do Estado ou de um determinado setor da sociedade (FERREIRA, 2005) (KANT DE LIMA, 2009) (KANT DE LIMA *et al*, 2008)

A pesquisa tem como base trabalhos anteriores realizados<sup>4</sup>, onde se buscou explorar os argumentos de justificação utilizados por Francisco Campos, Ministro da Justiça do Estado Novo, na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939, relacionando-os com a obra política e jurídica deste autor, com base no conceito de intertextualidade.

### 3 REFERENCIAIS TEÓRICOS INICIAIS PARA A PESQUISA: PENSANDO UMA ANÁLISE DO DISCURSO JURÍDICO

O trabalho pretende admitir uma concepção histórica de pesquisa no Direito, que tenha como objetivo criticar o pensamento jurídico, inserindo-o na história, para entender como este se constitui, e como não é eterno ou necessário. É antes, fruto de um tempo específico. Neste sentido, a história do direito, antes de justificar o tempo presente, pretende demonstrá-lo como passageiro e contextualizado:

Enquanto as últimas visam *criar certezas* acerca do direito vigente, a missão da história do direito é antes a de *problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas*, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é *o racional, o necessário, o definitivo*. A história do direito realiza esta missão sublinhando que o direito existe sempre “em sociedade” (situado, localizado) e que, seja qual for o modelo usado para descrever as suas relações com os contextos sociais (simbólicos, políticos, económicos, etc.), as soluções jurídicas são sempre contingentes em reação a um dado envolvimento (ou *ambiente*). São neste sentido, sempre *locais* (Geertz, 1983) (HESPANHA, 2012, p. 13).

Nesta perspectiva, propomos uma história do direito processual que não tenha a perspectiva de legitimar as leis ou práticas processuais, mas sim de situar seu desenvolvimento dentro da história. No que tange ao processo civil, esta concepção de história do processo se coloca diametralmente oposta à prática recorrente no direito brasileiro, que tende a olhar o direito processual como uma matéria eminentemente técnica e científica, descontextualizando as disputas políticas que embasaram as principais controvérsias acerca dos conceitos de processo civil. Assim, adotamos uma perspectiva metodológica que enxerga o direito como “um produto social”, nos termos colocados por HESPANHA:

No nosso presente caso, a ideia é a de relacionar o direito com o modo como ele é produzido (“campo”, para usar a terminologia de Bourdieu, “prática discursiva” ou “dispositivo”, para utilizar a de M. Foucault), explicando a partir daí as suas características. Por isso, a história do direito será a história do “campo jurídico”, das “práticas discursivas

---

<sup>4</sup> Boa parte das discussões já trabalhadas se encontram condensadas no trabalho de conclusão de curso, intitulado *Processo Civil no Estado Nacional: Apontamentos para uma interpretação política da reforma processual de 1939 a partir da obra de Francisco Campos* (ALMEIDA, 2017). Em diversos aspectos, a presente pesquisa é uma expansão dos debates levantados no trabalho de conclusão de curso, para as discussões acerca do direito processual e suas influências com o contexto político do período da primeira república e do período Vargas.



dos juristas”, dos “dispositivos do direito”, pois todas estas expressões são algo equivalentes. A ideia comum a qualquer delas é a da *autonomia do direito* em relação aos momentos não jurídicos das relações sociais. A que acrescentaríamos mesmo – para realçar o aspeto conformador que o discurso jurídico tem sobre outros discursos (mais numas épocas do que noutras) – a ideia ainda mais forte de que o imaginário jurídico – produzido pelas condições específicas dos discursos e rituais do direito – pode mesmo modelar imaginários sociais mais abrangentes, bem como as práticas sociais que deles decorram. (HESPANHA, 2012, p. 27-28)

Neste sentido, a pesquisa parte de uma noção de história do Direito que tem como objetivo ressaltar a contextualização do Direito como um saber local (GEERTZ, 1997), produzido em determinado contexto, na qual o estudo historiográfico, baseado em documentos e textos da época, revela a historicidade e temporalidade deste Direito, buscando “problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é o racional, o necessário, o definitivo” (HESPANHA, 2012, p. 13). Inserindo o direito processual na história, a problemática gira em torno de como que determinadas categorias e teorias processuais, antes de racionais, técnicas e necessárias, são políticas e ligadas a determinados projetos ideológicos de estado. Tal problemática da pesquisa também se relaciona com a concepção de que o Direito e seu estudo se manifestam como saber-poder, nos termos utilizados por FOUCAULT (1979, 1986, 2004), em que um campo de conhecimento, ao informar uma compreensão sistemática de mundo, e a maneira como se produz determinado conhecimento, reflete na maneira como os agentes daquele saber agem sobre o mundo.

Conforme ressaltado por Bárbara Luppeti Baptista, “o mundo jurídico é estabelecido e legitimado, internamente, como uma esfera à parte das relações sociais” (BAPTISTA, 2009, p. 196), de modo que há uma naturalização das práticas jurídicas como sendo baseadas em um conhecimento doutrinário distanciado da realidade. Relevante, então, é a inserção das categorias ligadas ao campo do direito processual no contexto histórico em que foram produzidas, sem a qual estas categorias perdem seu contexto político, e são facilmente tomadas como meramente científicas ou técnicas.

Pensar uma história discursiva do Direito então, como prática discursiva dos agentes do campo jurídico, é pensar não só como que estes agentes “modelam imaginários sociais mais abrangentes”, mas também como que estes imaginários sociais mais abrangentes modelam o campo jurídico. No caso específico em análise, é investigar como que a constituição política do discurso político marcou e se relacionou com o direito processual brasileiro, e como que a constituição deste processo civil é influência e influenciou estes contextos sociais mais abrangentes.



A doutrina jurídica possui processual possui um papel privilegiado na constituição teórica de como o judiciário deve se organizar e praticar seus atos. Por doutrina jurídica, entendemos aqui um “sistema de pensamento, resultado de uma atividade discursiva que faz o papel de fundadora de um ideal jurídico referível à constituição de opiniões (IORIO FILHO, DUARTE, 2010, p. 1858). Definição clássica no Brasil propõe que a doutrina é um “discurso autorizado sobre a lei e suas possíveis interpretações e aplicações jurisprudenciais” (TEIXEIRA MENDES apud IORIO FILHO; DUARTE, 2010, p. 1858). Seguindo esta definição, nos restaria pensar o que entendemos por discurso, e como é possível analisá-lo.

Para tanto, partimos da teoria da análise semiolinguística do discurso, vertente da matriz francesa de análise do discurso, para propor possibilidades de interseção entre o político e o jurídico na gênese do discurso doutrinário. A análise semiolinguística do discurso se insere num campo de análise entre a linguística e a semiótica, e é utilizada aqui como um recurso para desvelar as práticas discursivas, os ditos e os não ditos dos textos políticos e jurídicos investigados. Nas palavras de Patrick Charaudeau

O Objeto de Conhecimento [do campo semiolinguístico] é o *do que* fala a linguagem através do *como* fala a linguagem, *um constituindo o outro* (e não um *após* o outro). O mundo não é dado a princípio. Ele *se faz* através da estratégia humana de significação. O Método seguido deverá então ser duplo: elucidante do ponto de vista do *como* e abstratizante do ponto de vista do *do quê*. E, por antecipação, diremos que uma análise semiolinguística do discurso é Semiótica pelo fato de que se interessa por um objeto que só se constitui em uma intertextualidade. (CHARAUDEAU, 2014, p. 20)

O campo semiolinguístico tenta entender um *como* o discurso se constitui em relação com o *do quê* o discurso fala. Quando falamos em análise do discurso, importante ressaltar que trabalhamos uma categoria específica do que seja o discurso, e de como o abordamos como objeto de nossa análise. Para tanto, partimos de como esta categoria é colocada por Michel Foucault, e como será trabalhada na escola francesa de análise do discurso. Para Foucault, discurso é

[...] um conjunto de enunciados na medida em que eles decorram da mesma formação discursiva... ele é constituído de um número limitado de enunciados para os quais podemos definir um conjunto de condições de existência (FOUCAULT, 1986, p. 135)

O discurso então se constitui por enunciados, que podem ter fontes de produção diferentes, e diferentes enunciadore, mas que têm em comum a mesma *formação discursiva*, esta também uma categoria a ser trabalhada. Por *formação discursiva*, podemos entender o conjunto de práticas e regras que tornam possíveis a geração dos enunciados tais quais eles se colocam em uma determinada época ou lugar, com características unitárias que juntas formam um discurso em comum. Nas palavras de Eni Orlandi:

A noção de formação discursiva, ainda polêmica, é básica na Análise de Discurso, pois permite compreender o processo de produção dos sentidos, a sua relação com a ideologia e também dá ao analista a possibilidade de estabelecer regularidades no funcionamento do discurso.

A formação discursiva se define como aquilo que numa formação ideológica dada – ou seja, a partir de uma posição dada em uma conjuntura sócio-histórica dada – determinada o que pode e deve ser dito. (ORLANDI, 2001, p. 43)

Determinando *o que pode e deve ser dito*, a formação discursiva determina o sentido de palavras e enunciados num contexto dado, e mais do que isso, possibilita o surgimento daqueles enunciados e a gênese do discurso formado com eles. Determinando *o que pode e deve ser dito*, a formação discursiva determina o sentido de palavras e enunciados num contexto dado, e mais do que isso, possibilita o surgimento daqueles enunciados e a gênese do discurso formado com eles. Uma polêmica central que a ideia de formação discursiva pretende trabalhar é a relação entre os sujeitos enunciadorees do discurso e a ideologia que o expressa ou o define. Desta maneira, por trás da categoria formação discursiva, existe um conflito teórico entre sujeito-sociedade, que pretende ser explicitado através do questionamento de até onde os discursos são constituídos pelos sujeitos ou pelo meio social que os circundam. Ou melhor, até onde os discursos proferidos pelos enunciadorees deles são influenciados ou não por um contexto social específico.

Podemos dizer então que

discurso é um ato/fato de palavra e o termo discursivo contém em si a ideia de movimento que pressupõe a mediação entre linguagem, o homem e as práticas naturais e culturais que fazem parte de uma determinada sociedade. Ou seja, todo discurso significa uma ação. (IORIO FILHO, 2012, p. 53)

O discurso significando uma ação, quer dizer o discurso significando algo que tem uma existência e efeitos na realidade social. O discurso, de maneira consciente ou inconsciente, estabelece uma relação entre linguagem, práticas naturais/culturais e política, e o discurso consiste justamente na constituição de um sentido destas ações. Quando tratamos de discursos políticos então, como na presente análise, entendemos ainda uma determinada abordagem do discurso, que se relaciona diretamente com as ações políticas e um contexto social. Neste contexto, a “análise do discurso consiste no fato de que os discursos tornam-se possíveis tanto na emergência de uma racionalidade política quanto na regulação dos fatos políticos” (IORIO FILHO, 2012, p. 54).

A ideia da presente análise, por tanto, é entender os discursos, e especificamente aqui discursos políticos, como sendo constitutivos da emergência de uma racionalidade para os atos políticos. Eles expressam então uma determinada formação discursiva na qual são constituídos, onde os textos se constituem em um discurso com um sentido apreensível pela análise, e cujos efeitos sociais são possíveis de serem identificáveis.

Pretendemos então, na pesquisa, entender como as formações discursivas presentes no contexto da época possibilitaram a emergência de discursos específicos acerca do processo civil e do papel do judiciário no mundo social. Para tal análise, entendemos que a disputa entre campos políticos distintos pode ter se relacionado com os debates teóricos da época. Resgatamos então o conceito de *polêmica discursiva*, associada a ideia de *interdiscurso*, propostos por Dominique Maingueneau, por julgar que este pode ser útil na investigação da gênese de discursos antagônicos, aqui, no âmbito do processo civil.

Os discursos se constituem em diálogo, explícito ou não, com os outros discursos existentes, sejam eles concordantes ou antagônicos. O interdiscurso é “uma articulação contraditória de formações discursivas que se referem a formações ideológicas antagônicas” (COURTINE *apud* CHARAUDEAU e MAINGUENEAU, 2014, p. 286). Entender que os enunciados se constroem sempre em um interdiscurso é importante para entender que as oposições, tanto no âmbito político e de projeto de governo, como no âmbito jurídico, se constituem tendo sempre o seu oposto<sup>5</sup> como referência de contradição. É justamente isto que Maingueneau expõe ao dizer que

Reconhecer este tipo de primado do interdiscurso é incitar a construir *um sistema no qual a definição da rede semântica que circunscreve a especificidade de um discurso coincide com a definição das relações deste discurso com seu Outro*. No nível das condições de possibilidade semânticas, haveria, pois, apenas um espaço de trocas e jamais de identidade fechada. Esse ponto de vista vai na direção contrária à adotada espontaneamente pelos enunciadores discursivos; estes, longe de admitir esse descentramento radical, reivindica, de fato, a autonomia de seu discurso. (MAINGUENEAU, 2008, p. 35-36)

Como colocado, mesmo que os enunciadores dos discursos não se identifiquem desta maneira, se relacionam com seu Outro, ou seja, com o discurso que o contrapõem. Isto fica bem evidente, e é essencial, em situações onde a *polêmica* se faz presente. O conceito de *polêmica* nos remete a discursos antagônicos, a “uma sucessão mais ou menos longa de textos que se opõe sobre uma “questão”, um tema de debate ou uma rede de questões conexas”. (CHARAUDEAU e MAINGUENEAU, 2014, p. 379).

A polêmica se caracteriza pela aparente incompatibilidade e total antagonismo entre os textos, o que os faz serem aparentemente incomunicáveis. Maingueneau, porém, demonstra que os discursos antagônicos constituídos na polêmica geram posicionamentos que

---

<sup>5</sup> Aqui, importante fazer a ressalva, como inspiração em Gisálio Cerqueira Filho (p. 25-27), em estudo sobre o discurso político acerca da “questão social” no Brasil, que os discursos, embora antagônicos, representam de certa forma o mesmo estrato de classe, geralmente identificado como elites. Não representam, portanto, uma manifestação dos sentimentos de justiça ou de projetos políticos acerca do judiciário e do processo oriundos da classe trabalhadora. São, portanto, polêmica internas às mesmas classes sociais, em disputa pela hegemonia.

remetem um ao outro, em um interdiscurso que nasce exatamente dessa controvérsia. Cada discurso se constrói ao criar imagens “positivas” e “negativas” em relação ao seu antagonista, que são o que constitui o próprio discurso.

A ideia de pesquisa é justamente entender como que textos do campo jurídico e político dialogaram na consolidação do direito processual brasileiro, havendo, portanto uma aproximação interdisciplinar entre a análise semiolinguística do discurso, a história do direito, o direito processual e a teoria política, relacionando ciências jurídicas e ciências sociais.

#### **4 CONCLUSÃO**

O presente artigo teve como proposta apenas colocar algumas hipóteses e formulações teóricas iniciais para se pensar a pesquisa proposta, ainda em fase de inicial, para uma investigação da relação entre política e direito na consolidação do campo processual brasileiro. A relevância da pesquisa proposta se encontra justamente no estranhamento das categorias processuais, e sua inserção no contexto histórico e político em que foram desenvolvidas, para entender com quais ideologias e projetos de estado elas se relacionavam. A perspectiva histórica proposta no projeto ressalta uma perspectiva pouco analisada no campo processual brasileiro, relacionando a história processual com uma história político-social, podendo demonstrar que a consolidação do direito processual brasileiro se deu intimamente ligada a determinados projetos de estado e de nação, ajudando desta maneira a entender como que o direito processual brasileiro pode ser herdeiro de determinadas concepções de estado construídas no passado, e dando pistas de como as atuais discussões no âmbito do processo civil possuem, mesmo que ocultadas, ideologias e projetos políticos pertinentes.

Pretende-se, como fruto do trabalho, pensar também as conseqüências de um apagamento ideológico no ensino do processo, ou seja, como que, ao não ressaltar a história política relaciona ao processo civil, e as implicações políticas e sociais das discussões processuais, há possivelmente a reprodução de uma ideologia hegemônica do processo civil, que apaga interesses no qual ele se constituiu.

#### **REFERÊNCIAS**

ALMEIDA, Matheus Guarino Sant’Anna Lima de. **O processo civil no Estado Nacional: apontamentos para uma interpretação política da reforma processual de 1939 a partir da obra de Francisco Campos.** Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2017.

ALMEIDA, Matheus G. S. L. de; ALMEIDA, Gabriel. G. S. L. de; DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mário. Argumentos de justificação para as reformas processuais: uma análise semiolinguística das exposições de motivos do Código de Processo Civil de 1939 e do Anteprojeto de Reforma de 2010. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 3, p. 162-182, 2016.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Uma outra visão do Direito: as contribuições fornecidas pelas ciências sociais. In: **Lex Humanis** n. 1, p. 189-217. Petrópolis. 2009

BOMENY; Helena. Antiliberalismo como convicção: teoria e ação política em Francisco Campos. In: LIMONIC, Flávio; MARTINHO, Francisco Carlos Palomanes (ORG.). **Os intelectuais do Antiliberalismo**: projetos e políticas para outras modernidades. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. p. 263-316.

CERQUEIRA FILHO, Gisálio. **A Questão Social no Brasil**: crítica do discurso político. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.

CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso Político*. São Paulo: Contexto, 2011.

\_\_\_\_\_; **Linguagem e discurso**: modos de organização. São Paulo: Contexto, 2014.

COSTA, Moacyr Lobo. **Breve notícia histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua literatura**. São Paulo: Revista dos Tribunais e Universidade de São Paulo, 1970.

DUARTE, Fernanda; KOERNER, Andrei. **O Pensamento Jurídico Publicista brasileiro**. In: Congresso da BRASAS, Londres, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

\_\_\_\_\_. **Arqueologia do Saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

\_\_\_\_\_. **A ordem do discurso**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. O Due Process f Law e o Devido Processo Legal no Sistema Processual Penal. In: AMORIM, Maria Stella de; KANT DE LIMA, Roberto; MENDES, Regina Teixeira Lúcia (Orgs.) **Ensaio de Igualdade Jurídica**: Acesso à Justiça Criminal e Direito de Cidadania no Brasil. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2005.

GEERTZ, Clifford. **O Saber Local**: novos ensaios em antropologia interpretativa - Petrópolis: Editora Vozes. 1997.

HESPANHA, António Manuel. **A Cultura Jurídica Europeia**: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012.

IORIO FILHO, Rafael Mario. **Benito Mussolini**: uma proposta de construção da identidade italiana. Curitiba: CRV, 2012.

\_\_\_\_\_; DUARTE, Fernanda. **Por uma gramática das decisões judiciais**. ANAIS do Conselho Nacional de Pós-graduação em Direito, Fortaleza XIX Encontro, 2010.

KANT DE LIMA, Roberto. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *In: Anuário Antropológico/2009-2*, 2009, pp. 25-51, 2009

KANT DE LIMA, Roberto; PIRES, Lenin; EILBAUM, Lucia. (2008), "Constituição e segurança pública: Exercício de direitos, construção de verdade e a administração de conflitos". *In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo [e] BRANDÃO, Gildo Marçal (orgs). A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo, Anpocs/Aderaldo & Rothschild, pp. 152-190, 2008

MAINGUENEAU, Dominique. *Gênese dos Discursos*. Tradução: Sírio Possenti. São Paulo: Parábola Editorial, 2008.

MEDEIROS, Jarbas. **Ideologia autoritária no Brasil: 1930/1945**. Prefácio de Raymundo Faoro. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1978.

MENEZES, Daniel Francisco Nagal. **Francisco Campos, Carl Schmitt e a atuação do estado na economia**. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2013.

NEDER, Gizlene. **Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil: criminalidade, justiça e constituição do mercado de trabalho (1890-1927)**. 2ª ed. Niterói: Editora da UFF, 2012.

NOBLAT, Francis. **Direito, Desenvolvimento e Reformas Processuais: uma análise da influência dos Law and development movement e Banco Mundial nas Reformas do sistema processual civil brasileiro pós-1988**. Trabalho de Conclusão de Curso. Niterói: Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito – UFF, 2015

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito**. *In: Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de Discurso: princípios & procedimentos**. 8. ed. Campinas: Pontes, 2009.

SANTOS, Rogério Dultra. **Teoria Constitucional Antiliberal no Brasil: Positivismo, Corporativismo, e Cesarismo na Formação do Estado Novo**. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2009.



# JUSTIÇA POR RECONHECIMENTO ATRAVÉS DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: MEIOS ALTERNATIVOS DE ACESSO À JUSTIÇA PARA GRUPOS MINORITÁRIOS

*Pedro Henrique Dias Alves Bernardes*  
(Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo / USP)  
pedro.bernardes@usp.br

**RESUMO:** O presente trabalho busca averiguar como a mediação de conflitos pode ser um mecanismo que melhor garantiria o reconhecimento intersubjetivo de indivíduos, em contraste às vias jurisdicionais tradicionais. Este mecanismo consensual de resolução de conflitos será examinado sob o prisma das Teorias de Reconhecimento, através da revisão dos pensamentos propostos por filósofos como Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. Após analisar como elementos basilares da mediação, tais como a autonomia das partes e o incentivo ao diálogo, conferem maior reconhecimento interpessoal às partes, será debatido o potencial desse meio para promoção do reconhecimento de indivíduos pertencentes a grupos minoritários.

**Palavras-chave:** Mediação de Conflitos. Justiça por Reconhecimento. Grupos Minoritários.

## 1 INTRODUÇÃO

A mediação de conflitos constitui um dos chamados meios alternativos de resolução de disputas (ADRs, em inglês), que vêm se tornando cada vez mais populares, consolidando-se como novas formas de solução de litígios distintas dos moldes contidos no processo civil tradicional. Essa mobilização em prol de métodos consensuais está contida dentro do que Kazuo Watanabe (2005) denominou de “cultura da pacificação”, paradigma oposto à “cultura da sentença”, que é caracterizada pelo grande volume de processos, recursos e execuções<sup>1</sup> e ainda predomina no Brasil. Ao tornar o processo mais informal e acessível, aproximando populações historicamente excluídas do sistema oficial de justiça, o tratamento de litígios através de ADRs pode ser considerado como um método de facilitação do acesso à justiça<sup>2</sup>, consoante com a mais recente onda renovatória conforme proposto por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988).

Pelo menos desde a concretização das ADRs como um campo jurídico na década de 1970, sempre houve intenso debate sobre qual forma de justiça é construída através da mediação de conflitos (BUSH; FOLGER, 2012). Dentro deste cenário, o presente trabalho buscará investigar como a mediação pode ser um mecanismo que melhor garantiria o reconhecimento dos indivíduos, em contraste às vias jurisdicionais tradicionais, adotando como referencial teórico as

---

<sup>1</sup> Deve-se ressaltar, entretanto, que o mau funcionamento da máquina judiciária e o elevado número de processos não devem ser utilizados como justificativas para a adoção de meios alternativos de resolução de conflitos (2015). As ADRs se apresentam não como substitutas absolutas às formas tradicionais de solução de conflitos, mas como complementares e auxiliares no efetivo acesso à justiça e realização da cidadania de maneira plena (MARASCA, 2007)

<sup>2</sup> É declaradamente complexo definir o termo “acesso à justiça”, sendo possível estabelecer sua ligação com duas finalidades básicas do sistema jurídico contemporâneo: primeiro, que o sistema deve ser igualmente acessível a todos; e segundo, que ele deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

contribuições da corrente de Justiça por Reconhecimento. Será debatido como elementos basilares da mediação, tais como o princípio da autonomia das partes e o incentivo ao diálogo, representam componentes essenciais para o estímulo do reconhecimento intersubjetivo entre as partes em conflito. Além disso, serão levantadas reflexões sobre a capacidade desse mecanismo para promoção do reconhecimento de indivíduos pertencentes a grupos minoritários e socialmente vulneráveis. Assim, serão levantadas observações sobre os benefícios e riscos da mediação como uma forma alternativa de acesso à justiça para grupos minoritários.

Este artigo será estruturado em quatro seções: após essa introdução, será realizada uma breve revisão das principais contribuições teóricas sobre o conceito de Reconhecimento, incluindo os pensamentos de filósofos como Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. Em seguida, serão apresentados os principais componentes da mediação de conflitos, seguido da análise de como esse meio pode proporcionar um melhor reconhecimento intersubjetivo das partes. Por fim, serão apresentadas as considerações sobre a aptidão do reconhecimento de grupos minoritários através da mediação de conflitos.

## **2 MARCO TEÓRICO: JUSTIÇA POR RECONHECIMENTO**

Ao longo das últimas décadas, a ideia de reconhecimento se tornou um dos conceitos predominantes das teorias políticas contemporâneas. De forma sucinta, o conceito de reconhecimento expressa que um indivíduo ou grupo social reivindica o direito a ter sua identidade reconhecida, de forma direta ou pelo intermédio de instituições sócio-políticas (AMADEO, 2017). Tal demanda está relacionada ao modo como tais sujeitos são tratados pela sociedade e também estes se veem perante aos outros. Assim, a noção de reconhecimento tem estabelecido pontes de conexão com questões filosóficas mais amplas – tais como questões de identidade e de diferença, a natureza das relações intersubjetivas e a importância da estima social – e também com desafios políticos modernos – como o multiculturalismo, a autodeterminação dos povos, raça, gênero, dominação sexual e direitos de minorias (MARKELL, 2008).

Segundo Patchen Markell (2008), a eclosão do interesse por questões de identidade e reconhecimento na passagem da década de 80 para 90 pode ser compreendida como uma reação às ênfases teóricas colocadas na questão de justiça distributiva, que adotava como critérios para a materialização da igualdade a atenuação de disparidades econômicas. As abordagens de justiça por reconhecimento, por sua vez, destacam as esferas culturais e simbólicas das injustiças sociais, orientando-se por critérios como gênero, orientação sexual, etnia e outros (DUARTE, 2013; PIOVESAN, 2013). O cerne dessa corrente de justiça está nas “condições de superação de formas



de opressão social que sistematicamente subordinam alguns indivíduos e grupos a outros” (MENDONÇA, 2012, p. 119). Aqui, as desigualdades deixam de ser vistas sob o prisma de distribuição de recursos materiais e passam a incorporar aspectos simbólicos e identitários de atores sociais que, embora possam ter repercussões econômicas importantes, não se restringem a elas. Tal abordagem tem ganhado força principalmente considerando o contexto contemporâneo de emergência das lutas de grupos minoritários<sup>3</sup> por direitos e inclusão social (NEVES, 2015).

Pode-se tomar como marco zero das discussões sobre reconhecimento o ensaio “A Política do Reconhecimento”, de Charles Taylor (2000), e o livro “Luta por Reconhecimento”, de Axel Honneth (2003), ambos inicialmente publicados em 1992. Os dois pensadores apropriam-se da dialética do reconhecimento proposta por Hegel, segundo o qual o desenvolvimento da consciência de si mesmo depende de uma reflexão de si a partir do outro. Para o filósofo alemão, o reconhecimento recíproco é a substância ética que deve ser efetivada nas relações intersubjetivas, visto que é nesse reconhecimento que o indivíduo se torna fim em si mesmo (AMUSQUIVAR JUNIOR, 2009). Tais observações são incorporadas e aprofundadas por Taylor e Honneth, considerados os principais filósofos das correntes teóricas sobre reconhecimento.

Representando uma tentativa de transpor os debates liberais-comunitaristas da década de 1980 e de buscar explicar o cenário político da época, o ensaio de Taylor (2000) demonstra como as políticas contemporâneas se moldaram significativamente à necessidade e demanda por reconhecimento por grupos oprimidos ou marginalizados. Tomando como exemplo de “política de reconhecimento” o sistema político e as emendas constitucionais em prol da diversidade linguística no Canadá, o filósofo apresenta que tais medidas buscam modificar a forma como os cidadãos são vistos e estimados pelos outros, representando um modo de satisfazer uma necessidade humana profunda de ser reconhecido como portador de uma identidade distintiva. Essa forma de política seria contrastante com os ideais liberais, que seriam capazes de reconhecer apenas características consideradas universalmente compartilhadas. Cego às diferenças, o

---

<sup>3</sup> Apesar da falta de unanimidade na definição do termo “minorias”, é possível sublinhar alguns elementos essenciais para sua compreensão. De forma a conferir uma abordagem holística sobre o tema de grupos minoritários, adotaremos os critérios de conceitualização conforme apresentados por Liliana Jubilut (2013). O primeiro deles é o seu caráter *construído* conforme a estrutura histórico-jurídico-político-social que o cerca, podendo variar em diferentes contextos sociais e momentos históricos. O segundo elemento seria a *diferenciação* em relação ao restante da coletividade, dada a tendência de se apontar como minorias grupos que possuam características diferentes da sociedade majoritária. Complementando o elemento da diferenciação, encontra-se também a *diversidade*, haja vista a necessidade de estabelecer uma visão ampla que abarque os diferentes grupos minoritários, que apresentam características diversas entre si. Por fim, um último elemento fundacional da temática minoritária é a ideia de *subjugação*, ou seja, “a exclusão (total ou parcial) de um determinado grupo da participação ativa nas relações de poder”, estando sempre em posição hierárquica inferior ao restante da sociedade (JUBILUT, 2013, p. 15-16).

liberalismo não seria capaz de lidar com os desafios postos pela necessidade de reconhecimento (MARKELL, 2008).

Segundo Taylor, o reconhecimento de um indivíduo perante os outros é essencial para a formação de suas identidades, que por si mesmas não possuem existência senão na relação intersubjetiva. Dessa forma, se um indivíduo ou grupo não é reconhecido, a formação de suas identidades pode ser prejudicada.

Nossa identidade é moldada em parte pelo reconhecimento ou por sua ausência, frequentemente pelo reconhecimento errôneo por parte dos outros, de modo que uma pessoa ou grupo de pessoas pode sofrer reais danos, uma real distorção, se as pessoas ou sociedades ao redor deles lhes devolverem um quadro de si mesmas redutor, desmerecedor ou desprezível. O não-reconhecimento ou o reconhecimento errôneo podem causar danos, podem ser uma forma de opressão, aprisionando alguém numa modalidade de ser falsa, distorcida e redutora (TAYLOR, 2000, p. 241).

Taylor sustenta que o não-reconhecimento representa um aspecto da perpetuação da subordinação e vulnerabilidade de determinados grupos sociais. Sendo a igual dignidade dos indivíduos um princípio fundamental da sociedade contemporânea, Taylor defende a adoção de políticas de diferença para o reconhecimento de identidades particulares a um grupo ou indivíduos, destacando as características que os diferem dos outros. De modo a conciliar o universalismo e o particularismo, mostra-se necessário reconhecer a identidade de cada indivíduo, elemento presente em todos e ao mesmo tempo particular em cada um (TAYLOR, 2000; AMADEO, 2017).

Outro importante expoente da corrente de justiça por reconhecimento é Axel Honneth, que, assim como Taylor, toma contribuições de Hegel sobre a intersubjetividade, além de influências da psicologia social de George Herbert Mead, para desenvolver a sua própria teoria crítica da sociedade. Para Honneth, a integridade pessoal e social está conectada à aprovação que recebemos de outras pessoas, visto que todo indivíduo almeja o reconhecimento de suas capacidades, potencialidades e contribuições ao todo social. Assim, as relações de reconhecimento estão vinculadas ao relacionamento intersubjetivo e à reprodução da vida social, sendo a luta por reconhecimento a dinâmica do desenvolvimento histórico e moral da nossa sociedade (ROSENFELD, SAAVEDRA, 2013). Segundo Honneth (2003, p. 155-156),

a reprodução da vida social se efetua sob o imperativo de um reconhecimento recíproco porque os sujeitos só podem chegar a uma auto-relação prática quando aprendem a se conceber, da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus destinatários sociais. No entanto, uma tese relevante para a explicação disso só resulta da premissa geral se nela é incluído um elemento dinâmico: aquele imperativo ancorado no processo da vida social opera como uma coerção normativa, obrigando os indivíduos à deslimitação gradual do conteúdo do reconhecimento recíproco [...] Nesse sentido, o processo da individuação, discorrendo no plano da história da espécie, está ligado ao pressuposto de uma ampliação simultânea das relações de reconhecimento mútuo. A hipótese evolutiva assim traçada [...] é remetida de maneira sistemática a processos no

interior da práxis da vida social: são as lutas moralmente motivadas de grupos sociais, sua tentativa coletiva de estabelecer institucional e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por meio do qual vem a se realizar a transformação normativamente gerida das sociedades.

Honneth também propõe três esferas distintas de relacionamento social no qual os indivíduos podem contar com o reconhecimento recíproco em formas variadas e de acordo com princípios diferentes, nas quais levariam à construção de suas identidades:

nas relações íntimas, caracterizadas por práticas de cuidado e afeto mútuo, ele se percebe como indivíduo com suas próprias necessidades; nas relações legais, que se desenvolvem de acordo com o modelo de iguais direitos mutuamente garantidos, ele se entende como pessoa jurídica possuidora de igual autonomia; e, finalmente, nas relações sociais, dominadas por um modelo competitivo por status profissional, nas quais se percebe como possuindo habilidades e talentos valiosos para a sociedade (AMADEO, 2017, p. 262).

Honneth defende que os sujeitos nas sociedades modernas dependem do reconhecimento nessas três esferas – amor, direito e solidariedade – para estar em condições de desenvolver sua autonomia e suas identidades. A negação do reconhecimento, por sua vez, representaria uma forma de injustiça social, visto que perturbaria a relação do indivíduo com ele mesmo e o impediria de se tornar um ser pleno. Assim, as demandas por reconhecimento se encontram entrelaçadas às questões relativas à justiça social, que seria inalcançável sem o reconhecimento. Uma concepção adequada de ordem social contemporânea, portanto, só seria alcançada com o reconhecimento do outro dentro de um esquema de justiça tripartite: em suas necessidades pessoais e afetivas, em sua igualdade jurídica e em suas contribuições sociais (AMADEO, 2017; ROSENFELD, SAAVEDRA, 2013).

Além de Honneth e Taylor, cabe destacar também as contribuições de Nancy Fraser para as discussões sobre reconhecimento. Fraser (2006) apresenta um caráter bidimensional de justiça, dependendo simultaneamente de redistribuição econômica e de reconhecimento sócio-cultural. Ela destaca que, mesmo com a consolidação do reconhecimento como um elemento chave da teoria política contemporânea, as demandas superação de desigualdades econômicas seguem presentes em nossa sociedade, sendo necessário lidar com as duas vertentes de justiça. Esse esquema de justiça abrangente desencoraja a adoção de um critério em detrimento do outro, chamando a atenção para ambas as perspectivas e como elas se interseccionam, possibilitando a análise de “quais são as interações de uma espécie de medida sobre a outra e até que ponto medidas concretas, considerados os dois pontos de vista, auxiliam ou prejudicam a superação de injustiças” (RIOS, 2012, p. 171).

Para Fraser (2006), a subordinação social de determinados grupos implica tanto problemas de redistribuição quanto de reconhecimento, o que leva à falsa dicotomia entre essas duas

orientações de justiça. Grupos socialmente vulneráveis sofreriam com adversidades de redistribuição e de reconhecimento de maneira que nenhuma das injustiças teria efeito direto sobre o outro, mas ambos problemas primários e co-originais (AMADEO, 2017). Fraser (2006) apresenta, por exemplo, o conceito de coletividades bivalentes, tais como gênero e raça, que são oprimidas ou subordinadas tanto em virtude da estrutura econômico-política quanto cultural-valorativa da sociedade. De modo a superar concomitantemente os desafios de redistribuição e reconhecimento, ela defende a noção de paridade participativa, ou seja, arranjos sociais que possibilitem que todos cidadãos interajam equitativamente enquanto indivíduos iguais (AMADEO, 2017).

Através dos debates teóricos sobre reconhecimento, percebe-se que a efetiva igualdade só é alcançada pelo reconhecimento da singularidade ou particularidade de cada indivíduo. Dentro do campo do Direito, a afirmação das lutas por reconhecimento se dá com a consolidação do direito à diferença, em contraste com o pressuposto liberal de que a justiça como igualdade formal seria suficiente para provocar um equilíbrio nas relações intersubjetivas. O direito à diferença baseia-se na ideia de que todos são diferentes entre si, sendo a complexidade da diversidade a marca mais concreta da natureza humana (BITTAR, 2009). O reconhecimento do outro, portanto, seria a melhor forma de respeito à condição humana, sendo imprescindível garanti-lo na sociedade contemporânea.

### **3 A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E RECONHECIMENTO INTERSUBJETIVO ENTRE AS PARTES**

Conforme exposto, o reconhecimento apresenta-se como elemento central das relações intersubjetivas, interligado às formas de estima que esperamos dos outros. Em um mundo cada vez mais socialmente complexo, em que indivíduos convivem com ideais e costumes diferentes dos seus, o conflito – muitas vezes impulsionado pelo não-reconhecimento – torna-se irrefutável nas relações humanas. Dessa forma, o conflito se projeta nas relações intersubjetivas entre atores sociais que apresentam valores distintos, comportando-se por vetores contrapostos num dado problema alocativo (FREITAS JÚNIOR, 2009). O conflito é inerente à condição humana e, conseqüentemente, característico da sociedade, e tem funções individuais importantes, proporcionando à humanidade o estímulo para promover mudanças sociais e desenvolvimento individual, argumento central da Luta por Reconhecimento conforme posto por Honneth (CALMON, 2015; MENDONÇA, 2007). Considerando a inevitabilidade do conflito nas relações interpessoais e a intersubjetividade constitutiva da natureza humana conforme ressaltado pelos

teóricos apresentados anteriormente, esta seção buscará analisar o potencial de promoção do reconhecimento do outro através da mediação de conflitos.

### **3.1 Premissas da mediação de conflitos**

Pode-se caracterizar a mediação de conflitos como uma forma autônoma de resolução de disputas na qual a decisão não é imposta por um terceiro, mas sim “alcançada consensualmente pelas partes através de um processo em que cada uma delas tem oportunidade de expor seus interesses e necessidades e descobrir assim um caminho que atenda, tanto quanto possível, aos legítimos interesses e necessidades de ambas” (SOUZA, 2009, p. 70). É um procedimento sigiloso e voluntário em que um terceiro neutro cria um ambiente não adversarial, propiciando o diálogo entre as partes para que busquem uma solução pacífica para o conflito (BOIN, 2018).

A mediação não possui formas rígidas, mas sua realização é caracterizada por métodos elaborados com rigor científico. Conforme Petronio Calmon (2015), podem-se destacar alguns princípios que regem o funcionamento da mediação, sendo eles: 1. a voluntariedade, que reconhece o direito das partes de participarem livremente deste mecanismo, assim como o direito de retirar-se a qualquer momento; 2. o consentimento informado, que afirma o direito das partes obterem informação sobre o processo antes de participar, consentir ou aprovar os termos alcançados pela mediação; 3. a autodeterminação das partes, que reconhece que as partes possuem o poder de definir suas questões, necessidades e soluções, sendo responsabilidade das mesmas decidirem mutuamente os termos de qualquer acordo que seja celebrado; 4. a imparcialidade, que afirma o direito das partes a um método equitativo, gerido por um mediador neutro que se abstenha de todo prejuízo ou favoritismo para com uma das partes; e 5. a confidencialidade, que afirma que toda informação revelada no processo de mediação deverá ser mantida em sigilo.

É uma prática que se opera mediante o recurso de variadas disciplinas além do Direito, tais como a psicologia, a sociologia, a antropologia, dentre outras áreas de conhecimento que possam contribuir para a resolução pacífica de controvérsias. Assim, viabiliza-se o reconhecimento e articulação dos diversos fatores – sociais, emocionais, legais, entre outros – que compõem as desavenças (ALMEIDA, 2009; BACELLAR, 2009). Ao reforçar a autonomia das partes, permite que os participantes formulem a própria agenda para discussão de variadas questões, sejam de natureza legal ou não. Além disso, permite a adoção de métodos inovadores de forma a alcançar soluções criativas desenhadas conforme as especificidades do litígio. Ao possibilitar a construção conjunta de novas possibilidades de entendimento, mediação carrega a habilidade de garantir

maior satisfação às partes, visto que evita resultados “tudo ou nada” de processos judiciais tradicionais (OLIVER JR, 2011).

A mediação pode ser considerada um processo construtivo de resolução de conflitos, visto que resulta no fortalecimento da relação social preexistente à disputa (DEUTSCH, 1973). É um processo que privilegia a desconstrução do conflito e a restauração da convivência pacífica entre as pessoas, além de capacitá-las para a resolução autônoma de seus litígios (ALMEIDA, 2009; SOUZA, 2009). Por meio da mediação, desenvolvem-se a autonomia, o diálogo e a cooperação entre as partes, configurando um instrumento eficaz para resolução de conflitos intersubjetivos, especialmente daqueles cujos protagonistas apresentem percepções diferentes quanto à mais justa decisão para o caso (FREITAS JÚNIOR, 2009). Ademais, por ser um instrumento cuja centralidade está na essência do ser humano, promove o progresso do reconhecimento da dignidade humana, da emancipação pessoal e da autodeterminação, sendo de valor essencial para a evolução dos direitos humanos e para a construção de uma sociedade mais pacífica, humana e justa (BRAGA NETO, 2014).

### **3.2 O reconhecimento no processo da mediação**

Os conflitos sociais, de acordo com as teorias de reconhecimento, configuram buscas interativas pela consideração intersubjetiva de sujeitos e coletividades. Experiências de desrespeito, rebaixamento e humilhação – atreladas às expectativas de reconhecimento – ameaçariam identidades e poderiam desencadear impulsos para o conflito (MENDONÇA, 2007). Independentemente do que estariam reivindicando, os conflitos sociais teriam em comum o objetivo de “ampliar as relações de reconhecimento existentes, que não estariam possibilitando, em alguma medida, a realização das expectativas morais de comportamento sustentadas pelos sujeitos frente a seus parceiros de interação” (BRESSIANI, p. 335). O conflito, dessa forma, instigaria os indivíduos a lutar por reconhecimento de modo a não persistirem nas situações oriundas do desmerecimento e desprestígio pelo outro (HONNETH, 2003).

Dadas tais premissas, a mediação surge como um mecanismo de solução de conflitos que atenderia de forma mais satisfatória às demandas por reconhecimento, em oposição aos meios jurisdicionais tradicionais, que se mostram insuficientes. Por exemplo, nas vias jurisdicionais processuais, quando um indivíduo busca a efetivação de um direito em um litígio em que no polo oposto encontra-se outro indivíduo, aquele que não obtiver êxito em sua demanda sairia do processo como perdedor e com seu reconhecimento desestabilizado (REZENDE; VICENZI, 2015). Na mediação, por outro lado, busca-se o melhor resultado para ambas as partes através do

diálogo e do entendimento, resultando não em perdedores ou vencedores, mas indivíduos que se reconhecem mutuamente e constroem uma forma de resolução consensual para o conflito. De acordo com Rezende e Vicenzi (2015, p. 126)

a mediação seria o meio pelo qual os indivíduos ponderariam sobre o conflito e, em uma relação dialética de autoafirmação e reconhecimento, extirpariam possíveis lacunas psíquicas deixadas pelo não-reconhecimento. Pelo reconhecimento intersubjetivo, o comportamento pode evoluir e circular, dialeticamente, fazendo com que não haja um vencedor no conflito e sim colaboradores que chegam a um consenso do que atende a ambos. Logo, possuímos um conflito solucionado e as partes envolvidas continuam reconhecendo-se intersubjetivamente e mutuamente.

Como apresentado anteriormente, a mediação promove maior flexibilidade ao uso do Direito, de modo a tratar dos elementos específicos da complexidade das inter-relações pessoais e dos conflitos instaurados entre as pessoas. Observada a predisposição das partes para participar do processo de mediação, esta pode tratar das raízes do conflito e conferir uma resolução harmoniosa para a disputa (BRAGA NETO, 2012). Analisando este mecanismo sobre o prisma teórico do reconhecimento, é possível destacar dois componentes basilares da mediação que conferem a este mecanismo uma forma de reconhecimento intersubjetivo mais avançado: o princípio da autonomia das partes e o estímulo ao diálogo.

Primeiramente, o princípio da autonomia das partes proporciona que estas administrem o conflito conforme suas vontades, abordando as demandas que visam sanar e buscando alcançar uma solução que atenda aos interesses de ambas. Para que se atinja um consenso, é imprescindível o respeito às individualidades e interesses de ambas as partes no processo de mediação (BRAGA NETO, 2012). Assim, tal princípio permite que as demandas por reconhecimento dos indivíduos sejam respeitadas, garantindo que as partes possam decidir sobre as questões que permeiam o conflito e assegurando inclusive o direito de deixar o processo caso não estiverem satisfeitas.

Já através do diálogo, a mediação visa ouvir e estimular a discussão propositiva entre as pessoas, que, embora de início se comportem como vetores opostos, através da mediação encontram a possibilidade de deliberar sobre o conflito e sobre a inter-relação entre elas. Com isso, promove-se a cooperação e a reflexão sobre o conflito, criando possibilidades de soluções que atendam aos seus reais motivadores, tais como interesses, expectativas, desejos e necessidades existentes nas relações intersubjetivas. A mediação parte da premissa que o diálogo é um importante meio para que se encontre uma conexão entre as pessoas sobre questões que as dividem, precisamente devido ao fato de seres humanos possuírem a capacidade de empatia e de reconhecimento mútuo (BUSH; FOLGER, 2012). O diálogo, portanto, permite que as pessoas se

engajem com a humanidade existente entre si, reconhecendo-se a si mesmos e ao outro com mais clareza.

Dessa forma, fica nítida a potencialidade da mediação para o reestabelecimento do reconhecimento intersubjetivo entre os indivíduos. É um mecanismo que promove a transformação do modo como as partes veem o conflito, principalmente pelo fato de os mediados, ao longo do processo, se colocarem um no lugar do outro, iniciando um processo de solidariedade recíproca e compreensão da dignidade existente na outra pessoa (BRAGA NETO, 2012).

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: O POTENCIAL DA MEDIAÇÃO PARA GRUPOS MINORITÁRIOS**

Conforme apresentado, a mediação de conflitos configura um meio de resolução de conflitos que melhor atenderia às reivindicações por reconhecimento, em contraste às vias processuais tradicionais. Cabe agora refletir sobre a aptidão desse mecanismo para o reconhecimento de indivíduos pertencentes a grupos minoritários e socialmente estigmatizados, que sofrem desrespeitos ou discriminações devido a determinados aspectos de suas características ou capacidades, encontrando-se em posição de subjugação e não-reconhecimento em nossa sociedade (AMADEO, 2017). Para tal, retomaremos as duas características da mediação apresentadas anteriormente como catalisadoras do reconhecimento do outro: o princípio de autodeterminação das partes e o incentivo ao diálogo.

No que concerne à autonomia das partes, pode-se destacar a retórica de igualitarismo desse princípio, visto que a mediação oportuniza formas mais igualitárias de participação na resolução do conflito, configurando um método positivo para muitos grupos particularmente suscetíveis à exclusão, incluindo no acesso à justiça (DELGADO et al., 1985). Além disso, este princípio garante que as partes possam definir as questões a serem abordadas e determinar o resultado do processo. Assim, a mediação confere o efetivo reconhecimento de minorias como sujeitos de direito, protagonistas e principais interessados no conflito, configurando uma forma de empoderamento e igualdade material (VARGAS, 2015). Já em relação ao fomento do diálogo, a mediação permite que as partes discutam sobre as raízes do conflito, podendo abordar elementos que são socialmente e inconscientemente enraizados (BOIN, 2018). O engajamento interativo através do diálogo por si só carrega o potencial para reflexão e mudança de comportamento para com pessoas em outros contextos, incluindo em realidades de subjugação social (BUSH; FOLGER, 2012).



Levando em consideração esses pontos levantados, pode-se observar que a mediação confere um maior reconhecimento também a indivíduos pertencentes a grupos minoritários, ao menos nas relações interpessoais entre as partes em conflito. Entretanto, é necessário atentar-se a alguns aspectos dessa ADR que podem prejudicar a promoção do reconhecimento de grupos socialmente vulneráveis. Um deles é a informalidade da mediação: alguns críticos veem na falta de regras procedurais uma forma de mediadores – mesmo que não intencionalmente – direcionarem e pressionarem as partes a aceitarem resoluções que na realidade seriam injustas. Somado a isso, o princípio da imparcialidade do mediador pode levar à convivência com resultados injustos para com a parte minoritária (IZUMI, 2010). Por ser um processo privado e confidencial, essas iniquidades poderiam passar despercebidas. Além disso, mesmo se a resolução encontrada for justa, ela pode nunca alcançar efeitos amplos além do caso individual. Assim, a mediação seria incapaz de promover o reconhecimento em âmbito macro, causando a “privatização” de processos que poderiam gerar melhorias sociais de forma mais ampla, desagregando queixas de injustiças coletivas (BUSH; FOLGER, 2012).

Podemos concluir que, em contraste aos meios tradicionais de justiça, a mediação de conflitos representa o mecanismo que melhor atenderia às demandas pessoais por reconhecimento. Entretanto, apesar de também garantir maior reconhecimento intersubjetivo de indivíduos pertencentes a grupos socialmente vulneráveis, a aplicação da mediação à questão minoritária deve ser vista com cautela. A escolha do uso desse mecanismo em detrimento das vias jurisdicionais tradicionais deve ser baseada na necessidade de se compor o conflito com maior qualidade, verificando a sua adequação ao caso concreto, e principalmente considerando o potencial da mesma em gerar a transformação da forma como aqueles em posição desprivilegiada são reconhecidos em nossa sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, T. Mediação e Conciliação: Dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, P. B.; SOUZA, L. M. (Coord.). **Mediação de Conflitos: Novo paradigma de acesso à Justiça**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 93-102.

AMADEO, J. Identidade, Reconhecimento e Redistribuição: uma análise crítica do pensamento de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. **Política & Sociedade**, vol. 16, n. 35, p. 242-270, 2017.

AMUSQUIVAR JUNIOR, N. P. Da Dialética do Reconhecimento em Hegel à Dialética do Trabalho e Teoria da Emancipação em Marx. **CadernosCemarx**, n. 6, p. 61-76, 2009.

BACELLAR, R. P. Sustentabilidade do Poder Judiciário e a Mediação na sociedade brasileira. In: CASELLA, P. B.; SOUZA, L. M. (coord.). **Mediação de Conflitos: Novo paradigma de acesso à Justiça**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 85-91.

BITTAR, E. C. B. Reconhecimento e Direito à Diferença: Teoria Crítica, Diversidade e a Cultura dos Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 104, p. 551-565, 2009.

BOIN, C. Mediação como “nova” forma de resolução de conflitos. In: FREITAS JÚNIOR, A. R.; ALMEIDA, G. A. (Coord.). **Mediação & o Novo Código de Processo Civil**. Curitiba: Juruá Editora, 2018, p. 189-208.

BRAGA NETO, A. Mediação de Conflitos: Conceito e Técnicas. In: SALLES, C. A.; LORENCINI, M. A. G. L., SILVA, P. E. A. (Coord.) **Negociação, Mediação e Arbitragem: Curso Básico para Programas de Graduação em Direito**. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 103-125.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos, Reconhecimento do Sujeito de Direitos e Mediação de Conflitos Individuais e Coletivos. In: FREITAS JÚNIOR, A. R.; SERAU JÚNIOR, M. A. (Orgs.). **Mediação e Direitos Humanos: temas atuais e controvertidos**. 1ed. São Paulo: LTr, 2014, vol. 1, p. 19-28.

BRESSIANI, N. Redistribuição e Reconhecimento – Nancy Fraser entre Jürgen Habermas e Axel Honneth. **Caderno CRH**, vol. 24, n. 62, p. 331-352, 2011.

BUSH, R. A. B.; FOLGER, J. P. Mediation and Social Justice: Risks and Opportunities. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, vol. 27, n. 1, p. 1-52, 2012.

CALMON, P. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris. 1988.

DELGADO, R.; DUNN, C.; BROWN, P.; LEE, H. Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution. **Wisconsin Law Review**, vol. 1359. 1985.

DEUTSCH, M. **The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes**. New Haven, EUA: Yale University Press, 1973.

DUARTE, C. S. Fundamentos Filosóficos da Proteção às Minorias. In: JUBILUT, L. L.; BAHIA, A. G. M. F.; MAGALHÃES, J. L. Q. (Coords.). **Direito à Diferença: Aspectos Teóricos e Conceituais da Proteção às Minorias e aos Grupos Vulneráveis**. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 1, p. 33-51.

FRASER, N. Da Redistribuição ao Reconhecimento? Dilemas da Justiça numa era “pós-socialista”. **Cadernos de Campo**, n. 14/15, p. 231-239, 2006.

FREITAS JÚNIOR, A. R. Conflitos de Justiça e Limites da Mediação para a Difusão da Cultura da Paz. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). **As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro - Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe**. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, vol. 1, p. 509-533.

HONNETH, A. **Luta por Reconhecimento: A Gramática Moral dos Conflitos Sociais**. São Paulo: Editora 34, 2003 [1992], 246 p.

IZUMI, C. Implicit Bias and the Illusion of Mediator Neutrality. **Journal of Law & Policy**, vol. 34, p. 71-155, 2010.

JUBILUT, L. L. Itinerários para a Proteção das Minorias e dos Grupos Vulneráveis: Os Desafios Conceituais e de Estratégias de Abordagem. In: JUBILUT, L. L.; BAHIA, A. G. M. F.; MAGALHÃES, J. L. Q. (Coords.). **Direito à Diferença: Aspectos Teóricos e Conceituais da Proteção às Minorias e aos Grupos Vulneráveis**. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 1, p. 13-30.

MARASCA, E. N. Meios Alternativos de Conflitos como Acesso à Justiça e Efetivação da Cidadania. **Direito em Debate**, nos. 27-28, p. 33-59, 2007.

MARKELL, P. Recognition and Redistribution. In: DRYZEK, J.; HONIG, B.; PHILLIPS, A. (Eds.). **The Oxford Handbook of Political Theory**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 450-469.

MENDONÇA, R. F. Reconhecimento em Debate: Os Modelos de Honneth e Fraser em sua Relação com o Legado Habermasiano. **Revista de Sociologia Política**, n. 29, p. 169-185, 2007.

\_\_\_\_\_. Democracia e desigualdade: as contribuições da teoria do reconhecimento. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 9, p. 119-146, 2012.

NEVES, P. S. C. A Figura do Outro: Uma Comparação Entre os Discursos Sobre Minorias Sociais no Brasil e na França a partir das Ações Afirmativas. In: NEVES, P. S. C.; DE JESUS, S. M. (Orgs.). **Educação e Pluralidades Sociais: Desafios e Perspectivas**. 1 ed. São Cristóvão: Editora UFS, 2015, p. 91-108.

OLIVER JR, S. Alternative Dispute Resolution (ADR) and Minorities in the Federal Courts. **Capital University Law Review**, vol. 39, p. 805-817, 2011.

PIOVESAN, F. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas do Constitucionalismo Latino-americano à Luz dos Sistemas Global e Regional de Proteção. In: JUBILUT, L. L.; BAHIA, A. G. M. F.; MAGALHÃES, J. L. Q. (Coords.). **Direito à Diferença: Aspectos Teóricos e Conceituais da Proteção às Minorias e aos Grupos Vulneráveis**. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 1, p. 303-330.

REZENDE, A. S. A Intersubjetividade e o Reconhecimento do Indivíduo através da Mediação sob a Perspectiva de Axel Honneth. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, vol. 1, n. 2, p. 114-129, 2015.

ROSENFELD, C. L.; SAAVEDRA, G. A.; Reconhecimento, teoria crítica e sociedade: sobre desenvolvimento da obra de Axel Honneth e os desafios da sua aplicação no Brasil. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 15, n. 33, p. 14-54, 2013.

RIOS, R. R. O Direito da Antidiscriminação e a Tensão entre o Direito à Diferença e o Direito Geral de Igualdade. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 18, p. 169-177, 2012.

SOUZA, L. M. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional. In: CASELLA, P. B.; SOUZA, L. M. (Coord.). **Mediação de Conflitos: Novo paradigma de acesso à Justiça**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 56-97.

STULBERG, J. B. Mediation and Justice: What Standards Govern. **Cardozo Journal of Conflict Resolution**, vol. 6, p. 213-245. 2005.

TAYLOR, C. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, C. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000.

VARGAS, I. M. A Mediação Familiar e o Direito da Antidiscriminação. In: **Anais**, XI Semana de Extensão, Pesquisa e Pós-Graduação - SEPesq, Centro Universitário Ritter dos Reis, Porto Alegre, 2015.

WATANABE, K. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In: YARSHELL, F. L.; MORAES, M. Z. (Coord.). **Estudos em Homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. DPJ, 2005, p. 684-690.



**GP13**

**DIREITO E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL  
A PARTIR DE UM TEORIA  
CONSTITUCIONAL FEMINISTA**

Coordenação:

Profa. Dra. Fabiana Cristina Severi (FDRP-USP)

Profa. Dra. Élide Lauris (Universidade de Coimbra)

# SERAVIG: UM SERVIÇO DE ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CRIADO A PARTIR DA LEI MARIA DA PENHA

*Flávia Passeri Nascimento*  
(FDRP-USP)  
flaviapasseri@usp.br

*Paulo Eduardo Alves da Silva*  
(FDRP-USP)  
pauloeduardoalves@usp.br

**RESUMO:** Este resumo aborda uma parte da pesquisa de mestrado, ainda em andamento, que se centra na análise específica do Serviço de Reeducação do Autor de Violência de Gênero (SERAVIG), programa pioneiro na cidade de Ribeirão Preto/SP que propõe a prevenção da violência de gênero nas relações domésticas, familiares e íntimas de afeto, criado pela e a partir da Lei Maria da Penha. Iremos discutir o acesso à justiça pelas mulheres e os desafios enfrentados na interpretação jurídica, aplicação prática e implementação da Lei 11.340/06, chamada Maria da Penha (LMP). Ademais, pontuaremos os desenhos alternativos à LMP que vêm sendo aplicados sob a dominação de um discurso androcêntrico que recompõe o quadro em que a mulher é vista como um apêndice importante da família, ao invés de sujeito de direito. Por fim, apresentaremos o SERAVIG, programa que decorre da própria LMP, sem constituir, portanto, uma alternativa a ela.

**Palavras-chave:** Lei Maria da Penha. Grupos Reflexivos. Violência de gênero.

## 1 INTRODUÇÃO

Na linha de pesquisa dos direitos humanos das mulheres, mais especificamente no campo de acesso à justiça pelas mulheres após a promulgação da Lei Maria da Penha (LMP), buscamos, com a pesquisa de mestrado, ainda em desenvolvimento<sup>1</sup>(dezembro 2018), entender e traduzir a dinâmica de funcionamento de um dos Serviços direcionados à reeducação dos autores da violência doméstica que foi criado **a partir e pela referida Lei**: o Serviço de Reeducação do Autor de Violência de Gênero (SERAVIG).

A nossa proposta para esse resumo é de discutir, de forma breve, quatro questões que foram consideradas nessa trajetória que nos direciona ao estudo sobre elaboração e implementação de um Serviço advindo da própria LMP: i) o histórico de criação da LMP; ii) as razões que a levaram a vedar, expressamente, a aplicação da Lei 9.099/95; iii) o entendimento de que LMP não é punitivista e, sequer se enquadra num modelo legislativo apenas, ou predominantemente, retributivo; iv) e a contraposição aos desenhos alternativos que vem sendo sugeridos e, em alguns locais, aplicados, sob à justificativa de serem demandados pelas mulheres em situação de violência doméstica, que rejeitam a punição de seus agressores.

---

<sup>1</sup> O Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo tem duração de dois anos. A mestranda entrou neste programa em Julho de 2017 e depositará a tese de mestrado em Julho 2019.

Pretendemos, nesta exposição, superar o estigma de que a LMP é punitivista e, por isso, não deve ser aplicada, suprimindo a ânsia por meios alternativos de resolução da violência de gênero contra a mulher no âmbito doméstico. Ademais, quer-se demonstrar que a função punitiva estatal, quando aplicada isoladamente, não ajuda na prevenção da violência contra a mulher no âmbito doméstico, devendo haver uma atuação intersetorial e integral para o enfrentamento dessa violência. Por essa razão, trazemos a proposta oferecida pelo SERAVIG.

## **2 ACESSO À JUSTIÇA PELAS MULHERES: DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS À LMP**

Em um contexto social marcado pela impunidade, desigualdade na distribuição e no acesso à justiça pela mulher, aspectos que corroboravam para a manutenção de sua submissão na sociedade, bem como na classificação de sua cidadania como de “segunda classe”, grupos de mulheres, valendo-se do movimento de redemocratização política que se estabelecia no Brasil, demandaram do Estado a criação de políticas para a prevenção e punição da violência praticada contra a mulher (PASINATO, 2004, 2005).

Na década de 80, foram criadas as Delegacias de Defesa da Mulher (DDMs). Na década de 90, o governo brasileiro foi pressionado pelo contexto internacional que ressaltavam o reconhecimento dos direitos das mulheres como direitos humanos e definiam a violência contra a mulher como uma afronta aos direitos humanos “Desencadeou-se ampla campanha internacional para que os governos nacionais adotem medidas efetivas para a erradicação da violência contra a mulher e a promoção da equidade de gênero” (O’TOOLE; SCHIFRFMAN, 1997; PIMENTEL, 1999 apud PASINATO, 2004, p. 1-2). Na busca pela abertura de novos canais de acesso à Justiça, somado a um acesso igualitário, a Lei 9099/95 criou os Juizados Especiais Criminais - JECRIM (PASINATO, 2004, 2005).

Em que pese os Juizados Especiais terem constituído espaços de fortalecimento e de referência para as mulheres em situação de violência doméstica, a aplicação da Lei 9099/95 nestes casos, já questionada antes da promulgação da LMP, foi vedada expressamente por esta, por ter sido diagnosticada como uma legislação discriminatória quanto ao acesso das mulheres à justiça e quanto à agressão voltada a mulher, por considerá-la uma violência de menor potencial ofensivo, além de reprivatizar este tipo de violência (PASINATO, 2004, 2005).

Foi a partir da promulgação da LMP, legislação resultante de uma exitosa atuação político social dos movimentos feministas brasileiros, que se reconheceu a violência contra a mulher como uma violação aos direitos humanos das mulheres e que se criou instrumentos para o efetivo enfrentamento desta agressão no âmbito privado (BASTERD, 2011; DIAS e REINHEIMER, 2011).

Ainda que tenha sido um avanço legislativo no enfrentamento da violência contra a mulher, a LMP enfrenta, desde a sua promulgação, resistências, desafios e opositores em vários âmbitos institucionais<sup>2</sup> (PASINATO, 2011).

Além da efetivação das medidas de prevenção, assistência e atendimento da mulher em situação de violência doméstica e familiar definidas pela LMP, para o seu reconhecimento como uma política pública, é necessária uma **atuação articulada entre os entes federados e a sociedade organizada**, de forma a se alcançar êxito na proteção dos direitos de mulheres que vivem em situação de violência doméstica e familiar (PASINATO, 2011).

Dentre os diversos estudos que têm se voltado para a questão do acesso à justiça criminal pelas mulheres em situação de violência doméstica, retratando, a partir de estudos empíricos, o efetivo acolhimento oferecido, pode-se citar o de Schinke (2017).

Ao identificar falhas nos procedimentos adotados pela Polícia Civil de Santana do Livramento/RS no registro de ocorrências que envolviam violência de gênero, Schinke (2017) realizou três apontamentos que chamaram à atenção: i) a maioria das agressões identificadas são tipificadas como lesão corporal e ameaça; ii) a mulher em situação de violência doméstica decidiu ir até as instituições públicas registrar a situação de abuso somente após a reiteração da violência; iii) embora realizado o registro da violência na Delegacia, as vítimas relatam que não houve alteração na situação de violência. Diante deste cenário, a autora pontua que:

Em ambas as situações o acesso ao **sistema de justiça criminal não parece ser um caminho apto para solucionar situações de violência contra a mulher**. A equação **conduta-punição tende a padronizar os conflitos e fazer com que a atuação obrigatória do Estado seja alimentada por uma segunda seletividade, construída pelos próprios agentes de polícia** (SCHINKE, 2017, p. 1712, *grifo nosso*).

De acordo com Nascimento e Severi (2018), a partir da análise de uma amostra de decisões judiciais emanadas dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e São Paulo entre os anos de 2006 (ano em que a Lei 11.340 entrou em vigor) e 2016 (ano em que o levantamento de dados foi realizado), a maneira como tem se dado a interpretação e aplicação da LMP, desperta um possível questionamento sobre a atuação do Sistema Judiciário brasileiro, dado que, este ainda atua, por vezes, em desacordo com o próprio entendimento disposto na LMP, deixando de aplicá-la, por exemplo, em alguns casos, às mulheres em situação de violência doméstica e concedendo a sua

---

<sup>2</sup> Em setembro de 2007, foi criado o Observatório de Monitoramento da Lei Maria da Penha - O Observe (constituído por um consórcio que congrega 12 organizações) - cujo objetivo é acompanhar o processo de implementação e aplicação desta Lei, a fim de identificar os avanços e as dificuldades para a sua efetiva e plena aplicabilidade, produzindo e divulgando informações relevantes para os movimentos de mulheres e para as instituições públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres.



aplicação a ofendidos que não pertencem ao gênero feminino, sob a justificativa da vulnerabilidade.

Somado a isso, estudos e diagnósticos sobre os avanços e obstáculos na implementação da LMP nos últimos dez anos: i) revelam como sua aplicação ainda se restringe à esfera criminal; ii) denunciam a ausência de serviços, bem como de uma equipe multidisciplinar qualificada, para o atendimento da mulher; iii) e apontam o ambiente discriminatório e prejudicial aos direitos das mulheres nos mais diversos serviços de atendimento (PASINATO, 2015).

Dentre um conjunto de obstáculos a serem superados, para que os efeitos da LMP possam modificar comportamentos e valores discriminatórios e violentos, está à **dificuldade de acesso à justiça** pelas mulheres em situação de violência doméstica a qual, para ser superada, “implica o conhecimento da lei, a possibilidade de fazer uso desse conhecimento, a existência de mecanismos ou canais que transformem o direito potencial em direito real e no tratamento igualitário, livre de preconceitos, oferecido pelo Poder Judiciário” (BASTERD, 2011, p. 30).

Vargas<sup>3</sup> (2011 apud SEVERI, 2018) nomeia essa dificuldade de acesso à justiça de “labirinto androcêntrico do Direito”: demora na resposta, carência de uma equipe multidisciplinar capacitada para atender a mulher em situação de violência doméstica, inexistência de protocolos de intervenção, descrédito na versão dada pela mulher, suposição de neutralidade das normas.

Este cenário corrobora para a criação de um subtexto de gênero e para a manutenção de um Direito sexista. A superação deste labirinto somente se dará quando reconhecido que a violência e a discriminação contra a mulher são questões intrínsecas resultantes de uma violência estrutural que contamina a sociedade (VARGAS, 2011 apud SEVERI, 2018).

O monitoramento e avaliação da efetiva implementação da LMP, para a produção e sistematização de informações que contribuirão para aferir o alcance dos resultados propostos, convidam para novas reflexões e debates que proporcionem alternativas para: i) melhorar o funcionamento das políticas públicas criadas a partir do dispositivo legal 11340/06; ii) corroborar no atendimento da mulher em situação de violência e, assim, iii) avançar na trajetória de enfrentamento da violência de gênero praticada contra à mulher (PASINATO, 2011).

### **3 LMP, SISTEMA RETRIBUTIVO E OS DESENHOS ALTERNATIVOS À PUNIÇÃO DO AUTOR**

Além dos percalços para um efetivo acesso à justiça pelas mulheres, outro ponto a ser superado, e com urgência, é a **desconstrução de uma interpretação punitivista associada à LMP.**

---

<sup>3</sup> VARGAS, Roxana Arroyo. Acesso a la justicia para las mujeres... El laberinto androcéntrico del derecho. Revista IIDH, nº 53, 2011, p. 35-62.

Como bem pontua Dias (2015, p.80), a Lei 11340/06 não é uma lei penal, mas sim um valioso estatuto que possui caráter repressivo, mas, principalmente, preventivo e assistencial.

Verdadeiro **microssistema** que visa coibir a violência doméstica trazendo importantes mudanças. Apenar de não ser uma lei **penal**, nítido o seu colorido penalizador, ao tratar, com mais rigor infrações cometidas contra a mulher, no âmbito familiar, doméstico e nas relações íntimas de afeto. Enquanto no processo penal comum vige o princípio *in dubio pro reo*, no caso da violência doméstica deve vigor o ***in dubio pró-mulher***. Pela primeira vez é emprestada credibilidade à palavra da mulher (DIAS, 2015, p.80).

As mudanças trazidas pela LMP ao Código Penal brasileiro foram ínfimas, totalizando-se em três: o acréscimo de uma circunstância agravante quando o autor da violência se prevalece de relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade (CP, art. 61, II, *f*), a criação de uma majorante nos casos em que a vítima da violência doméstica é portadora de alguma deficiência (CP, art. 129, §9º) e nos casos de lesões corporais decorrentes de uma relação familiar houve o aumento da pena máxima e diminuição da pena mínima, que, como consequência, levou a, na prática, a um abrandamento da apenação deste crime, uma vez que prevalece a cultura da pena mínima (DIAS, 2015, p.80).

As discussões trazidas abaixo pontuam algumas alternativas à LMP que vem sendo instauradas no sistema brasileiro para solucionar casos de violência contra a mulher no âmbito doméstico e intrafamiliar, e discutiremos as consequências destes modelos substitutos as propostas trazidas pela LMP, principalmente no que tange à tentativa de reformular o acesso à justiça dessas mulheres, destruindo o que foi até aqui conquistado, e colonizar esse acesso com um discurso que quer subalternizar essas mesmas mulheres.

Dentro da linha dos desenhos alternativos, Tonche (2015; 2016) busca demonstrar como a proposta da Justiça Restaurativa (JR) resiste e, concomitantemente, tenciona com o sistema de justiça penal retributivo vigente no Brasil, ao propor uma nova forma de gestão dos conflitos aos casos considerados de baixo potencial ofensivo, que não a punição. Para isso, a teoria da racionalidade penal moderna, desenvolvida por Álvaro Pires, foi adotada como contraponto dos trabalhos desenvolvidos. Essa teoria pretende descrever e explicar as dificuldades incidentes sobre o sistema penal quando este procura pensar penas fora do quadro tradicional de referência (sistema retributivo).

A partir de uma pesquisa empírica de estudo de caso de programas de justiça restaurativa que funcionam no estado de São Paulo, a autora denunciou como esta forma alternativa de administração de conflitos está dominada e contaminada pela lógica punitiva do sistema de justiça criminal moderno (TONCHE, 2015, 2016).

Partindo-se destes resultados que apontam como a sombra do sistema de justiça criminal retributivo impede o desenvolvimento, fortalecimento e a efetiva aplicação de desenhos alternativos de resolução de conflitos, o discurso pela não aplicação da LMP por julgá-la punitivista e retributiva torna-se insustentável.

Ao se considerar eixos de desigualdade e subordinação, Severi (2016) sustenta que, embora a LMP tenha sido um marco jurídico inovador, ela não tem conseguido realizar um efetivo enfrentamento à violência doméstica de modo interseccional, combinando raça e gênero: “quando o foco da aplicação da lei é a punição dos agressores, o sistema de justiça acaba por produzir consequências indesejáveis em termos de racismo” (SEVERI, 2016, p, 29).

Embora a violência de gênero atinja a todas as mulheres, as negras são potencialmente mais vitimadas, em razão do impacto do racismo na sociedade brasileira e de uma consequente vulnerabilização social e institucional, o que resulta em uma vitimização específica sobre elas e sobre (FLAUZINA, 2015).

Em seu artigo *“Lei Maria da Penha: entre os anseios da resistência e as posturas da militância”* Flauzina (2015) destaca que, na tentativa de criar uma Lei que protegesse a mulher vítima da violência doméstica, verificou-se o surgimento de uma situação paradoxal. De um lado, a militância feminista, que acredita que o modo efetivo de punição dos agressores nos casos de violência doméstica são as vias do encarceramento, considerada como uma forma de prestação jurisdicional de qualidade. Do outro, a vítima da violência doméstica, que rejeita a imposição de pena privativa de liberdade ao seu agressor (FLAUZINA, 2015).

Segundo a autora, como a tendência predominante das vítimas é a rejeição ao viés punitivista da LMP, quando o Estado usurpa e se apropria da autonomia da vontade delas na condução e desfecho do caso, e impõe uma decisão, duas são as consequências observadas (FLAUZINA, 2015).

A primeira é o desestímulo de que as vítimas se pronunciem nos casos, após registrada a denúncia nas delegacias. A segunda trata-se da vítima que, impossibilitada de realizar a retratação da representação, altera ou não confirma os fatos em juízo, para beneficiar o agressor na ação penal apurada, e se sujeita, inclusive, a incorrer na prática do crime de denúncia caluniosa (Artigo 339, CP). Ou seja, de vítima ela passa a ser ré. (FLAUZINA, 2015).

Por parte das vítimas, haveria um misto de expectativas que se dariam no âmbito moral (desejo de suspensão das agressões; desejo de escuta das suas demandas; desejo de responsabilização do agressor), e no âmbito legal (desejo de que a lei fosse o veículo para isso). No

entanto, o que esperam do Direito está fora do âmbito criminal ao qual recorreram. Flauzina (2015, p. 131) explica:

A justiça da resistência<sup>4</sup> quotidiana está, portanto, atrelada a uma intervenção que trabalhe a violência com a atenção dada a uma questão familiar, que considere no seu cômputo o agressor como alguém com quem as vítimas, em sua grande maioria, se importam.

Quando se cria e incentiva um discurso de que as mulheres em situação de violência doméstica não querem mais uma solução punitivista (em determinados casos, pontua-se) e que a solução seria uma responsabilização do agressor, a partir da aplicação de desenhos alternativos ao sistema retributivo (e aqui leia-se aplicação da LMP), ou da abstenção de um processo (como defende Flauzina) ou de uma pena, o que se observa é a colonização dessa ideia por um discurso dominante e androcêntrico que desconstrói as conquistas dos direitos humanos das mulheres alcançadas até o momento, e retrocede ao quadro que tínhamos antes da promulgação da LMP.

Ao se enfatizar técnicas que são “alternativas” a LMP, tudo o que aparecer no judiciário dentro da chave da alternatividade está associado a chave do familismo, que é algo que todo o movimento feminista teve que se opor para que a LMP pudesse ser criada, desconstruindo o entendimento da mulher como um apêndice importante da família, realocando-a para o paradigma dos direitos humanos.

A partir do que foi apresentado acima e com a intenção de demonstrar como a LMP não se enquadra num modelo de Lei apenas, ou predominantemente, repressivo, dispendo, especialmente de medidas de caráter preventivo e assistencial, a presente pesquisa se centra na análise específica de um serviço de reeducação de autor da violência doméstica decorre da própria LMP, sem constituir, portanto, uma alternativa a ela. Adiante, discorreremos, brevemente, sobre o projeto de criação desse Serviço, bem como a quem ele, especificamente, se destina.

#### 4 SERAVIG

Considerando que o estudo pretende analisar o trabalho desenvolvido pelo SERAVIG e o direito em um ambiente social mais amplo, somada a revisão bibliográfica sobre o acesso à justiça pelas mulheres, será realizada uma pesquisa sociojurídica empírica, de cunho qualitativo, a partir da utilização de três instrumentos metodológicos: **análise documental**, **entrevistas semiestruturadas** com os profissionais que participam do Serviço e **observação-participante** (GUSTIN, 2010).

---

<sup>4</sup> A Autora no texto “Lei Maria da Penha: entre os anseios da resistência e as posturas da militância” se refere às mulheres vítimas da violência doméstica como “resistência”.

Como a pesquisa encontra-se em andamento, as entrevistas ainda não foram realizadas, pois pretendemos efetuar-las após o término do Grupo-Reflexivo que está sendo observado pela pesquisadora neste momento. Por essa razão, iremos abordar nesse resumo uma breve descrição sobre o projeto de criação do SERAVIG.

Criado em 2016, o Serviço de Reeducação do Autor de Violência de Gênero (SERAVIG), é um programa pioneiro de prevenção ao enfrentamento de gênero na cidade de Ribeirão Preto/SP. Criado a partir da disposição do artigo 45 da LMP, propõe como seu objetivo central promover à prevenção terciária<sup>5</sup> da violência de gênero e, por consequência, suspender a violência de gênero no âmbito doméstico, além de reeducar o agressor quanto a equidade de gênero. Estes resultados seriam alcançados, segundo consta no Projeto SERAVIG, a partir de atividades educativas, reflexivas e pedagógicas oferecidas pelo Serviço.

Quando inaugurado, consta no Projeto SERAVIG (BRASIL, 2016) que os Serviços responsáveis pela sua execução eram a Secretaria Municipal da Assistência social (SEMAS), a Coordenadoria Municipal da Mulher, além de serviços coparticipantes: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo / Fórum de Ribeirão Preto/SP; Promotoria de Justiça do Estado de São Paulo - Ribeirão Preto; Secretaria Segurança Pública do Estado de São Paulo - DDM Ribeirão Preto; e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo / Ribeirão Preto. Em 2018, a Coordenadoria Municipal da Mulher deu lugar ao Núcleo de Atendimento Especializado a Mulher (NAEM), o qual também substituiu suas atribuições.

Um Grupo Reflexivo do SERAVIG tem duração de 12 (doze) semanas, acontecendo 1 palestra por semana, e é composto de, no mínimo 6 (seis) e, no máximo, 12 (doze) participantes, todos maiores de 18 anos. O encaminhamento desses usuários pode se dar enquanto o processo decorrente da violência doméstica praticada contra a mulher está em curso, ou após a condenação do ofensor, enquanto pena do tipo *sursis* (suspensão condicional da pena, CP, art. 79), em uma condição especial e única: frequentar o SERVIÇO de forma integral (BRASIL, 2016).

Ao término das 12 (doze) semanas, a equipe SERAVIG elaborará um relatório constando a frequência dos usuários e, se constatada faltas, o Juízo das Execuções intimará o réu condenado para cumprir o *sursis* na forma e período de sua previsão regular do CP: dois anos, nos termos do artigo 77 c.c 78, §2º, *a*, *b* e *c* (BRASIL, 2016).

---

<sup>5</sup> Neste caso, refere-se à assistência prolongada oferecida pelo SERAVIG, após ocorrida uma situação de violência (nesta pesquisa, violência doméstica, intrafamiliar ou íntima de afeto), para evitar e, se possível, cessar a reiteração de agressões no âmbito familiar.

No projeto SERAVIG consta que os homens que tenham cometido violência sexual contra a mulher, feminicídio, crimes dolosos contra a vida ou que sejam portadores de transtornos psiquiátricos não podem ser encaminhados para esse Serviço (BRASIL, 2016).

## 5 CONCLUSÃO

Este é um panorama preliminar das principais linhas que abordaremos na referida pesquisa de mestrado e que pretendemos aprofundar, nessa trajetória final, a fim de tentarmos demonstrar as possíveis respostas trazidas pela LMP, que não exclusivamente punitivistas.

Como pontuamos, a Lei 11340/06 caracteriza-se mais pelo seu caráter preventivo e assistencial de proteção e suspensão da violência de gênero no ambiente doméstico. Assim, a inquietação por mostrar a existência e funcionamento de um dos Serviços dirigidos a reeducação do autor da violência doméstica advindo da própria LMP, sem constituir, portanto, uma alternativa a ela, faz-se necessária quando um discurso dominante e androcêntrico por desenhos alternativos se instaura e dissemina pelo país, levando ao retrocesso das conquistas até aqui alcançadas pelas mulheres no campo dos direitos humanos delas.

## REFERÊNCIAS

BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista. In: CAMPOS, Carmem. Hein de. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 13-37, 2011.

BRASIL. **Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 05 fev. 2016.

BRASIL. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 04 nov. 2017.

DIAS, M.B.; REINHEIMER, T.L. Da violência contra a mulher como uma violação de Direitos Humanos – Artigo 6º. In: CAMPOS, C. H. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 195-200, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Lei Maria da Penha: entre os anseios da resistência e as posturas de militância. In: FLAUZINA, Ana, et al. **Discursos Negros: legislação penal, política criminal e racismo**. Brasília: Brado Negro, p. 115-144, 2015.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

IZUMINO, Wânia Pasinato. Violência contra a mulher no Brasil: acesso à justiça e construção da cidadania de gênero. In: A questão social no novo milênio. VIII Congresso Luso-afro-brasileiro de ciências sociais. Anais..., Coimbra: 2004. Disponível em: <<https://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel12/WaniaPasinatoIzumino.pdf>> Acesso em: 12 jul. 2018.

NASCIMENTO, Flávia Passeri; SEVERI, Fabiana Cristina (no prelo). **Violência doméstica e os desafios na implementação da Lei Maria da Penha: uma análise jurisprudencial dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e São Paulo**. Revista Eletrônica Direito e Sociedade (REDES).

PASINATO, Wânia. Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2006. In: CAMPOS, Carmem. Hein de. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 119-142, 2011.

PASINATO, Wânia. Delegacias de Defesa da Mulher e os Juizados Especiais Criminais: mulheres, violência e acesso à justiça. Plural, v. 12, p79-104, 2005.

PASINATO, Wânia. Oito anos de Lei Maria da Penha: Entre os avanços, obstáculos e desafios. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 533-545, 2015.

PMRP/SMAS/DPSE/CMM - Prefeitura Municipal De Ribeirão Preto. Secretaria Municipal de Assistência Social. Departamento de Proteção Social Especial. Coordenadoria Municipal da Mulher. 2016. **SERAVIG - Serviço de Reeducação do Autor de Violência de Gênero**. Ribeirão Preto: PMRP/SMAS/DPSE/CMM.

REGINATO, Andréa Depieri de A. Uma introdução à pesquisa documental. In: Machado, Maíra Rocha (Org.). In: **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, p. 189-224, 2017.

SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Fragmentos sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal em casos envolvendo violência de gênero**. Anais do I Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais 2017 – p. 1699-1724.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Enfrentamento à violência contra as mulheres e à domesticação da Lei Maria da Penha: elementos do projeto feminista de legalidade no Brasil**. 2016 Tese (Livre-Docência em Direito) – Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto/SP.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TONCHE, Juliana. **A construção de um modelo “alternativo” de gestão de conflitos: usos e representações de justiça restaurativa no estado de São Paulo**. 2015. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

TONCHE, Juliana. Justiça Restaurativa E Racionalidade Penal Moderna: uma real inovação em matéria penal? **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, vol. 3, n. 1, p. 129-143, jan 2016.



# GP14

## **METODOLOGIA DA PESQUISA E DO ENSINO DA SOCIOLOGIA JURÍDICA**

Coordenação:

Profa. Dra. Bárbara Silva Costa (Unisinos)

Profa. Dra. Aleteia Hummes Thaines (Unosociesc)

Prof. Dr. Gessé Marques Jr. (Unimep)

Profa. Dra. Fernanda Busanello Ferreira (UFG)

Prof. Dr. Fernando Rister de Sousa Lima (UPM)



# O ENSINO JURÍDICO EM UMA PERSPECTIVA WARATIANA

*Aleteia Hummes Thaines*  
(Universidade do Rio dos Sinos - UNISINOS)  
ale.thaines@gmail.com

*Marcelino da Silva Meleu*  
(Universidade de Blumenau - FURB)  
marcelinomeleu@gmail.com

**RESUMO:** O estudo tem o intuito de refletir sobre o ensino jurídico, levando em consideração as discussões já levantadas por Warat, na década de 70. Dessa forma, se estabelece como problema de pesquisa, o seguinte questionamento: Quais serão os rumos do ensino jurídico no Brasil, a partir de uma perspectiva waratiana? O trabalho objetiva analisar as mazelas do ensino jurídico, no Brasil, fundado nas concepções de Luis Alberto Warat. O aprofundamento teórico pauta-se em pesquisa bibliográfica, apoiando-se em um método dedutivo. Hoje, no ensino jurídico, se discute a introdução de metodologias ativas para transformar o acadêmico do Curso de Direito em agente de seu próprio aprendizado, visando estimular a sensibilidade destes para com os anseios da sociedade. Contudo, observa-se que Warat já propunha a utilização da criatividade, da carnavalização, da descoberta dos sentidos como fator principal para uma mudança de cultura, como já ressaltado, a mais de 40 anos.

**Palavras-chave:** Ensino jurídico. Luis Alberto Warat. Transdisciplinariedade.

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo tem o intuito de refletir sobre o ensino jurídico no Brasil, levando em consideração as discussões sobre a formação do acadêmico e o processo de ensino-aprendizagem destes. A partir dessas reflexões se estabelece como problema de pesquisa, o seguinte questionamento: A formação dos acadêmicos nos Cursos de Direito no Brasil se mostra apta para o enfrentamento das necessidades sociais e avaliativas, além de atraentes à nova geração de estudantes?

Nesse aspecto, o trabalho objetiva, de forma geral, analisar as mazelas do ensino jurídico brasileiro, fundado nas concepções de Luis Alberto Warat. E, de forma específica: (a) estudar a evolução e o panorama do ensino jurídico no Brasil; (b) pesquisar sobre a utilização de novas metodologias que possam ser empregadas nos Cursos de Direito; e, (c) analisar a insuficiência do ensino jurídico brasileiro, através de perspectivas apontadas por Luis Alberto Warat.

O aprofundamento teórico do estudo pauta-se em pesquisa bibliográfica, sendo realizado um levantamento fundado em livros, artigos publicados em periódicos relevantes sobre a temática e relatório de órgãos fiscalizadores. Para o desenvolvimento da pesquisa, elegeu-se o método dedutivo.

A temática encontra relevância, especialmente, nesse momento, pois o ensino jurídico vem sofrendo impactos consideráveis a medida que se ampliam, gradativamente, o número de

Faculdades de Direito no país. A preocupação central está pautada na qualidade do ensino do Direito e na formação dos profissionais dessa área do conhecimento.

Para tanto, o presente trabalho está dividido em três momentos. Na primeira etapa, se discutirá o panorama do ensino jurídico no país, começando pela criação das primeiras Faculdades de Direito e o cenário atual da qualidade de ensino dos Cursos. Posteriormente, analisar-se-á a necessidade de aplicação e utilização de novas metodologias capazes de transformar o processo de ensino-aprendizagem, tornando os acadêmicos protagonistas da construção do seu conhecimento. Em um último momento, será debatida a proposta de ensino jurídico a partir da perspectiva de Luis Alberto Warat, tendo como pauta o ensino do Direito baseado numa epistemologia jurídica e a importância da linguagem para esta área.

## **2 PANORAMA JURÍDICO NO BRASIL**

Desde a criação das Academias de Direito de São Paulo e de Olinda, em 1827, muitas foram as transformações no ensino jurídico em nosso país. A primeira delas se deu pelo Decreto n. 1.386, de 25 de abril de 1854, que estabeleceu que os cursos fossem designados cada um pelo nome da cidade em que se situavam e introduziu novas disciplinas. Outra reforma importante, naquele século, foi a reforma do ensino livre de 1879 que se deu pelo Decreto n. 7.247, de 19 de abril de 1879, e permitiu a criação de outras faculdades.

Ultrapassado o período imperial e com a Proclamação da República, bem como, as transformações sociais, verificou-se a necessidade de uma expansão do ensino jurídico para além das Faculdades de Olinda e São Paulo, o que ocasionou a abertura de outros Cursos de Direito em outros estados. Contudo, sem adentrar em uma discussão histórica mais profunda, observa-se que tal expansão ganhou força com a instituição do Estado Democrático no Brasil, onde, paradoxalmente, o ensino jurídico apresenta, fortemente, momentos de rupturas críticas.

No entanto, esse crescimento e democratização do acesso à cursos jurídicos brasileiros contribuiu para aumentar a “demanda de vagas nas Universidades ou Faculdades, a provocar a proliferação das instituições privadas de ensino superior, a maioria sem padrões razoáveis de qualidade” (AGUIAR, 2004, p. 183).

Essa problemática, levou o Ministério da Educação e Cultura (MEC) a tabular, com auxílio da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a correlação entre a situação do ensino jurídico no país e a aprovação no exame de Ordem. Esse levantamento detectou, em 2007, que nos 37 cursos avaliados com nota inferior a 3, a aprovação no Exame da OAB foi de apenas 13%. Porém, em 52 Cursos de Direito que obtiveram nota inferior a 3 no Enade, obtiveram uma aprovação superior a

10% no Exame. Diante desse quadro, o MEC notificou as 89 instituições para que elas apresentassem justificativas para a baixa qualidade dos Cursos, bem como, informassem sobre as providências que estariam sendo adotadas para a melhoria de desempenho. (BRASIL, 2007).

O preocupante cenário fez surgir, com a edição da Portaria n. 927, de 25 de setembro de 2007, um novo instrumento para a avaliação dos Cursos de Direito no país, bem como a definição de carga horária mínima com a Resolução n. 2, de 18 de junho de 2007, do Conselho Nacional de Educação.

No país existem mais de 1.184 Cursos de Direito ativos e aproximadamente 3 milhões de matrículas, segundo dados do último censo do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (INEPE). (BRASIL, 2017). Com isso, o curso de direito se consolida como a maior graduação do país em números absolutos. O Brasil, sozinho, possui o maior número de Cursos de Direito do mundo. Em que pese a grandiosidade dos números, o MEC continua a autorizar a abertura de mais cursos no país, só em julho de 2018 o Ministério autorizou mais de 90 novos Cursos de Direito (BRASIL, 2018a), fora a ampliação do número de vagas nos Cursos existentes.

O baixo custo operacional, a alta demanda por uma graduação que possibilite uma gama maior de colocação no mercado (aliada a maior probabilidade de inscrição em concursos públicos, que o diploma em Direito oferece), faz com que haja o aumento exponencial de pedidos de autorizações por parte de Instituições de Ensino Superior. Algumas com propostas sérias de ponto de vista acadêmico/pedagógico, outras, com viés mercadológico.

Diante deste contexto, recentemente, em 31 de agosto de 2018, na reunião do Colégio de Presidentes de Seccionais, ocorrida na cidade de Gramado/RS, a Ordem dos Advogados do Brasil, emitiu e assinou uma Carta, que entre outras considerações, denuncia o que chamou de “estelionato educacional patrocinado pelo MEC, com a absurda proliferação de faculdade de Direito no País, autorizadas a funcionar, de forma irresponsável, sem observância de quaisquer critérios técnicos e da qualidade dos cursos”. (OAB, 2018).

Antes da OAB se manifestar, o Tribunal de Contas de União já havia elaborado um relatório de auditoria avaliando a atuação da Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação (SERES/MEC) e do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira nos processos de regulação, supervisão e avaliação dos cursos superiores de graduação no País. (BRASIL, 2018b).

A auditoria teve origem na solicitação da Comissão de Defesa do Consumidor, visando avaliar a atuação do MEC nos procedimentos de fiscalização dos Cursos de Direito (Proposta de

Fiscalização e Controle - PFC 64/2015), cujo o foco inicial foi a regulação dos os Cursos de Graduação em Direito.

Após analisar a contextualização entre os resultados dos Exames da OAB e as avaliações realizadas pelo Inep/MEC (ENADE/CPC), o documento destacou que os Exames da Ordem tem sofrido inúmeras mudança, ao longo dos anos, para se adequar as novas realidades e também para dar conta da ampliação do número de Faculdades de Direito existentes no país e, conseqüentemente, ao número de inscritos nesses exames. Constata-se ainda, que o alto índice de reprovação nos Exames da OAB está diretamente relacionado com a péssima qualidade do ensino jurídico no país. (BRASIL, 2018b). O que respalda a necessidade de uma discussão acadêmica mais profunda sobre o ensino do Direito no Brasil.

A relatora do acórdão do TCU, Ana Arraes, desta em seu julgado que “[...] são muitos os gargalos a serem vencidos para que se ofereça educação superior de boa qualidade no Brasil” (BRASIL, 2018b), um deles, que compete às instituições seriamente comprometidas com o ensino jurídico do país, diz respeito a forma como o conteúdo e as competências são ensinadas aos discentes e a maneira que estamos formando esses acadêmicos. Atualmente se discute a adoção de novas formas de metodologias, as denominadas, metodologias ativas; a mudança de cultura do ensino jurídico; entre outros aspectos. No entanto, tal cenário já havia sido previsto por Luis Alberto Warat, na década de 70, bem como por outros autores que criticam a forma de ensino jurídico técnica/instrumental.

### **3 METODOLOGIAS EM DEBATE**

O avanço tecnológico e a transformação da sociedade, das últimas décadas, vem impactando o modo de vida e as relações interpessoais, assim nas relações familiares, no mercado de trabalho e, por via de consequência, na educação.

Em decorrência dessas mudanças, hoje, se discute sobre o cenário educacional do ensino superior e suas perspectivas. Traz-se a tona o debate sobre os desafios do docente e a relação ensino-aprendizagem neste novo contexto, especialmente, nos Cursos de Direito, uma vez que aqui, tem-se um ensino dogmático e ortodoxo, sem espaço, *a priori*, para aplicar novas metodologias de ensino, ou seja, abordar o ensino jurídico sob outra perspectiva.

Observa-se que o ensino tradicional não permite aos cursos de graduação dar conta de uma formação adequada as novas necessidades da sociedade. Nessa perspectiva, Quiroz e Castillo (2017), ressaltam que em decorrência do amplo acesso ao ensino superior, da diversidade social e cultural do acadêmico e da necessidade de um maior acompanhamento para um aprendizado

eficiente, é indispensável a transformação do processo que apenas transmite informação para um processo que promova a participação dos estudantes.

Os autores apontam que essa nova forma de desenvolver o conhecimento tem o cerne na concepção socio-construtivista, onde o acadêmico é o protagonista do processo, construindo significados a partir de conteúdos, de desenvolvimento de atividades concretas e elaborando propostas com a colaboração de seus professores. Nesse processo, o estudante aperfeiçoará sua capacidade de trabalhar em grupo, demonstrará flexibilidade, proatividade e autonomia, bem como, estará disposto a refletir sobre as questões levantadas.

Hoje, se está diante de uma geração que ingressa cada vez mais jovem nos cursos de graduação. Geração esta que está, fortemente, acostumada com o uso de tecnologias, pois nasceram e cresceram na era digital<sup>1</sup>. Por esse motivo, muitas vezes a aula tradicional não os atraem, pois, estão acostumados a uma comunicação baseada na interatividade e a utilizar meios instantâneos, como a internet, para solucionar suas dúvidas.

Para que se transforme o processo de ensino-aprendizagem é importante pensar em outras formas que construir o conhecimento. No entanto, para se efetivar essa mudança de paradigma e transformar o acadêmico em ator do seu processo de construção do conhecimento, é necessário eleger metodologias de ensino compatíveis. Por esse motivo, surge as metodologias ativas que são compostas por métodos, técnicas e estratégias utilizadas pelo docente para converter o processo de ensino em atividades que fomentem a participação do estudante e, ao mesmo tempo, auxiliem no processo de aprendizagem. Isto é, correspondem a processos que transformam a forma de entender em aprendizagem estando centradas, mais nas atividades que, propriamente, nos conteúdos. (PIQUER; ANDRÉS, 2008).

Todavia, não existe uma metodologia padrão nem uma fórmula mágica a ser empregada nesse novo processo de ensino-aprendizagem. Brown e Atkins (2002) classificam as diferentes metodologias conforme o nível de participação e autonomia do acadêmico. Nesse aspecto, os autores exemplificam a metodologia de aprendizagem cooperativa, a aprendizagem orientada a projetos, o contrato de aprendizagem, a aprendizagem baseada em problemas, exposições e estudos de caso.

Cada tipo de metodologia possui suas peculiaridades. A aprendizagem cooperativa, divide os acadêmicos em pequenos grupos para a realização de determinada atividade sendo os mesmos avaliados conforme a produtividade do grupo. A aprendizagem orientada a projetos, enfatiza um programa de intervenção profissional, em torno do qual se articulam atividades formativas. O

---

<sup>1</sup> A chamada geração “Y”, conforme descreve Tapscott (2010).

contrato de aprendizagem é um acordo onde os acadêmicos se obrigam a desenvolver uma determinada proposta de trabalho de maneira autônoma. Na aprendizagem baseada em problemas os alunos são divididos em pequenos grupos e constroem o conhecimento a partir da busca de informações que necessitam para compreender o problema e chegar a uma solução. A exposição consiste em apresentar, de maneira organizada, um determinado tema. Já o estudo de caso é uma técnica muito utilizada nos Cursos de Direito e conduz o acadêmico a analisar situações fáticas apresentadas pelo professor, a fim de chegar a uma conceituação e buscar soluções eficazes para o caso.

Apesar da grande discussão sobre o processo de ensino-aprendizagem, a formação do docente, a utilização de metodologias ativas e a formação adequada, nos cursos de graduação, dos acadêmicos para atender os anseios da sociedade; ainda se está muito longe de chegar a uma solução, especialmente, no que tange ao ensino jurídico.

Por isso, Ventura (2004) afirma que o problema na formação dos discentes dos Cursos de Direito está centrada no seu corpo docente, pois o professor está preparado para transmitir o conhecimento que lhe foi passado, nos mesmos bancos acadêmicos, mas não está apto a ensinar, até porque, muitos dos nossos professores possuem uma formação técnica faltando uma “[...] consciência metodológica comum, a serviço dos objetivos pretendidos pelo projeto pedagógico do curso, em especial, no que atine ao perfil do egresso”. (VENTURA, 2004, p. 2).

A maioria das Faculdades de Direito do país continuam a adotar o modelo tradicional de ensino, onde o professor transmite as informações, por meio de aulas expositivas, e avaliam, periodicamente os seus alunos. Os acadêmicos, no entanto, memorizam, temporariamente, esses conteúdos para conseguirem realizar uma boa avaliação, mas não o assimilam nem o incorporam, o que acarreta mazelas na sua formação. (VENTURA, 2004).

Para a autora, “Profissionalizar-se como professor exige, entre outras tarefas, o acesso a um acervo bibliográfico e a participação num debate bastante diferentes daquele que são necessários ao habitual desempenho de suas tarefas cotidianas.” (VENTURA, 2004, p. 11).

Observa-se que a essa insuficiência do ensino jurídico no Brasil perpassa pela falta de preparo pedagógico do corpo docente e está centrada no conservadorismo que o Curso de Direito representa. No entanto, tal discussão não é nova, Luis Alberto Warat, na década de 70, já alertava para esse problema e sinalizava que a solução seria “educar para la libertad del hombre [...]” (WARAT, 2004, p. 366) provocando um “[...] proceso consciente de desmitificación” (WARAT, 2004, p. 366), pois entendia que “educar no es influir sino formar una conciencia

problematizadora” (WARAT, 2004, p. 366). Dando liberdade e autonomia ao aluno para que o mesmo reflita, questione e construa o seu conhecimento.

#### **4 O SENTIDO WARATIANO PARA O ENSINO JURÍDICO**

Inúmeros juristas e professores vem se preocupando, ao longo dos anos, com as mazelas deixadas no ensino jurídico. Muitos buscaram incorporar novas metodologias a fim de suprir estas lacunas. No entanto, as metodologias propostas, em nenhum momento, se desvincularam do dogmatismo jurídico. Elas representavam uma nova forma de ensinar a dogmática. (USTRA, 1977).

##### **4.1 O ensino do Direito a partir de uma epistemologia**

As diferentes metodologias apresentadas estão relacionadas com a didática ou então com as técnicas pedagógicas, debatendo problemas psicopedagógicos relacionados com as escolhas do docente, como se pode observar no debate das metodologias ativas. Não que isto não seja importante, essas questões estão ligadas com a racionalização do processo educativo, mas para se mudar a concepção e preparar o acadêmico, especialmente, do Direito para ouvir os clamores da sociedade e se sensibilizar com o outro é necessário “[...] elaborar com o máximo rigor as especialidades do objeto da metodologia do ensino”. (CUNHA, 1977, p. 54).

Cunha (1977) entende que não se deve confundir a metodologia jurídica com a epistemologia ou mesmo com as técnicas pedagógicas utilizadas no ensino jurídico. Para ela o objeto principal de uma metodologia de ensino jurídico diz respeito ao conteúdo que é transmitido para o acadêmico. Pois, na verdade, é necessário construir um objeto autônomo para a metodologia jurídica que possa ampliar e reorganizar a sua discussão. Não bastando a simples substituição das aulas expositivas ou outros recursos pedagógicos, tais como metodologias ativas, se não forem repensados os conteúdos difundidos, pois o problema do ensino jurídico perpassa a fronteira da metodologia focando na reformulação dos conteúdos das grades curriculares dos Cursos de Direito brasileiros. (WARAT; CUNHA, 1977).

Nesse aspecto, é importante discutir o que é o Direito para depois debater como ensiná-lo. Deve-se priorizar um processo de aprendizagem que recepcione a pureza das emoções, que proporcione ao acadêmico uma formação apropriada à desenvolver a sua aptidão refletiva e a sua capacidade problematização autônoma que ultrapasse a simples aplicação da dogmática. Os Cursos de Direito devem se reinventar deixando de transmitir simples informações e passar a se preocupar com a construção do conhecimento pautado na formação humana do acadêmico,

visando a formação de uma profissional sensível as angústias da sociedade. (WARAT; CUNHA, 1977).

O ensino jurídico não pode ser compartimentalizado, pois ele guarda relação com outras áreas do Direito e com outros campos do conhecimento. A partir do momento que o acadêmico consegue ter uma consciência autônoma e ser protagonista da construção do seu conhecimento ele perceberá que não existe respostas únicas e nem verdades universais, mas múltiplas maneiras de se compreender a realidade.

Para se efetivar essas transformações e alavancar o processo de aprendizagem é indispensável que os docentes dos Cursos de Direito adquiram uma visão transdisciplinar e utilizem metodologias que fomentem a produção ativa do conhecimento e a formação da personalidade do acadêmico.

Nessa perspectiva, é importante diferenciar a educação tradicional da educação epistemológica. Enquanto na educação tradicional o acadêmico receberá informações pautadas na dogmática, na epistemologia educacional, ele desenvolverá um aprender crítico, ou seja, terá capacidade de problematizar a situação e buscar uma solução adequada para o caso. (WARAT, 2004).

A partir de uma epistemologia jurídica pode-se romper com os processos de massificação, permitindo que o aluno reflita, criticamente, sobre a sua descoberta. Warat (2004), enfatiza que o pensamento crítico racional garante a liberdade das suas decisões, uma vez que o processo epistemológico é, ao mesmo tempo, reflexivo e realizador, problematizador e inovador.

Desse modo, o autor considera que a falta de uma análise epistemológica a nível de ensino jurídico provoca a aparição de um conjunto de soluções abstratas, fragmentadas e isoladas dos anseios sociais, sem nenhuma relação com as situações reais e qualquer possibilidade de reordenação social.

No Brasil, o ensino jurídico está pautado numa concepção napoleônica, isto é, pautado na codificação, na letra fria da lei, saturado de estereótipos e em conformidade com argumento retóricos e processos de formação normativa altamente dogmático e persuasivo. Como resultado desse modelo, produz-se, nos nossos Cursos de Direito um profissional “[...] que carece de instrumental teórico, apto para problematizar el sistema jurídico, aprendido secularmente como incuestionable, natural, logicamente riguroso, con instituciones perfectas y órganos neutros, ideologicamente descomprometidos.” (WARAT, 2004, p. 372).

Diante disso, Warat (2010) faz uma distinção entre as formas de ensino jurídico. A primeira, considerada por ele como predominante, se vincula a uma concepção normativista do Direito que



cria um senso comum teórico voltado a formação de operadores sem sensibilidade, corpos sem capacidade de relacionar-se sensivelmente com os outros. A segunda, que se desloca deste barroco normativo, emancipando o jurista, de modo a consolidar uma consciência em prol da alteridade, que permite construir vínculos de cuidado e afeto com os outros, prescrevendo o direito à subjetividade nos devires temporais e cartográficos que se pode construir com o outro. (WARAT, 2009).

#### **4.2 A importância da linguagem nos Cursos de Direito no Brasil**

Claro que Luis Alberto Warat pensava em um Direito além de sua época, um Direito transdisciplinar, um Direito interpretado com atribuição de sentido a partir da linguagem, distante do normativismo, considerado por ele, insensível. Ademais, também traça uma crítica à linguagem particular construída pelos Cursos de Direito, uma vez que estas lhes serve de ideologia encobridora ou de suporte para a fugir da realidade.

A linguística apresentada pelo Direito levou os acadêmicos e os juristas a aceitar, em seus discursos e decisões, uma linguagem formal ao invés de uma linguagem natural, ignorando, dessa forma, tanto os aportes dos linguistas como o dos psicosemióticos. Para Warat (2010), a linguística jurídica deveria começar a estabelecer os caminhos de sua autonomia, pois não há como desprezar a linguística e a psicosemiologia para reflexão da linguagem jurídica.

Nesse sentido, o autor critica também a negativa, por parte do Direito, de uma abertura para a transdisciplinariedade. No entanto, para que isso ocorra, é necessário uma postura aberta e organizada, requisitos estes que faltam para os juristas. Porém, essa transdisciplinariedade não é simplesmente fundir duas ou mais disciplinas e extrair dela uma linguagem jurídica. É essencial que se construa uma linguística jurídica a partir de sua linguagem, discursos e símbolos.

Para ele, o grande buraco negro do ensino jurídico, também está na falta de compreensão do funcionamento da linguagem jurídica. Pois, a interpretação realizada das normas e da sua aplicabilidade, muitas vezes, pode ser considerado um óbice ao exercício da cidadania e do acesso à justiça, visto que há uma verdadeira dificuldade de compreensão dos termos jurídicos pela população geral.

Cárcova (1998) denomina esse fenômeno de desconhecimento do Direito como “opacidade do Direito”. Essa opacidade está intimamente ligada com o acesso à justiça, porquanto reflete o abismo existente entre o Direito, a compreensão deste e a sua utilização pelo homem comum.

Assim, no entendimento de Warat (2009), o Direito jamais conseguirá inovar e se reestruturar se continuar seguindo, unicamente, o normativismo. E, os Cursos de Direito possuem um papel fundamental nessa transformação. Os docentes do curso devem estar preparados, não somente para transmitir o conteúdo, mas para incentivar a emancipação de seus alunos. Aqui, a emancipação é entendida como experiências que permitem aos homens se encontrarem com eles mesmos, com sua própria estima e os permita construir vínculos de cuidado e afeto com os outros, ou seja, vínculos de alteridade.

A concepção de alteridade parte do pressuposto básico de que todo o homem social interage e interdepende do outro. Entretanto, essa experiência somente é alcançada mediante o contato com o outro. Para Warat (2009), com o exercício da alteridade surge a possibilidade de uma mudança cultural na área jurídica, pois o Direito se tornará sensível às experiências de emancipação, isto é, a alteridade como base de uma concepção emancipatória do Direito.

Portanto, é fundamental que o Direito esteja aberto para incorporar outras disciplinas e campos de conhecimento, tal como já fazia Warat, na década de 70, introduzindo, em suas aulas, a pedagogia, a literatura, o teatro, a psicanálise, a filosofia, entre outras.

Contudo, esse cenário somente será possível quando o espaço da sala de aula passar a ser um ambiente propício para isso, onde o professor universitário, aqui falando dos Cursos de Direito, no processo de ensino-aprendizagem, consiga “[...] produzir em seus alunos a sensação de que eles são protagonistas”. (ROCHA, 2012) e não exerça uma “[...] postura dominadora e centralizadora do processo pedagógico, mas uma atitude capaz de proporcionar um tapete mágico onde os alunos começassem a assumir um papel mais ativo nessa viagem”. (ROCHA, 2012), tornando-se sensíveis aos anseios da sociedade e tendo a consciência de que o Direito não é somente uma norma positiva imposta, mas que o Direito pode emergir das ruas, por meio da transformação social.

## **5 CONCLUSÃO**

O cenário de crise do ensino jurídico no país, originado tanto pelo aumento exponencial das autorizações para abertura de novos Cursos de Direito, bem como, o acréscimo de vagas existentes, aliados aos baixos índices de aprovação no Exame de Ordem e desempenho pífio no Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (ENADE), provoca a necessidade de se desenvolver metodologias atrativas, por meio de uma epistemologia do saber jurídico.

Para tanto, reorganizar o conteúdo ministrado, de modo a promover uma mudança do paradigma tradicional racionalista, se faz necessário. Esse alerta foi feito por Luis Alberto Warat,

ainda na década de 70. Jurista argentino, fez escola entre os pensadores críticos que organizaram a pós-graduação à nível *stricto sensu* no Brasil, Warat propõe a carnavalização da epistemologia (do conhecimento jurídico), ou seja, uma forma de desestabilização da dogmática ortodoxa, dos discursos alienadores do Direito.

Subverter o discurso baseado em um dogmatismo calcado na matriz analítica-normativista, que exclui o sujeito, em nome da aplicação de uma norma válida, fundada em um consenso forjado e excludente é a base da crítica waratiana. O saudoso professor, instigava seus alunos e leitores a pensar o Direito como um espaço que possa garantir o plural dos desejos humanos, através de elementos dados pelo exercício de alteridade. Com isso, o jurista estaria apto a se conectar com os anseios da “rua”, de uma sociedade multicultural.

Todo o seu esforço, no que tange a discussão do ensino jurídico, se volta a relação docente/discente. O professor, como ser sensível também em um exercício de alteridade deve se colocar no lugar do aluno (o outro). Aliás, essa conexão, se mostra necessária especialmente nos dias atuais, onde o docente se depara com as chamadas gerações “y” e “z”, que nasceram e cresceram na era da internet.

Sair do lugar comum da interpretação da realidade concebida pelas teorias tradicionais já sedimentadas, que situa o jurista no senso comum teórico, voltando-se para questões da afetividade, da marginalidade e da utopia para a construção da semiologia dos desejos era a proposta de Warat, que merece, pela sua densidade, ser revisitada, especialmente, em um momento de crise que assola o ensino jurídico.

Além da resignificação do conteúdo epistemológico, urge a necessidade de modificação do perfil do professor, capacitando-o para ultrapassar o modelo tradicional de mero agente transmissor de informações, por meio de aulas expositivas, que forja um profissional acomodado e conservador, muito resistente às mudanças. Profissionalizar o docente como professor exige, entre outras tarefas, o acesso a um acervo bibliográfico e a participação num debate bastante diferentes daquele que são necessários ao habitual desempenho de suas tarefas cotidianas, de modo a produzir novas metodologias que atraiam e assim promovam o (re)encontro entre professor/aluno e universidade.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Habilidades**: ensino jurídico e contemporaneidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

BRASIL, **Decreto n. 1.386**, de 25 de abril de 1854. Dá novos estatutos aos Cursos Jurídicos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1386-28-abril-1854-590269-publicacaooriginal-115435-pe.html>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL, **Decreto n. 7.247**, de 19 de abril de 1879. Reforma o ensino primario e secundario no municipio da Côrte e o superior em todo o Imperio. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7247-19-abril-1879-547933-publicacaooriginal-62862-pe.html>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL, Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara De Educação Superior. **Resolução n. 2**, de 18 de junho de 2007. Dispõe sobre carga horária mínima e procedimentos relativos à integralização e duração dos cursos de graduação, bacharelados, na modalidade presencial. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2007/rces002\\_07.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2007/rces002_07.pdf)>. Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). **Sinopse Estatística da Educação Superior 2016**. Brasília: Inep, 2017. Disponível em: <<http://inep.gov.br/sinopses-estatisticas-da-educacao-superior>>. Acesso em: 29 de ago. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. **89 Cursos de Direito Terão Supervisão**. Brasília, 26 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/busca-geral/201-noticias/266094987/9122-sp-309875150>> Acesso em: 29 de ago. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação. **Portaria n. 927**, de 25 de setembro de 2007. Aprova, em extrato, o instrumento de avaliação para autorização de cursos de graduação em Direito do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - SINAES. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/portaria\\_927.pdf](http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/portaria_927.pdf)> Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL. Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior. **Portaria n. 471**, de 5 de julho de 2018. (2018a). Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=12/07/2018&jornal=515&pagina=304&totalArquivos=420>>. Acesso em: 29 de ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1175/2018**. Relatora: Ana Arraes. Sessão de Julgamento 23/05/2018. (2018b). Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/1175%252F2018%2520/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

BROWN, George; ATKINS, Madeleine. **Effective teaching in higher education**. London and New York: Routledge, 2002.

CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do direito**. São Paulo: Editora LTR, 1998.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. Metodologia do ensino jurídico: reflexões sobre a necessidade de sua sistematização. *In.*: WARAT, Luis Alberto; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado, 1977.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Colégio de Presidentes de Seccionais divulga a Carta de Gramado**. Notícia, 31 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://oabrs.org.br/noticias/colégio-presidentes-seccionais-divulga-carta-gramado/28228>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

PIQUER, Maria José Labrador; ANDRÉS, María Ángeles Andreu. **Metodologías activas**: grupo de innovación en metodologías activas (GIMA). Valência: Universidad Politécnica de Valencia, 2008. Disponível em: [http://www.upv.es/diaal/publicaciones/Andreu-Labrador12008\\_Libro%20Metodologias\\_Activas.pdf](http://www.upv.es/diaal/publicaciones/Andreu-Labrador12008_Libro%20Metodologias_Activas.pdf). Acesso em: 21 ago. 2018.

QUIROZ, Juan Silva; CASTILLO, Daniela Maturana. Una propuesta de modelo para introducir metodologías activas en educación superior. **Innovación Educativa**: México. Vol. 17. n. 73. Jan./Apr., pp. 117-132, 2017.

ROCHA, Leonel Severo. **A aula mágica de Luis Alberto Warat**: genealogia de uma pedagogia da sedução para o Ensino do Direito. (2012). Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a\\_aula\\_magica\\_de\\_luis\\_alberto\\_warat\\_por\\_leonel\\_severo\\_rocha-definitivo-12-2012.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_aula_magica_de_luis_alberto_warat_por_leonel_severo_rocha-definitivo-12-2012.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

TAPSCOTT, Don. **A hora da geração digital**: como os jovens que cresceram usando a internet estão mudando tudo, das empresas aos governos. Rio de Janeiro: Editora Agir, 2010.

USTRA, José Augusto B. Prólogo. *In.*: WARAT, Luis Alberto; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado, 1977.

VENTURA, Deisy. **Ensinar Direito**. Barueri/SP: Manole, 2004.

WARAT, Luis Alberto; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. Técnicas e conteúdos no ensino do Direito. *In.*: WARAT, Luis Alberto; CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado, 1977.

\_\_\_\_\_. **Epistemologia e ensino do Direito**: o sonho acabou. Vol. II. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

\_\_\_\_\_. Do paradigma normativista ao paradigma da razão sensível. *In.*: MELEU, Marcelino; GAGLIETTI, Mauro; COSTA, Thaise Nara Graziottin. **Temas emergentes do Direito**. Passo Fundo: Editora Imed, 2009.

\_\_\_\_\_. **A rua grita Dionísio!** Direitos Humanos da Alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução: Vívian Alves de Assis; Júlio Cesar Marcellino Jr.; Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

# A PESQUISA EM DIREITO DO TRABALHO NA “VELHA E SEMPRE NOVA ACADEMIA”: MAPEAMENTO DAS DISSERTAÇÕES E TESES DEFENDIDAS NO QUADRIÊNIO 2013-2016 NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto  
(Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo)  
oliviapasqualetto@hotmail.com

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é mapear as características da pesquisa desenvolvida no âmbito da Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito do Trabalho, ligada ao Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social (DTBS) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, descrevendo o perfil das dissertações de mestrado e teses de doutorado cadastradas na biblioteca da FDUSP no quadriênio de 2013 a 2016. Para tanto, foram coletados e analisados 106 trabalhos acadêmicos, envolvendo dissertações e teses, a partir do delineamento metodológico apresentado ao longo deste estudo, considerando o gênero da autoria; o(a) orientador(a); nível; ano de cadastro no Sistema Dedalus; área de concentração; tema central da pesquisa; a descrição da metodologia; qual a metodologia utilizada; a existência de contato com a realidade pesquisada; a existência de interdisciplinaridade; a contribuição final da pesquisa.

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho. Pesquisa acadêmica. Pós-Graduação *stricto sensu*.

## 1 INTRODUÇÃO

*“Um estudo comparativo dos temas de dissertação ou dos discursos acadêmicos e conferências mais frequentes nos diferentes países e em épocas diversas traria uma contribuição importante à sociologia do conhecimento ao definir a problemática obrigatória, isto é, uma das dimensões mais fundamentais da programação intelectual de uma sociedade e de uma época.” (BOURDIEU, 2015, p. 207-208)*

A ideia de escrever sobre a pesquisa acadêmica em Direito do Trabalho teve origem nas aulas de “Metodologia do Ensino Jurídico”, ministrada pelo Professor Titular José Eduardo Campos de Oliveira Faria no programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), e se solidificou após a leitura da passagem transcrita acima. Nesse contexto, buscamos dialogar com duas reflexões centrais travadas em sala de aula, quais sejam: o paradigma maduro vigente em que a Ciência do Direito continua a repousar (KUHN, 2007) e o descolamento do Direito em relação à(s) realidades(s) social, econômica, cultural, etc. (FARIA, 1987).

Partindo de tais inspirações e tendo como contraponto as reflexões mencionadas, este artigo tem como objetivo identificar as características da pesquisa desenvolvida no âmbito da Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito do Trabalho, ligada ao Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social (DTBS) da FDUSP, mapeando e traçando o perfil das dissertações de mestrado e teses de doutorado cadastradas na biblioteca da FDUSP no quadriênio de 2013 a 2016. Para tanto, foram coletados e analisados 106 trabalhos acadêmicos, envolvendo dissertações e teses, conforme os critérios metodológicos apresentados no item 1.

Salientamos, ainda com fins introdutórios, que este estudo não tem pretensões generalizantes e nem de esgotamento do tema, correspondendo ao resultado de um processo de

autocrítica acadêmica (e por isso a opção por escrever este texto na primeira pessoa do plural) e de uma primeira aproximação aos estudos sobre ensino jurídico e ao campo da sociologia, os quais têm nos despertado cada vez mais interesse de estudo e aprofundamento.

## 2 DELINEAMENTO METODOLÓGICO DESTA PESQUISA

A fim de evidenciar o delineamento metodológico definido para responder ao problema de pesquisa aqui proposto e, eventualmente, replica-lo a futuras investigações, apresentamos neste item os critérios e recortes adotados, bem como a descrição detalhada de cada passo dado, especialmente, durante a coleta de dados.

Primeiro, justificamos a escolha da FDUSP como objeto de análise por possuir o Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito mais antigo do Brasil, em funcionamento desde 1971, segundo dados da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES, 2017a), além de ser a Faculdade de Direito mais antiga do país (criada em 1827 juntamente com a Faculdade de Direito de Olinda). Somamos a isso a nossa vinculação discente à FDUSP, facilitando o acesso às fontes de pesquisa.

Segundo, delimitamos a pesquisa ao DTBS e, mais especificamente, aos trabalhos cadastrados na subárea “Direito do Trabalho” pelo interesse em conhecer melhor as pesquisas feitas no Departamento ao qual estamos vinculados, bem como em razão da nossa familiaridade em relação ao tema, possibilitando uma análise mais apurada dos resultados.

Terceiro, restringimos a pesquisa aos anos de 2013, 2014, 2015 e 2016 (quadriênio 2013-2016) por ser um período de tempo considerado adequado pela CAPES para avaliar os Programas de Pós-Graduação, tal como se dá na Avaliação Quadrienal (CAPES, 2017b). Observamos que o ano de 2017 não foi avaliado porque nem todos os trabalhos apresentados neste ano tinham sido catalogados (havia apenas dois trabalhos catalogados n Dedalus, base eletrônica consultada), conforme informação do setor bibliotecário da Faculdade.

Quarto, definimos que o Sistema Dedalus<sup>1</sup> seria a base de dados<sup>2</sup> a ser consultada pois disponibiliza a busca de trabalhos a partir do filtro < departamento ><sup>3</sup>, filtro mais adequado para a

---

<sup>1</sup> Conforme descrição feita pela USP, “o Sistema Dedalus é um catálogo geral de consulta que permite pesquisar todas as obras de interesse acadêmico e geral, distribuídas pelos acervos das bibliotecas da Universidade de São Paulo.” (USP, 2017).

<sup>2</sup> Assim como outras bases de dados, temos consciência de que o Sistema Dedalus pode ter debilidades e, eventualmente, deixado de apresentar algum trabalho. No entanto, fizemos vários testes e sempre encontramos os mesmos resultados, sem divergências. Ademais, considerando os itens a serem analisados, ela nos pareceu a mais adequada para desenvolver esta pesquisa.

<sup>3</sup> Observamos que o Sistema Integrado de Bibliotecas da USP (SIBi USP) não disponibiliza tal filtro de busca.

nossa pesquisa. Para tanto, *(i)* selecionamos a base de dados < teses > (que envolve dissertações de mestrado e teses de doutorado); *(ii)* selecionamos o catálogo da Faculdade de Direito (FD); *(iii)* utilizamos a expressão <direito do trabalho> no campo de busca < departamento > (nome parcial do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social); *(iv)* restringimos a busca aos anos de 2013, 2014, 2015 e 2016.

Para essa busca foram encontrados 122 resultados, envolvendo teses de doutorado e dissertações de mestrado vinculadas ao DTBS. Dentre os resultados, 106 trabalhos relacionavam seu assunto<sup>4</sup> com Direito do Trabalho, 9 com Direito Previdenciário e 7 com Direitos Humanos (embora vinculadas ao DTBS). Para fins desta análise, foram considerados apenas os trabalhos cujo assunto referia-se a Direito do Trabalho, área do conhecimento abrangida pelo recorte adotado nesta pesquisa.

Importante ressaltar que, inicialmente, pensamos que apenas a leitura dos resumos seria suficiente para extrair as informações desejadas. No entanto, observamos que a maioria dos resumos não retrata o que foi pesquisado, especialmente no tocante à metodologia utilizada na pesquisa. Dessa forma, a análise dos 106 trabalhos se deu a partir da leitura dos seguintes itens: resumo, sumário, introdução, capítulo metodológico (quando existia) e conclusão.

As informações extraídas da leitura foram tabeladas para facilitar a organização dos dados. A tabela criada considerou os seguintes critérios: *(a)* título do trabalho; *(b)* gênero da autoria; *(c)* orientador; *(d)* nível; *(e)* ano de cadastro no Sistema Dedalus; *(f)* área de concentração; *(g)* tema central da pesquisa; *(h)* a descrição da metodologia; *(i)* qual a metodologia utilizada; *(j)* a existência de contato com a realidade pesquisada; *(k)* a existência de interdisciplinaridade; *(l)* a contribuição final da pesquisa.

O item *(a)* foi considerado para auxiliar na identificação do que está sendo pesquisado sobre Direito do Trabalho na FDUSP. Embora seja um dado público, entendemos não ser necessário a indicação do nome do autor(a) do trabalho para os fins desta pesquisa. Os itens *(b)*, *(c)*, *(d)* e *(e)* foram analisados com a finalidade de descrever o perfil de quem faz pesquisa em Direito do Trabalho na FDUSP: *(b)* se há mais homens ou mulheres, *(c)* se o(a) professor(a) orientador(a) exerceria alguma influência no perfil dos trabalhos analisados e, conseqüentemente, acarretaria alguma diferença nos resultados (observamos que o objetivo não foi exaltar ou desqualificar nenhum professor. Apenas aventamos a hipótese de que algum deles poderia ter alguma característica específica relevante para a resposta da nossa pergunta de pesquisa. Dessa

---

<sup>4</sup> O assunto é declarado pelos próprios autores e cadastrado na ficha catalográfica do Dedalus pela biblioteca da FDUSP.



maneira, para não expor os professores orientadores, seus nomes foram substituídos por números sem viés classificador; (d) a quantidade de trabalhos de mestrado e de doutorado; (e) o ano de cadastro no Sistema Dedalus a fim de verificar a distribuição da produção acadêmica ao longo do quadriênio.

Feito esse primeiro estudo mais descritivo (itens acima), foi analisado (g) o tema central da pesquisa, com o propósito de entender sobre o que estamos pesquisando e se há um ou mais temas frequentes; (h) se os autores descreviam a metodologia utilizada no trabalho, com a finalidade de compreender como a pesquisa foi feita e por analisa-la com mais propriedade; (i) em caso de haver descrição da metodologia, qual foi ou parece ter sido metodologia utilizada; (j) a existência de pesquisa empírica e/ou algum contato com a realidade pesquisada, a fim de identificar em que medida o acadêmico de Direito do Trabalho se conecta com a realidade – social, econômica, cultural, etc. – em que a sua pesquisa está inserida; (k) a existência de interdisciplinaridade, considerando-a de forma ampla, ou seja, tanto em relação a outros ramos do direito, quanto em relação a outras áreas do conhecimento ou outros sistemas jurídicos (ou não), a fim de refletir se somos plurais ou permanecemos em um monólogo jurídico; (k) a contribuição final da pesquisa, analisando se as pesquisas proporcionaram algum tipo de descoberta, proposta ou produto final.

No item abaixo, apresentamos os resultados encontrados na forma de gráficos de elaboração própria.

### **3 MAPEAMENTO DAS DISSERTAÇÕES E TESES DEFENDIDAS NO ÂMBITO DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO DA FDUSP: TRAÇANDO OS PERFIS**

A partir da análise feita, observamos que o DTBS, embora abarque trabalhos classificados como pertencentes à área de Direitos Humanos (6%) e Direito Previdenciário (7%), a maioria dos trabalhos vinculados ao Departamento correspondem à área de Direito do Trabalho (o que envolve Direito Individual do Trabalho, Direito Coletivo do Trabalho, Direito Processual do Trabalho, Direito Internacional do Trabalho, Direito Ambiental do Trabalho, dentre outras possíveis subdivisões).

Em relação à autoria, verificamos que, embora ainda haja mais homens do que mulheres pesquisando em Direito do Trabalho no DTBS, há certo equilíbrio de gênero no Departamento, sendo 53% dos trabalhos produzidos por homens e 47% produzidos por mulheres.

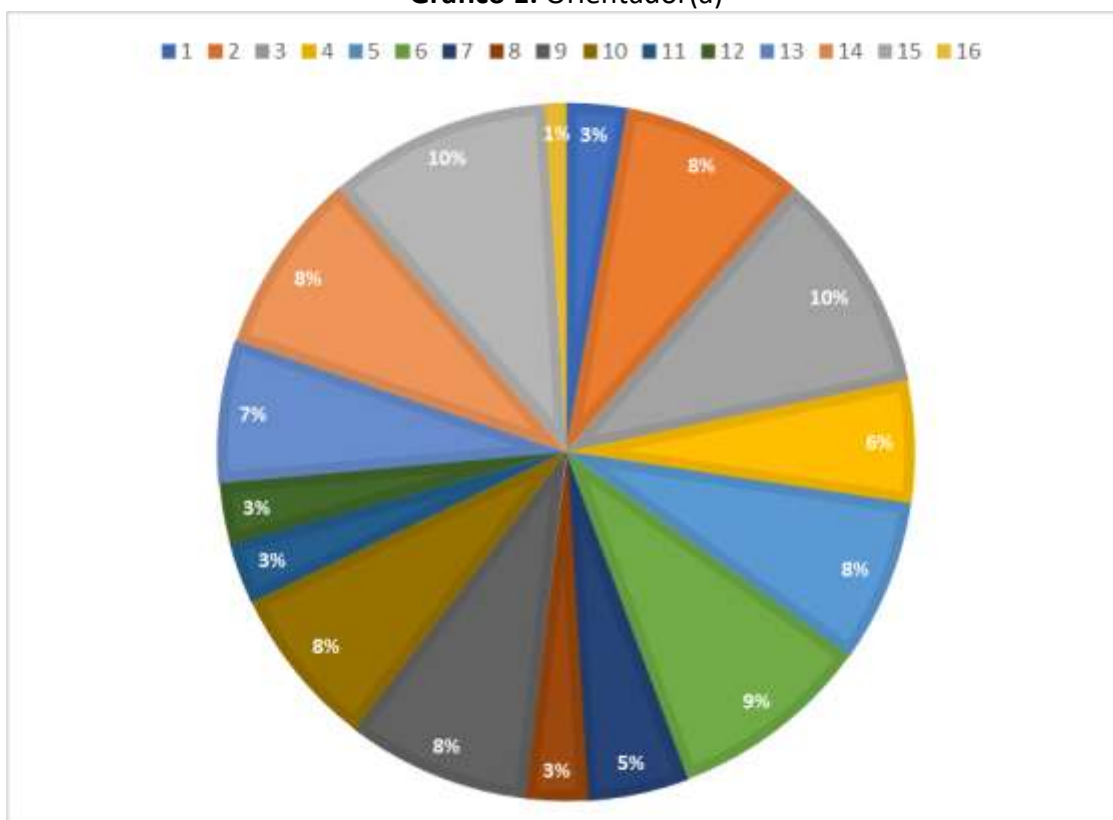
No tocante aos professores orientadores, não conseguimos confirmar a hipótese de que determinado orientador poderia influenciar no perfil dos trabalhos orientados, visto que todos

orientam sobre múltiplos temas. Acreditamos que para traçar os perfis dos orientadores (em relação aos trabalhos orientados) seria necessário analisar um maior lapso temporal, o que poderá servir de objeto para futuras pesquisas.

Quanto à quantidade de orientandos por orientador, conforme o gráfico 1, é possível verificar uma distribuição razoavelmente equilibrada de trabalhos por orientador. Em que pese a diferença percentual de 9% entre o orientador 16 e os orientandos 3 e 15 (o que corresponde a um número 11 vezes maior de orientações), por exemplo, tal discrepância se deve em razão da idade e previsão de aposentadoria de tal orientador.

Por fim, ainda que não fosse alvo central de análise, não podemos deixar de evidenciar a ausência de pluralidade de gênero no Departamento, dado que há apenas uma professora mulher no DTBS.

**Gráfico 1: Orientador(a)**



Em relação ao nível em que estão os autores e conseqüente profundidade de suas pesquisas, 58% dos trabalhos analisados correspondem à dissertações de mestrado e 42% de teses de doutorado.

Sobre a distribuição dos trabalhos ao longo do quadriênio, verificamos certo equilíbrio entre os anos analisados, sendo 28% dos trabalhos cadastrados no ano de 2013, 19% no ano de 2014, 24% no ano de 2015 e 29% no ano de 2016.

Finda essa fase mais descritiva feita acima, passa-se à análise dos resultados que buscam responder mais diretamente à pergunta de pesquisa, bem como dialogar com as reflexões travadas em sala de aula. Inicialmente, nos dedicamos a olhar para os elementos metodológicos dos trabalhos analisados.

No gráfico 2, apresentamos o resultado de um dos nossos questionamentos: se os trabalhos descrevem, de forma direta, a metodologia utilizada na pesquisa, explicando suas bases teóricas, métodos utilizados ou, ainda que sem linguagem técnica, os passos dados ao longo da investigação. Conforme fica visualmente evidenciado no gráfico, 70% dos trabalhos não citam ou não citam de forma completa e suficientemente clara qual a metodologia utilizada e os motivos da escolha, indicando apenas a utilização de alguma doutrina e legislação como fontes de pesquisa. Por outro lado, 30% dos trabalhos descrevem a metodologia utilizada, sendo que 29% fazem isso ao longo de itens não específicos para este fim, como introdução, por exemplo, e somente 1% (um trabalho analisado) faz tal descrição em capítulo específico para isso.

**Gráfico 2:** Descreve a metodologia?



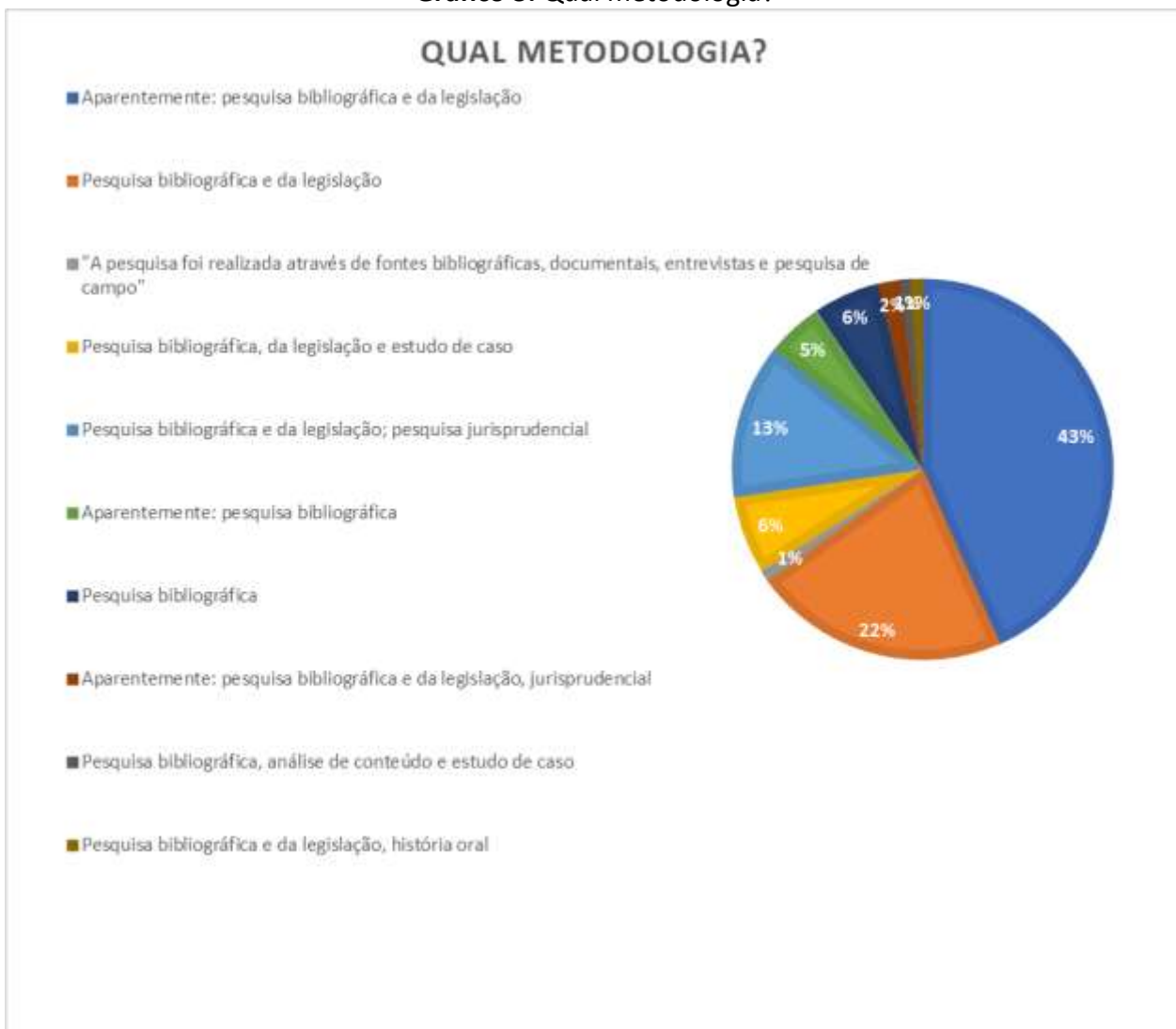
Buscando compreender como as pesquisas são feitas e esmiuçar os dados sobre metodologia, analisamos qual a metodologia utilizada pelos autores. Conforme o gráfico 4, verificamos a existência de uma pluralidade de resultados quando da análise dos trabalhos, pois em muitos deles não havia clareza sobre a metodologia utilizada.

Assim, foram identificados trabalhos que declaram expressamente fazer somente pesquisa bibliográfica (6%) e pesquisa bibliográfica e na legislação (22%). Paralelamente a esses, outros trabalhos, embora não tenham declarado qual foi a metodologia utilizada, aparentavam, a partir de nossas inferências, fazer somente pesquisa bibliográfica (5%) e pesquisa bibliográfica e na

legislação (43%). Para além da pesquisa bibliográfica e na legislação, encontramos trabalhos que se propuseram a uma maior aproximação da realidade estudada, isto é, em maior ou menor grau, possuíam um carácter empírico. Nesses trabalhos também verificamos a existência de autores que expressaram a metodologia utilizada e outros que, embora não tenham dito, aparentavam utilizar determinada metodologia a partir de nossas inferências. Dentre as estratégias de aproximação da realidade estão a pesquisa jurisprudencial (15% envolvendo tanto os trabalhos que declaram sua utilização, quanto aqueles que aparentam utiliza-la), estudo de caso (7%), análise de conteúdo (1%), história oral (1%) e entrevistas (1%).

Ainda que haja essa maior preocupação com a realidade estudada em parte dos trabalhos, observamos que a maioria deles ainda se pauta em trabalhar com elementos do mundo jurídico, como a jurisprudência, e poucos vão, de fato, a campo.

**Gráfico 3:** Qual metodologia?



No gráfico 4, a existência ou não de contato com a realidade estudada é evidenciada, pois verificamos que muitos daqueles trabalhos que indicam a realização de algum tipo de pesquisa empírica, o fazem sem preocupação com a técnica e a transparência da pesquisa.

Por fim, buscando exemplificar o que se entende por ausência de técnica na pesquisa empírica realizada, em relação à (i) pesquisa jurisprudencial e ao (ii) estudo de caso, verificamos que (i) as pesquisas não se preocupam em analisar um conjunto de decisões que seja representativo do todo ou o próprio todo, valendo-se de julgados isolados para justificar suas ideias; e (ii) os estudos de caso não deixaram claro qual a relevância daquele determinado caso para resposta da pergunta de pesquisa.

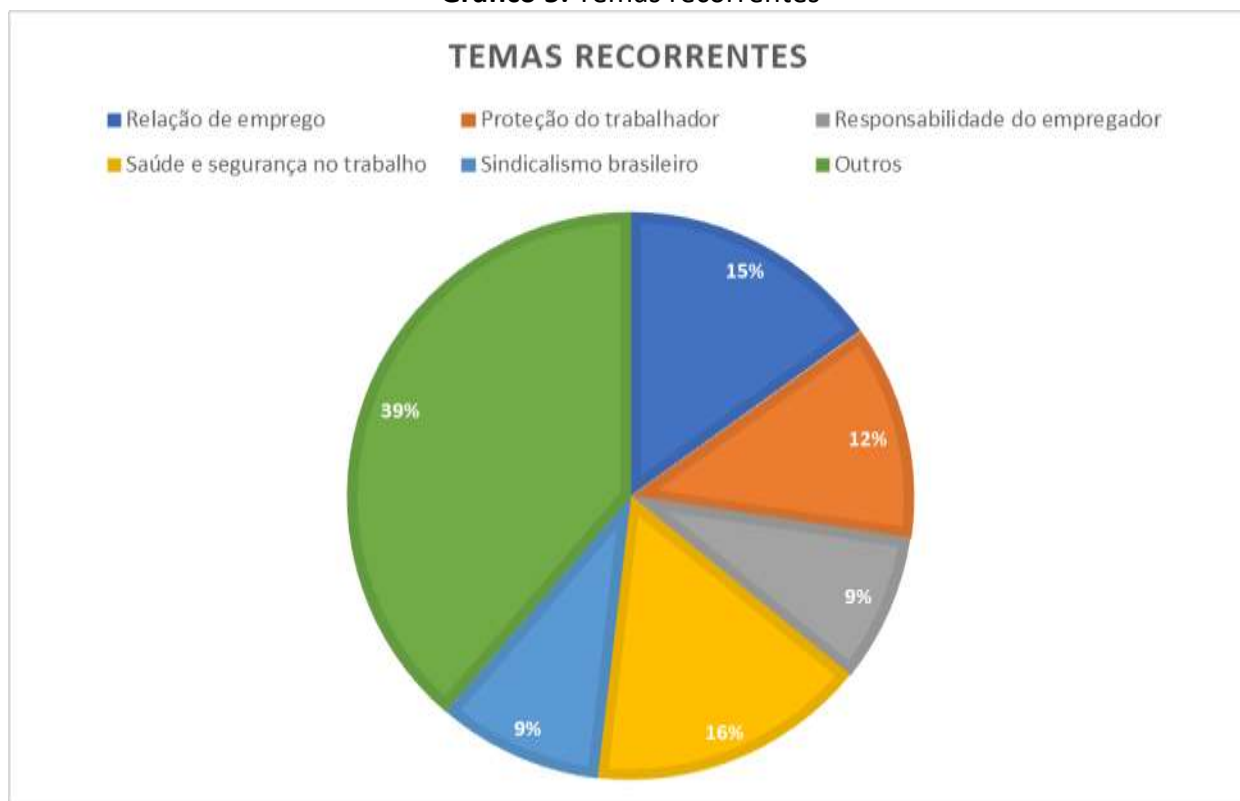
**Gráfico 4:** Empírica ou contato com a realidade?



Feita a análise metodológica, passamos a observar o conteúdo temático dos trabalhos, identificando temas mais frequentes, a eventual presença de interdisciplinaridade e, por fim, quais as contribuições das pesquisas em Direito do Trabalho desenvolvidas na FDUSP.

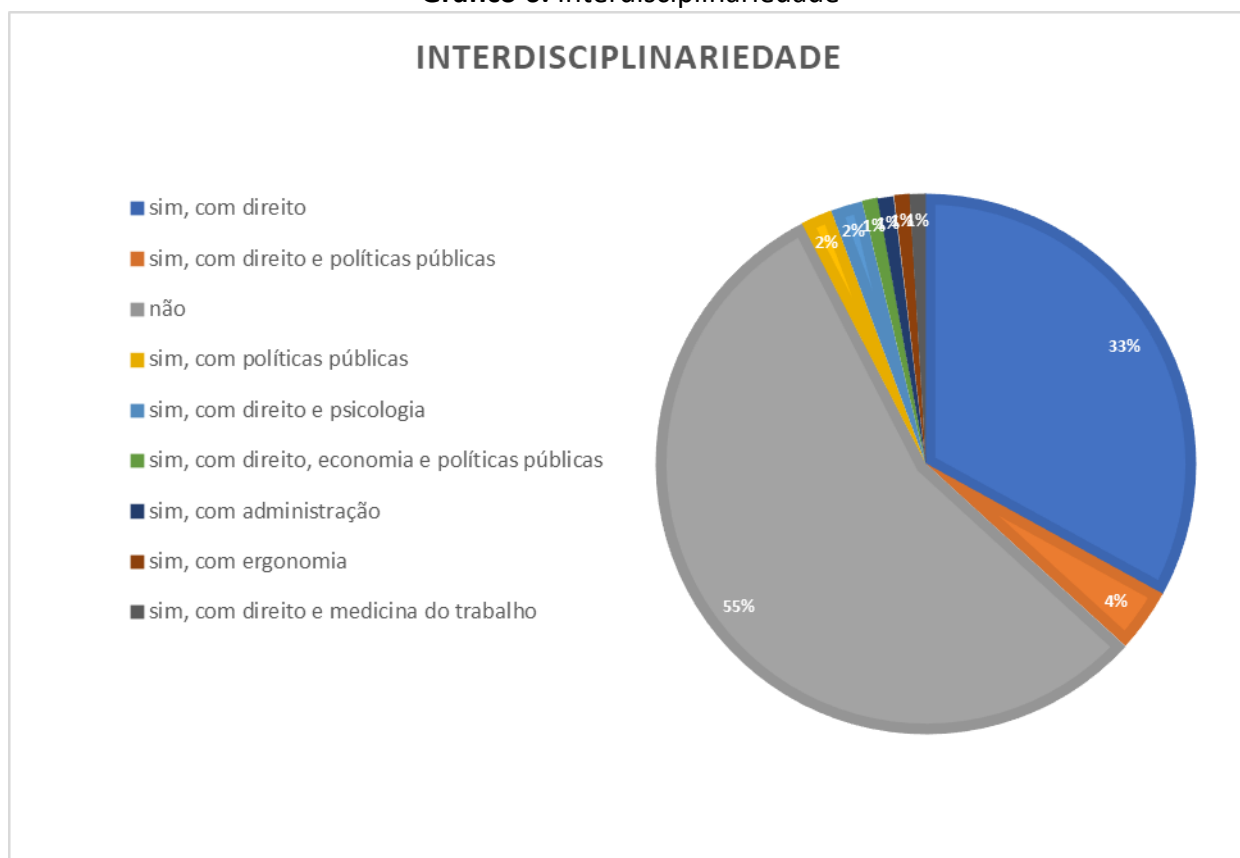
Primeiro, salientamos que, embora tenhamos verificado uma multiplicidade de assuntos abordados, 61% dos trabalhos versam sobre cinco temas recorrentes, com destaque para as noções de relação de emprego (16 trabalhos), proteção do trabalhador (13 trabalhos), responsabilidade do empregador (9 trabalhos), saúde e segurança no trabalho (17), sindicalismo brasileiro (10), conforme gráfico 5.

**Gráfico 5: Temas recorrentes**



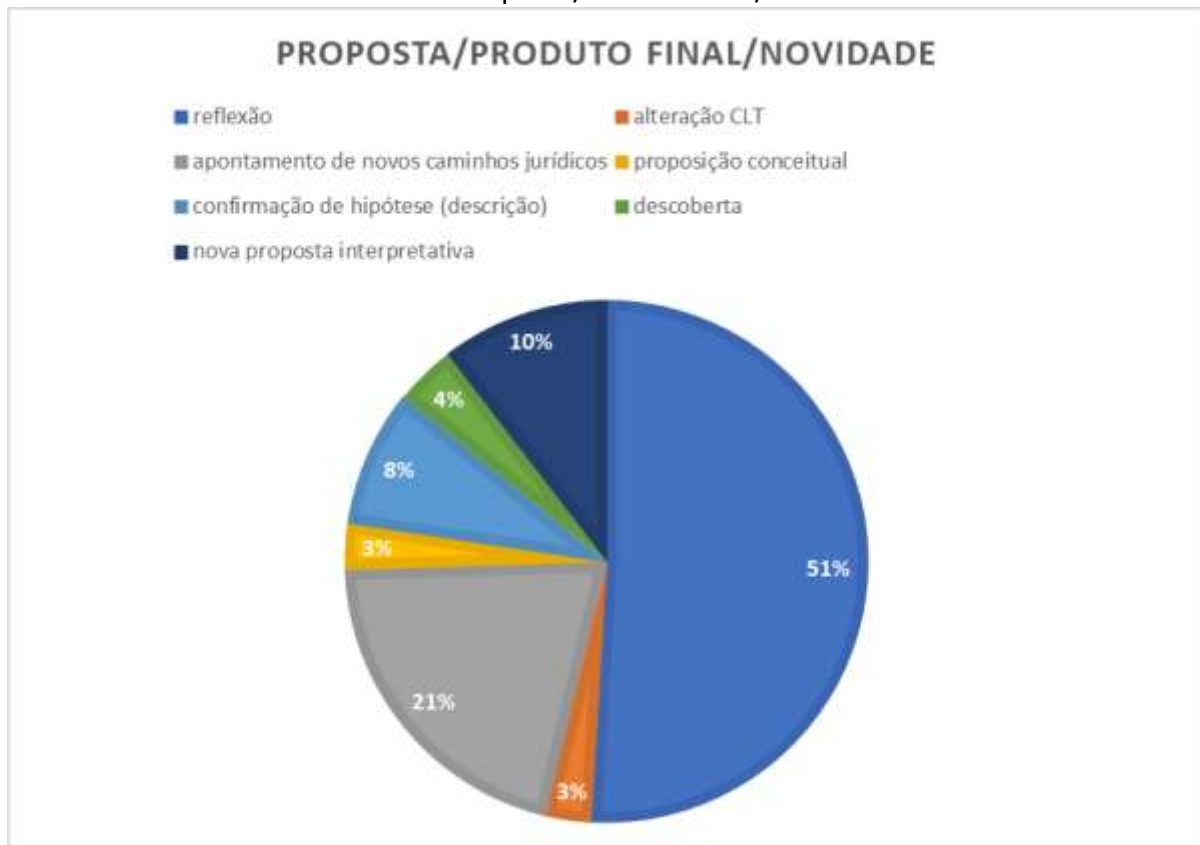
Segundo, verificamos que a maioria das produções acadêmicas analisadas (55%) não apresentam interdisciplinaridade, nem com outros ramos do direito e nem com outras áreas do conhecimento. Por outro lado, 33% dos trabalhos demonstraram haver interdisciplinaridade com direito, tão somente; 4% com direito e políticas públicas; 2% com direito e psicologia; 1% com direito e medicina do trabalho; 1% com direito, economia e políticas públicas. Outros poucos trabalhos dialogaram tão somente com outras áreas do conhecimento, quais sejam, administração (1%), ergonomia (1%) e políticas públicas (1%). No gráfico 6, abaixo, essa majoritária ausência de interdisciplinaridade fica visualmente evidenciada.

**Gráfico 6: Interdisciplinariedade**



Por fim, dedicamos nossa análise às possíveis contribuições que os trabalhos analisados proporcionaram, questionando se houve a proposição de algo novo (seja um conceito, uma interpretação, uma alteração legislativa, um novo encaminhamento jurídico, uma descoberta a partir de pesquisas empíricas, etc.). Conforme o gráfico 7, observamos que mais da metade dos trabalhos (51%) tem como resultado final uma reflexão que reforça argumentos em defesa de possibilidade já conhecidas. Por outro lado, 49% dos trabalhos, especialmente de Doutorado, pretendem trazer alguma abordagem nova aos temas: 21% apontam novos caminhos jurídicos para problemas identificados; 10% apresentam uma nova proposta interpretativa de institutos já conhecidos sem, no entanto, dizer como essa interpretação será operada na prática; 8% confirmam hipóteses aventadas no início da pesquisa; 4% descobrem algo novo; 3% propõem alterações legislativas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e 3% elaboram uma proposição conceitual.

**Gráfico 7: Proposta/Produto final/Novidade**



Apresentados os resultados quantitativos e também qualitativos deste estudo, passa-se à reflexão sobre o que, como, para que e para quem estamos pesquisando.

#### **4 O QUE, COMO, PARA QUE, PARA QUEM ESTAMOS PESQUISANDO?**

Diante do mapeamento apresentado acima, afloram diversos questionamentos sobre as nossas pesquisas. O que estamos pesquisando? Como estamos pesquisando? Qual a utilidade da nossa pesquisa? Com quem dialogamos nas nossas pesquisas? A partir dos dados coletados e da nossa própria percepção em relação ao campo, podemos tecer algumas considerações.

O primeiro ponto a se refletir diz respeito aos temas e problemas de pesquisa abordados em nossas investigações: não se trata de diminuir a importância do que está sendo pesquisado, mas pontuar que, majoritariamente, nos debruçamos frequentemente sobre os mesmos assuntos. Continuamos direcionando nossos olhares para a tradicional relação de emprego e seus desdobramentos, sem prestar atenção nas novas morfologias das relações de trabalho. Continuamos estudando modelos de responsabilização e reparação em detrimento de estratégias preventivas. Continuamos criticando o modelo sindical brasileiro sem, no entanto, apresentar novas estratégias jurídicas para dar maior eficácia à representação dos trabalhadores. Reiteramos: esses temas são importantes e merecem ser estudados, mas é preciso olhar também e, cada vez



mais, para os novos elementos presentes e vindouros no mundo do trabalho, sob pena de ficarmos presos à “*função ideológica do sistema de ensino*” (BOURDIEU; PASSERON, 2013, p. 228).

A segunda consideração a ser feita está relacionada à forma como desenvolvemos nossa pesquisa. Como vimos, a maioria dos trabalhos analisados não demonstra grandes preocupações metodológicas e nem com maiores contatos com a realidade, correndo o risco de nos amoldarmos ao senso comum. Nesse sentido, a realidade observada na pesquisa em Direito do Trabalho na FDUSP merece o alerta feito por Faria (1987, p. 206):

Um ensino ao nível do “senso comum teórico”, tal como é praticado entre nós, termina por atribuir significações discutíveis e arbitrárias da realidade social, projetando-as imaginariamente como possíveis e desejáveis, ainda que nem sempre factíveis, plasmando-as em discursos reificantes, a-históricos e com pretensões de generalidade e universalidade. Em vez de apresentar institutos jurídicos como formas de soluções de conflitos com raízes no processo das relações sociais, valoriza-se quase que exclusivamente uma abordagem sistemática e lógico-dedutiva, privilegiando-se o princípio da autoridade - isto é, a opinião dos “preclaros mestres” e “insignes doutores”, todos citados aos borbotões como pretexto para demonstração de uma erudição sem peso teórico, recheando manuais e livros - isto quando não servindo para engrossar teses acadêmicas de professores pouco criativos e sem inspiração, abrindo caminho para que o “pedantismo da ligeireza” sirva de critério para o prevalecimento, no âmbito do corpo docente, de um tipo modal de mestre acrílico, burocrático e subserviente aos clichês predominantes entre os juristas de ofício.

Assim como fizemos na reflexão anterior, reiteramos que não é errado fazer pesquisas teóricas; pelo contrário, ainda precisamos delas, mas, não só delas. Não se trata de deslegitimar o que está sendo feito, mas precisamos repensar outras formas de pesquisar e propiciar maiores contribuições à área estudada, nos conectando com a realidade social, cultural, econômica, etc.

A terceira ponderação a ser feita diz respeito às contribuições trazidas por nossas pesquisas. A partir dos resultados apresentados acima, fica evidente que a grande parte das pesquisas feitas em Direito do Trabalho na FDUSP não proporciona novas contribuições aos respectivos objetos de análise. Como vimos, na maioria dos trabalhos, continuamos refletindo sobre aquilo que nos é conhecido, reafirmando conceitos e possibilidades. Em muitos casos, nos parece que a pesquisa em Direito do Trabalho ainda é direcionada aos problemas e características da sociedade industrial, deixando de lado os novos desafios trazidos pela sociedade informacional. Observamos que muitos dos problemas característicos da sociedade industrial continuam a existir e precisam ser cuidados, mas outras questões surgem e merecem atenção.

Por fim, a quarta reflexão buscar questionar a interlocução entre o Direito do Trabalho e demais áreas de estudo, seja dentro do próprio direito, seja fora dele. Ainda permanecemos arraigados a uma pesquisa não plural, que desconsidera dados reais e outras facetas que compõem os problemas que enfrentamos, tal como economia, sociologia, tecnologia da informação, dentre outras

## 5 CONCLUSÃO

A análise realizada neste artigo buscou dialogar com as discussões travadas em sala de aula, bem como responder a inquietações pessoais sobre a pesquisa em Direito do Trabalho na FDUSP: observamos que grande parte das pesquisas não avança sobre novos temas, não possui uma metodologia bem definida, não se conecta com elementos da realidade estudada e não dialoga com outras áreas (nem dentro do Direito e nem fora dele).

Partindo dessas constatações, nos questionamos sobre a(s) razões (s) deste cenário. Uma de nossas hipóteses remonta ao sistema de ensino jurídico, pautado em manuais de leitura antigos, baseado em aulas não participativas, aliado de paradigmas revolucionários (KUHN, 2007) e reprodutor do contexto social vigente. A análise do modo como aprendemos Direito (do Trabalho) será o próximo passo da nossa aproximação ao tema e servirá de objeto para futuras pesquisas.

Ao evidenciar o perfil das pesquisas realizadas em Direito do Trabalho na FDUSP, não pretendemos desmerece-las, mas lançar luzes sobre a possibilidade e necessidade de incrementá-las, contribuindo para que a FDUSP seja conhecida, como velha academia, apenas em função de sua idade, e transforme-se continuamente para ser “sempre nova”.

## REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. Introdução, organização e seleção de Sérgio Miceli. 8 ed. São Paulo: Perspectiva, 2015.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. **A reprodução**: elementos para uma teoria do sistema de ensino. Tradução de Reynaldo Bairão e revisão de Pedro Benjamin Garcia e Ana Maria Baeta. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

CAPES. **Cursos recomendados e reconhecidos**. 2017a. Disponível em <<https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/programa/quantitativos/quantitativoPrograma.jsf?areaAvaliacao=26&areaConhecimento=60100001&cdRegiao=0&ies=338688>> Acesso em 19 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. **Sobre a quadrienal**. 2017b. Disponível em < <http://avaliacaoquadrienal.capes.gov.br/avaliacao/objetivos-1> >. Acesso em 19 dez. 2017.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

FARIA, José Eduardo. A realidade política e o ensino jurídico. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 82. São Paulo, 1987, p. 198-212.

USP. **Dedalus** – *catálogo coletivo das bibliotecas da USP*. Disponível em <<http://www5.usp.br/servicos/consulta-on-line-ao-catalogo-coletivo-das-bibliotecas-da-usp/>>. Acesso em 18 dez. 2017.



# GP15

## **JUDICIALIZAÇÃO, CRISES E REFORMAS**

Coordenação:

Profa. Dra. Flávia Santiago Lima (UFPE/UNICAP/UPE)

Prof. Dr. Jairo Lima (USP)

Prof. Dr. João Andrade Neto (PUC Minas/Faculdade Padre Arnaldo Janssen)

Profa. Dra. Vanice Regina Lírio Valle (UNESA)



# A JUDICIALIZAÇÃO DA MEGAPOLÍTICA E A FORMAÇÃO DA JURISTOCRACIA NO BRASIL: “PRESERVAÇÃO HEGEMÔNICA” DAS ELITES NO PODER?

*Giordano Leonardo Alves*

(Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)  
wolflobs@gmail.com

*Paula Alves de Amorim*

(Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)  
paamorim30@outlook.com

**RESUMO:** O sentimento de perda da hegemonia de poder no neoconstitucionalismo acarretou em um deslocamento voluntário de poder das instituições representativas para as instâncias judiciais apoiado pelas elites econômicas, sendo que, a esse movimento deu-se o nome de Juristocracia. Como ponto de intersecção para a preservação hegemônica das elites no poder surgiu a judicialização da megapolítica. Destarte, o presente trabalho, baseado em metodologia bibliográfica qualitativa e quantitativa formulada em estudos de decisões judiciais, em especial do Supremo Tribunal Federal, e como referenciais teóricos Ran Hirschl e Lênio Streck, objetiva identificar como esta transferência massiva de decisões políticas centrais para os tribunais, no caso brasileiro, contribui para a manutenção hegemônica de determinados interesses de poder. Por fim, como resultados parciais veem-se a importância da judicialização da megapolítica utilizada na omissão ou ação do judiciário, junto às estruturas políticas dominantes nos acontecimentos atuais do país como uma subversão de princípios da ordem constitucional.

**Palavras-chave:** Judicialização. Megapolítica. Preservação hegemônica.

## 1 INTRODUÇÃO

O findar do século XX e o despontar do século XXI trouxe à realidade dos países na América Latina uma tardia vinculação ao capitalismo globalizado. Tal princípio econômico, social e, pode-se dizer existencial, em seu viés atualizado, “atingiu os países e regiões do planeta em ritmos e intensidades diferentes”. (TELLES, 2010, p. 62).

Por essa razão, no Brasil, a incidência diferenciada das práticas de produção em larga escala do capitalismo apresentou-se com duas características próprias de funcionamento. A primeira almejava estabilidade das elites regionais e estrangeiras. É dizer, criou-se uma racionalidade técnica típica do sistema que almejava criar instituições estatais capazes de conciliar o patrimonialismo estático que, como bem indica Sérgio Buarque de Holanda (1995), produz uma confusão entre o público e o privado, com a necessidade dessas mesmas instituições “funcionarem” sobre a ótica globalizada do capital.

A segunda característica objetivava que a criação de métodos de controle institucional fossem moldados à priori como mera forma de “gestão dos problemas”. Ou seja, sobre o viés tecnocrático houve o afastamento gradual da capacidade da população formar e participar dos espaços de formação democrática dos discursos políticos (PAOLI, 2007) e jurídicos, causando um efeito no qual questões complexas deveriam ser resolvidas com fórmulas prontas e sem a participação de seus destinatários.

Sem dúvidas esse mesmo período histórico alcançou variado desenvolvimento no campo de garantias e direitos aos indivíduos. Em inúmeros países (como o Brasil), com a derrocada dos regimes ditatoriais nestes e com a ampliação de interesses de preservação institucional, jurídica e política internacional do pós segunda guerra mundial, diplomas constitucionais e um novo paradigma de Estado foram moldados. Esse processo denominado como neoconstitucionalismo sem dúvidas propagou direitos denominados como fundamentais e procurou concretizar os princípios normativos dos tratados e convenções internacionais que tentavam se afastar das ameaças totalitárias de outrora.

Contudo, era necessário manter a ligação incontestada das forças dominantes das mais variadas esferas de poder com essa nova dinâmica jurídico-institucional. “Gerir problemas” significava a forma de observação dessa ampliação de direitos e garantias pelas elites sociais, políticas e econômicas dos países. Ou seja, o problema que deveria ser gerido era, justamente, o da possibilidade e da potencialidade de direitos que emergiram com as Constituições.

Nesse sentido, na experiência brasileira, existem duas condições interpretativas para se observar essa gestão: a possibilidade de “compreensão das posições e relações políticas entre agentes e instituições do campo jurídico depende[r] da reconstrução do processo de institucionalização dessas posições no processo de formação do Estado nacional” (ALMEIDA, 2010, p. 12); e a ligação aos conflitos por dominação da decisão e aplicação do direito, visto que no mesmo período histórico se desenvolveu o modo de produção neoliberal, que passou a ameaçar a própria possibilidade de aplicação dos ditames constitucionalizados.

Ou seja, no caso brasileiro, entre essa efetividade de direitos e garantias fundamentais sobre os cidadãos e o estabelecimento de “princípios básicos do neoliberalismo” (BARBOSA; POLEWKA, 2015, p. 312), a forma de se interpretar a Constituição de 88 tornou-se decisiva.

Destarte, vem à tona a seguinte incógnita: como as elites (internacionais ou regionais) econômicas, políticas e sociais, interessadas em manter seus preceitos ideológicos junto às práticas estatais - condição de manutenção do patrimonialismo ou expansão da globalização -, tentaram manter sua dominância frente à referida ampliação de direitos?

Surge aqui a principal função estatal e a base para a presente análise nas democracias representativas da atualidade: o poder judiciário como a última voz nas decisões e nos litígios de um Estado Democrático de Direito. Devido a um enfraquecimento dos demais poderes nos eventos bélicos da primeira metade do século XX, os poderes do Judiciário se intensificaram nos países democráticos e, sobre o controle de constitucionalidade (MAUS, 2000) e análise do neoconstitucionalismo, delegado a esse “terceiro poder”, seu campo de influência demonstrou-se,

paradoxalmente, primordial como um dos campos de gestão neoliberal e como instituição garantidora de algumas garantias.

Portanto, nesse caminho, o presente trabalho visa identificar se tal estrutura histórica, jurídica e política de empoderamento judicial é perceptível no Brasil. Para tanto, é necessário identificar se no país esses mecanismos – de juristocracia e de judicialização da megapolítica – são visíveis na manutenção hegemônica de interesses de poder das elites, em especial no enfoque das ações e omissões do Supremo Tribunal Federal, a fim de se ponderar sobre a subversão da democracia representativa e perante os processos descritos de empoderamento do Judiciário.

## **2 A “SOCIEDADE ÓRFÃ” E O PROCESSO DE EMPODERAMENTO DO JUDICIÁRIO**

Para que seja possível a compreensão do processo de empoderamento do judiciário, citar a obra de Ingeborg Maus “*O judiciário como superego da sociedade*” é essencial. Segundo a autora, após a segunda guerra mundial, a procura pela justiça (diz-se judiciário) aumentou na sociedade, e essa demanda se deu por força da desconstrução da imagem paternalista que os líderes autoritários do executivo possuíam frente ao corpo social. Com isso, depositou-se uma grande fé no poder judiciário, atribuindo-lhe a função que antes era relegada aos líderes. (MAUS, 2010).

A autora interpreta essa “sociedade órfã” sobre o viés de sua busca por uma representação do pai e de suas inibições morais em alguma instituição. Nesse ponto, o judiciário passa a atuar como o superego da sociedade, ou seja, passa a atuar como instância moral da sociedade.

A fim de uma melhor compreensão do judiciário como superego, vale traçar breves linhas sobre a teoria psicanalítica de Freud. O notório pensador austríaco diz que o superego se caracteriza como uma das três instâncias que compõe o aparelho psíquico. Segundo Lima ao analisar a obra do patriarca da psicanálise,

(...) classicamente, o superego constitui-se por interiorização das exigências e das interdições parentais. Num primeiro momento, o superego é representado pela autoridade parental que molda o desenvolvimento infantil, alternando as provas de amor com as punições, geradoras de angústia. (LIMA, 2010, p. 281)

Nessa linha de ideias, o superego estabelece proibições, vetos e define as condições éticas e morais geradoras da culpa (ZIMERMAN, 1999). E, mais importante, necessariamente pelo seu campo de interação com o id e o ego ser conformado no molde moralizador vinculado à imagem da autoridade ou do pai, define a inibição dos impulsos de prazer do id, assim como traz as exigências de dever ao senso de realidade do ego.

Em outras palavras, o superego atua como “juiz ou censor do ego” e como um limitador do id. Se o id “é considerado a reserva inconsciente dos desejos e impulsos de origem genética, voltados para a preservação e propagação da vida” (LIMA, 2010, p. 281) e o ego, na teoria de Freud, em nossa consciente/subconsciente seria “aquela parte do id que foi modificada pela influência direta do mundo externo”(FREUD, 1980/1933), o superego “estabelece a censura dos impulsos que a sociedade e a cultura proíbem ao id, impedindo o indivíduo de satisfazer plenamente seus instintos e desejos.” (LIMA, 2010, p. 281).

Quando Maus traz esse raciocínio ao corpo social, é totalmente possível entender como na modernidade o poder do judiciário adquire tal centralidade paterna, tal papel de autoridade moralizante. Em um cenário de crise das instituições executiva e legislativa, posterior à derrocada da Alemanha nazista (não obstante sua fundamental relevância para o surgimento desse superego) e pela influência dos interesses ideológicos das elites sociais, econômicas e políticas, ocorreu uma “transferência de poder ao Judiciário, pressupondo que este goze de boa reputação por sua retidão e imparcialidade política”. (BARBOSA; POLEWKA, 2015, p. 319).

Com efeito, o Judiciário passou a acumular demandas que antes cabiam a outras esferas de poder. O órgão jurisdicional passou a permitir ao principal agente – o juiz - o “aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador.” (ALBUQUERQUE; LIMA, 2000). Atrelado a esse aumento de poder do judiciário, necessário se faz ressaltar a constitucionalização de direitos, bem como o papel do judiciário para sua implementação.

### **3 DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS À JUDICIALIZAÇÃO DA MEGAPOLÍTICA**

O termo constitucionalismo foi criado para designar a maneira de organização de um Estado com base em uma lei suprema. Dessa forma, a fim de assegurar o respeito pela dignidade da pessoa humana e organizar os limites dos poderes do Estado, é que todas as regras contidas em nosso ordenamento jurídico devem estar em conformidade com a Constituição Federal.

É fato notório que, com o avanço constitucional moderno, a separação dos poderes não poderia por si só assegurar o cumprimento da supremacia constitucional. Por força disso, mister se fez a judicialização ocorrida nos tempos modernos para que o direito efetive a supremacia da lei, sempre, obviamente, com o intuito de assegurar um maior cumprimento das garantias fundamentais. Vejamos,

(...) em todo o mundo, reformas constitucionais vêm transferindo poder de instituições representativas para o judiciário. A constitucionalização de direitos e implementação de revisão judicial ou controle constitucional (judicial review) são comumente vistos como



instrumentos de origens progressistas e que teriam como consequência uma positiva redistribuição de poder em determinada sociedade, um verdadeiro compromisso com a democracia.” (BARBOSA; POLEWKA, 2015, p. 311)

Porém, para Hirshl (2004, p.49) tal processo de constitucionalização de direitos realizado através de um empoderamento judicial é resultado de um “pacto estratégico” com a finalidade de uma preservação hegemônica de determinadas classes nos cargos de poder.

Para uma melhor compreensão, necessário se faz ressaltar que às vezes, a judicialização da política é confundida com uma versão genérica do ativismo judicial, prestando-se pouca ou nenhuma atenção à diferença entre atribuir aos tribunais a definição do escopo do direito a um julgamento justo, por exemplo, e confiar a eles a solução de delicadas questões de identidade coletiva que se encontram no coração dos processos de construção da nação.(HIRCSHL, 2006, p.141)

Destarte, segundo Han Hirschl, “judicialização da política” é um termo “guarda-chuva”, comumente usado para abranger o que, na verdade, são três processos inter-relacionados. De forma mais abstrata, a judicialização da política se refere à disseminação de discursos, jargões, regras e processos jurídicos na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas. Segundo o cientista político, talvez a melhor ilustração dessa predominância seja a subordinação, em comunidades modernas organizadas como estados de direito, de quase todo fórum decisório a normas e procedimentos quase judiciais. Temas que antes eram negociados de maneira informal ou não judicial, agora são dominados por regras e procedimentos jurídicos. (HIRCSHL, 2006, p.142). É dizer,

(...) a constitucionalização de direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade das leis resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas continuamente ameaçadas, que buscam isolar suas preferências políticas contra mudanças em razão da política democrática, em associação com elites econômicas e jurídicas que possuem interesses compatíveis. (HIRSHL. 2004)

### **3.1 A preservação hegemônica das elites nas esferas de poder**

A fim de uma melhor compreensão desse processo, assevera Ran Hirschl que o que se pode observar hoje é que há um deslocamento voluntário de poder das instituições representativas, quando ameaçadas de perder a hegemonia na esfera política, para as judiciais. Essa transferência voluntária de decisões é apresentada pelo cientista político como uma nova forma de regime político denominado de juristocracia.

Em outras palavras, com o risco de perda da hegemonia com a conquista de algumas vitórias na esfera dos direitos no pós-guerra, as elites em determinados países passaram a transferir e aumentar os poderes de decisão do Judiciário. Como “fuga final” e com o objetivo de

“preservação hegemônica” (HIRSCHL, 2009), utilizaram-se do falseável discurso de imparcialidade do judiciário para manter suas ideologias em esferas de poder político e econômico intactos.

Potencializou-se os campos de decisionismo do Judiciário e ampliou-se suas bases de atuação. Inclusive relegando ao órgão julgador causas políticas de importância nacional, uma vez que definem uma razão de ser de uma comunidade ou seus aspectos democráticos. A gestão de problemas e o a nova razão do mundo formou um termo denominado como juristocracia (HIRSCHL, 2009) por intermédio do decisionismo em causas essenciais do corpo social, o que o jurista canadense Ran Hirschl vai chamar de judicialização da megapolítica.

“(...) Transportando a discussão para terrae brasilis, que nosso grau de judicialização atingiu a megapolítica.” (STRECK, 2013). Dessa maneira, o empoderamento do Judiciário não se deu com as Constituições do pós-segunda Guerra. Essas Constituições na Europa possibilitaram o Estado de Bem-Estar social e na América Latina tentaram a redemocratização após as atrocidades das ditaduras. Em verdade, esse empoderamento, em especial no Brasil vai ter como pressuposto uma espécie de arena de conflito sobre a interpretação constitucional entre a garantia de interesses gerais e a preservação hegemônica das elites políticas que historicamente monopolizam a função jurisdicional.

Logo, esse “pacto estratégico” culmina em uma política judicializada, onde o maior aspecto dessa judicialização é que,

(...) a política se torna a expansão da competência de tribunais e juizes quanto à definição de políticas públicas, principalmente por meio de decisões envolvendo direitos constitucionais e da remarcação judicial dos limites entre órgãos do estado (separação de poderes, federalismo).” (HIRSCHL, 2006, p.143)

Quando há um reconhecimento das elites políticas e econômicas de que seus interesses não são mais compatíveis com os da maioria, estas se aliam a elites jurídicas e judiciárias para que seja possível a sua manutenção nas esferas de poder. No Brasil, “o STF tem funcionado como árbitro de disputas políticas já que partidos de oposição passaram, cada vez mais, a buscar na Corte os resultados que não conseguem ou não conseguiram pela via eleitoral ou parlamentar” (BARBOSA; POLEWKA, 2015, p.313).

Nota-se que, quando ocorre essa judicialização da política e o Tribunal decide conforme a identificação de seus membros com setores sociais específicos, a imagem pública do judiciário como politicamente imparcial restará ameaçada. Tais decisões devem ser vistas não como decisões meramente ativistas, mas sim como decisões pautadas única e exclusivamente como uma forma da substituição de negociações políticas pelo julgamento, com a finalidade de se

conseguir por via judicial um resultado que não foi possível alcançar pela via política. Nessa esteira,

(...) O “mito dos direitos”, como denominado por Stuart Scheingold, procura chamar a nossa atenção para o contraste entre o caráter aberto dos procedimentos judiciais e as barganhas secretas dos grupos de interesse na esfera política, reforçando assim a imagem de integridade e incorruptibilidade do processo judicial. “O objetivo, claro, é tornar mais atraente o uso de soluções legais e constitucionais para problemas políticos”. Por outro lado, isso pode levar à expansão de um “discurso de direitos” populista e ao correspondente empobrecimento do discurso político. (HIRSCHL, 2009, p. 144).

Desta forma, tendo em vista o substancial crescimento de decisões de cunho estritamente político que vêm sendo tomadas na via judicial através de uma transferência massiva de decisões políticas centrais e polêmicas para os tribunais, tem contribuído cada vez mais para a manutenção hegemônica de determinadas classes políticas, econômicas e sociais nos cargos de poder.

A judicialização da megapolítica inclui algumas subcategorias: judicialização de processos eleitorais; supervisão judicial de prerrogativas do Poder Executivo em áreas de planejamento macroeconômico ou segurança nacional (o fim daquilo que é conhecido na teoria constitucional como a doutrina da “questão política”;<sup>27</sup> dilemas fundamentais de justiça restaurativa;<sup>28</sup> corroboração judicial de transformações de regime político; e, acima de tudo, a judicialização da formação de identidades coletivas, processos de construção de nações e disputas a respeito da própria definição — ou *raison d’être* — da comunidade, talvez o tipo mais problemático de judicialização do ponto de vista da teoria constitucional. (RILSCH, 2009, p. 155).

#### 4 CONCLUSÃO

Tendo em vista que os preceitos da megapolítica se elaboram dentro da estrutura dos principais países de origem democrática na moderna teoria constitucional, é preciso trazer à baila uma problematização do próprio contexto de vitórias ou de expansão do chamado Estado Democrático de Direito na modernidade.

A formação de uma juristocracia aparece assim como uma decorrência lógica do desenvolvimento dessa política pura e das elites de poder nas esferas política, econômica e social que incorrem dentro do seio democrático dos países constitucionalizados acaba por fundamentar uma problemática destes mesmos ambientes democráticos.

Seja como uma judicialização da razão de ser de um nação, como no caso da língua majoritária do Quebec, ou mesmo em questões de cunho político como no cenário de *Bush v. Gore*, pensar a formação de um conceito como o de juristocracia acaba por definir a própria conformação de se pensar em uma tentativa de preservação hegemônica das elites de poder.

O sentido de uma suposta formação dessa Juristocracia no Brasil se comporta como uma hipótese, após os movimentos de omissão no caso do Impeachment de Dilma Rousseff. Pensar que o sentido omissivo do judiciário nesse caso se conforma em um exemplo de causa de nível nacional, que estrutura uma razão de ser do próprio contexto democrático do país, acaba por

encontrar a lacuna passível de interpretação dessa possibilidade de formação da Juristocracia através da judicialização da megapolítica.

Portanto, imaginar a feitura desse padrão de judicialização é sem dúvidas crucial como forma de hipótese no Brasil, tomando esse caso para supostas e constantes análises no território nacional.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro. **A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade de São Paulo, São Paulo

BARBOSA, Cláudia Maria; POLEWKA, Gabrieli. Juristocracia no Brasil: A perspectiva de Ran Hirschl sobre o empoderamento judicial. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**, Minas Gerais, vol. 1, p. 309-334, 2015.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 251, p. 139-178, 2009.

HIRSCHL, Ran. **The Judicialization of Megapolitics and the Rise of Political Courts**. Annual Review Political Science. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1138008>>. Acesso em: 03/11/2018.

HIRSCHL, Ran. **The Political Origins of the New Constitutionalism**. Indiana Journal of Global Studies. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1138008>>. Acesso em: 03/11/2018.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição Constitucional e Política: Ativismo e Autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

MAUS, Ingerborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PAOLI, Maria Célia. **O mundo do Indistinto: Sobre gestão, violência e política**. In: OLIVEIRA, Francisco de; RIZEK, Cibele Saliba. **A era da indeterminação**. São Paulo: Boitempo, 2007.

SOUZA, Jessé José Freire de. **A tolice da inteligência brasileira ou como o país se deixa manipular pela elite**. 1 ed. São Paulo: Leya, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: A difícil Concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Revista Joaçaba**, Santa Catarina, vol. 17, n. 3, p. 721-732, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O Ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>> Acesso em: 03/11/2018.

TELLES, Vera da Silva. **A cidade nas fronteiras do legal e ilegal.** Belo Horizonte: Argvmentvm, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck. **Ensaio sobre política, direito e sociedade.** São Paulo: Hucitec, 2015.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. **A democracia e os três poderes no Brasil.** Belo Horizonte: UFMG/IUPERJ, 2002.

ZIMERMAN, David. E. **Fundamentos psicanalíticos.** Porto Alegre: Artmed, 1999.

# A CORTE MENDES (2003-2013): PROGRESSISMO NOS COSTUMES, GARANTISMO PENAL, ENGAJAMENTO SOCIAL E MORALISMO POLÍTICO

João Andrade Neto  
(PUC Minas / Faculdade Arnaldo Janssen)  
andradeneto.joao@gmail.com

**RESUMO:** Este trabalho pretende delinear as características de uma relevante fase do Supremo Tribunal Federal (STF) de profundas mudanças no exercício da função jurisdicional, na compreensão do papel da corte como guardião da Constituição e na relação do tribunal com os demais Poderes. Com base na definição proposta por Ferreira e Fernandes (2013), embora sem a endossar integralmente, define-se a *Corte Mendes* como a fase compreendida entre o julgamento do *Caso Ellwanger*, em 2003, e o do 26º Agravo Regimental na Ação Penal 470 (“Mensalão”), em 2013. A hipótese é que, nesse período, a jurisprudência e a atuação do STF foram marcadas: pela reforma do Poder Judiciário, inspirada pelo modelo europeu continental; pela virada principiológica, com a adoção do teste da proporcionalidade como método jurisdicional e o empréstimo judicial da concepção alemã de direitos fundamentais; e pelo progressismo nos costumes e pelo garantismo penal, aliados ao moralismo político-partidário e ao engajamento social.

**Palavras-chave:** STF. Ellwanger. Mensalão. Alexy. Proporcionalidade.

## 1 INTRODUÇÃO

A ideia da existência de fases na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), de acordo com os votos e as opiniões do Ministro que adquire proeminência sobre os demais já foi explorada por Ferreira e Fernandes (2013) e Mariano Silva (2016). Os primeiros dividem a jurisdição constitucional no Brasil em três momentos, que batizam de “Corte Victor Nunes Leal” (1960-1969), “Corte Moreira Alves” (1975-2003) e “Corte Gilmar Mendes” (a partir de 2003, com ênfase para o biênio 2008-2010). O segundo trata dos períodos Néri da Silveira (1988-1990) e Sydney Sanches (1990-1997) e oferece um método qualitativo de mapeamento das posições dos ministros no período 2002-2017 (MARIANO SILVA, 2018). Baseio-me na classificação proposta pelos primeiros, mas sem a endossar integralmente. Eu defino a *Corte Mendes* como o período compreendido entre 2003, ano seguinte à posse do Ministro Gilmar Mendes, e 2013, ano da posse do Ministro Luiz Roberto Barroso. A denominação se justifica em razão da notável influência do Ministro Gilmar Mendes na formação da jurisprudência do STF e no entendimento do tribunal acerca do conteúdo normativo da CRFB/88 e de seu próprio papel como guardião da Constituição.

Essa fase de cerca de dez anos, que teve seu ápice aproximadamente duas décadas depois da promulgação da CRFB/88 (2007-2010), apresenta características peculiares tanto no que se refere ao exercício da função jurisdicional quanto na relação do tribunal com os demais Poderes e outros órgãos judiciais. As marcas desse controverso período ultrapassam a esfera da interpretação constitucional e se notam na conformação das instituições político-jurídicas e no próprio texto da CRFB/88, que fora sensivelmente modificado na reforma do Poder Judiciário

capitaneada pelo próprio Gilmar Mendes, em 2004. A compreensão dessas mudanças exigirá a adoção de um método de análise contextual.

No âmbito interno à jurisdição, são características marcantes o principiologismo, o progressismo dos costumes, o moralismo político-partidário e o ativismo social – a que me refiro como engajamento. A *Corte Mendes* adotou uma leitura particular da CRFB/88, alegadamente com base no pensamento de Alexy (2010), e passou a se referir às normas constitucionais como princípios e aos direitos fundamentais como direitos com escopo amplo. Essa concepção deu ao tribunal suporte teórico para julgar questões moral e politicamente controversas. Por vezes, tal leitura serviu para amparar decisões que declaradamente se prestavam a dar mais efetividade aos direitos fundamentais – especialmente no que se refere aos direitos sociais e individuais relativos aos costumes e oponíveis ao aparato estatal de persecução criminal. Por outras, porém, o resultado obtido não se diferenciou do puro moralismo e do abuso de poder jurisdicional – particularmente em casos de óbvia repercussão político-partidária. Para demonstrar tais características, adotar-se-á a análise qualitativa da jurisprudência, com foco em casos de grande repercussão midiática julgados no período.

O estudo se justifica porque a correta compreensão dos vícios e virtudes da *Corte Mendes* se revela fundamental para o entendimento do papel do STF no cenário atual de crise político-institucional. A fase seguinte, que provisoriamente se denomina *Corte UERJ*, em razão influência de ministros que são ou foram professores da instituição, Luiz Fux e Roberto Barroso, vem *a contrario sensu* lançando luzes sobre o período anterior. Desde 2013, o STF vem revendo a jurisprudência garantista em matéria das liberdades individuais em favor do aumento da repressão pelo aparato estatal sancionatório. Ao mesmo tempo, exacerba-se o moralismo partidário cujas raízes remontam à *Corte Mendes*, e lançam-se dúvidas sobre o legado da fase anterior no que diz respeito à efetividade dos direitos sociais.

A seção seguinte detalhará em que medida se pode falar em fases na atuação e na jurisprudência do STF e abordará a reforma do Poder Judiciário capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, a fim de traçar o contexto, ou o pano de fundo institucional, em que o tribunal adota a nova postura, de abandono da deferência frente aos outros Poderes, característica da *Corte Mendes*. A seção 3 focará na transformação por que passou a argumentação jurídica no período, marcada por uma virada principiológica sob forte influência do constitucionalismo alemão, pela adoção da proporcionalidade como método adjudicativo e pela concepção dos direitos fundamentais como direitos com escopo amplo. A seção 4 demonstrará que a jurisprudência do período foi progressista no que se refere aos costumes, garantista frente ao aparato estatal

repressivo, e engajada na efetivação de direitos sociais, mas moralista quanto a questões político-partidárias. Ao final, indaga-se sobre o legado da fase confrontando-se a jurisprudência do período com as características que já se delineiam da *Corte UERJ*.

## 2 A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO E A NOVA ROUPAGEM INSTITUCIONAL DO STF

O estudo das fases do STF, embora se inspire na tradição norte-americana, dela se diferencia porque, nos EUA, a presidência da Suprema Corte não se alterna com tanta frequência, e um mesmo *Justice* se mantém como *Chief* por períodos maiores e fixos. O exemplo mais frequentemente lembrado, da *Corte Warren*, durou de 1953 a 1969 justamente porque Earl Warren serviu como *Chief Justice* durante todos esses anos (RODRIGUES, 1991). No Brasil, porém, tanto a presidência quanto a composição do STF se modificam consideravelmente em intervalos relativamente curtos. Por exemplo, durante a *Corte Mendes* (2003-2013), ocuparam a presidência do STF os ministros: Maurício Corrêa (2003-2004), Nelson Jobim (2004-2006), Ellen Gracie (2006-2008), Cezar Peluso (2010-2012), Ayres Britto (2012) e Joaquim Barbosa (2012-2014), além do próprio Gilmar Mendes, que, no biênio 2008-2010, exerceu a presidência do STF e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).<sup>1</sup> Uma vez que um critério formal como o de presidência não se adequa à realidade brasileira, há que se considerar aspectos substantivos ou materiais, referentes às teses estruturantes da linha de decisões do tribunal, no âmbito interno à jurisdição, e, no externo, aspectos de sua atuação, como, por exemplo, a atitude predominante em relação aos outros Poderes.

A definição de um marco temporal para simbolizar o início e o fim da *Corte Mendes* não foi aleatória, mas tampouco se pode exigir dessa escolha uma precisão além do razoável. Qualquer marco escolhido, ainda que justificável, será passível de críticas. Por exemplo, uma óbvia alternativa de termo inicial para o período seria o dia da posse de Mendes como ministro, 20 de junho de 2002. Alternativamente, seria possível cogitar de 20 de abril de 2003, data da aposentadoria do Ministro Moreira Alves. Todavia, uma vez que o foco deste estudo recai sobre a compreensão do próprio STF acerca da CRFB/88 e do papel que lhe é constitucionalmente reservado como guardião da Constituição, escolheu-se um marco que enfatizasse não a mera mudança na composição da corte, mas, sim, a mudança de atitude do tribunal. E essa mudança de

---

<sup>1</sup> Ao todo, no período, tiveram assento no STF os ministros: Sepúlveda Pertence (1989-2007), Celso de Mello (1989--), Carlos Velloso (1990-2006), Marco Aurélio (1990--), Maurício Corrêa (1994-2004), Nelson Jobim (1997-2006), Ellen Gracie (2000-2011), Ayres Britto (2003-2012), Cezar Peluso (2003-2012), Joaquim Barbosa (2003-2014), Eros Grau (2004-2010), Ricardo Lewandowski (2006--), Cármen Lúcia (2006--), Menezes Direito (2007-2009), Dias Toffoli (2009--), Rosa Weber (2011--), Luiz Fux (2011--) e Roberto Barroso (2013--) (MARIANO SILVA, 2016, p. 69, tabela 3).



paradigma normativo-interpretativo se torna clara a partir do julgamento do *Caso Ellwanger*, em 17 de setembro de 2003 (BRASIL, 2004). Similarmente, adota-se como marco final do período um caso que ilustra o moralismo da *Corte Mendes* frente a questões de fundo político-partidário e sinaliza para o recrudescimento da repressão do aparato estatal sancionatório: o julgamento, em 23 de setembro de 2013, do 26º Agravo Regimental na Ação Penal 470, que ganhou notoriedade como o “Mensalão” (BRASIL, 2014c).

Da perspectiva institucional, a *Corte Mendes* fora marcada pela reforma do Poder Judiciário de 2004, a qual modificou sensivelmente o texto da CRFB/88. Mesmo antes de ser nomeado ministro, Mendes exerceu, direta ou indiretamente, por meio de sua atuação profissional e produção acadêmica, influência sobre a legislação brasileira, inclusive como autor de emendas constitucionais. Algumas de suas inovações legislativas em matéria de jurisdição constitucional foram, por exemplo, o efeito vinculante, a lei das ações diretas, a lei da arguição de descumprimento de preceito fundamental e a modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade no tempo (AMARAL JÚNIOR, 2010). Tais mudanças contribuíram sobremaneira para a concentração de poderes em torno do STF. Em especial, a Emenda Constitucional n. 45/2004, fortemente inspirada por Mendes, mudou consideravelmente a dinâmica do sistema judiciário, vinculando os órgãos judiciais inferiores a súmulas e outras decisões do STF e aproximando os efeitos dos recursos extraordinários aos do controle abstrato de constitucionalidade (MENDES, 2008).

Como Vieira (2008, p. 447–450) observa, a partir de 1988, o País assistiu à aquisição de “competências superlativas” pelo STF e à notável expansão de sua autoridade. Essa expansão se deveu não somente ao ambicioso texto da CRFB/88 como originalmente promulgado, mas também às sucessivas emendas constitucionais e reformas legislativas que multiplicaram as possibilidades de atuação e os efeitos das decisões do tribunal desde os anos 1990 (VIEIRA, 1994). Essa reforma judiciária, que se intensificou durante a *Corte Mendes*, arrancou protestos de acadêmicos e juízes por reduzir significativamente a autonomia dos tribunais inferiores para exercerem o controle difuso de constitucionalidade das leis, à medida que concentrava tal controle no STF (OLIVEIRA, 2001).

É também possível traçar uma mudança na atitude do STF perante os outros Poderes, particularmente o Poder Legislativo, durante o período. A própria promulgação da CRFB/88 implicou a abertura a uma gama maior de ações constitucionais – e, portanto, de possibilidades de intervenção do STF. A longeva *Corte Moreira Alves* (1975-2003), que precedeu a *Corte Mendes*, foi marcada pela transição do modelo de jurisdição constitucional concreto para um mais abstrato e

complexo, então definido como “um processo objetivo, sem interesses subjetivos a priori, que não o de preservar a normatividade da Constituição.” (FERREIRA; FERNANDES, 2013, p. 24). Sob a vigência da CRFB/88, a *Corte Moreira Alves* se distinguiu pela consolidação dos efeitos *erga omnes* e *ex tunc* da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), pela admissibilidade de medidas cautelares nesse tipo de ação – às quais, porém, se atribuíram efeitos *ex nunc* –, e pelo empréstimo judicial da *técnica de interpretação conforme* como alternativa para a declaração de inconstitucionalidade da lei. (FERREIRA; FERNANDES, 2013, p. 30).

O entendimento de Alves, de que uma “Corte Constitucional só pode atuar como legislador negativo, não, porém, como legislador positivo” (BRASIL, 1988), delineou os limites da atuação do STF no período. Nesse sentido, a posição do tribunal diante da controvérsia acerca dos efeitos a serem atribuídos ao mandado de injunção é ilustrativa do contraste entre as *Cortes Moreira Alves* e *Mendes*.<sup>2</sup> A primeira é frequentemente lembrada pela autocontenção e deferência ao Poder Legislativo, que explicam por que o tribunal adotou a teoria não concretista ao definir os efeitos do mandado de injunção. Segundo essa teoria, os efeitos da decisão que defere a injunção estariam limitados à declaração de que o Congresso Nacional se encontra em “estado de mora”, à determinação de um prazo para que se adotem as “providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar” (BRASIL, 1992) e, “se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, [à] suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional.” (BRASIL, 1990).

Já a segunda se destaca pelo oposto. O *Caso da Greve dos Servidores Públicos*, julgado em 2007, marca a adoção da teoria concretista acerca dos efeitos do mandado de injunção. O Ministro Gilmar Mendes, prolator do voto divergente que se sagrou vencedor, fez constar da ementa do acórdão que, a partir de então, o STF revia sua jurisprudência e passava “a admitir soluções normativas para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva.” (BRASIL, 2008d). Mendes, porém, não se mostrava inteiramente confortável em

---

<sup>2</sup> Conforme explica Souza Neto (2007), desde a promulgação da CRFB/88, havia-se formado uma “guerra de posições” acerca do tema, com grupos entrincheirados de lados opostos, munidos com “propostas interpretativas” conflitantes que refletiam a bandeira ideológica que cada um hasteava, “à direita ou à esquerda.” De um lado, autores como Caio Tácito (2005, p. 12) defendiam que o mandado de injunção tinha “exclusiva natureza mandamental e declaratória: não condena, nem ordena, nem supre a inércia reconhecida.” Outros, como Celso Barbi (1991), argumentavam que “a fórmula que parece mais adequada [...] é a de o juiz criar, para o caso concreto do requerente de mandado de injunção, uma norma especial, ou adotar uma medida capaz de proteger o direito do autor da demanda.” Na visão de Souza Neto (2007), “como o Mandado de Injunção (MI) exibia o potencial de permitir intensa atuação judiciária na concretização dos elementos sociais instituídos na Constituição, os juristas mais progressistas pretendiam maximizá-lo, enquanto os juristas conservadores procuraram esvaziar o instituto.” Durante a *Corte Moreira Alves*, “foi a adesão aos conservadores que delineou a dimensão central do instituto.” (SOUZA NETO, 2007).

reivindicar o papel de “legislador positivo” para o STF. Ele “comung[ava] das preocupações quanto à não-assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parec[ia-lhe] que a não-atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de ‘omissão judicial’.” (BRASIL, 2008d). Em todo caso, sob a influência do ministro, particularmente no biênio 2008-2010, em ele que exerceu a presidência do tribunal, “o Judiciário definitivamente foi alçado à condição de protagonista no cenário político brasileiro, proferindo decisões que ousaram ir um pouco além das tendências autocontidas da *Corte Moreira Alves*.” (FERREIRA; FERNANDES, 2013, p. 43).

### 3 A VIRADA PRINCIPIOLÓGICA EM DIREÇÃO AO CONSTITUCIONALISMO ALEMÃO

Da perspectiva interna à jurisdição, o *Caso Ellwanger* (BRASIL, 2004) concentra vários dos elementos que viriam a definir a jurisprudência do STF durante a *Corte Mendes*. No julgamento, por maioria de sete a três, o plenário negou o pedido de *habeas corpus*, vencidos os ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto. Conquanto o Ministro Gilmar Mendes não tenha sido o relator do acórdão, seu voto, com a divergência, notabilizou-se. A questão de fundo dizia respeito à possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais à relação entre particulares. O STF endossou a noção alemã de *Drittwirkung*, ou a tese dos efeitos horizontais (SILVA, 2005; STEFAN et al., 2013), que é uma decorrência lógica da ideia de que os direitos fundamentais têm escopo amplo, e não restrito. Sua adoção explícita rompeu com a tradição estadunidense que orientara a jurisprudência da corte durante praticamente todo o século XX.

A concepção expandida dos direitos fundamentais que ali se delineava é conceitualmente dependente dos postulados alexyanos de que princípios constitucionais são “mandamentos de otimização” e a proporcionalidade é o método racional de solução de conflitos entre aqueles direitos. (ALEXY, 2010, cap. 3). Não por acaso, o voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do *Caso Ellwanger* marca a primeira menção explícita a Alexy no colegiado do STF. Mendes aplicou o teste de proporcionalidade com seus três subtestes, adequação, necessidade e ponderação (ou sopesamento). Curiosamente, o Ministro Marco Aurélio igualmente partiu de elementos da Teoria dos Princípios, de Alexy, mas chegou a uma conclusão diferente. O debate travado entre os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio durante o julgamento do caso é ilustrativo da nova concepção de norma constitucional que o STF passava a endossar e viria a confirmar nas décadas seguintes. (BENVINDO, 2010, p. 298–404; FREIRE, 2007, p. 9–10; SILVA, 2013, p. 572).

A doutrina positivista, que limitava as normas jurídicas às regras contidas em decisões institucionais explícitas e positivadas no texto dos documentos legislativos oficiais, dava lugar à concepção de que não apenas tais regras, mas também os princípios constitucionais são normas,

embora não sejam produto de uma decisão legislativa deliberada e nem sempre estejam textualmente identificados como tal. Como sabido, a formulação dessa ideia em termos tão precisos se deve ao gênio de Dworkin (1967). E de fato, a *Corte Mendes* foi pródiga em menções às obras do autor. Dworkin é citado em pelo menos 16 acórdãos do STF, de 2004 (primeira ocorrência) até 2013. No entanto, apesar da reconhecida importância do jusfilósofo norte-americano, o verdadeiro marco teórico que orientou a virada principiológica promovida na jurisprudência pela Corte Mendes foi a Teoria dos Princípios, de Alexy.<sup>3</sup>

O STF nunca endossou expressamente a separação dos princípios (em sentido amplo) em políticas e princípios (em sentido estrito), que é um dos elementos centrais ao pensamento de Dworkin (1978, cap. 2). Ao contrário, no *Caso do Rio São Francisco*, por exemplo, o Ministro Gilmar Mendes definiu a controvérsia jurídica com a qual o STF se defrontava como uma “colisão” entre princípios ambientais e econômicos, que deveriam ser sopesados (BRASIL, 2008e). Para além de o conceito de sopesamento (ou ponderação) ser estranho à teoria de Dworkin, o autor provavelmente trataria as normas em questão, que preveem objetivos ambientais e econômicos a serem alcançados pelo Estado, como políticas, não como princípios em sentido estrito.

Assim, apesar da histórica e patológica dificuldade do STF em se manter coerente com qualquer teoria (RODRIGUEZ, 2013), desde pelo menos *Ellwanger*, o tribunal dá sinais de estar se aproximando do constitucionalismo alemão, particularmente no que se refere à concepção de princípios como normas que, diferentemente das regras, “exigem que aquilo que eles comandam se realize no máximo grau possível, considerados os limites fáticos e jurídicos” do caso concreto – e este é o conceito nuclear da teoria de Alexy (2010, p. 47). Diferentemente do Tribunal Federal Constitucional alemão (TFC), cuja jurisprudência nunca fizera referência expressa à tese alexyana da otimização (SCHLINK, 1992, p. 718), o STF sob a *Corte Mendes* declarou expressamente que princípios são mandamentos de otimização em casos como o *da Lei Orgânica da Magistratura* (BRASIL, 2008f). Pode-se ainda inferir que a tese de otimização foi implicitamente endossada em julgamentos nos quais se ponderaram princípios constitucionais uns contra os outros, como no *Caso do Rio São Francisco* (2008e).

---

<sup>3</sup> O número de acórdãos do STF com referências explícitas a Alexy no período de 2003 a 2013, 46, é mais do que o dobro das menções a Dworkin. Admita-se que, em alguns julgamentos, ambos autores foram citados, às vezes indistintamente. Ver, por exemplo, os casos: das *Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias* (BRASIL, 2010a), da *Execução Antecipada da Pena I* (BRASIL, 2010b), da *União Civil Homoafetiva* (BRASIL, 2011a, 2011b), do *Aborto de Fetos Anencefálicos* (BRASIL, 2013) e das *Cotas Raciais nas Universidades* (BRASIL, 2014a). Contudo, deixando de lado as referências genéricas, as citações de Dworkin estão majoritariamente relacionadas ao pensamento do autor sobre questões de moralidade política, como o dever do Estado de respeitar todos os cidadãos sob seu governo (BRASIL, 2011a, 2011b) e tratá-los com igual consideração (BRASIL, 2014a), ou sobre questões constitucionais substantivas mais específicas, como o direito ao aborto (BRASIL, 2013) ou o significado da liberdade de expressão (BRASIL, 2009a).

Não pretendo sugerir que a *Corte Mendes* tenha introduzido o conceito de princípios constitucionais no Brasil – e menos ainda que o tenha feito por meio da obra de Alexy. Mas é possível defender que, naquela fase, o STF passou a endossar uma concepção de princípios constitucionais que, se não reproduz integralmente a Teoria dos Princípios alexyana, nela se inspira (ANDRADE NETO, 2018). Sob a liderança de Mendes, a jurisprudência da corte deixou de circular em torno da órbita do Direito norte-americano para gravitar mais perto do Direito alemão. Fazem prova disso não somente as referências explícitas a Alexy e às decisões do TFC, cada vez mais frequentes, mas o empréstimo judicial da concepção germânica dos direitos fundamentais como direitos com escopo amplo, que é condição essencial para a aplicação da proporcionalidade e elemento absolutamente estranho, senão incompatível, com a concepção de direitos de escopo restrito e com o método adjudicativo categórico que prevalecem nos EUA (WEBBER, 2010, p. 199–200).

A CRFB/88 não faz nenhuma menção textual à proporcionalidade e nem contém uma disposição equivalente ao Artigo 19 (1) (2) da Lei Fundamental, que já foi apontado pelo TFC como a fonte constitucional da concepção de direitos com escopo amplo na Alemanha.<sup>4</sup> Cláusulas semelhantes há na Constituição Portuguesa (arts. 16 e 18) e na Constituição da Espanha (art. 53). Nos três casos, a previsão de que os direitos fundamentais podem sofrer limitação, desde que seu núcleo não seja violado, é usada para justificar o recurso à proporcionalidade, que seria o método racional para separar, de um lado, a mera infringência do escopo expandido de um direito e, de outro, a violação ao seu conteúdo essencial. A ausência de um artigo como esse na CRFB/88, apesar da influência do constitucionalismo ibérico na reconstitucionalização brasileira, poderia ser lida como um sinal de que o Constituinte de 1988 recusou silenciosa mas deliberadamente a concepção de direitos fundamentais com escopo amplo.

Não é essa, porém, a leitura que o STF tem feito da estrutura dos direitos fundamentais previstos na CRFB/88. Seguindo as linhas gerais do modelo alexyano, o tribunal tem tratado os direitos constitucionais como direitos abstratos, ou *prima facie*, que podem ou não dar a seus titulares direitos definitivos, o que só se pode determinar no caso concreto, uma vez ponderados os direitos ou princípios colidentes e considerados os limites fáticos impostos pela realidade. Na verdade, o STF já vinha afirmando desde pelo menos a década de 1990 que “não há direitos

---

<sup>4</sup> “Artigo 19 [Restrição dos direitos fundamentais – Via judicial] (1) Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente. (2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência.” Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>.

absolutos na Constituição.” (BRASIL, 1999). De fato, tal concepção precedeu a posse de Gilmar Mendes como ministro e as primeiras citações explícitas à Teoria dos Princípios na jurisprudência do tribunal. No entanto, é a partir da *Corte Mendes* que se constroem as premissas teóricas dessas decisões. Durante o período, o entendimento de que os direitos fundamentais são relativos, colidem entre si e se sujeitam ao juízo de proporcionalidade foi repetido em inúmeros julgamentos, como nos *Casos da Lei dos Crimes Hediondos* (BRASIL, 2005) e *da Lei de Imprensa* (BRASIL, 2009a), por exemplo.

#### **4 MORALISTA NA POLÍTICA, PROGRESSISTA NOS COSTUMES E SOCIALMENTE ENGAJADO**

Por meio de empréstimos judiciais de decisões do TFC e da Teoria dos Princípios, de Alexy, a Corte Mendes ofereceu uma nova concepção da estrutura dos direitos fundamentais que impactaria significativamente a Teoria do Direito praticada no País. Em lugar da doutrina dos direitos fundamentais com escopo restrito, de matriz estadunidense, a constituição passou a ser lida como uma Carta de direitos fundamentais com escopo amplo, passíveis de limitação por meio do teste de proporcionalidade, conforme colidem uns com os outros ou se confrontam com as possibilidades fáticas de realização em um caso concreto. Essa concepção deu ao tribunal suporte teórico para julgar questões moral e politicamente controvertidas.

Por vezes, tal leitura serviu para amparar decisões que declaradamente se prestavam a dar mais efetividade aos direitos fundamentais. Outras vezes, porém, o resultado obtido não se diferenciou do abuso de poder jurisdicional. Em perspectiva, a *Corte Mendes* representou um período progressista de nossa história constitucional, no que se refere aos direitos individuais relativos aos costumes e às minorias, garantista quanto às liberdades oponíveis ao aparato estatal sancionatório e engajado no que tange à efetivação dos direitos de 2ª geração, embora adotasse uma postura moralista em relação aos direitos políticos, ao Direito Eleitoral e à política partidária.

Como exemplos da jurisprudência progressista da *Corte Mendes* em matéria de costumes, podem-se citar os casos *da União Civil Homoafetiva* (BRASIL, 2011a, 2011b), *do Aborto de Fetos Anencefálicos* (BRASIL, 2013), *das Cotas Raciais nas Universidades* (BRASIL, 2014a) e *da Marcha da Maconha* (BRASIL, 2014b). Nesses julgamentos, o STF valeu-se da interpretação baseada em princípios para estender o âmbito de influência dos direitos fundamentais a minorias políticas, contrariando a opinião pública dominante ou crenças religiosas amplamente majoritárias. A comparação dessas decisões com a dos *Casos da Infidelidade Partidária* (BRASIL, 2008a, 2008b, 2008c) torna flagrante o moralismo com que a *Corte Mendes* tratou as matérias de cunho político-partidário com que era confrontada. Nestes casos, em vez de expandir direitos, o tribunal extraiu,

de um princípio supostamente implícito à Constituição, uma sanção não prevista no texto da CRFB/88, a ser cominada a deputados e vereadores considerados infiéis. Parte considerável da doutrina, aponta, com razão, que a corte abusou do poder jurisdicional naquele julgamento, não por recorrer a um princípio implícito, mas por criar a categoria de perda de mandato parlamentar por abandono partidário, contrariando o texto constitucional e a jurisprudência consolidada até então (ANDRADE NETO, 2010; SALGADO, 2010, p. 144; VIEIRA, 2008).

Já no que se refere à postura garantista em matéria das liberdades individuais, os casos *da Prisão Civil do Depositário Infiel* (BRASIL, 2009b) e *da Execução Antecipada da Pena I* (BRASIL, 2010b) são paradigmáticos. No primeiro, Mendes defendeu a tese da eficácia supralegal dos pactos, tratados e convenções sobre direitos humanos, pela qual fora aclamado (AMARAL JÚNIOR, 2010). Segundo essa tese, “o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos [subscritos pelo Brasil] lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna”; tal status intermediário “torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.” (BRASIL, 2009b).

É, no entanto, na defesa liberdades individuais contra a repressão abusiva do aparato estatal de combate ao crime que a *Corte Mendes* deixou uma notável marca. No *Caso da Execução Antecipada da Pena I* (BRASIL, 2010b), o STF permitiu que o réu, condenado pelo Tribunal do Júri a sete anos e seis meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, recorresse dessa condenação em liberdade. Adotava-se então o fundamento de que a prisão antes do trânsito em julgado contrariava a CRFB/88, art. 5º, LVII. Outros julgamentos houve em que argumentos garantistas prevaleceram sobre teses utilitaristas acerca de celeridade processual ou do interesse público – como no *Caso dos Crimes Hediondos* (BRASIL, 2005), por exemplo. A atuação da *Corte Mendes* em matéria penal chama especial atenção porque se contrapõe à postura francamente punitivista adotado pelo Ministério Público e por outros órgãos do Poder Judiciário com a explosão da violência nas grandes cidades brasileiras a partir da década de 1990 (ANDRADE NETO, 2017, p. 6–10).

A *Corte Mendes* também se revelou engajada na efetivação dos direitos sociais previstos na CRFB/88. A “doutrina brasileira da efetividade” consolidou-se nos anos seguintes à promulgação da CRFB/88 e procurou superar o déficit existente entre as generosas promessas que a Constituição anunciava e a capacidade institucional de cumprir o que se havia prometido (BARROSO, 2006, p. 282–284). Passada a fase inicial, de intensa normatização e mudança institucional, não apenas a doutrina, mas também os membros do STF não mais escondiam



publicamente a desaprovação que atribuíam à inércia governamental. Por meio de declarações informais à imprensa ou discursos acadêmicos, os ministros demonstravam frustração com as omissões dos Poderes Legislativo e Executivo (CASTRO, 1997). Curiosamente, a jurisprudência do STF na primeira década sob a CRFB/88 não espelhou a insatisfação política de seus membros. A atuação da *Corte Moreira Alves* era tímida e, “em muitos casos, o tribunal até mesmo criava precedentes legais e interpretações jurídicas” que o permitiam “evitar algumas áreas sensíveis cuja entrada poderia significar uma intromissão judicial em assuntos dos outros Poderes.” (BENVINDO, 2010, p. 95). Entretanto, a situação mudaria drasticamente durante a *Corte Mendes*.<sup>5</sup>

O problema da inércia legislativa e executiva era mais premente no que tange aos direitos constitucionais prestacionais. A controvérsia sobre se os direitos sociais previstos na CRFB/88 eram direitos subjetivos ou normas programáticas ocupou o debate constitucional por cerca de uma década após a promulgação (MENDES, 2010). Por entender que se tratava de “meras” normas programáticas, parte da doutrina e da jurisprudência defendia que eles não eram autoaplicáveis. Somente no julgamento dos *Casos do Fornecimento de Medicamentos* (BRASIL, 2010c, 2010d), o plenário do STF, seguindo o voto condutor do Ministro Gilmar Mendes declarou que o direito social à saúde era judicialmente vindicável; reconheceu a existência de uma colisão entre o direito fundamental do indivíduo a receber tratamento e o interesse coletivo na manutenção do sistema, diante das limitações orçamentárias existentes; fixou parâmetros para a solução judicial dos casos concretos que envolvem o fornecimento de medicamentos; e responsabilizou os entes federados, solidariamente, pela promoção desse direito fundamental.

## 5 CONCLUSÃO

A *Corte Mendes* marcou um período de redefinição do STF acerca de seu papel como guardião da Constituição. A fim de cumprir seu autoproclamado dever de garantir a efetividade dos direitos previstos no CRFB/88 – particularmente dos direitos prestacionais, ameaçados pela inércia executiva e legislativa –, o tribunal reviu o próprio entendimento acerca do grau de deferência que devia aos demais Poderes. Fundamentada na virada principiológica que o próprio STF promoveu em sua jurisprudência, tal atitude serviu a decisões progressistas em matéria de

---

<sup>5</sup> Em um discurso proferido em Washington, Mendes (2008) reconheceu que a conquistada “autonomia [institucional] para proceder ao controle judicial” era uma condição essencial para que a corte pudesse assumir seu novo papel. No entanto, ele destacou que as razões que de fato compeliram o STF a agir diferentemente foram “as omissões legislativas e administrativas a despeito da extensa agenda social da Constituição.” (MENDES, 2008). Em resposta ao que os membros da corte entendiam ser seu dever – garantir efetividade à CRFB/88 –, o STF deixou para trás o paradigma liberal – no sentido proposto por Habermas (1996, p. 244–246) – que, durante décadas, havia inspirado sua jurisprudência. A adoção da concepção de direitos fundamentais com escopo amplo, em substituição à concepção anterior, de direitos fundamentais com escopo restrito, típica do paradigma liberal, marca essa transição.



costumes, garantistas no que se refere à repressão criminal e engajadas na efetivação dos direitos sociais, mas também moralistas no que tange às questões político-partidárias. O *Caso Ellwanger* (BRASIL, 2004) marca o início da *Corte Mendes* por simbolizar a expansão do escopo dos direitos fundamentais, que passaram a abranger também relações entre particulares. Já o julgamento do 26º Agravo Regimental no *Caso do Mensalão* (BRASIL, 2014c) marca o termo final do período por apontar que, na fase seguinte, provisoriamente chamada de *Corte UERJ*, o STF reveria sua postura garantista em relação à persecução criminal, mas manteria o moralismo político herdado da *Corte Mendes*.

A discussão trazida pelo agravo regimental era eminentemente processual e se circunscrevia ao cabimento, ou não, de agravos infringentes em ações penais originárias do STF. A questão de fundo, porém, era obviamente político-partidária, uma vez que o caso envolvia o julgamento de autoridades do alto escalão do governo federal, cuja Presidência, à época, era exercida pelo Partido dos Trabalhadores (PT). O Ministro Gilmar Mendes alinhou-se com a posição do relator, Ministro Joaquim Barbosa, contrária ao cabimento dos embargos, sob o fundamento de que a admissão dos recursos “significaria reiniciar, sem legítima motivação e amparo normativo, todas as complexas questões debatidas por exaustivos seis meses por esta Corte, sob amplo escrutínio das partes, do Ministério Público, da imprensa e de toda a sociedade.” No entanto, o STF, por maioria, deu provimento ao agravo regimental para admitir os embargos infringentes, vencidos, além de Mendes e do relator, os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Marco Aurélio. Os demais ministros, Teori Zavascki, Rosa Weber, Dias Toffoli e Celso de Mello votaram com a divergência iniciada pelo Ministro Roberto Barroso, que proferiu o voto condutor e foi apontado relator do acórdão. (BRASIL, 2014c).

No que interessa a este trabalho, Mendes reviu parcialmente, naquela ocasião, a tese da eficácia supralegal dos tratados sobre direitos humanos, por ele proposta no *Caso da Prisão Civil do Depositário Infiel* (2009b). Confrontado com o argumento da defesa, de que o cabimento dos embargos infringentes decorria do Pacto de São José da Costa Rica, o Ministro negou veementemente a pertinência da tese, por entender que o tratado não se harmonizava com o texto constitucional. Curiosamente, porém, deixou de notar que a CRFB/88 nada dispunha acerca do cabimento ou não dos embargos infringentes. Tal previsão se encontra em normas infraconstitucionais, o Regimento Interno do STF e a Lei 8.038/1990, as quais, de acordo com a tese da eficácia supralegal, estariam abaixo do pacto na hierarquia das normas e seriam, portanto, inaplicáveis, caso com ele conflitassem.

Além de representar um recuo no que se refere à eficácia dos tratados sobre direitos humanos na ordem jurídica interna, o julgamento do 26º Agravo Regimental no *Caso do Mensalão* simboliza o início de uma fase mais repressiva da jurisprudência do STF. Os dados disponíveis mostram que, desde 2013, o tribunal tem revisto sua postura garantista em material criminal – e assim desconstruído o que seria um legado da Corte Mendes. O recente julgamento do *Caso da Execução Antecipada da Pena II* (2017) é um exemplo. A decisão, que rompe com a linha jurisprudencial firmada desde o *Caso da Execução Antecipada da Pena I* (2010b), estabeleceu que: “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.” (BRASIL, 2017).

Um aspecto a ser investigado em pesquisas futuras diz respeito ao deixado legado pelo período. Para além do já observável abandono das premissas garantistas pela *Corte UERJ*, e da conivência com o consequente aumento da repressão pelo aparato estatal sancionatório, há que se averiguar se os alardeados avanços da *Corte Mendes* na promoção da efetividade dos direitos fundamentais subsistem. Pesquisas recentes apontam que juízes não possuem a expertise necessária para tomar decisões informadas acerca do fornecimento de fármacos ou da gestão de políticas públicas de saúde (BIEHL et al., 2009). Outras demonstram a insuficiência das medidas judiciais, que oferecem respostas individuais a problemas coletivos (FERRAZ; VIEIRA, 2008). E dados empíricos revelam que a crença de que as populações socialmente vulneráveis seriam beneficiadas pelo “potencial distributivo das cortes” em casos de fornecimento de medicamentos é, na verdade, um mito (SILVA; TERRAZAS, 2011). Conclusivos ou não, esses estudos são suficientes para pôr em xeque os resultados positivos que o STF pretendia obter com a jurisprudência fixada nos *Casos do Fornecimento de Medicamentos* (2010c, 2010d). Lançam-se dúvidas, portanto, sobre se a *Corte Mendes* foi capaz de contribuir, de fato, para o progresso dos direitos fundamentais no período – ou se, ao contrário, o discurso da efetividade não foi mais que uma cortina retórica a encobrir o ocaso dos mesmos direitos que se dizia efetivar.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **A Theory of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

AMARAL JÚNIOR, J. L. M. do. **É possível identificar uma Corte Gilmar Mendes**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-abr-23/antes-presidente-gilmar-mendes-influenciava-supremo>>. Acesso em: 30 out. 2018.

ANDRADE NETO, J. **Borrowing justification for proportionality**: On the Influence of the Principles Theory in Brazil. New York, NY: Springer, 2018.

ANDRADE NETO, J. É preciso escolher entre a liberdade e a segurança? Análise de uma concepção dos direitos fundamentais como integridade. **Revista da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen**, v. 9, n. 9, p. 1-38, 2017.

ANDRADE NETO, J. Jurisdição Eleitoral: Judicialização da política? **Revista Jurídica da Presidência**, v. 12, n. 96, 2010.

BARBI, C. A. Mandado de Injunção. **Revista de Processo**, v. 61, p. 63-69, mar. 1991.

BARROSO, L. R. **Direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e responsabilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BENVINDO, J. Z. **On the limits of constitutional adjudication**: deconstructing balancing and judicial activism. Berlin; London: Springer, 2010.

BIEHL, J. et al. Judicialisation of the right to health in Brazil. **The Lancet**, v. 373, n. 9682, p. 2182-2184, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação 1417, de 9 dez. 1987. Relator: Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. **D.J.**, 15 abr. 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Mandado de Injunção 107, de 23 nov. 1989. Relator: Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. **D.J.**, 21 set. 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 232, de 2 ago. 1991. Relator: Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. **D.J.**, 27 mar. 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 79285, de 31 ago. 1999. Relator: Min. Moreira Alves, **D.J.**, 12 nov. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82424/RS, de 17 set. 2003 (“Caso Ellwanger”). Relator (acórdão): Min. Maurício Corrêa, **D.J.**, 10 mar. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84862/RS, de 22 fev. 2005 (“Caso da Lei dos Crimes Hediondos”). Relator: Min. Carlos Velloso, **D.J.** 15 Apr. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26602/DF, de 4 out. 2007 (“Caso da Infidelidade Partidária I”). Relator: Min. Eros Grau, **D.J.e.** 197, 17 out. 2008a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26603/DF, de 4 out. 2007 (“Caso da Infidelidade Partidária II”). Relator: Min. Eros Grau, **D.J.e.** 197, 17 out. 2008b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26604/DF, de 4 out. 2007 (“Caso da Infidelidade Partidária III”). Relatora: Min. Cármen Lúcia, **D.J.e.** 197, 17 out. 2008c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670/ES, de 25 out. 2007 (“Caso da Greve dos Servidores Públicos”). Relator (acórdão): Min. Gilmar Mendes, **D.J.e.** 206, out. 31 2008d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 876 MC-AgR, de 19 dez. 2007 (“Caso do Rio São Francisco”). Relator: Min. Menezes Direito, **D.J.e.** 1 ago. 2008e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3976 MC/SP, de 14 nov. 2007 (“Caso da Lei Orgânica da Magistratura”). Relator: Min. Ricardo Lewandowski, **D.J.** 15 fev. 2008f.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF, de 30 abr. 2009 (“Caso da Lei de Imprensa”). Relator: Min. Carlos Britto, **D.J.e.** 208, 6 nov. 2009a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 349703/RS, de 3 dez. 2008 (“Caso da Prisão Civil do Depositário Infiel”). Relator (acórdão): Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. **DJe.**, 104, 5 jun. 2009b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510/DF, de 29 mai. 2008 (“Caso das Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias”). Relator: Min. Ayres Britto, **D.J.e.**, 28 mai. 2010a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84078 / MG, de 5 fev. 2009 (“Caso da Execução Antecipada da Pena”). Relator: Min. Eros Grau, **D.J.e.**, 26 fev. 2010b.

BRASIL. Supremo Tribunal federal. SL 47 AgR/PE, de 17 mar. 2010 (“Caso do Fornecimento de Medicamentos I”). Relator: Min. Gilmar Mendes, **D.J.e.**, 76, 30 abr. 2010c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR/CE, de 17 mar. 2020 (“Caso do Fornecimento de Medicamentos II”). Relator: Min. Gilmar Mendes, **D.J.e.**, 76, 30 abr. 2010d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/DF, de 5 Mai 2011 (“Caso da União Civil Homoafetiva I”). Relator: Min. Ayres Britto, **D.J.e.**, 198, 14 out. 2011a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277/DF, de 5 Mai 2011 (“Caso da União Civil Homoafetiva II”). Relator: Min. Ayres Britto, **D.J.e.**, 198, 14 out. 2011b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF, de 12 abr. 2012 (“Caso do Aborto de Fetus Anencefálicos”). Relator: Min. Marco Aurélio, **D.J.e.** 80, 30 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186/DF, de 26 abr. 2012 (“Caso das Cotas Raciais nas Universidades”). Relator: Min. Ricardo Lewandowski, **D.J.e.** 205, 20 out. 2014a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 187/DF, de 15 jun. 2011 (“Caso da Marcha da Maconha”). Relator: Min. Celso de Mello, **D.J.e.** 102, 29 mai. 2014b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470 AgR-vigésimo sexto/MG, de 18 set. 2013 (“Caso do Mensalão”). Relator (acórdão): Min. Roberto Barroso, **D.J.e.**, 32, 17 fev. 2014c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292 ED/SP, de 17 fev. 2016 (“Caso da Execução Antecipada da Pena (2016)”). Relator(a): Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. **DJe.**, 023, 7 fev. 2017.

CASTRO, M. F. DE. The courts, law, and democracy in Brazil. **International Social Science Journal**, v. 49, n. 152, p. 241-252, jun. 1997.

- DWORKIN, R. The Model of Rules. **University of Chicago Law Review**, v. 35, n. 1, p. 14-46, 1967.
- DWORKIN, R. **Taking rights seriously**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978.
- FERRAZ, O. L. M.; VIEIRA, F. S. **Direito à Saúde, Políticas Públicas e Desigualdades Sociais no Brasil: Eqüidade como Princípio Fundamental**. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=1137872>>. Acesso em: 30 out. 2018.
- FERREIRA, S. L.; FERNANDES, E. B. D. O STF nas “Cortes” Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. **Revista Direito GV**, v. 9, n. 1, p. 23–45, 2013.
- FREIRE, A. R. **Evolution of Constitutional Interpretation in Brazil and Employment of Balancing “Method” by the Federal Supreme Court in Judicial Review**. Workshop 15: The Balancing and Proportionality in the Constitutional Review. Anais... In: VII World Congress of the International Association of Constitutional Law. 2007.
- HABERMAS, J. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge, Mass: MIT Press, 1996.
- MARIANO SILVA, J. **Jurisdição constitucional em Espanha (1981-1992) e Brasil (1988-1997)**. Tese (doutorado em ciências políticas). Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2016.
- MARIANO SILVA, J. Mapeando o Supremo: as posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017). **Novos Estudos – CEBRAP**, vol. 37, n. 1, p. 35–54, abr. 2018.
- MENDES, G. New challenges of constitutional adjudication in Brazil. In: Brazil Institute. **Special Reports**. Washington, DC: Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2008.
- MENDES, G. **The Judiciary and the Right to Health**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda\\_pt\\_br/anexo/Princeton.ingles1.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Princeton.ingles1.pdf)>. Acesso em: 13 nov. 2013.
- OLIVEIRA, M. A. C. de. Uma Justificação Democrática da Jurisdição Constitucional Brasileira e a Inconstitucionalidade da Lei nº 9.686/991. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, p. 177, 2001.
- RODRIGUES, L. B. **A corte de Warren**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- RODRIGUEZ, J. R. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- SALGADO, E. D. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- SCHLINK, B. German constitutional culture in transition. **Cardozo L. Rev.**, v. 14, p. 711, 1992.
- SILVA, V. A. da. Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 1, p. 173-180, 2005.

SILVA, V. A. da. Deciding without Deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557-584, 1 jul. 2013.

SILVA, V. A. da; TERRAZAS, F. V. Claiming the right to health in Brazilian courts: The exclusion of the already excluded? **Law & Social Inquiry**, v. 36, n. 4, p. 825-853, 2011.

SOUZA NETO, C. P. de. Mandado de injunção: efeitos da decisão e âmbito de incidência. **Interesse Público (IP)**, v. 9, n. 43, p. 97-116, jun. 2007.

STEFAN, G. et al. (eds.). **Direito privado, constituição e fronteiras**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TÁCITO, C. O direito à espera da lei. **Revista de Direito Administrativo**, v. 242, p. 9-16, 1 out. 2005.

VIEIRA, O. V. Império da lei ou da corte? **Revista USP**, Judiciário. n. 21, p. 70-77, 1994.

VIEIRA, O. V. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

WEBBER, G. Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, v. 23, n. 1, 1 jan. 2010.



# JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS EM REVISTA: TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E A MODERNIZAÇÃO DA TRADIÇÃO

Paulo G. S. Périssé  
(PUC-RIO – Faculdade de Direito)  
pgperisse@gmail.com

**RESUMO:** O transcurso dos trinta anos da publicação da Constituição Federal permite uma análise retrospectiva do cenário dentro do qual desenvolveu-se o processo de judicialização da política e das relações sociais, no Brasil. Nesse artigo pretendo explorar o processo de judicialização das relações de trabalho que antecede ao período de vigência da Constituição Federal de 1988 e seus fortes vínculos com o processo de modernização brasileiro. Nessa perspectiva sustento que, a partir dos anos 1930, o sistema jurídico laboral teria sido instrumentalizado para atuar como um dos pilares de uma renovada articulação entre a vida social e os sistemas econômico e político. Por outro lado, destaco como tal arranjo teria sido funcional para a preservação dos interesses hegemônicos e a chamada *modernização da tradição*, conceito que estrutura o argumento. A hipótese é de que a estratégia da judicialização, rearticulada desde os anos 1980, encontrava seus limites ao replicar o deslocamento para o campo jurídico e defini-lo como espaço privilegiado para fazer avançar o projeto político inscrito no texto constitucional.

**Palavras-chave:** Judicialização; Relações de trabalho. Modernização da tradição.

## 1 INTRODUÇÃO

O cenário ampliado da chamada judicialização da política e das relações sociais tem contemplado abordagens polarizadas por parte da teoria social brasileira que, em linhas muito gerais, oscila entre o afirmado aspecto virtuoso desse processo, visto como o alargamento da democracia brasileira, ao lado de outra vertente que lhe é oposta por sustentar que tal processo reproduz uma longa tradição de intervenção do Estado na esfera pública, com o propósito de sufocar e controlar a livre movimentação dos atores sociais.

Ao longo dos últimos 30 anos, desde a publicação da Constituição Federal diversas agendas de pesquisa procuraram captar como o protagonismo assumido pelo sistema judicial teria contribuído ou não para o aprofundamento da democracia brasileira. De certa forma, o campo jurídico, embora nem sempre de forma tematizada, repercutia os diagnósticos construídos pela teoria social.

Sob o ponto de vista normativo, o que pretendo recuperar é o processo de judicialização que antecede a 1988 e que foi determinante para a estruturação do direito do trabalho brasileiro nos anos 1930 e 1940. Esse movimento, contemporâneo do processo de modernização brasileiro, colocou o sistema jurídico como um dos pilares de uma renovada articulação entre a vida social e os sistemas econômico e político.

Nessa trajetória, o Estado e suas instituições teriam assumido o papel chave de integração e criação de solidariedade sociais valendo-se, no ponto que investigo, do controle e da coordenação da ação coletiva dos trabalhadores. A estratégia empregada envolveu a criação de

um sistema normativo funcional e o deslocamento para o sistema judicial das eventuais disputas envolvendo trabalhadores e empregadores. Dessa forma, ao procurar sufocar as disputas abertas no mercado, essa estratégia pretendia limitar seus efeitos disruptivos, especialmente porque os episódios do início do século XX em cidades como Rio de Janeiro e São Paulo já haviam revelado o quanto o sistema da ordem vigente poderia ser abalado, com a movimentação livre dos trabalhadores por melhores condições de existência e participação política.

A despeito dos cenários e circunstâncias distintos que separam essas transformações ocorridas nos anos 1930 e 1980, vale observar como a mobilização do sistema judicial foi manobrada pelas forças políticas hegemônicas e com que propósitos, nem sempre explicitados é bem verdade, mas direcionados a fazer prevalecer agendas e interesses muito próprios.

A proposta aqui será identificar os argumentos que justificaram o caminho da judicialização das relações de trabalho e compará-los àqueles manobrados desde a retomada da democracia nos anos 1980. A percepção de que esses processos, separados por contextos tão distintos, envolveram bases argumentativas e estratégias similares, pode sugerir uma dimensão não abordada da judicialização recente, ou seja, sua articulação com a chamada modernização da tradição (Domingues, 2002) conceito chave com o qual pretendo explorar esse tema. Ao final, espero sinalizar como a estratégia da judicialização pode ser articulada ao processo maior de preservação dos interesses hegemônicos dentro da alta modernidade brasileira, mesmo quando expurgados os elementos autoritários com os quais operava o sistema político.

## **2 ESBOÇO DO PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO BRASILEIRO A PARTIR DE 1988**

O tema da judicialização não estava posto aos constituintes de 1988, embora não fosse desconhecido no universo dos juristas que atuavam nos bastidores, como consultores das lideranças políticas. O renovado papel do sistema judicial nas democracias modernas que emergiram do segundo pós-guerra, especialmente na Europa, era tema de reflexões na literatura jurídica. Por essa razão, pretendo inicialmente resgatar essa trajetória.

De fato, ao longo do século XX o papel do sistema judicial passou por uma profunda transformação que o levou a posicionar-se como verdadeiro guardião das democracias contemporâneas. O fio condutor dessa transformação foi a sua progressiva intervenção na esfera pública como mecanismo eficiente para assegurar o funcionamento das democracias do pós-guerra, ainda profundamente marcadas por um conflito trágico e revelador dos limites do sistema político fortemente baseado na vontade das maiorias parlamentares.



Nesse sentido, pode-se dizer que a judicialização emergiu como corolário da reformulação dos sistemas de pensamento que ampararam as democracias ocidentais, cujos pactos políticos reformulados deixaram ao sistema judicial o papel de explicitar o sistema de valores e princípios sobre os quais passaram a fundar-se. No plano teórico, o chamado neoconstitucionalismo ou constitucionalismo democrático do pós-guerra pode ser percebido como sinal desse papel renovado do direito, agora vocacionado a concretizar os sistemas de princípios e valores inscritos nas constituições modernas.

No Brasil, apenas nos anos 1980 esses movimentos ganharam dimensão, dentro do processo de redemocratização. O conceito de judicialização, por sua vez, somente nos anos 1990 começou a ser manobrado pela literatura do campo social (Werneck Vianna et al, 1999). Por outro lado, vale recordar que essa tendência, ainda que não sistematizada, já havia sido identificada pela teoria jurídica ao abordar o tema geral do acesso à justiça, o que repercutiu no cenário democrático brasileiro, em gestação (Cappelletti; Garth, 1988).

A articulação entre essas abordagens e movimentos revela-se central aos meus propósitos, como procurarei desenvolver em seguida, posicionando o direito do trabalho nesse cenário. Entretanto, vale reter desde já que, seja do ponto de vista da teoria social como da teoria jurídica, o horizonte de mudanças dos anos 1980 já anunciava a reformulação do papel do direito dentro do sistema democrático brasileiro, ecoando as grandes transformações empreendidas no mundo ocidental.

### **3 A SUPERAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO LIBERAL CLÁSSICO – A MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO PASSA A INTEGRAR O CENÁRIO BRASILEIRO**

O processo de modernização brasileiro dos anos 1930 transformou por completo os referenciais sobre os quais estava estruturado o pacto político, social e econômico que amparava o sistema da ordem da chamada república velha. Nessa guinada, a compreensão do direito passou por profunda revisão. Essa inflexão, por outro lado, estava associada ao amplo processo de modernização ocidental, dentro do qual as sociedades periféricas estavam incluídas com suas próprias características. A tarefa aqui será tentar articular esses dois movimentos, com destaque para suas dinâmicas internas.

Com efeito, o direito liberal clássico, é sabido, foi estruturado a partir da premissa básica de que a participação de indivíduos livres e formalmente iguais no mercado bastaria para estabelecer relações de troca justas e distribuir com equilíbrio a riqueza socialmente produzida. O equilíbrio teria relação com a preponderância dos mais capazes, sem considerações acerca dos

limites de ação efetivos daqueles tomados por formalmente iguais. O direito fechava os olhos às considerações de ordem material, mesmo porque a ideologia do mercado justificava essa abstenção.

A emergência da questão social ao longo do século XIX transformou completamente a forma de compreensão do direito e colocou o desafio de incorporar à sua dinâmica o tema da materialização, de fato, das promessas inscritas na lei. Seu caráter abstrato vinha agora acompanhado da necessidade de efetividade, expressão com a qual se vislumbrava a centralidade assumida pela concretização dos ideais de liberdade e igualdade que sustentavam o horizonte normativo.

Esse processo de materialização do direito (Weber, 2004), teria, assim, íntima ligação com o direito do trabalho, ramo onde repercutiu a questão social e que estabeleceu um novo padrão normativo agora direcionado para estabelecer critérios de justiça no âmbito das relações de mercado. Tal abertura do direito, ainda que envolvesse riscos para sua própria integridade, foi a porta de entrada da subjetividade ou da criatividade como elemento com o qual seus operadores passariam a lidar.

Em suma, a margem de ação discricionária de seus agentes seria ampliada para permitir a concretização da justiça social (Habermas, 2003, p.137). Sob tal ângulo, considerações de ética social infiltraram-se em regiões do direito que, até então, limitavam-se a garantir a autonomia privada.

Numa limitada recuperação das etapas desse largo processo, pode-se afirmar que o direito do Estado Social que emergiu nas democracias centrais tinha como forte característica a materialização crescente e a sujeição da autonomia privada a critérios morais de justiça. Dentro dessa ordem político-social a intervenção do Estado e seu aparato burocrático foram preponderantes e deixaram de ser percebidos como disfuncionais à operação do mercado.

No campo jurídico, o sentido dessa mudança seria sinalizado, por exemplo, com a revolta contra o formalismo jurídico ou contra o positivismo jurídico, por meio da crítica explícita ao modelo lógico-formal que orientava o processo decisório no modelo liberal clássico e que limitava qualquer ação criativa dos aplicadores da norma (Cappelletti, 1993, p.31-32).

O que dramatizou esse quadro num segundo momento e, de certo modo explicaria a mudança posterior, foi a inadequação do aparato estatal para lidar com o largo processo de complexificação da vida social. Sob o *Welfare State*, o poder regulatório do Estado foi expandido e invadiu a vida social. Como consequência, a legislação assumiu um caráter promocional e delegou para outras esferas institucionais, como agências ou comitês, a tarefa de tornar efetivos princípios

e finalidades inscritas na legislação. Os direitos sociais, como aqueles que lidavam com o tema do trabalho, exigiam a intervenção ativa do Estado.

Entretanto, no momento subsequente, a sobrecarga das agências encarregadas de tornar efetivos os direitos sociais e sua incapacidade de atender ao crescente volume das demandas formaram o pano de fundo para a integração do sistema judicial nesse processo. Alheio, em um primeiro momento, ao Judiciário passam a ser canalizadas demandas e expectativas de um novo tipo. O segundo pós-guerra marca o crescente avanço do sistema judicial sobre a vida social, processo que certamente não era imune aos riscos de perversão e abuso (Cappelletti, 1993, p.49).

Essa reconfiguração do papel do direito e do sistema judicial na organização da vida moderna ganhou dramaticidade com o fenômeno do constitucionalismo e da massificação dos conflitos sociais. Nesse sentido, mecanismos de controle inscritos em textos políticos transferiram ao sistema judicial a tarefa de interpretar o sentido dos valores morais compartilhados pelas comunidades políticas. Tal estratégia envolveu a criação de normas abertas amparadas em princípios e normas gerais que permitiam ao intérprete operar com altas doses de discricionariedade para lhes determinar o sentido e alcance (Cittadino, 1999). Nesse cenário ganharam dimensão novos temas como o acesso à Justiça e novas ferramentas destinadas a concretizar o sistema de direitos e dar vazão às pressões de grupos organizados da sociedade.

A reconstrução por etapas desse largo processo de materialização do direito, contraditório e nem sempre linear, apesar de suas limitações, é funcional para deixar entrever, no caso brasileiro, como o surgimento e a institucionalização do direito do trabalho exigiram novas formas de justificação do direito, sem que com isso fossem abandonados os postulados liberais que lhe davam sustentação. Nessa mesma mirada já se pode especular o sentido da reconfiguração do direito constitucional, na chamada alta modernidade brasileira (Domingues, 2004), com a institucionalização do constitucionalismo democrático a partir do final dos anos 1980.

De qualquer forma, procurando sintetizar esse esquema, vale observar que esses dois momentos de inflexão implicaram a incorporação de novos paradigmas no sistema jurídico brasileiro, combinando influxos externos e a necessidade de dar conta de um sistema da ordem pressionado por democratizar-se, desde sempre, por impulso de um liberalismo cambiante, como pretendo recuperar em seguida.

#### **4 MODERNIZAÇÃO CONSERVADORA DOS ANOS 1930 NO BRASIL E O PAPEL DO DIREITO DO TRABALHO**

Como procurei registrar acima, os anos 1930 evidenciam uma grande inflexão do sistema jurídico brasileiro quando seus fundamentos foram confrontados com novas formas de justificativa reivindicadas por um novo ramo, o direito do trabalho.

O pano de fundo desse processo, entretanto, foge aos limites do direito, razão por que vale resgatar nessa trajetória a perspectiva do enfrentamento da chamada questão social que convulsionava o sistema político, ainda fundado no agrarismo da república velha.

De fato, em retrospectiva, o enfrentamento da questão social, foi um dos grandes dilemas no campo político dentro do período pré-1930 quando as elites agrárias recusavam seu enfrentamento e negavam sua existência recorrendo à pura e simples repressão como padrão de ação.

Numa síntese apertada, o problema consistia, de um lado, na pressão por incorporação de estratos dos movimentos organizados dos trabalhadores pela ação do Estado por meio dos temas sensíveis da chamada questão social e, de outro, na existência de uma estrutura jurídica formatada a partir do modelo liberal clássico, dentro do qual tal intervenção era inaceitável. Essa gangorra perdura até 1930 sem que alguma redefinição significativa da estrutura jurídica tenha permitido abandonar as trincheiras da clássica visão do direito liberal, centrado na ideia de liberdade formal e não intervencionismo estatal.

A solução do dilema político viria, assim, acompanhada de um novo paradigma jurídico justamente para dar conta dessa realidade adversa e sempre ameaçadora da ordem vigente, cuja hegemonia, nesse ponto, foi conseguida à custa de soluções de compromisso que envolveram até mesmo as decadentes elites agrárias.

Do ponto de vista jurídico, apenas com a eclosão e a vitória dos revolucionários de 1930 é que efetivamente o Estado incorporou o problema e passou a enfrentá-lo com as ferramentas do direito e suas instituições. Nessa perspectiva, toda forma de lidar com o arcabouço legal seria reformulada e seus práticos deveriam abandonar seus antigos dogmas. Essa transformação não seria simples e demandaria um longo período de maturação.

Dentro dessa trajetória, contudo, a influência do contexto nas formas de perceber, interpretar e aplicar o direito seria um elemento-chave para entender-se a mudança. No caso brasileiro, a movimentação dos trabalhadores por incorporação no plano político e por melhoria de suas próprias condições de existência formavam o elemento indutor da reformulação do estatuto legal laboral.

Nesse sentido, a dogmática jurídica tradicional, arraigada no indivíduo, na abstração das normas jurídicas e no racionalismo técnico jurídico como mecanismo de interpretação e aplicação do direito, não atendia ao momento de maior protagonismo estatal.

O que estava em jogo, portanto, era a abertura do direito e a superação das abstrações contidas nas normas jurídicas, uma vez que estava autorizada a intervenção direta do Estado e seus agentes em relações jurídicas até então imunes ao seu poder.

O desenrolar dos acontecimentos a partir de 1937 conduziu ao centralismo político com a instauração da ditadura de Vargas e a consolidação de um projeto desenvolvimentista conduzido a partir do Estado, recorrendo ao nascente direito do trabalho e suas ferramentas como instrumentos da mudança em curso. O direito do trabalho seria um dos fiadores da transformação em curso (Werneck Vianna; Burgos, 2002).

O processo de modernização brasileiro definiu-se, assim, por seu conteúdo conservador, forjado a partir de um arranjo que envolvia a conciliação dos interesses das elites, agora posicionadas no interior do Estado que, por sua vez, assumiu o papel de principal protagonista na condução e controle dos diversos interesses em disputa.

Esse processo ambíguo repercute no direito do trabalho conferindo-lhe uma dupla face. De um lado representa um avanço em termos de reivindicações históricas dos movimentos organizados dos trabalhadores, agora codificadas e implementadas seletivamente. Por outro, esse ganho se daria à custa do controle da sua ação coletiva por parte da burocracia estatal.

O fato é que romper com a ortodoxia liberal naquele cenário não implicava na reformulação profunda do direito, senão dentro dos limites instrumentais ao poder político. Se a proposta era a modernização sob controle do Estado, o direito do trabalho, especialmente o direito coletivo do trabalho e seus instrumentos de ação, ainda que implicassem na superação do individualismo do direito civil, também estariam contidos nas fronteiras desse arranjo.

Ao final da primeira Era Vargas, com a retomada do processo democrático e a institucionalização do direito do trabalho brasileiro entra em cena a estratégia da judicialização das relações do trabalho, com a criação da Justiça do Trabalho e sua integração ao Poder Judiciário, ponto a ser abordado a seguir.

## **5 JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO – ESTRATÉGIA DE AÇÃO**

Como já sinalizado acima, sob o ângulo das relações coletivas de trabalho, o modelo normativo a partir do qual foi montada nossa estrutura sindical tinha estreita ligação com o processo de modernização brasileiro.

O que a literatura convencionou chamar “modernização pelo alto” ou “modernização conservadora” (Werneck Vianna, 1978) tem relação com uma intrincada teia de interesses sustentada pela homogeneização das elites político-econômicas construída ao longo do primeiro período Vargas. Foi no embate entre as forças políticas que emergiram da Revolução de 1930 que definições e compromissos se estabeleceram para colocar tanto a sociedade como a própria política a serviço da expansão econômica.

Isso se deu, no plano das relações coletivas dos trabalhadores, à custa da supressão de qualquer ação autônoma de seus movimentos organizados, com sua ação estruturada e mediada pelo Estado e seus órgãos de controle. Nesse momento, o Estado é o articulador dos acordos políticos entre as elites hegemônicas e o promotor do desenvolvimento econômico. Ancorado na ideologia da harmonia entre o capital e o trabalho como forma de amortecimento e encapsulamento dos interesses, ao mesmo tempo transferiu para suas estruturas burocráticas o conflito entre as forças antagônicas do mercado. No plano das relações contratuais no mercado de trabalho, foi a lei quem passou a deter primazia na ideologia da paz social e da harmonia.

O direito, e o direito do trabalho em particular, era o instrumento com o qual operava o sistema político na difusão dessa ideologia e controle do conflito, na tentativa de impedir o confronto aberto no mercado, potencialmente disruptivo naquele contexto.

O sistema judicial, com a regulamentação da Justiça do Trabalho em 1939, foi instrumentalizado para efetivar essa ideologia no âmbito das relações coletivas. Como forma de ação teria o poder de prolatar sentenças normativas com as quais decidiria os conflitos criando normas às quais estariam obrigadas as partes interessadas. O justo passava a ser definido a partir do ponto de vista do direito.

A conversão do conflito mercantil em conflito jurídico marca, portanto, a entrada do sistema judicial no âmbito das relações coletivas. Ainda que a Justiça do Trabalho somente em 1946 passasse a fazer parte formalmente da estrutura do Poder Judiciário, a ferramenta do poder normativo para a solução de conflitos coletivos de trabalho lhe é antecedente. O dissídio coletivo era a categoria jurídica que ordenava o conflito não solucionado no mercado e canalizado para o campo do direito.

Pode-se entrever que a harmonia idealizada pelo regime seria alcançada com essa intervenção, de certa forma lateral, do Estado ao mediar o conflito através da Justiça do Trabalho sob o manto da neutralidade e da impessoalidade das regras do direito.

O processo de materialização do direito, do qual o direito laboral é corolário, ganha sentido próprio nesse movimento.

Pode-se vislumbrar que a lei assumiu papel preponderante na regulação do mercado e o sistema judicial foi funcional para esse propósito. Dizer o direito ao solucionar os conflitos coletivos através do poder normativo tinha o duplo sentido de, por um lado, suprimir o conflito aberto no mercado e, por outro, construir a ideia do justo a partir do direito.

A validade desse desenho foi reafirmada mesmo quando superada a ordem corporativa em 1946, ocasião na qual, a despeito da incorporação formal da Justiça do Trabalho ao sistema judicial, foi mantida sua característica principal de conversão do conflito coletivo na categoria jurídica de dissídio.

Diante desse contexto, a judicialização das relações de trabalho, no Brasil, não deve ser compreendida sem incorporar a série de interações que procurei desenvolver até aqui.

De um lado, um projeto político desenvolvimentista foi sendo consolidado ao longo dos anos 1930 e envolvia a admissão, sob tutela, das classes subalternas na cena pública. O papel ordenador do Estado prevalecia sobre o ambiente social e o controle do movimento sindical era sua face visível.

No campo jurídico, porque o direito é a forma eficiente de estabelecer formas de coesão social e de legitimação do poder, estabeleceu-se um novo marco teórico que admitia o conflito social e professava sua solução “justa”, através de uma racionalidade técnica operada por uma elite intelectual.

Ao final do primeiro período Vargas, o modelo legislado de organização das relações de trabalho se estabeleceu como a principal forma de articulação entre trabalhadores e empregadores, agora hábeis no manuseio de normas e regulamentos.

O fato é que, sob o controle das elites da burocracia estatal, aliadas aos interesses políticos e econômicos hegemônicos a judicialização das relações de trabalho esteve na base do processo de modernização brasileiro cumprindo o papel de contenção de um de seus principais atores, os trabalhadores. O sistema da ordem vigente, após anos de embates admitia a incorporação dos trabalhadores ao custo de sua contenção e controle.

A transferência do conflito coletivo para o sistema judicial revelou-se estratégica e funcional naquele momento, com o desenvolvimento econômico ancorado na contenção das reivindicações organizadas dos trabalhadores. Essa ambivalência, ou seja, ganho de direitos sob certos limites, tinha o sistema judicial como coordenador. Canalizar as disputas ao sistema judicial seria funcional ao modelo democrático dos anos 1946 – 1964, a tal ponto que não chegaria a ser surpresa, embora paradoxal, que o aparato de intervenção judicial somente após a segunda Era Vargas, de fato, tenha entrado em operação.

Como combinar esse processo de judicialização fundado em bases fortemente autoritárias e aquele advindo do processo democrático dos anos 1988 será o propósito adiante. Entretanto, o fio condutor aqui será exatamente o processo de modernização brasileiro e a ideia de modernização da tradição, razão por que importa recuperar alguns de seus elementos.

## **6 MODERNIZAÇÃO DA TRADIÇÃO – PROCESSO RADICALIZADO**

Há uma importante e profunda relação entre o direito e a modernidade ao ponto de ser percebido como uma das principais expressões da noção contemporânea de cidadania, como já apontado pela teoria social (Domingues, 2002). Embora essa articulação já tenha sido sugerida acima, pretendo reter aqui os elementos endógenos e as especificidades do processo de modernização brasileiro partindo da concepção de que modernização e tradição não são excludentes (Domingues, 1998, p.225).

O ingresso e o aprofundamento das instituições da modernidade no cenário brasileiro merece ser compreendido de forma concomitante, portanto, com o processo de modernização da tradição, ou seja, um processo de mudança dentro do qual a tradição procura adaptar-se ao mundo moderno desenvolvendo práticas e oferecendo argumentos sistemáticos em seu favor. Como processo, vale observar, não tem um sentido definido e está sujeita a elementos contingentes e mesmo seu impulso depende da ação de coletividades dominantes ou subordinadas (Domingues, 1998).

Os anos 1930 no Brasil revelaram esse processo de transição sem rupturas e com o registro da preservação de certas características da tradição, como o predomínio do agrarismo ou a incorporação de frações da população rural deslocada para as cidades e integrada seletivamente ao processo de industrialização e expansão da riqueza urbana. Esse movimento, sob controle das frações das elites hegemônicas, limitando os efeitos da pressão por maior liberdade e igualdade, restringia o campo de ação das organizações dos trabalhadores, como visto, com o recurso ao direito e ao sistema judicial como ferramentas de ação destinadas a manter o curso do processo de incorporação seletiva (Santos, 1979).

A teoria social percebe o esgotamento desse processo de modernização sob controle em 1988 quando as instituições com as quais a tradição operava foram democratizadas para dar passagem a uma realidade política que já não podia ser contida nos limites postos. Um relevante pluralismo societário foi paulatinamente ganhando dimensão (Domingues, 2004).

A questão é, aos meus propósitos, a validade ou não dessa formulação, ou melhor colocando esse ponto, é perceber se a resposta a essa nova dinâmica social, mais plural, fundada



em maior reflexividade, novas e diversificadas subjetividades coletivas encontrou expressão no rearranjo institucional do processo constituinte dos anos 1980 ou o novo modelo procurou replicar a fórmula de controle da tradição, sob nova roupagem. Procurando ser mais explícito, a questão é compreender nesse registro a adequação do constitucionalismo democrático incorporado ao direito brasileiro e a centralidade assumida pelo sistema judicial.

Se nas democracias centrais esse protagonismo resultou de algum consenso político em torno da afirmação de princípios e valores construídos a partir do ambiente social com alguma finalidade emancipatória, o caso brasileiro, por outro lado, seria dependente, desde o início, da institucionalização do projeto inscrito na carta política de 1988. Nesse sentido, o sistema judicial, manobrando uma nova expertise construída em cenário distinto, assumiria uma das faces operacionais do pacto político permitindo, por exemplo, a garantia do acesso à justiça e a ampliação dos próprios mecanismos de formação da vontade da nossa democracia plural ainda em construção.

## **7 CONCLUSÃO**

Esse tópico final não pretende esgotar as evidências sinalizadas acima, mas apenas revelar algumas aproximações possíveis entre a judicialização de ontem e de hoje, no caso brasileiro. Dentro da chave da modernização da tradição nossa imersão nessa tendência de escala mundial seria uma resposta tanto aos dilemas das democracias ocidentais contemporâneas, como aos constrangimentos e adaptações do processo de democratização dos anos 1980.

Nesse sentido, vale recuperar o fato de que o recurso ao sistema judicial como mecanismo eficiente de integração social já havia sido experimentado desde os anos 1930, no âmbito das relações de trabalho. Sua ampliação para dar conta de um projeto de integração social em larga escala não seria uma inovação, mas o contexto de complexificação, com novos e antigos problemas ainda por enfrentar dentro do processo de aprofundamento da modernidade brasileira, impunha constrangimentos significativos.

Desde já pode-se entrever, assim, os potenciais limites dessa estratégia. Isso porque nos processos de judicialização das democracias centrais, a despeito da reorientação do papel do sistema judicial e do importante desempenho das suas cortes constitucionais, o peso da integração social ainda residia no sistema político e nas suas articulações com o ambiente social. Aqui, seriam o fortalecimento do sistema político e esse enraizamento na sociedade tarefas do sistema judicial, não apenas como árbitro de uma multiplicidade de conflitos, mas também, o que

é mais problemático, expressando, traduzindo e construindo os valores que deveriam alimentar o pacto democrático.

Se o projeto dos anos 1930 revelou ser funcional no período subsequente, ou seja, com a contenção e controle da ação organizada dos trabalhadores via a expertise do direito laboral manobrada dentro do processo de judicialização das relações de trabalho, pode-se especular se a judicialização que emergiu dos anos 1988 repercutia essa experiência em algum sentido, embora lidando com um contexto inteiramente distinto.

Como colocado acima, sem esboçar conclusões nesse ponto, apenas apontarei algumas evidências que podem indicar essa tendência de transformação com preservação e o papel instrumental do sistema judicial para dar conta dessa tarefa.

Entretanto, vale observar que não se trata de ignorar o fato de que a Constituição de 1988 foi um marco na abertura do sistema político, na tentativa de inscrição de um projeto de construção de uma ordem social mais inclusiva e de restabelecimento do dinamismo da economia brasileira. O ponto aqui é a análise da judicialização e seus sentidos, transcorridos trinta anos dessa longa experiência democrática, para os nossos padrões.

Fixados esses pontos, à título de conclusão merecem destaque algumas evidências desse amplo processo.

Nesse sentido, o processo de modernização brasileiro poderia ser inserido na chave da modernização da tradição, quando as forças hegemônicas adaptaram suas práticas e reformularam o pacto de integração social, em favor da preservação de seus próprios interesses. Seria esse o sentido do pacto político vitorioso que emergiu da fase antecedente do agrarismo.

Numa limitada síntese, a solução de compromisso *intraelites* que se seguiu permitiu o avanço e o dinamismo da economia à custa da industrialização sob a condução do Estado e o controle das pressões dos trabalhadores por melhoria das suas condições de existência e maior participação política. No plano social o estímulo à migração e à urbanização ocorreriam de modo concomitante à incorporação dos trabalhadores, sob a tutela do Estado, já impondo limites ao seu aprofundamento. O direito seria funcional nessa dinâmica e uma renovada expertise foi construída e institucionalizada no campo das relações de trabalho vertendo os eventuais conflitos para o sistema judicial, sinalizando como a face da contenção seria sua tarefa singular. O papel da justiça especializada do trabalho seria crucial aqui.

Entretanto, esgotado tal arranjo institucional, com a redemocratização dos anos 1980, a tarefa seria dar conta de um sistema político que era pressionado por ampliação da participação, dentro do cenário de uma sociedade profundamente marcada pela desigualdade, apesar do

enorme dinamismo econômico. O processo de modernização teria encontrado seu caminho nesse ambiente aparentemente hostil, mas seu aprofundamento exigia novas soluções que preservassem, ainda que parcialmente, os interesses hegemônicos. A solução, curiosamente, envolveu uma dinâmica em torno da apropriação de uma renovada expertise no campo jurídico, o chamado constitucionalismo democrático e a versão dos conflitos para o sistema judicial, a quem caberia a solução reafirmando os valores e princípios inscritos no pacto político.

Com o distanciamento daqueles anos pode-se especular o quanto a estratégia teria alcançado os propósitos retratados no preâmbulo da carta política, ou seja, a instituição concreta de um Estado Democrático.

Nesse cenário, talvez seja singular perceber como foram manobradas as expectativas e os mecanismos institucionais em favor de alguma forma de autopreservação desses interesses hegemônicos. A persistência da desigualdade socioeconômica ao longo desses trinta anos, por exemplo, pode revelar o quanto o papel redistributivo atribuído ao sistema de justiça encontrou seus limites nesse ambiente adverso. Por outro lado, deixaria em destaque o quanto o papel integrador do judiciário brasileiro, como estrategicamente manobrado nos anos 1930, dificilmente poderia ser replicado num ambiente de aprofundamento da modernidade, com suas dinâmicas de maior complexificação dos processos de interação social.

No conturbado cenário dos anos 2018 seria o caso de se questionar detidamente, se a adaptação ao mundo venceu o esforço de mudá-lo (WERNECK VIANA, 2006) e por que isso teria ocorrido. Esse seria um esforço ainda por desbravar.

## REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DOMINGUES, José Maurício. **Modernidade, tradição e reflexividade no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

DOMINGUES, José Maurício. **Interpretando a Modernidade** – imaginário e instituições. Tempo Social; Rev. Sociol. USP. São Paulo. 1998.

DOMINGUES, José Maurício. **Ensaios de Sociologia** – Teoria e Pesquisa. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

HABERMAS, Jünger. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 1, 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro. Campus. 1979.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. São Paulo, Editora UNB, 2004.

WERNECK VIANNA, Luiz. **Liberalismo e sindicato no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1978.

WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo Baumann. **Revolução processual do direito e democracia progressiva**. In: WERNECK VIANNA, coord. A Democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

WERNECK VIANNA, Luiz. **Esquerda brasileira e tradição republicana** – estudos de conjuntura sobre a era FHC-Lula. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

# A LEI DA FICHA LIMPA E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NAS ELEIÇÕES SUPLEMENTARES DE 2012

*Ralph André Crespo*

(Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro – UENF)  
pr.ralph@yahoo.com.br

*Vitor de Moraes Peixoto*

(Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro – UENF)  
moraespeixoto@gmail.com.br

**RESUMO:** Este trabalho pretende verificar a aplicação da Lei Complementar 135 de 2010, a chamada Lei da Ficha Limpa, a partir dos casos de eleições suplementares que ocorreram, por determinação da Justiça Eleitoral, nas eleições majoritárias de 2012, tendo como parâmetro o fenômeno da judicialização da política. Por terem sido as primeiras eleições após a aprovação da referida lei, acreditava-se que o indeferimento de candidaturas com base na Lei da Ficha Limpa seria a principal causa de determinação de novas eleições. Para confirmar esta hipótese, foram pesquisadas as principais causas de eleições suplementares com base nos processos que resultaram nas mesmas. O resultado desta pesquisa será apresentado em três partes; na primeira discute-se brevemente o conceito de judicialização, no segundo aspectos da Lei da Ficha Limpa, e por fim, a relação da judicialização da política e da Lei da Ficha Limpa nas Eleições de 2012.

**Palavras-chave:** Judicialização da política. Lei da Ficha Limpa. Eleições suplementares.

## 1 INTRODUÇÃO

Desde sua aprovação em 2010, e aplicação na primeira eleição após ter entrado em vigor, a Lei Complementar 135 de 2010 (conhecida como Lei da Ficha Limpa), vem encontrando destaque nas discussões acadêmicas, políticas e jurídicas. Por trazer repercussões nas diversas esferas da sociedade, especialmente nas esferas política e eleitoral, a referida lei mostra-se relevante como tema de pesquisa e análise, uma vez que tem modificado o cenário político e eleitoral ao “barrar” candidatos que se enquadram em seus dispositivos, impedindo-os de concorrerem nos pleitos.

Alinhado às polêmicas surgidas com a Lei da Ficha Limpa e sua aplicação, encontra-se o fenômeno da judicialização da política. Este fenômeno observado em diversos países do mundo se caracteriza pela expansão do poder judiciário na arena política e como a Lei da Ficha Limpa acaba incidindo diretamente nesta arena, constitui interessante objeto de análise.

Portanto, o problema desta pesquisa é saber como a Lei da Ficha Limpa, através da judicialização da política, interferiu nas eleições de 2012. Objetiva-se, desta forma, verificar a aplicação da Lei da Ficha Limpa nos casos que resultaram em eleições suplementares, determinadas pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em relação às eleições de 2012, como reflexo do fenômeno judicialização da política no Brasil.

Realizou-se uma revisão bibliográfica sobre o tema e utilizaram-se dados e informações disponíveis no site do TSE, além dos obtidos pela Lei de Acesso à Informação. O TSE disponibilizou 16.678 processos referentes às eleições de 2012. Foram separados os que envolviam candidatos a

prefeitos ou vice-prefeitos dos municípios que tiveram eleições suplementares, chegando-se assim aos 534 processos que foram analisados na pesquisa. As causas foram identificadas analisando os termos contidos no “assunto” das peças processuais analisadas.

Em 2012, ano da primeira eleição em que a referida lei foi aplicada, mais de 6.000 recursos foram admitidos no TSE. Desses, 2.672 diziam respeito à aplicação da LC 135/10, sendo que, apenas pouco mais de 550 foram julgados antes do pleito (OLIVEIRA, 2012). Na ocasião a ministra Cármen Lúcia, então presidente do TSE, admitiu que muitos recursos só seriam julgados após às eleições. No site do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) foi divulgada, em 07/10/12, a seguinte notícia: “TSE poderá realizar sessões extraordinárias para julgar processos das Eleições 2012”, confirmando o que já havia sido informado.

Desenhava-se desta forma o quadro de que o resultado das eleições daquele ano poderia sofrer alteração quando estes recursos fossem julgados, o que de fato ocorreu. Discussões sobre a judicialização da política e suas implicações foram observadas, como se faz neste trabalho.

## **2 LEI DA FICHA LIMPA: CRIAÇÃO E EMPLICAÇÕES**

A lei da Ficha Limpa nasceu por iniciativa popular (uma forma de participação popular estabelecida na Constituição Federal), com a Campanha Ficha Limpa, iniciada pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE). A campanha surgiu em função de manifestações de diversos setores da sociedade, pedindo maior rigor nos critérios de registro de candidaturas políticas e no combate à corrupção.

A chamada Lei da Ficha Limpa é, na verdade, a Lei Complementar (LC) nº 135 de 2010, que alterou alguns dispositivos da LC nº 64, de 1990. A LC 64/1990 é conhecida como a lei de inelegibilidade e disciplina as condições, os motivos e as situações em que uma pessoa não pode concorrer nas eleições para um cargo eletivo. A LC 135/2010 trouxe maior rigidez às regras já existentes, além de trazer outras exigências.

Dentre as condições apresentadas na Constituição Federal de 1988 sobre a elegibilidade de um candidato para a competição eleitoral, destaca-se: “o pleno exercício dos direitos políticos”<sup>1</sup>. Esta condição está intimamente relacionada à Lei da Ficha Limpa, pois o pleno exercício dos direitos políticos deixa de existir quando houver, por exemplo, sentença criminal condenatória transitada em julgado e improbidade administrativa, algumas circunstâncias apresentadas da referida lei.

---

<sup>1</sup> Art. 14, §§ 3º e 4º da Constituição Federal de 1988.

A Campanha Ficha Limpa iniciou a coleta de assinaturas em 2008. Era necessário alcançar mais de 1,3 milhões de assinaturas para que o projeto fosse levado ao Congresso Nacional. Poucos meses após o início da coleta de assinaturas, a quantidade de assinaturas foi atingida e o projeto foi levado ao então presidente da Câmara de Deputados, Michel Temer, para que pudesse seguir o procedimento legislativo.

Depois de seguir o trâmite nas duas Casas Legislativas, em 4 de maio de 2010 ocorreu a sanção do chefe do Poder Executivo, o então Presidente Lula. Logo após ser sancionada, algumas questões relativas à LC 135/2010 foram levadas à apreciação do TSE, como por exemplo, a aplicabilidade ou não da referida Lei nas eleições daquele ano (2010).

Sobre esta questão, o TSE decidiu pela aplicação da lei já nas eleições de 2010. Com o encerramento dos julgamentos das candidaturas pelos tribunais regionais eleitorais, o número de registros indeferidos com base na Lei de Ficha Limpa naquele ano “chegou a 242 (duzentos e quarenta e dois), distribuídos por 23 (vinte e três) estados e pelo Distrito Federal” (ABREU, 2012, p.67).

Por meio de recursos, a discussão chegou ao STF, que precisava decidir se a Lei da Ficha Limpa se aplicaria nas eleições daquele ano. A votação no plenário do STF, sobre a aplicabilidade da LC 135/2010 nas eleições de 2010, terminou empatada, pois naquela ocasião, o STF estava com 10 ministros, o que mostrou a divergência de entendimento na Corte, ensejando novos argumentos e recursos.

A divergência no STF refletia uma tensão entre a vontade popular e o rigor procedimental do direito positivado. O que deveria prevalecer? A vontade popular positivada na referida lei ou as regras estabelecidas na Constituição Federal?

Após a escolha e voto do 11º ministro, o ministro Luís Fux, decidiu o STF pela não aplicação da Lei da Ficha Limpa nas eleições de 2010, mas somente a partir das eleições de 2012. Joel Coelho Ferreira Portela e Ana Júlia Silva Porto (2011) assinalaram:

Compreender a decisão da Suprema Corte exige uma frieza calculista: vetou-se a Lei da Ficha Limpa para salvaguardar a constituição, garantindo que leis menores não a firam, tendo em vista que o art.16 afirma que mudanças no processo eleitoral só valem apenas na eleição do ano seguinte ao da promulgação da lei (PORTELA e PORTO, 2011, s.p.).

No voto de desempate do ministro Fux, percebe-se o que foi destacado por Portela e Porto (2011). Disse o ministro:

Por oportuno, é de se salientar que, mesmo diante da constitucionalidade parcial da Lei Complementar nº 135/10, resta a mesma inaplicável às eleições de 2010 e anteriores e, por conseguinte, aos mandatos em curso, como já reconhecido por esta Corte no julgamento do RE 633.703 (Rel. Min. GILMAR MENDES), com repercussão geral. É aplicar, como naquela ocasião, a literalidade do art. 16 da Constituição Federal, de modo a que as

inelegibilidades por instituídas pela nova lei sejam aplicáveis apenas às eleições que ocorram mais de um ano após a sua edição, isto é, a partir das eleições de 2012.<sup>2</sup>

Como já dito visou a LC 135/2010 estabelecer novas hipóteses de inelegibilidade e trazer maior rigor na aplicação das hipóteses já previstas na LC 64/90. As principais inovações trazidas pela LC 135/10 foram:

1. Aumento na relação dos crimes que resultariam em inelegibilidade;
2. Inclusão dos condenados por captação ilícita de sufrágio nas causas de inelegibilidade;
3. Previsão da inelegibilidade para os que forem excluídos do exercício da profissão por punição devido a infração ético-profissional, assim como os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial;
4. Fim da exigência do trânsito em julgado da decisão judicial para que o acusado seja considerado inelegível, bastando a decisão proferida por órgão judicial colegiado;
5. Aumento do prazo das inelegibilidades para oito anos.

Muito destas questões relaciona-se com demandas judiciais observadas na Justiça Eleitoral e com o fenômeno da judicialização da política.

### **3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: BREVE ANÁLISE E DISCUSSÃO CONCEITUAL**

A judicialização da política, sem dúvida, não é um fato isolado observado apenas no Brasil ou em poucos países. Paulo Petri (2016) afirma que a judicialização não é um fenômeno recente, mas suas expressões se expandiram consideravelmente a partir da Segunda Guerra Mundial, principalmente na Europa e nos Estados Unidos. O Poder Judiciário começa a ser visto como uma alternativa para a solução de conflitos coletivos, para a mediação das relações sociais e até mesmo para resolver questões relacionadas a temas ligados à cidadania, tornando a judicialização da política um fenômeno mundial (PETRI, 2016).

Importante estudo sobre o tema foi desenvolvido por Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995). A partir de seus estudos, a expressão, “judicialização da política”, passou a ser discutida e analisada pelas Ciências Sociais e pelo Direito. De maneira geral, Tate e Vallinder (1995) entendem a judicialização como a reação do Poder Judiciário, quando provocado, tendo como finalidade a revisão de decisões do poder político, fundamentado em princípios constitucionais.

Vianna, et al (1999) desenvolveram estudos sobre o tema aqui no Brasil e além de também reconhecerem a “judicialização da política” como um fenômeno mundial crescente nas democracias contemporâneas, afirmam ainda que uma nova arena política tem sido criada em

---

<sup>2</sup> Parte do voto do ministro Luiz Fux na ADC-29, ADC-30 e ADI-4578.



torno do poder judiciário. “Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta dos indivíduos, grupos sociais e até de partidos” (VIANNA, et al, 1999, p.22).

Com a judicialização constata-se então a crescente importância dos tribunais, que cada vez mais são desafiados e provocados a se manifestarem diante de questões políticas importantes para a sociedade, aproximando-se das necessidades dos indivíduos que compõem esta sociedade. Conforme destacam Vianna, Burgos e Salles (2007), “a invasão do direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado (...) pelo judiciário” (p. 41). Em outras palavras, a judicialização da política acontece porque se invoca o Judiciário para resolver questões em áreas onde as atuações dos Poderes Legislativo e Executivo se mostram falhas ou precárias.

Constata-se que a judicialização da política tem promovido uma redefinição dos papéis e na relação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Claramente se observa uma efetiva transferência de poder político para instituições judiciais em prejuízo das instituições deliberativas. Essa transferência ocorre também no campo do direito eleitoral.

Rafael Cortez e Vitor Marchetti (2009) afirmam que “o debate sobre a judicialização da política é uma discussão sobre perspectivas conceituais e estratégias analíticas visando à mensuração do poder judiciário na determinação da forma e dos resultados do processo político” (CORTEZ e MARCHETTI, 2009, p.426).

Tate e Vallinder (1995) apresentam as condições que facilitam a expansão do poder judicial. Eles afirmam que:

A presença de democracia, um sistema de separação dos poderes, uma política de direitos, um sistema de grupos de interesse e uma oposição política consciente de meios judiciais para atingir o seu interesse, partidos fracos ou coligações governamentais frágeis (...) e a delegação aos tribunais de autoridade para tomada de decisão em determinados domínios políticos, tudo contribui para a judicialização da política (TATE, VALLINDER, 1995, p. 33).

Os autores ainda afirmam que “parece altamente improvável que a judicialização pode prosseguir muito longe na ausência dessas condições” (TATE e VALLINDER, 1995, p.33). Outro que apresenta os fatores que explicam a judicialização da política é João Carlos Medeiros de Aragão (2013). De acordo com o autor, vários fatores contribuem para a judicialização da política, dentre eles estão o sistema democrático; a separação dos poderes; a ineficácia das instituições que detêm o poder; o exercício dos direitos políticos; a utilização dos tribunais pela oposição; o controle de constitucionalidade das leis, dentre outros (ARAGÃO, 2013). Estes fatores apresentados por Aragão alinham-se com os apontados por Tate e Vallinder (1995).

Loiane Prado Verbicaro (2008) também escreve sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. Dentre elas Verbicaro destaca: A universalização do acesso à justiça; a existência de uma Carta Constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas; a crise do paradigma positivista e do modelo de interpretação formalista; a ampliação do espaço reservado ao STF.

Corroborando com Verbicaro o entendimento de Mauro Capelletti e Bryant Garth (1988) sobre acesso à justiça. Capelletti e Garth compreendem a judicialização como a redefinição do acesso à justiça. Para o pesquisador italiano, o acesso à justiça deve ser “encarado como o requisito fundamental, o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, o direito a todos” (CAPELLETTI e GARTH, 1988, p.9).

Vale destacar que os fatores que facilitam a expansão da atuação do Poder Judiciário sobre as demais instituições políticas e sociais podem variar conforme a trajetória histórica e constitucional desenvolvida em cada Estado.

Verbicaro (2008) diz que “a atuação do Judiciário na arena política não é, pois, uma distorção institucional, mas legítima, uma vez que decorre dos imperativos de garantia dos direitos fundamentais” (p.391). Entende-se que a judicialização da política ocorre porque encontra respaldo nas Constituições dos Estados Democráticos. Deve-se então encarar a judicialização da política no Brasil e no mundo como um fenômeno institucional democrático suportado nos princípios constitucionais.

No caso brasileiro a ação do Poder Judiciário decorre da própria Carta Magna de 1988 que atribuiu, ao mesmo, competência para atuar na proteção política do extenso rol de direitos fundamentais e outros direitos contidos na Constituição, como o direito político. A Constituição Federal de 1988 também fortalece instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública e, cria mecanismos como o mandado de injunção, para garantir que os direitos nela contidos sejam efetivados.

Como a judicialização alcança os diversos campos do direito, ela também pode ser percebida no direito eleitoral e, conseqüentemente, nas eleições, como se verá adiante. Entende-se que estando presentes as condições facilitadoras da judicialização da política e institucionalizadas estas condições, direta ou indiretamente na Constituição Federal, restava o que Tate e Vallinder via também como importante para a judicialização da política – a disposição dos magistrados para tomarem decisões. No caso do direito eleitoral, essa disposição para tomar

decisões significaria influenciar muitas vezes nos resultados das eleições, o que foi observada em alguns julgamentos que levaram a determinação de novas eleições.

João Andrade Neto (2010) e Flávia Magalhães (2010) apresentam em obras diferentes alguns casos de judicialização da política experimentados no âmbito da justiça eleitoral como: a verticalização das coligações eleitorais, a fixação do número de vereadores nas Câmaras Municipais e a perda de mandato por infidelidade partidária. Acrescenta-se a estes casos o financiamento de campanha e, mais recentemente, à Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010).

Nas eleições municipais de 2012, muitos candidatos tiveram seus registros de candidaturas negadas, o que os levou a concorrer *sob judice*. Confirmadas pelo TSE as condições de inelegibilidades destes candidatos e tendo os mesmos sido eleitos, novas eleições tiveram que ser realizadas, como ocorreu, por exemplo, no município de Sidrolândia – Mato Grosso do Sul – conforme se verifica no recurso especial eleitoral, o RESPE Nº 0000101-82.2012.6.12.0031.

O Tribunal Superior Eleitoral indeferiu o registro de candidatura do recorrente ao cargo de prefeito nas eleições de 2012 por incidência na causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, inc. I, alínea g, da Lei Complementar n. 64/90, com as modificações introduzidas pela Lei Complementar n. 135/2010 (RESPE Nº 0000101-82.2012.6.12.0031).

Percebe-se, desta forma, que a judicialização da política e a aplicação da Lei da Ficha Limpa mostram-se importantes para o sistema político e eleitoral. Uma constatação relevante deste fato é a determinação, pela Justiça Eleitoral, de novas eleições, aqui chamadas de eleições suplementares, conforme se verá a seguir.

#### **4 ELEIÇÕES SUPLEMENTARES DE 2012 E OS CASOS RELACIONADOS À LEI DA FICHA LIMPA**

As eleições suplementares, conforme apresentado no site do Tribunal Superior Eleitoral (TSE)<sup>3</sup>, são novas eleições realizadas, por determinação da Justiça Eleitoral, quando houver nulidade que atinja mais da metade dos votos válidos que para os cargos de presidente da República, governador e prefeito, ou ainda, quando constatadas irregularidades nas eleições majoritárias regulares.

Embora haja divergências conceituais (jurisprudências e doutrinas), adota-se neste trabalho a definição apresentada acima, norteador desta forma, o presente trabalho<sup>4</sup>. Apesar da legislação trazer a possibilidade de realização de eleições suplementares para presidente da

---

<sup>3</sup> <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-suplementares/eleicoes-suplementares>.

<sup>4</sup> O termo mais apropriado para chamar essas novas eleições seria eleições extraordinárias. O calendário eleitoral estabelece os dias para a realização das chamadas eleições ordinárias. Ocorrendo, portanto eleições fora destas datas estipuladas estaríamos diante de eleições extraordinárias. Eleições suplementares, teriam previsão nos arts. 187, 201 e 212 do Código Eleitoral. Alcançariam, conforme estes dispositivos, algumas seções eleitorais e não todas as seções de um município.

república, governadores (como no caso do estado do Amazonas que teve eleições suplementares em 2017 e Tocantins em 2018) e para prefeito, estuda-se neste trabalho apenas as eleições suplementares para prefeitos.

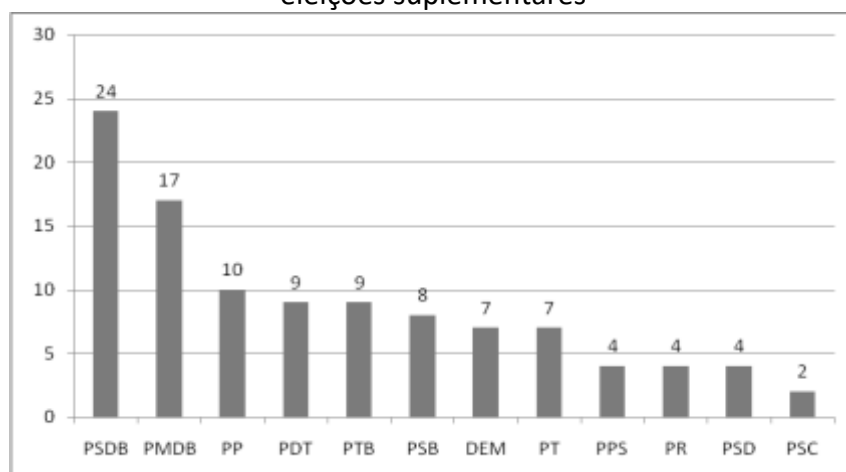
No desenvolvimento da pesquisa procurou-se analisar as causas das eleições suplementares ocorridas no Brasil em relação às eleições de 2012. Como dito anteriormente, foram disponibilizados pelo TSE 16.678 processos referentes às eleições de 2012, mas efetivamente trabalhou-se com 534 processos por serem estes dos municípios onde, conhecidamente, ocorreram eleições suplementares no período analisado. As causas foram identificadas analisando os termos contidos no “assunto” das peças processuais analisadas.

No período analisado ocorreram 113 eleições suplementares em 112 municípios brasileiros (no município de Santa Maria do Pará - PA, ocorreram duas eleições suplementares). Foram identificadas 151 causas. A diferença explica-se pelo fato de que em alguns processos, que levaram a novas eleições, mais de uma causa foi identificada.

Uma importante observação refere-se ao fato de que em todos os municípios que tiveram eleições suplementares no período analisado, o número de eleitores era menor que 200 mil, o que os caracterizam como municípios onde não ocorre o segundo turno (CRESPO, 2017; GARCIA, 2016).

Em relação aos partidos políticos que comandavam os municípios que tiveram a eleições suplementares, percebe-se, conforme gráfico abaixo, que o partido que mais teve os resultados das eleições ordinárias “modificados” foi o PSDB.

**Gráfico 1:** Quantidade de prefeituras conquistadas por partidos e que tiveram determinação de eleições suplementares



Fonte: Elaborado pelos autores com base nas informações divulgadas pelo TSE

As principais causas foram: Abuso de poder – 46 casos (30,5%); impugnação com base na Lei da Ficha Limpa – 32 casos (21,2%); captação ilícita de sufrágio – 29 casos (19,2%). Conduta

vedada a agente público – 13 casos (8,6%). Para esta pesquisa interessa os casos de impugnação de candidaturas com base na Lei da Ficha Limpa.

Ao relacionar as causas identificadas com os partidos políticos dos candidatos que foram afastados ou impedidos de assumirem, foi possível elaborar a tabela a seguir:

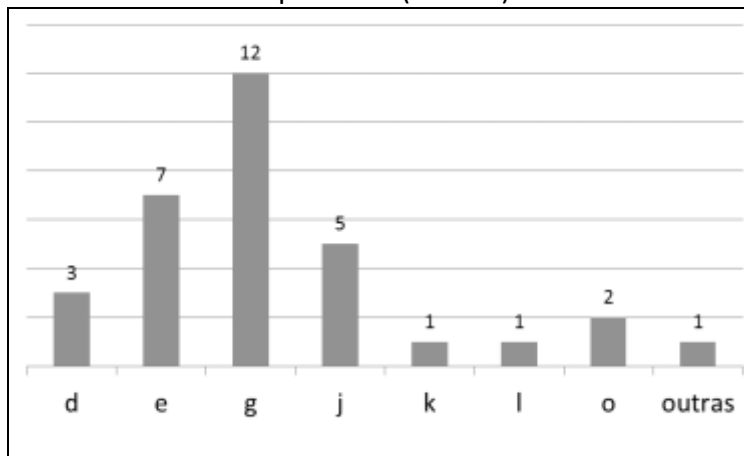
**Tabela 1:** Partidos políticos e as causas de eleições suplementares

PARTIDOS	Abuso de poder econômico	Indef. da candidatura (Lei da Ficha Limpa)	Captação ilícita de sufrágio	Conduta vedada a agente público
PSDB	12	8	6	5
DEM	6	1	2	1
PMDB	5	4	5	1
PDT	4	2	4	-
PPS	4	-	2	1
PSB	4	4	1	1
PSD	4	-	1	-
PR	3	1	1	-
PTB	2	3	1	-
PP	1	4	2	1
PT	1	3	1	1
PPL	-	-	2	1
PRP	-	-	-	1
PSC	-	1	-	-
PSL	-	-	1	-
PTN	-	1	-	-
TOTAL	46	32	29	13

Fonte: Elaborada pelos autores com base nos dados disponíveis no TSE

Dentre os casos relacionados à Lei da Ficha Limpa, buscou-se quais os dispositivos da mesma tiveram maior incidência. O resultado é apresentado a seguir:

**Gráfico 2:** Incidência dos dispositivos (alíneas) do art. 2º da LC 135/2010



Fonte: Elaborada pelos autores com base nos dados disponíveis no TSE

Percebe-se que a principal incidência é em relação ao art. 2º, alínea “g”, que se refere à reprovação de contas de gestores pelos Tribunais de Contas. Dos 32 casos envolvendo a Lei da Ficha Limpa, 12 ocorrências relacionam-se a este tema representando 37,5%. Este item da referida lei teve interpretação modificada recentemente pelo STF, o que impactou as eleições de 2016,

uma vez que diversos candidatos que estariam impedidos de concorrer, foram liberados conforme o novo entendimento da corte, outra consequência da judicialização da política.

Em relação aos proponentes, procurou-se saber quem tomava a iniciativa para propor ações alegando alguma irregularidade nas eleições ordinárias. Constatou-se que em 78,6% dos casos o processo foi proposto pelo partido, coligação ou candidato vencido (algumas vezes associados), e 21,9% foi proposto pelo Ministério Público Eleitoral, conforme tabela abaixo.

**Tabela 2:** Proponentes de ações que resultaram em eleições suplementares

PROPONENTES	%
Coligação vencida	58
Ministério Público Eleitoral	47
Candidato ou partido vencidos	35

Fonte: Elaborada pelos autores com base nos dados disponíveis no TSE

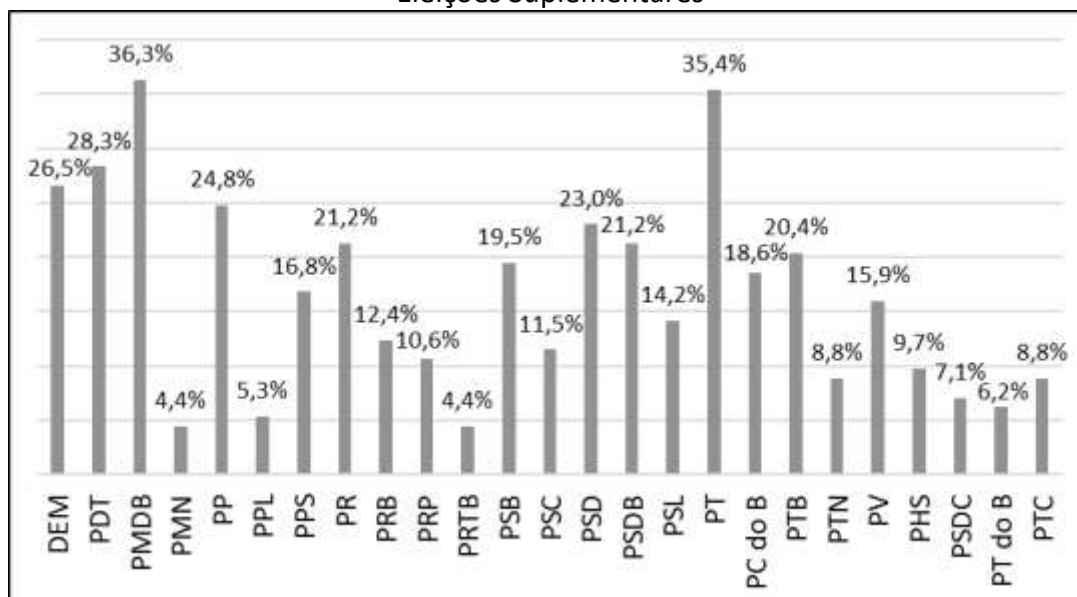
Semelhante ao que aconteceu com a quantidade das causas, a quantidade de propositores de ação supera o número de eleições suplementares, pois em cada caso, pode ter mais de um propositor.

Ao verificar somente os casos em que a causa de determinação de novas eleições foi o indeferimento de candidatura com base na Lei da Ficha Limpa, o quadro de proponentes teve pouca alteração: As coligações vencidas acionaram a justiça eleitoral em 56% das ações; o Ministério Público Eleitoral (MPE) em 44% e em 31% das ações figuram candidatos derrotados nas eleições ordinárias ou seu partido.

Percebe-se que a provocação da Justiça Eleitoral para responder sobre questões relacionadas às condições de elegibilidade e às práticas que podem trazer vício aos resultados das eleições, como o abuso de poder, é feita com maior frequência por aqueles que diretamente se sentem prejudicados por irregularidades nos pleitos ordinários, embora haja um órgão, constitucionalmente revestido de competência para acompanhar e fiscalizar todo o processo eleitoral.

Foi possível ainda verificar quais partidos políticos mais se envolveram nas ações que resultaram na determinação de novas eleições, seja individualmente ou em coligações. Quando um dos proponentes era uma coligação, considerou-se todos os partidos que a compunha, o que permitiu uma análise individualizada.

**Gráfico 3:** Porcentagem de participação dos Partidos Políticos em processos que resultaram em Eleições Suplementares



Fonte: Elaborada pelos autores com base nos dados disponíveis no TSE

Percebe-se no gráfico acima que os partidos que mais participaram da judicialização, em termos nacionais, foram o PT, o PMDB e o PDT. Constatou-se que a grande incidência de participação do PT foi na região sudeste onde participaram de 16 ações das 38 que resultaram em eleições suplementares na região, ou seja, 42% dos casos. O PMDB teve grande participação na região sul, atuando em 17 ações que levaram às novas eleições, do total de 28, o que representa 61% dos casos. No caso do PDT a maior participação em ações foi na região nordeste. Eles participaram de 9 ações do total de 25 analisadas na região, o que corresponde a 36% dos casos.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora não seja a condição para a existência da democracia, difícil pensar a mesma sem eleições. Estas eleições precisam ser reguladas de forma que reflitam os princípios constitucionais que a elas são vinculados. Dentre as legislações que visam a regulação das eleições, está a Lei Complementar 135/2010.

Esta lei impactou e vem impactando as eleições, uma vez que trouxe maior rigor para o registro dos candidatos, suscitando diversas questões que desembocaram e continuam desembocando no Poder Judiciário, refletindo, em muitas destas questões, o fenômeno da judicialização da política.

Ao refletir sobre a judicialização da política e a lei da Ficha Limpa, percebe-se que a referida lei tem o condão de modificar significativamente os cenários políticos, pois, sendo um

candidato enquadrado na mesma, este não poderá concorrer nas eleições, pelo efeito da inelegibilidade que a mesma traz aos que nela se enquadram.

Pela judicialização da política e pela Lei da Ficha Limpa algumas eleições suplementares foram determinadas pela Justiça Eleitoral. Desta forma, a Lei da Ficha Limpa acaba constituindo-se um importante campo de análise do fenômeno da judicialização da política aqui no Brasil.

Estudos devem ser desenvolvidos relacionando esta temática, pois assim como nos casos de determinação de novas eleições, outras implicações estes podem trazer aos sistemas político e eleitoral.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Daniel Borges. **Ficha Limpa: decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal Eleitoral e judicialização da política.** Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul / Faculdade de Filosofia em Ciências Humanas / Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais. Porto Alegre, 2012.

ANDRADE NETO, João. Jurisdição Eleitoral: judicialização da política? **Revista Jurídica da Presidência**, vol. 12, nº96 – Fev./Maio. Brasília, 2010.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil: influência sobre os atos interna corporis do congresso nacional.** Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.

BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm)>. Acesso em: Dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm)>. Acesso em: Jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm)>. Acesso em: Jan. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CORTEZ, Rafael; MARCHETTI, Vitor. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. **Opinião Pública**, Campinas, Vol. 15, n. 2, nov. 2009.

CRESPO, Ralph André. **Eleições Suplementares no Brasil: os casos decorrentes das anulações dos pleitos de 2012.** 2017. 121 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia Política) – Centro de Ciências do Homem, Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro. Campos dos Goytacazes, RJ.

GARCIA, Bruno Souza. **Eleições suplementares para Prefeito (2013-2015): do perfil socioeconômico dos municípios ao comportamento eleitoral e partidário.** 2016. 181 f. Dissertação



(Mestrado em Ciência Política) - Instituto de Filosofia, Sociologia e Política, Universidade Federal de Pelotas. Pelotas, RS.

MAGALHÃES, Flávia Cristina Mascarenhas. **A judicialização da política e o direito eleitoral brasileiro no período 2002-2008**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Ficha Limpa intensificou a judicialização da política**. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-out-06/diario-classe-ficha-limpa-intensificou-judicializacao-politica>>. Acesso em: 14 out. 2017.

PETRI, Paulo. 2016. **Judicialização da política no Brasil: a polarização da disputa nas eleições presidenciais**. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

PORTELA, Joel Coelho Ferreira; SILVA PORTO, Ana Júlia. Sobre Democracia e Ficha Limpa (Lei nº 135/2010). In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 91, ago. 2011. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/Ricardo%20Antonio?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9995&revista\\_caderno=27](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/Ricardo%20Antonio?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9995&revista_caderno=27)>. Acesso em jul. 2018.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista DireitoGV**, n. 4, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 15 abr. 2017.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.



# GP16

## **ANÁLISE SOCIOJURÍDICA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Coordenação:

Prof. Dr. Elflay Miranda (UEM-PR)

Prof. Dr. Leonel Pires (UniLaSalle)

# POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO E ACOLHIMENTO ÀS MULHERES REFUGIADAS NO BRASIL: O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA COMO MEIO DE INSERÇÃO E JUSTIÇA SOCIAL

*Carolina Valença Ferraz*  
(Centro Universitário de João Pessoa)  
carolinavferraz@hotmail.com<sup>1</sup>

*Yuri de Lima Ribeiro*  
(Centro Universitário de João Pessoa)  
yurilr@gmail.com<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este trabalho faz uma análise da vulnerabilidade e conseqüentemente das políticas públicas de proteção e acolhimento as mulheres refugiadas. A subalternidade das mulheres as concepções e ditames patriarcais contornaram diversas práticas e processos, como por exemplo, o controle de seus corpos e sexualidades. A metodologia adotada consistiu em pesquisa teórica e documental. Os programas existentes para os refugiados e que são de fato implementados encontram-se assentados na caridade e ações humanitárias de ONG's, contudo sem que garantam autonomia e emancipação aos refugiados, em especial às mulheres refugiadas que estão em situação de hipervulnerabilidade, pela questão da violência de gênero e pela violência da negação dos direitos sociais básicos às pessoas em situação de refúgio, é preciso fortalecer políticas públicas de renda para as mulheres, incluir mais mulheres no Programa Bolsa Família, para que as mesmas possam ter sua autonomia e direitos sociais mínimos garantidos.

**Palavras-chave:** Mulheres. Refugiadas. Programa Bolsa Família.

## 1 INTRODUÇÃO

Na atualidade, verifica-se que houve um aumento das migrações internacionais em busca de refúgio, em diversas regiões do mundo, ultrapassando a quantidade de migrantes forçados da segunda guerra mundial. Motivando o que os pesquisadores das áreas de direitos humanos chamam de crise humanitária do século XXI, ou crise dos refugiados, que se expande mais nos países de acolhimento em desenvolvimento presentes no Oriente Médio, África, Ásia e na América Latina.

A conjuntura político social de países que estão passando por estado de exceção e com grandes índices de violências, faz com que as pessoas se sintam inseguras e incapazes de confiar no corpo jurídico e nas instituições sociais deste, preferindo buscar refúgio nos países que julgam respeitarem e conferir-lhes os direitos básicos, tais quais, a proteção a vida, direito a saúde, ao trabalho, entre outros direitos sociais básicos.

Dentro do universo dos refugiados, as mulheres caracterizam-se como um grupo hipervulnerável pois são sujeitas a diversas violações, primeiramente porque são migrantes e sofrem afrontas e restrições aos direitos básicos, assim como sofrem violência de gênero em suas diversas acepções física, econômica, moral e sexual.

---

<sup>1</sup> Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

<sup>2</sup> Mestrando em Direito e Desenvolvimento pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ).

A necessidade da elaboração e efetivação de políticas públicas com resultados provisórios ou duráveis nesses países, os quais acolhem uma numerosa quantidade de refugiados, é de enorme importância perante a situação de extrema vulnerabilidade em que se encontram, e é ainda mais vulnerável no caso das mulheres. Um dos elementos fundamentais e que está em discussão é o não cumprimento e acesso aos direitos sociais, como trabalho digno e proteção às mulheres refugiadas.

De acordo com a publicação do Instituto de Migrações e Direitos Humanos (IMDH), "Rede Solidária para Imigrantes e Refugiados", no Brasil, encontram-se Redes de Proteção que atuam na efetivação de políticas públicas para os refugiados, somando-se as dedicações e articulações, inserindo diversas instituições, que juntam-se na luta pela defesa do refúgio e na promoção de políticas públicas, assistência e integração dos refugiados.

Um dos Programas Sociais mais conhecidos no Brasil, é o Programa Bolsa Família que é um programa de transferência direta de renda com condicionalidades. Ao entrar no Programa Bolsa Família, as famílias assumem compromissos sociais nas áreas de saúde e educação, cujo objetivo é ampliar o acesso dos cidadãos aos seus direitos sociais básicos. O acesso do Programa Bolsa Família aos refugiados tem sido amplamente divulgado pela imprensa, no Brasil existe uma ausência de política específica de renda para pessoas em situação de refúgio.

O presente trabalho pretendeu realizar uma pesquisa bibliográfica e documental sobre as questões referentes à vulnerabilidade das mulheres migrantes e se podem ser condicionantes para inserção em programas sociais. A implementação de programas sociais para os refugiados garantiria que eles tenham entre outros elementos, uma possibilidade de uma alimentação necessária e de saírem da miséria, no entanto é indispensável que existam outros programas sociais garantidores além da subsistência e educação da prole, a emancipação e independência feminina.

## **2 CONCEITUANDO BREVEMENTE O REFUGIADO**

No direito internacional em relação as questões dos refugiados, reconhece-se o conceito clássico de refugiado destacado na Convenção de Genebra de 1951, referente ao Estatuto dos refugiados e do Protocolo adicional de Nova York de 1967, todos eles relacionados a Organização das Nações Unidas (ONU).

Consoante ao artigo 1º, do capítulo um da Convenção de Genebra de 1951, o vocábulo refugiado aplica-se a qualquer pessoa que,

Em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social, ou

opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ser ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora desse país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Arendt (1989) foi uma das grandes investigadoras do que hoje podemos entender por refúgio, no qual estabeleceu no período das guerras mundiais do século XX, e, em seguida a esses grandes conflitos que originaram a saída em massa de pessoas sem proteção jurídica de nenhum estado, a denominação de "povos sem estado".

O conceito de refugiados engloba preceitos jurídicos nacionais e internacionais como migrantes forçados que perpassam as fronteiras nacionais dos países de origem, a procura de proteção contra perseguições de regimes políticos totalitários e arbitrários, conflitos pelo poder e guerras civis que propiciam perseguições de raça, nacionalidade, religião, opinião política, etc (SILVA, 2015, p. 22).

Bauman (2016, p. 19) aponta a crise migratória como uma crise humanitária, cuja a solução seria a solidariedade humana. Desde o momento que a humanidade apropriar-se da responsabilidade política e social em relação aos refugiados, poderá se chegar a uma solução definitiva.

Segundo Trindade (2003, p. 420), o acontecimento que colaborou para o vínculo dos Direitos dos refugiados com os Direitos Humanos foi a II Conferência Mundial de Direitos Humanos da Nações Unidas, realizada em Viena no ano de 1993 onde reafirmou-se que os princípios de direitos humanos permanecem de mérito vital ao trabalho do ACNUR.

De acordo com dados do ACNUR, mulheres e crianças representam metade das pessoas deslocadas no mundo. Conforme Schwinn; Costa (2016) no extenso deslocamento em procura de segurança, aturam indiferenças sociais, perseguições, abusos sexuais e estigmatizações pela condição de mulheres refugiadas.

### **3 DA MULHER EM SITUAÇÃO DE REFÚGIO**

O tema de gênero não é apresentado nos instrumentos do Direito Internacional que versam do refugiado, desta forma, não é vista como razão de perseguição. No contexto mundial que cada vez a globalização toma conta e resulta negativamente nas questões de exclusão aos diversos grupos sociais vulneráveis, a solidariedade não parece apresentar-se com os princípios empregues pelas nações.

Consoante aos estudos do Observatoire de l'asile et des réfugiés (2011, p. 118), os documentos de Direito internacional foram realizados e usados em um contexto político e histórico, em que o ícone do refugiado condiz ao de um oponente político, do sexo masculino.

Deste modo, a mulher refugiada expressaria uma exceção ao padrão básico de um feminino infundável, dedicada a casa. No entanto, o aparecimento de situações de locomoção feminina não faz mudar esse nexos imaginário e não muda também a imagem de que o homem que se expõe as causalidades, seja política ou econômica. Então, a logicidade remetida a mulher refugiada não é relativo, logo, ao aparecimento da mulher no fenômeno migratório, mas ao ilusório social alicerçado na imagem da esposa, que migra para acompanhar o seu marido (APRILE, 2008, p. 32).

Segundo Lacaze (2008, p. 3) o direito da mulher ao acolhimento no país hospedeiro decorre, da conquista do status de refugiado por atribuição do seu marido, ou da proteção de suas crianças. A possibilidade de uma mulher que desloca-se só diverge, logo, dessas expectativas.

A interpretação da lei internacional sobre o refúgio desenrola-se com base nas apreciações e ações masculinas, a divisão sexual do trabalho e os papéis sexuais empregues em grande parte das sociedades, colaboram com o intuito de que as atividades da mulher tornem-se proporcionais as dos homens, no sentido de haver uma maior equidade, respeitando as condições biológicas (FREEDMAN, 2008, p. 171). A vitimização do refugiado é um acontecimento mais abrangente quando aborda-se casos específicos de mulheres, em especial, se essas mulheres estiverem sozinhas com seus filhos ou grávidas. A vulnerabilidade tocante ao gênero torna-se imprescindivelmente necessária nos debates para formular políticas de assistência a essas refugiadas.

Nesse cenário, fora o estereótipo masculino do refugiado, as violências ocasionadas por sexo ou pelo gênero, estiveram ao longo de um grande tempo, desvalorizadas, demorando a ser reconhecidas pela legislação internacional como violência aos direitos humanos (FREEDMAN, 2008, p. 173).

As repressões das especificidades de gênero referem-se conforme Macklin (1995, p. 180), às violências que as mulheres enfrentam pelo fato de serem mulheres, como às violências sofridas por elas como mulheres. As perseguições causadas pelo gênero podem acontecer devido aos costumes e normas impostas às mulheres, como a título de exemplo as mutilações genitais femininas ou em decorrência de legislações discriminatórias.

As perseguições originadas em virtude do gênero do mesmo modo podem ser vistas quando as mulheres se colocam contra as limitações do dia a dia social e profissional, que as colocam com uma condição de inferioridade e reproduzem as relações de dominação masculina.

Os casamentos impostos, as violências conjugais e as repressões são modos desse tipo de violência. Nessas ocorrências, em contestação à oposição da mulher, pode acontecer agressões físicas, psicológicas e crimes de honra (OBSERVATOIRE DE L'ASILE E DES RÉFUGIÉS, 2011, p. 121).

Uma grande quantidade de violências ocorridas contra as mulheres tem relação ao controle na esfera sexual e reprodutiva, abrangendo a interdição de relações sexuais antes do casamento, estupro, o aborto forçado, a esterilização imposta, a prostituição forçada.

Como destaca Freedman (2008, p. 176) a falta de um reconhecimento internacional, como a invalidação dos tipos de perseguições feita às mulheres pode ser explicada pela presença de argumentos como o caráter privado dessas violências, que ocorrem em ambientes restritos e que são realizados por sujeitos não estatais. Como também apoiam-se na ideia do relativismo cultural, ou seja, as perseguições ligadas ao gênero são admitidas como diferenças que fazem parte da cultura do país de origem das mulheres ameaçadas.

Apesar do sistema internacional de proteção, da ratificação de vários tratados por inúmeros países, os efeitos realizados ao longo de anos de vigência dos instrumentos ainda não foram suficientes para eliminar a discriminação e garantir a igualdade de gênero (SCHWINN; COSTA, 2016).

De acordo com o Observatoire de l'asile e des réfugiés (2011, p. 127), foi necessário aguardar cerca de trinta anos depois da aprovação da Convenção de Genebra para as Nações Unidas admitirem as violências direcionadas às mulheres exclusivamente.

Nesse seguimento, a relevância das organizações feministas no âmbito internacional e os desenvolvimentos obtidos em relação aos direitos das mulheres colaboraram para a edificação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres - CEDAW.

Apenas na metade dos anos de 1980, o comitê executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR estabelece discussões acerca da situação das mulheres refugiadas, estabelecendo alguns documentos sobre a sua proteção (GROUPE ASILE FEMMES, 2007, p. 10). Já na década de 1990, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR publica algumas diretrizes e recomendações as mulheres que sofrem perseguições e que são alvo de discriminações em decorrência do gênero. Sendo assim, apoiado nessas diretrizes era possível encaixar determinados casos as diretrizes da Convenção de Genebra, o que viabilizaria a concessão do refúgio.

Outras iniciativas foram realizadas para solucionar a problemática das mulheres em solicitar a proteção do refúgio, a contar dos anos 2000, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR melhora a questão e divulga princípios relativos à proteção internacional no caso de perseguições por razões de gênero.

A evolução de determinadas normas internacionais, não obteve o mesmo resultado nos diferentes sistemas nacionais que cuidam do refúgio, foram poucos os países que absorveram os princípios nas suas legislações.

Consoante ao pensamento do Observatoire de l'asile et des réfugiés (2011, p. 130), resguardar uma mulher perseguida de modo diferenciado do convencional, dando a mesma proteção subsidiária, expressa que o risco de seu retorno foi respeitado, do mesmo modo que as particularidades da violência por ela sofrida foram colocadas em questão e consideradas como ilegítimas.

Em relação a situação brasileira, as normas internacionais de proteção à perseguição relativas ao gênero, tampouco foram incorporadas oficialmente na legislação nacional sobre o refúgio.

Mas, no caso do Brasil, a jurisprudência, de acordo com as recomendações do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR, julga as mulheres como parte de um grupo vulnerável, que frequentemente é o centro das violências pelos homens dos países que as mesmas fogem em busca de refúgio (LEÃO, 2010, p. 75).

Ainda assim, mesmo com alguns avanços, não existe um reconhecimento geral dos direitos das mulheres em relação as políticas de refúgio em vários países. Em grande parte, direitos são violados tanto no país de origem, como no país estrangeiro, quando lhe são negadas as proteções previstas na convenção de 1951.

#### **4 POLÍTICAS PÚBLICAS DE INSERÇÃO E PROTEÇÃO ÀS MULHERES REFUGIADAS NO BRASIL**

O Brasil acolheu a proteção aos refugiados com a concepção de seu conceito e da definição dos meios para a implementação do Estatuto, no teor da Convenção de Genebra do ano de 1951 e do Protocolo do ano de 1967 com a Lei n. 9.474/97, formou-se um Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), comandado pelo Ministério da Justiça e incorporado pelo Itamaraty, Ministérios da Saúde, Educação, Polícia Federal.

A Lei n. 9.474 estendeu o conceito de refúgio, ao determinar em seu artigo 1º que “(...) será reconhecido como refugiado o indivíduo que devido a grave e generalizada violação de



direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país” (BRASIL, 1997).

Com base no que foi adotado na expressão "grave e generalizada violação de direitos humanos", proporcionou-se a expansão do conceito de refugiados e, como resultado, de sua rede de proteção em plano interno, no qual pelo enfoque político e social impõe aos países de acolhimento a criação de políticas públicas voltadas para a proteção dos refugiados.

Segundo dados divulgados pelo CONARE no relatório “Refúgio em Números”, o Brasil reconheceu, até o final de 2017, um total de 10.145 refugiados de diversas nacionalidades (ACNUR, 2017). O maior número desses refugiados vem de países abalados pelas guerras, pobreza, repressão política e religiosa, como exemplos Síria, Iraque, Afeganistão e regiões circunvizinhas.

A lei brasileira é vista como uma das mais extensivas em relação a temática dos refugiados, visto que prevê a concessão de refúgio em casos de grave e generalizada violação de direitos humanos (BRASIL, 2017).

O processo de produção de políticas públicas para o ingresso dos refugiados aos direitos sociais, necessita da relação entre os Estados e os agentes da sociedade, em cenários institucionais específicos (MARQUES, 2013, p. 40). Ao ingressar no Brasil, o refugiado luta com diversos problemas, desde a burocracia aos obstáculos com o idioma, falta de emprego, os problemas com os serviços de saúde e moradia.

O governo brasileiro dirige, desde 1990, em conjunto com o ACNUR e organizações da sociedade civil, o programa de reassentamento de refugiados. Refere-se a medidas que abrangem a seleção e transferência para o Brasil de pessoas que, por conta da recusa de oferta de proteção por parte do país acolhedor ou impedimento de integração local, precisam ser realocados em outros países.

No ano de 2004, o ACNUR (2017) reinaugurou sua representação em Brasília, referindo-se ao esforço do Governo brasileiro em validar seus compromissos com a questão dos refugiados. O alto grau de institucionalização da questão alcançado no Brasil, com a criação do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), aponta os progressos promovidos pelo Governo em cooperação com a sociedade civil brasileira.

O acolhimento de refugiados no Brasil é realizado pelos meios formais - no qual o Estado é o agente - e pelos meios informais - pelas ONG's - em articulação com o ACNUR. As Organizações não governamentais (ONG's) que são credenciadas e reconhecidas pelo ACNUR, obtêm recursos financeiros para propiciar a assistência e a integração local de refugiados em seus territórios.

As redes de solidariedade têm beneficiado a elaboração de outras redes por meio dos refugiados no país de acolhimento. De acordo com Pacifico (2010, p. 392):

A solução é, além da modificação do sistema jurídico, o reforço das políticas públicas que auxiliem na formação e na produção de capital social. Os recursos devem ser postos à disposição dos refugiados, de acordo com suas diversidades culturais e o acesso às redes sociais devem ser facilitados. Entretanto, tudo isso somente pode ser concretizado com políticas públicas (re)distributivas, que evitem a segregação e fortaleçam a autoestima. Somente assim os refugiados estarão aptos a quebrar o ciclo negativo de vida em que se encontram, a se aceitarem e a aceitarem o outro, o novo, o estranho, que não será mais estranho, pois será seu novo lar e ele se sentirá, sendo assim considerado, parte desse todo, que o acolhe e que também deverá aprender a lidar com estes refugiados.

Em relação às políticas de assistência aos refugiados é importante destacar três núcleos básicos: saúde, alimentação e moradia. No que tange a assistência ao direito à saúde, de acordo com a Constituição Federal, todos os estrangeiros que encontram-se no Brasil têm assegurado o atendimento em hospitais públicos. O ACNUR fornece verba para a aquisição de medicamento e os remete às ONG's, que apreciarão a situação dos requerentes, no quais decidiram sobre o uso dos medicamentos. Houve a criação do primeiro Centro de Referência para a Saúde dos Refugiados, instalado no Hospital dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro, para capacitar profissionais do Sistema Único de Saúde (SUS) no atendimento aos refugiados, nos moldes do que ocorre no Centro de Psiquiatria do Hospital das Clínicas em São Paulo (ACNUR, 2017).

No tocante a assistência ao direito à alimentação, acontece por intermédio de parceria entre ONG's e Serviço Social do Comércio (SESC). Essa parceria produziu um oferecimento de alimentos a baixo custo para solicitantes e refugiados, com vários descontos em relação aos preços normais das refeições.

Já a assistência ao direito à moradia é mediante abrigos públicos que são preservados pelas prefeituras municipais e os governos dos Estados, e também por meio de albergues que são sustentados pelas ONG's.

No Brasil, as mulheres correspondem a 28% dos estrangeiros já reconhecidos como refugiados. E em algumas cidades, esse número é bem maior, como por exemplo o Rio de Janeiro, no qual 48% dos refugiados presentes são mulheres (ACNUR, 2017). Aflige-se com o crescimento da intolerância, xenofobia e políticas anti-imigratórias que transpassam a conjuntura político atual, como conseqüentemente o número de conflitos armados, que afetam de modo direto os refugiados.

As mulheres em condição de refúgio no Brasil, encontram diversas dificuldades ao chegarem ao país, como problemas de acesso ao mercado de trabalho, discriminação no âmbito laboral e obstáculos no acesso a serviços e conseqüentemente na integração.

De acordo com depoimento de Vincent Cochetel, diretor do escritório do Alto Comissariado para Refugiados, a situação das mulheres solicitantes do refúgio é extremamente preocupante (ACNUR, 2016):

“Muitas mulheres e meninas que viajam por conta própria estão totalmente expostas, não podem contar com sua família ou comunidade para as proteger”. “Mesmo aquelas que viajam com a família são vulneráveis a abusos. Muitas vezes elas não relatam os crimes e, portanto, não recebem o atendimento que necessitam. Algumas mulheres contam que chegaram a se casar por desespero”

No entanto, o Brasil carece de condições econômicas e políticas públicas de integração dos refugiados na sociedade (SPRANDEL; MILESE, 2003, p. 117). De acordo com Carlet, Milesi (2006):

“[...] a realidade destas pessoas ainda está marcada por uma situação carente, do ponto de vista da inclusão em políticas públicas e das oportunidades básicas necessárias para a reconstrução de uma vida” e, “[...] no que se refere à implementação de políticas públicas para refugiados ou o acesso deste às já existentes, o Poder Público permanece, ainda, bastante distante, quando não omissivo, delegando à sociedade civil a efetivação desta tarefa e abstendo-se de trazer para si o cumprimento desta responsabilidade (pois [...] as políticas públicas voltadas para a assistência e integração são essenciais para assegurar aos refugiados seus direitos econômicos, sociais e culturais”. (CARLET; MILESI, 2006, p. 136).

## 5 O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA COMO MEIO DE INSERÇÃO AOS REFUGIADOS

O Programa Bolsa Família (PBF), elaborado em outubro de 2003, pelo Presidente Luís Inácio Lula da Silva, por intermédio da Medida Provisória (MP) nº 132 e ratificado pela Lei Federal nº 10.836, de janeiro de 2004, regimentado pelo Decreto nº 5.209 de 17 de setembro de 2004, manifestou-se do encadeamento de unificação dos programas nacionais de renda mínima ligados à saúde, com o Bolsa alimentação; à educação, com o Bolsa Escola; e acesso à alimentação, com o Cartão Alimentação e Auxílio Gás.

Os princípios que norteiam o PBF são a descentralização político-administrativa, o equilíbrio democrático e a intersetorialidade, através da distribuição de responsabilidades.

O PBF, a datar de sua implantação, opera em três proporções no enfrentamento à pobreza:

- 1) **Promoção do alívio imediato da pobreza**, por meio da transferência direta de renda à família;
- 2) **Reforço ao exercício de direitos sociais básicos nas áreas de Saúde e Educação**, que contribui para que as famílias consigam romper o ciclo da pobreza entre gerações;
- 3) **Coordenação de programas complementares**, que têm por objetivo o desenvolvimento das famílias, de modo que os beneficiários do PBF consigam superar a situação de vulnerabilidade e pobreza (BRASIL, 2006b, p.6, grifo nosso).

O PBF, cuja ação é a transferência direta de renda com condicionalidades (art. 1º da Lei n. 10.836/2004) às famílias em situação de extrema pobreza ou pobreza. Para o recebimento do benefício básico de R\$ 85,00 as famílias em situação de extrema pobreza tem que ter renda mensal de até R\$ 85,00 por pessoa, já para o benefício variável de R\$ 39,00 as famílias em

situação extrema pobreza tem que ter renda mensal por pessoa de até R\$ 85,00 e de pobreza ter renda mensal por pessoa entre R\$85,01 até R\$ 170,00 por pessoa e que tenham, na composição familiar, crianças/adolescentes de 0 a 15 anos, gestantes e/ou nutrizes, sendo que cada família pode receber até 5 benefícios variáveis.

Os propósitos do PBF conectam a garantia de segurança alimentar, com a efetivação de outros direitos, por exemplo, prática ambiental, cultura e socialmente sustentáveis, a qualidade dos alimentos, saúde e diversidade cultural. Estão no eixo do PBF a indivisibilidade dos direitos fundamentais e a participação social, pois o respeito à diversidade cultural e o fomento de práticas socialmente sustentáveis apenas podem ser acolhidos mediante o exercício da cidadania e da abertura à participação social (ZIMMERMANN, 2011, p. 135).

Como meio de alcançar os seus propósitos, o PBF inovou, viabilizando a transferência de recursos financeiros imprescindíveis a efetivação da Constituição, no tocante ao acesso dos direitos sociais básicos e, diante disso, pode ser visto como uma política social pública (WEISSHEIMER, 2010, p. 25).

Distintamente dos programas de transferência de renda antecedentes, o PBF não exclui as famílias sem filhos, as gestantes e nutrizes, mesmo que se tenha uma perspectiva restritiva quando se supõe o acesso das famílias sem filhos que é permitido apenas àquelas que estiverem em um nível de pobreza extrema e, logo, não alcançando as famílias pobres.

O Programa em seu Artigo 2, §14 da Lei 10.836 que o institui, prevê que o pagamento do benefício será preferencialmente para as mulheres. Ou seja, a lei do PBF define que as mulheres devem ser as titulares preferenciais do benefício, isto é, elas é que devem ter o cartão em seu nome e ser as responsáveis pelo saque do dinheiro.

Com a proposta de garantir um mínimo absoluto aos indivíduos sob o teto normativo do Estado democrático brasileiro, a presunção do benefício do Programa Bolsa Família tem a prerrogativa de disponibilizar aos cidadãos um pouco de auxílio financeiro que permita-lhes liquidar alguns gastos mínimos destinados ao respeito da dignidade. Nessa circunstância, e dado que o texto constitucional garante a todos um mínimo existencial, as mulheres refugiadas não podem ser excluídas do benefício, nos casos em que cumpram as condições mínimas para a permissão do benefício (ANNONI; VALDES, 2013, p. 430).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, traz a previsão dos direitos sociais, dentre eles a assistência aos desamparados. Mais adiante, em seu art. 203, salienta que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade

social, e elenca vários objetivos a serem seguidos e que reforçam o caráter universalista de assistência do texto da Carta Magna (BRASIL, 1988).

Tendo em vista que o texto constitucional não faz distinção entre nacionais e estrangeiros em relação à proteção da dignidade humana, os estrangeiros em território brasileiro dispõem dos direitos fundamentais constantes no Título II da norma que integra o direito de assistência aos desamparados (BOGUS, 2011, p. 114).

É significativo salientar que além de um instrumento de inclusão econômica, o Programa Bolsa Família é uma forma de inclusão social dos beneficiários. Como demonstra André Ramos (2008, p. 128) é característico que existam dificuldade de assistência aos estrangeiros em situação de necessidades, até porque atualmente no Brasil já é difícil assegurar a justiça social aos próprios nacionais. Contudo, uma vez que o texto constitucional não aceita segregação de direitos entre nacionais e estrangeiros em relação a garantia da dignidade humana, políticas públicas de assistência não podem segregar ou privilegiar determinados grupos em detrimento de outros.

Sem um programa de transferência de renda específico para refugiados, já existem alguns casos de mulheres refugiadas que estão inseridas no Programa Bolsa Família. O número de sírios no Bolsa Família tem crescido desde 2013, ano em que o Brasil facilitou a concessão de vistos, de acordo com o CONARE (2017).

Com a viabilidade de participação de mulheres refugiadas no Programa Bolsa Família, aplica-se o princípio da solidariedade relacionado com o princípio da humanidade, executando, assim, os objetivos fundamentais da República de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem-estar de todos, independentemente de cor, raça, idade, sexo e qualquer outra forma de discriminação.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os conflitos internos motivados por uma grave crise econômica de repercussão mundial reflete-se na redução dos direitos sociais, na instabilidade de governos, na fragilidade das instituições democráticas e pelo desrespeito ao ordenamento jurídico interno são responsáveis pela aumento da incidência da migração internacional. Parte disso deve-se ao descumprimento da declaração universal de direitos humanos, que completa esse ano seu septuagésimo aniversário, da não observância dos objetivos do milênio e a um total desrespeito às leis internas assecuratórias dos direitos sociais pelos países que vivenciam crises humanitárias.

Contudo é quanto a situação das mulheres e crianças que a vulnerabilidade é amplamente potencializada no que se refere ao refúgio. Para que essa hipervulnerabilidade das mulheres,

crianças e adolescentes seja erradicada existe a necessidade da criação de políticas públicas de acolhimento e empoderamento da condição feminina e das crianças e adolescentes.

Programas sociais, como o Bolsa Família que permitam o mínimo existencial, mas que assegure o desenvolvimento das potencialidades femininas são indispensáveis à construção da equidade de gênero para aquelas que estão em situação de refúgio.

Ser uma mulher refugiada impõe uma série de restrições à dignidade feminina, porque nem os campos de refugiados, muito menos as rotas internacionais são seguras, além do que a subalternização do feminino e da força de trabalho das mulheres expõem as chagas da desigualdade e da violência de gênero. Essa violência precisa ser erradicada para que possamos viver o livre exercício de uma cidadania verdadeiramente igualitária e não discriminatória.

## REFERÊNCIAS

ACNUR. **Manual de procedimentos e critérios a aplicar para determinar o Estatuto de Refugiado – de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados**. Genebra, 1992.

ANNONI, Danielle; VALDES, Lysian Carolina. **O direito internacional dos refugiados e o Brasil**. Curitiba: Juruá, 2013.

APRILE, Sylvie. **De l'exilé a l'exilée: une histoire sexuée de la proscription politique outre-Manche et outre-Atlantique sous le Second Empire**. In: FRIDENSON, Patrick. (Dit). *Le Mouvement Social: Réfugié(e)s*. nº225, Paris: La Decouverte, out-dez, 2008.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BAUMAN, Zygmunt. **A cultura no mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

\_\_\_\_\_. **Strangers at our door**. Male, MA: Polity, 2016.

BÓGUS et al., Lúcia Maria Machado. **Os refugiados e as políticas de proteção e acolhimento no Brasil: História e Perspectivas**. In: *Dimensões*, vol. 27, p. 101- 114, 2011.

BRASIL, Ministério das Relações Exteriores (2017). **Refugiados e CONARE**. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/153-refugiados-e-o-conare>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 9.474/97. **Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Secretaria Nacional de Assistência Social. **Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do SUAS - NOBRH/SUAS**. Brasília, DF: 2006a.

CARLET, F.; MILESI, Rosita. Refugiados e políticas públicas. In: RODRIGUES, Viviane Mozine (Org.). **Direitos humanos e refugiados**. Vila Velha/Espírito Santo: Nuarens – Centro Universitário Vila Velha; ACNUR; IMDH, 2006. p. 123-150.

CONARE. **A atuação do comitê nacional para refugiados como mecanismo e instrumento para implementação de ações de proteção e apoio aos refugiados no Brasil**. 2017.

FREEDMAN, Jane. **Genre et migration forcée: les femmes exilées en Europe**. Les Cahiers du CEDREF. Femmes, genre, migrations et mondialisation: un état des problématiques, vol. 16, Université Paris Diderot, 2008.

GROUPE ASILE FEMMES. **Droit d'asile et femmes: guides pratique**. Paris, jun. 2007.

LACAZE, Florence. **Femmes migrantes: de l'invisibilité à la superexposition**. Maux d'exil. Dossier: Femmes et exilée, une double discrimination. nº 20, Comede, set. 2007.

LEÃO, Renato. O reconhecimento do refugiado no Brasil no início do século XXI. In: Barreto, Luiz (Org.). **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas**. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

MACKLIN, Audrey. Refugee women and the imperative of categories. **Hum. Rts. Q.**, v. 17, p. 213, 1995.

OBSERVATOIRE DE L'ASILE ET DES RÉFUGIÉS. **Le droit d'asile au féminin: cadre législatif et pratiques**. In: MATEO, Asisé (Dir.). Le Cahiers du Social. nº 32, Paris: France Terre d' Asile, dez. 2011.

PACÍFICO, Andrea Maria Calazans Pacheco. **O capital social dos refugiados: bagagem cultural e políticas públicas**. Maceió: Editora EDUFAL, 2010.

SCHWINN, Simone Andrea; COSTA, Marli Marlene Moraes. Mulheres refugiadas e vulnerabilidade: a dimensão da violência de gênero em situações de refúgio e as estratégias do acnur no combate a essa violência. **Revista Signos**, v. 37, n. 2, 2016.

SILVA, César Augusto. **A política migratória brasileira para refugiados (1998-2014)**. Curitiba: Íthala, 2015.

SPRANDEL, Márcia; MILESI, Rosita. O Acolhimento a Refugiados no Brasil: Histórico, Dados e Reflexões. In: MILESI, Rosita. **Refugiados: Realidades e Perspectivas**. Brasília: Loyola, 2003. p. 119-121

TRINDADE, Augusto Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

WEISSHEIMER, Marco Aurélio. **Bolsa família**: avanços, limites e possibilidades do programa que está transformando a vida de milhões de famílias no Brasil. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2010.

ZIMMERMANN, Clóvis Roberto. Os programas sociais sob a ótica dos direitos humanos: o caso do Bolsa Família do governo Lula no Brasil. **SUR Revista internacional de direitos humanos**. vol.3, n.4, pp.144-159, 2006.





# A ATIVIDADE NORMATIVA DO PODER EXECUTIVO: ANÁLISE DA POLÍTICA BRASILEIRA DE FORMAÇÃO DE PROFESSORES DA EDUCAÇÃO BÁSICA

*Ighor Rafael de Jorge*  
(Universidade de São Paulo)  
ighor@usp.br

**RESUMO:** Embora diversos trabalhos no campo educacional tenham discutido a formação de professores sob o seu aspecto pedagógico, são pouco exploradas abordagens jurídicas da atividade docente. Assim, o objetivo deste artigo é analisar a base normativa que disciplina a formação de professores da educação básica, com ênfase na atividade normativa do CNE, órgão auxiliar do Poder Executivo em matéria educacional, que edita pareceres e portarias destinados à concretização dos comandos legais abstratos. A avaliação qualitativa das principais normas foi feita a partir de princípios e métodos da Legística, noção centrada no aperfeiçoamento da redação e na aplicação de técnicas que viabilizem o cumprimento dos objetivos visados pelos formuladores de políticas públicas. Como consequência da desarticulação das esferas governamentais, conclui-se que o quadro normativo que rege a formação de professores é fragmentado, com um número excessivo de normas regulamentadoras, caracterizadas pela dispersão temática e reduzida densidade normativa, o que compromete a delimitação da identidade formativa dos profissionais do magistério.

**Palavras-chave:** Direito à Educação. Formação de Professores. Legística. Poder Executivo.

## 1 INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

Ainda que as políticas públicas<sup>2</sup> não possam ser reduzidas às disposições jurídicas com as quais se relacionam, o fato é que são expressas em formas definidas e disciplinadas pelo direito por força do princípio da legalidade<sup>3</sup> (BUCCI, 2008, p. 228). Em outras palavras, por meio das normas jurídicas são plasmados “os objetivos, as diretrizes e os meios da atividade estatal dirigida” (MASSA-ARZABE, 2006, p. 67).

Na concepção liberal de Estado, atrelada à teoria clássica da separação dos poderes, a função normativa, adstrita ao Legislativo, era voltada para a contenção do poder. Entretanto, no Estado Social, com a ação do Estado direcionada para a concretização de finalidades materiais, o Poder Executivo passou a desempenhar um “papel hegemônico” (COMPARATO, 1998, p. 44).

Como aponta José Eduardo Faria (2018, p. 243), uma das limitações estruturais do direito positivo é a incompatibilidade entre seu perfil arquitetônico e a complexidade da sociedade contemporânea:

---

<sup>1</sup> Este trabalho contempla o desenvolvimento de algumas das ideias apresentadas na dissertação de mestrado defendida pelo autor na Faculdade de Direito da USP em abril de 2018 (JORGE, 2018).

<sup>2</sup> Adota-se neste artigo o conceito de políticas públicas proposto por Maria Paula Dallari Bucci (2008, p. 251): “arranjos institucionais complexos, expressos em estratégias ou programas de ação governamental, que resultam de processos juridicamente regulados, visando adequar meios e fins”.

<sup>3</sup> Tendo em vista que grande parte da atividade da Administração Pública contemporânea é marcada pela promoção de direitos fundamentais, o que dificulta a previsão de todas as condutas administrativas possíveis, há um alargamento do princípio da legalidade administrativa, que abrange não só a lei em sentido formal, mas também “todo um bloco de legalidade integrado por diversas fontes normativas que compõem o ordenamento jurídico” (SCHIRATO, 2011, p. 509).

Suas normas tradicionalmente padronizadoras, editadas com base nos princípios da impessoalidade, da generalidade, da abstração e do rigor semânticos e organizadas sob a forma de um sistema unitário, lógico, fechado, hierarquizado, coerente e postulado como isento de lacunas e antinomias, são singelas demais para dar conta de uma pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais cada vez mais diferenciadas. Seu formalismo impede a visão da complexidade socioeconômica e da crescente singularidade dos conflitos. Seus princípios gerais, suas regras e seus procedimentos não mais conseguem regular e disciplinar, guardando a devida coerência sistêmica, fatos multifacetados e heterogêneos. No entanto, como o Estado não pode deixá-los sem algum tipo de controle, ele se vê obrigado a editar normas *ad hoc* para casos altamente específicos e singulares. E quanto mais sua produção normativa caminha nessa linha, aumentando o número de textos legais com um potencial bastante circunscrito no tempo e no espaço, mais o direito positivo vai se expandindo de forma confusa e desordenada.

Com efeito, se por um lado a atividade normativa do Poder Executivo é necessária no Estado Social para a consecução de programas governamentais, sobretudo pelos atributos de flexibilidade e revisibilidade, indispensáveis para a “autocorreção operacional das políticas públicas” (COUTINHO, 2015, p. 469), por outro lado, a quantidade de centros de decisão administrativa e política envolvidos na regulamentação das ações governamentais é um dos entraves na fase de implementação de políticas públicas, uma vez que o êxito de uma estratégia de governo depende da articulação dos agentes envolvidos e da organicidade do direito produzido. Como as políticas públicas são realizadas progressivamente no tempo, o Direito perde grande parte de sua certeza e previsibilidade, “pois nem os objetivos nem os meios são fixados invariavelmente” (DELLEY, 2004, p. 118).

Diante desse quadro, o presente trabalho contemplou a análise dos marcos normativos da política brasileira de formação de professores da educação básica. Além do conteúdo da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Escolar de 1996, será enfatizada a atividade normativa desempenhada pelo Conselho Nacional de Educação (CNE), um dos órgãos auxiliares do Poder Executivo na normatização das políticas de educação.

Os objetivos gerais da pesquisa foram a avaliação dos diversos processos que são estruturados, para além dos comandos constitucionais, no campo da formação de professores, dimensão que tem sido pouco explorada no campo de estudos do direito à educação, e a sistematização do quadro normativo que disciplina as ações governamentais do campo.

A principal hipótese da pesquisa é a de que o quadro normativo que disciplina a formação de professores da educação básica é demasiadamente simbólico e com poucas diretrizes para a implementação das diretrizes curriculares pelas instituições de ensino. Os diversos subsistemas de normas que regulam a carreira do magistério não se articulam adequadamente, sobretudo por conta de arranjos jurídico-institucionais fragmentários, que são entraves para a eficácia e efetividade das ações governamentais.

Na dissertação que deu origem às ideias desenvolvidas neste artigo (JORGE, 2018), foram adotados, de forma conjugada, os métodos de abordagem dedutivo e indutivo, em conformidade com a proposta metodológica formulada por Maria Paula Dallari Bucci (2013, p. 293).

No tocante ao aspecto teórico, foi feita uma análise qualitativa das principais normas regulatórias dos cursos formação de professores da educação básica. A pesquisa avaliou a adequação do quadro normativo a partir dos princípios da Legística, formulação centrada na efetividade do processo de elaboração normativa.

## 2 DIREITO, LEGÍSTICA E POLÍTICAS PÚBLICAS

O reconhecimento de que a eficiência da legislação e das políticas públicas depende da adoção de técnicas voltadas para a qualidade dos atos normativos motivou, em meados da década de 1990, a difusão de diretrizes e recomendações pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (SOARES, 2007, p. 139). Muitas dessas técnicas de juridificação e de elaboração das leis são trabalhadas pela “Legística”. Trata-se de disciplina jurídica, de natureza interdisciplinar, estruturada como resposta à inflação legislativa do Estado Social<sup>4</sup>, centrada na racionalização do processo de elaboração normativa<sup>5</sup>, por meio de métodos e prescrições<sup>6</sup> que visam garantir não só a qualidade formal como também substancial dos atos normativos (MORAIS, 2007, p. 209).

Em linhas gerais<sup>7</sup>, a Legística compreende duas linhas investigativas principais: (i) a Legística Formal, voltada para a adoção de técnicas de redação, simplificação e sistematização dos

---

<sup>4</sup> “O desenvolvimento contemporâneo da Legística acompanha o do Estado intervencionista, o Estado das grandes políticas públicas, que ambiciona, se não revolucionar a sociedade, pelo menos influenciar o seu curso, quer seja em matéria econômica (estimular o crescimento, domesticar a inflação), social (combater as desigualdades, evitar a exclusão) ou em matéria de formação (promover uma parte determinada de uma faixa de idade a um grau explícito de formação) principalmente” (FLÜCKIGER; DELLEY, 2007, p. 37)

<sup>5</sup> São ferramentas da Legística: “1. Análise da situação existente (suporte da decisão de legislar); 2. Determinação dos objetivos a serem atingidos pela ação legislativa; 3. Definição do Problema que a ação legislativa pretende solucionar; 4. Busca dos possíveis meios e instrumentos que podem ser usados para solucionar o problema; 5. Análise das possíveis alternativas e a escolha da solução; 6. Desenho da legislação; 7. Ações para publicação e entrada em vigor; 8. Implementação da Legislação; 9. Avaliação e Retrospectiva dos Efeitos; 10. Adaptação da Legislação /Regulação” (SOARES, 2013, p. 166)

<sup>6</sup> Foram adotadas no Brasil algumas políticas legislativas, que podem ser definidas como meta-políticas com foco na melhoria da qualidade e da performance dos atos normativos, tanto em aspectos formais como materiais (PAULA, 2016). No plano federal, podem ser mencionadas a Lei Complementar n° 95, de 26 de fevereiro de 1998 e o Decreto n° 9.191/2017, que revogou o Decreto 4.176/2002, que contém prescrições formais e materiais, além de um *check list* prévio à elaboração da norma. Entretanto, verifica-se que os procedimentos previstos nas normas não foram efetivamente incorporados ao processo de produção normativa da administração pública (PAULA, 2016, p. 353; SOARES, 2007, p. 140).

<sup>7</sup> Para uma exposição mais completa dos antecedentes históricos e dos fundamentos da Legística, ver: JORGE, 2018, p. 83-122; MORAIS, 2007, p. 37-205 e SOARES, 2007.

textos normativos, destinadas a assegurar a correção gramatical, clareza, coerência e inteligibilidade das normas (MORAIS, 2007, p. 70) e a (ii) Legística Material, voltada para o “conteúdo da matéria a ser regulamentada e a maneira de conceber a ação” (FLÜCKIGER; DELLEY, 2007, p. 39). A partir de mecanismos de avaliação, visa “assegurar que a concepção da lei observe requisitos de qualidade e de validade que lhe permitam preencher, adequadamente e com eficiência, os seus objetivos operacionais” (MORAIS, 2007, p. 70).

Assim, os métodos de Legística promovem a articulação entre meios (atos normativos) e fins (resultados esperados pelos formuladores de políticas públicas), o que cria condições para o estabelecimento de um debate interdisciplinar genuíno entre o Direito e o campo de análise de políticas públicas<sup>8</sup>.

### **3 A BASE NORMATIVA DA POLÍTICA DE FORMAÇÃO DE PROFESSORES DA EDUCAÇÃO BÁSICA**

No que interessa aos profissionais do magistério, a CF de 1988 tem como princípios a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber e o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, incisos I e II); a valorização profissional (art. 206, inciso V) e a gestão democrática do ensino público, que tem como uma de suas formas de expressão a participação dos professores na gestão e na definição dos projetos político-pedagógicos das escolas (art. 206, inciso VI). É importante realçar que o princípio da valorização dos profissionais da educação escolar tem âmbito de proteção amplo (XIMENES, 2014, p. 204), para além da valorização econômica da profissão, materializada na instituição de um piso salarial nacional para os profissionais da educação pública (art. 206, incisos V e VIII).

O princípio também abrange a valorização quanto às condições de trabalho, por meio de recursos do FUNDEB (art. 60 da ADCT); a valorização social, contemplada pela formulação de plano de carreira e ingresso por concurso, condições de trabalho e aposentadoria especial para o magistério da educação básica (art. 206, inciso V, c/c art. 1º, inciso IV e art. 40, parágrafo 5º) e a valorização em termos de formação inicial e continuada (art. 206, inciso V, c/c art. 206, incisos III e VII), o que impõe a delimitação de uma identidade formativa ao profissional do magistério.

---

<sup>8</sup> “o que caracteriza a política pública é o encadeamento de ações e consequências, as vezes dependente de múltiplos centros de imputação jurídica, envolvidos na inovação institucional. O desafio é criar capacidade de articular não apenas pessoas, mas agora normas e efeitos previstos em normas e, dito melhor, as relações jurídicas objeto dessas normas. O fenômeno das cadeias normativas, a partir das quais se definem os regimes jurídicos, que, afinal, conferem tratamento de conjunto a uma situação, identificando papéis e estabelecendo a dinâmica dos atores sociais, merece a consideração como tal, isto é, como conjunto, mais do que cada norma considerada em si. [...] O papel da base normativa do programa é renovar tanto a cadeia de incidência de efeitos jurídicos como a sucessão de consequências deles no plano social, da qual decorre sua legitimidade [...] A qualidade da base jurídica e a densidade institucional da política [pública] refletem-se reciprocamente” (BUCCI, 2013, p. 260-261)

Entretanto, se a proteção constitucional reforçada é condição suficiente para a intervenção das instituições judiciais<sup>9</sup> no campo educacional, sobretudo pela compreensão do direito à educação como direito subjetivo, o mesmo não pode ser dito do conteúdo das ações governamentais e da efetiva formulação e implementação de políticas públicas educacionais pelos entes federados.

Uma das dificuldades que envolve a efetivação do direito fundamental à educação, na dimensão normativa, no que concerne à carreira docente, é a definição do conteúdo jurídico da formação de professores. Faltam nas leis<sup>10</sup> padrões claros do “que faz de um professor um bom professor”, “como deve ser formado” e “quais habilidades devem ter um bom professor”, conceitos que são disputadas por grupos com diferentes interesses e concepções pedagógicas sobre as políticas educacionais, o que torna o processo de elaboração normativa conflituoso e moroso.

O modelo da política de formação de professores pode ser explicado a partir da noção de dependência da trajetória (*path dependence*), conceito do neoinstitucionalismo histórico, corrente da ciência política, que parte da premissa de que as preferências dos atores sociais, políticos e econômicos são moldadas por organizações coletivas e instituições que carregam traços da própria história (IMMERGUT, 2007, p. 173), ou seja, os arranjos institucionais anteriores influenciam a estruturação das políticas públicas subsequentes (MARQUES, 2015, p. 663).

No começo do século XX, as Escolas Normais de nível médio eram o espaço de formação de professores para as séries iniciais, ao passo que a formação dos professores para o curso secundário cabia às instituições de nível superior, nos cursos de licenciatura (GATTI; BARRETO, 2009, p. 38).

O curso de Pedagogia, regulamentado em 1939, era destinado à formação de bacharéis especialistas em educação e, secundariamente, à formação de docentes para as escolas normais (GATTI; BARRETO, 2009, p. 37). Ou seja, originalmente o propósito do curso de pedagogia era a formação de pensadores da educação e gestores escolares. Entretanto, a partir da reforma universitária de 1968, a formação das séries iniciais foi deslocada para os cursos de pedagogia

---

<sup>9</sup> Em meados dos anos 2000, uma vasta bibliografia sobre judicialização dos direitos sociais foi produzida. Entretanto, essa perspectiva não explora a “dimensão jurídica” das políticas públicas, uma vez que é adstrita aos papéis institucionais dos juízes e tribunais. Conforme Bucci (2008, p. 258), uma das premissas para a estruturação de uma abordagem jurídica de políticas públicas, é o enfoque na estruturação e no funcionamento jurídico da política pública analisada: “a tônica não recairia mais sobre o direito subjetivo, o acesso ao direito – ter oportunidade de se educar ou não, ter acesso aos benefícios da assistência à saúde ou não-, mas ao modo de organização das estruturas jurídicas, internas ao Estado ou mediadas por ele (no sentido de sujeitas, com maior ou menor intensidade, à sua órbita jurídica), que fazem eficaz o exercício do direito”.

<sup>10</sup> As expressões leis e normas serão empregadas, sem maior rigor jurídico, como sinônimas.

(GATTI; BARRETO, 2009, p. 40), o que contribuiu para o esvaziamento gradativo dos cursos normais, mais próximos da dinâmica das escolas, como espaço de formação de professores.

Algumas concepções pedagógicas enfatizam a formação prática do professor<sup>11</sup>, porém, a formação universitária tradicional é voltada para aspectos teóricos<sup>12</sup>. Como aponta Dourado (2009, p. 10), a dicotomia entre teoria e prática<sup>13</sup>, “tem resultado em legislações diversas no campo e, de maneira geral, pouco tem contribuído para o avanço do estado da arte da formação e para a atuação profissional do professor”.

Os estágios, na maioria das vezes, são atividades burocráticas, destinadas ao cumprimento de créditos, baseados no mero acompanhamento de aulas, “e não uma política sistemática de formação docente” (ABRUCIO, 2015, p. 45). Ou seja, não favorecem a articulação entre as teorias e práticas educacionais.

Na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Escolar (LDB) (Lei nº 9.394/1996), foi dedicado um título aos profissionais da educação, porém, não foi delineada a identidade formativa (*profissionalidade*) dos docentes da educação básica, o que enfraquece a *profissionalização* da carreira do magistério<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Em linhas gerais, são as concepções defendidas pelos órgãos de desenvolvimento econômico e social, como a OCDE, o FMI e o Banco Mundial, que influenciam a formulação das políticas educacionais dos países em desenvolvimento (Cf. Jorge, 2018, p. 59-65). Por mais que a dimensão produtivista da educação seja relevante para a superação do subdesenvolvimento e crescimento econômico, é importante ressaltar que a concepção de educação prevista na Constituição de 1988, que deve nortear qualquer política educacional, é mais abrangente e ambiciosa (CF, art. 205). Além da qualificação para o trabalho, os processos educacionais devem promover o pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para a cidadania.

<sup>12</sup> “O modelo propugnado pelas universidades de ponta, mormente as públicas, se concentrou na área de pesquisa, de modo que vêm formando, em certa medida, mais “pensadores da Educação”, em vez de docentes preparados para as escolas públicas reais da Educação Básica, seja em termos de metodologias de ensino, seja em termos vocacionais” (ABRUCIO, 2015, p. 14).

<sup>13</sup> Na análise do conteúdo das ementas dos projetos pedagógicos de algumas instituições de ensino, Gatti (2010) constatou que “há instituições que propõem o estudo dos conteúdos de ensino associados às metodologias, mas, ainda assim, de forma panorâmica e pouco aprofundada. Então, mesmo no conjunto de 28,9% de disciplinas que podem ser classificadas como voltadas à formação profissional específica, o que sugerem as ementas é que esta formação é feita de forma ainda muito insuficiente, pelo grande desequilíbrio entre teorias e práticas, em favor apenas das teorizações mais abstratas [...] Quando se agrega ao conjunto de disciplinas dedicadas aos fundamentos da educação as disciplinas variadas e gerais, que poderíamos chamar de “outros saberes”, e as “atividades complementares”, chega-se a quase 40% do conjunto de disciplinas oferecidas. Por outro lado, fica pouco claro o que nos currículos se qualifica como “atividades complementares”. Estas não são especificadas. Juntando a esse panorama as disciplinas optativas ofertadas, a maioria com o caráter de formação genérica [...] pode-se inferir que a parte curricular que propicia o desenvolvimento de habilidades profissionais específicas para a atuação nas escolas e nas salas de aula fica bem reduzida”. Ver também Abrucio (2015) e Gatti e Barreto (2009).

<sup>14</sup> Bernardete Gatti (2010) esclarece que a *profissionalidade* deve ser vista como “o conjunto de características de uma profissão que enfeixam a racionalização dos conhecimentos e das habilidades necessários ao exercício profissional” e a *profissionalização* “como a obtenção de um espaço autônomo, próprio à sua *profissionalidade*, com valor claramente atribuído pela sociedade como um todo. [...] não há consistência em uma *profissionalização*, sem a constituição de uma base sólida de conhecimentos e formas de ação. Com essas concepções, coloca-se a formação de professores

Em relação ao ambiente formativo, a redação da LDB é pouco clara<sup>15</sup> e aparentemente ambígua. Foi estabelecida, como regra, a formação em nível superior, em cursos de licenciatura plena (art. 62), permitida, em caráter excepcional, a formação oferecida no ensino médio, na modalidade normal, para o exercício do magistério na educação infantil e nos anos iniciais do ensino fundamental.

Também foi prevista a figura dos Institutos Superiores de Educação (art. 63), que seriam, na concepção inicial, centros formativos voltados para a multidisciplinaridade<sup>16</sup>, prática de ensino e articulação entre as formações disciplinares e pedagógicas, um aparente contraponto ao modelo de formação das universidades e faculdades, orientado para a pesquisa e difusão de conteúdos teóricos (ABRUCIO, 2015, p. 13), com cursos desintegrados, “licenciaturas isoladas entre si, ancoradas em departamentos disciplinares estanques” (GATTI; BARRETO; ANDRÉ, 2011, p. 96). Assim, o objetivo foi o estabelecimento de um espaço próprio de formação de professores, que articulasse, por meio de concepção curricular integrada, os diversos cursos de formação docente (inicial e continuada).

Nos Institutos Superiores de Educação, seriam ofertados os cursos normais superiores, destinados à formação de educadores para o ensino infantil e séries iniciais do ensino fundamental, e programas de educação continuada para os profissionais de educação de diversos níveis. Assim, provavelmente, os cursos de pedagogia concentrariam apenas a formação de profissionais para a gestão escolar.

Entretanto, a previsão da LDB não teve efeito concreto, sobretudo pela falta de medidas estratégicas e normativas que induzissem a adoção da nova estrutura formativa. Como apontam Gatti e Barreto (2009), a oferta de cursos no âmbito do modelo institucional dos Institutos Superiores de Educação exigiria não só uma estrutura integrada, mas também condições

---

para além do imprevisto, na direção de superação de uma posição missionária ou de ofício, deixando de lado ambiguidades quanto ao seu papel como profissional”.

<sup>15</sup> A clareza, como expõe Carlos Blanco de Moraes (2007, p. 527), é um dos atributos que devem orientar a redação e sistematização das leis: “objetivos pouco claros ou contraditórios, dificuldades de transcrição correta do pensamento do *legislador* em termos que o dissociem da mensagem e o uso propositado de fórmulas ambíguas para acomodar compromissos em leis negociadas são fatores que contribuem para um pensamento legislativo incompleto ou obscuro”.

<sup>16</sup> Decreto n° 3.276, de 6 de dezembro de 1999 (Dispõe sobre a formação em nível superior de professores para atuar na educação básica): Art. 2°. Os cursos de formação de professores para a educação básica serão organizados de modo a atender aos seguintes requisitos: [...] III - formação básica comum, com concepção curricular integrada, de modo a assegurar as especificidades do trabalho do professor na formação para atuação multidisciplinar e em campos específicos do conhecimento; IV - articulação entre os cursos de formação inicial e os diferentes programas e processos de formação continuada.



específicas para a contratação de docentes<sup>17</sup>, características que aumentariam os custos e demandariam a reestruturação organizacional das instituições de ensino, mudanças de culturas formativas que foram de encontro às perspectivas dos grupos de interesse consolidados (academia, sindicatos, instituições de ensino, etc.).

### 3.1 O processo de elaboração normativa no CNE

No âmbito do Poder Executivo, pode ser destacada a atividade normativa do Conselho Nacional de Educação (CNE)<sup>18</sup> que nos termos do art. 7º da Lei n. 9.131, de 1995, possui funções normativas e deliberativas no campo educacional. Compete ao CNE, ainda, resguardar a participação da sociedade no aprimoramento da Educação brasileira, bem como a prestação de assessoria ao Ministro de Estado da Educação no diagnóstico dos problemas educacionais e a deliberação sobre medidas para aperfeiçoar os sistemas de ensino. As atividades deliberativas do CNE são aplicáveis a todos os sistemas de ensino quando homologadas pelo Ministério da Educação<sup>19</sup>.

Entretanto, por mais que o CNE seja um órgão de caráter técnico, a escolha e nomeação dos conselheiros é feita pelo Presidente da República<sup>20</sup>. Com efeito, no contexto de um “presidencialismo de coalizão”, combinação institucional do sistema de governo brasileiro, o papel normativo CNE acaba tendo reduzida função ordenadora, uma vez que os membros do conselho representam forças políticas nem sempre comprometidas inteiramente com a “direção governamental” ou representam grupos de interesse. Assim, o padrão de interação do conselho é marcado pelo conflito e influi na política educacional com dificuldade, dadas as “indefinições e concorrência de funções” com o MEC (DRAIBE, 1998, p. 14).

Ademais, como constatado por Jorge (2018), o sistema normativo do CNE, de natureza regulatória, é pouco integrado à Capes, agência de fomento que responde não só pela formação de profissionais da educação na pós-graduação, como também, desde a edição da Lei nº 11.502/2007, pela formulação de programas governamentais direcionados para a formação de professores da educação básica, o que aumenta o risco de promoção de ações desencontradas.

---

<sup>17</sup> Cf. Resolução CNE/CP nº 1, de 30 de setembro de 1999.

<sup>18</sup> Embora os Conselhos de Educação dos Estados e Municípios também possuam papéis relevantes na definição normativa de aspectos substantivos das políticas de formação de professores, o trabalho é centrado na atividade normativa exercida pelo CNE, uma vez que a regulação da educação no país está concentrada no âmbito da União. Ademais, a necessidade de instituição de um Sistema Nacional de Educação (CF de 1988, art. 214, *caput*) torna ainda mais relevante o papel da União na coordenação das políticas educacionais.

<sup>19</sup> Cf. Regimento Interno do CNE, instituído pela Portaria MEC nº 1.306, de 2 de setembro de 1999.

<sup>20</sup> Lei 9.131/1995, art. 8º.



Entre 1997 e 2017, após a LDB de 1996, foram editadas pelo CNE mais de quarenta resoluções ligadas à formação de professores (JORGE, 2018, p. 134), sem contar os pareceres, com propostas de resoluções, que não foram homologados, de modo que a adoção de procedimentos para a consolidação da legislação é necessária não só pela quantidade de atos normativos, como também pela complexidade das matérias (DOURADO, 2009, p. 8).

Parte das resoluções e pareceres que formam o cipoal normativo sobre formação de professores são defasadas, parcialmente desatualizadas ou sobrepostas a outras, o que gera incertezas sobre o ato normativo que deve nortear as instituições de ensino e a atividade dos gestores públicos (JORGE, 2018). Em algumas resoluções, dissociadas da cadeia normativa pré-existente, não são mencionadas de forma exaustiva as normas ou disposições revogadas. Em geral, é indicada apenas a revogação das disposições em contrário, diferentemente do que prescreve o art. 9º da LC nº 95/1998<sup>21</sup>.

Além da fragmentação dos inúmeros instrumentos legais, as estruturas normativas das Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de graduação em pedagogia, licenciatura (Resolução CNE/CP nº 1/2006) e das Diretrizes Curriculares Nacionais para a formação inicial em nível superior e para a formação continuada (Resolução CNE nº 2/2015), bases para toda a atuação regulatória nos cursos de formação de professores da educação básica, carecem de força normativa cogente.

Em linhas gerais, a densidade normativa das normas é determinada pelo caráter das disposições (detalhado ou aberto); o tipo de vocábulo (noções jurídicas e definições determinadas ou indeterminadas) e pelas enumerações dos artigos (exaustivas ou exemplificativas) (MADER, 2007, p. 203). Quanto mais genéricos os objetivos definidos nas normas jurídicas que regem o funcionamento das políticas públicas, maior será a possibilidade de influência dos grupos de pressão e mais discricionária será a implementação pelos burocratas que atuam na execução (OLIVEIRA, 2013, p. 26).

A Resolução CNE/CP nº 1/2006 é repleta de disposições abertas e genéricas. Prevaecem jargões pedagógicos, conceitos indeterminados e expressões imprecisas (v.g. “articulação entre conhecimentos científicos e culturais”; “valores éticos e estéticos”; “diferenças de natureza ambiental-ecológica”; “escolhas sexuais”), o que gera a dispersão da finalidade da norma, como exemplificado pelo trecho transcrito abaixo:

Art. 2º[...]§ 1º Compreende-se a docência como ação educativa e processo pedagógico metódico e intencional, construído em relações sociais, étnico-raciais e produtivas, as quais influenciam conceitos, princípios e objetivos da Pedagogia, desenvolvendo-se na articulação entre conhecimentos científicos e culturais, valores éticos e estéticos inerentes

---

<sup>21</sup> Art. 9º A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.

a processos de aprendizagem, de socialização e de construção do conhecimento, no âmbito do diálogo entre diferentes visões de mundo. § 2º O curso de Pedagogia, por meio de estudos teórico-práticos, investigação e reflexão crítica, propiciará: I - o planejamento, execução e avaliação de atividades educativas; II - a aplicação ao campo da educação, de contribuições, entre outras, de conhecimentos como o filosófico, o histórico, o antropológico, o ambiental-ecológico, o psicológico, o linguístico, o sociológico, o político, o econômico, o cultural. Art. 5º O egresso do curso de Pedagogia deverá estar apto a: [...] V - reconhecer e respeitar as manifestações e necessidades físicas, cognitivas, emocionais, afetivas dos educandos nas suas relações individuais e coletivas; [...] X - demonstrar consciência da diversidade, respeitando as diferenças de natureza ambiental-ecológica, étnico-racial, de gêneros, faixas geracionais, classes sociais, religiões, necessidades especiais, escolhas sexuais, entre outras;

Como consequência, “não é fácil identificar na Resolução do CNE uma orientação que assegure um substrato comum em âmbito nacional a dar um mínimo de unidade” ao curso de pedagogia (SAVIANI, 2007, p. 127).

No mesmo sentido, as disposições da Resolução CNE/CP nº2/2015, apresentam reduzida densidade normativa. Está previsto no ato normativo o “princípio da articulação entre teoria e prática”, uma das estratégias contempladas no Plano Nacional de Educação de 2014<sup>22</sup> para a formação de professores (meta 15), consistente na valorização das “práticas de ensino e os estágios nos cursos de formação de nível médio e superior dos profissionais da educação, visando ao trabalho sistemático de articulação entre a formação acadêmica e as demandas da educação básica”. Entretanto, a norma não explicita como se dará efetivamente a referida “articulação”. Faltam diretrizes que conduzam à estruturação dos projetos pedagógicos pelas instituições de ensino e à formulação e implementação de programas governamentais:

Art. 3º A formação inicial e a formação continuada destinam-se, respectivamente, à preparação e ao desenvolvimento de profissionais para funções de magistério na educação básica em suas etapas [...] a partir de compreensão ampla e contextualizada de educação e educação escolar, visando assegurar a produção e difusão de conhecimentos de determinada área e a participação na elaboração e implementação do projeto político-pedagógico da instituição, na perspectiva de garantir, com qualidade, os direitos e objetivos de aprendizagem e o seu desenvolvimento, a gestão democrática e a avaliação institucional. [...]§ 5º São princípios da Formação de Profissionais do Magistério da Educação Básica: [...] V - **a articulação entre a teoria e a prática no processo de formação docente**, fundada no domínio dos conhecimentos científicos e didáticos, contemplando a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão;

A produção normativa do CNE, marcada pelo simbolismo, reflete a falta de consenso sobre o modelo de formação de professores. Segundo Marcelo Neves (2011, p. 54), uma das características da legislação simbólica é a aparente conciliação entre propósitos antagônicos, que implica na manutenção do *status quo* e é uma forma de “adiar conflitos políticos sem resolver realmente os problemas sociais subjacentes”.

---

<sup>22</sup> Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014.

Também faltam no quadro normativo CNE conceitos específicos sobre a formação de professores por meio da Educação a Distância, “flexibilidade” que facilitou a implementação de “modelos industriais” de EaD no segmento educacional privado lucrativo<sup>23</sup>. Nas últimas décadas foi expressivo o aumento dessa modalidade, sobretudo nas instituições privadas. Conforme dados do Censo da Educação de 2015, 41,2% das matrículas em licenciaturas foram registradas em instituições públicas e 58,8% em instituições privadas. No caso dos cursos ofertados por instituições privadas, pouco mais da metade das matrículas em cursos de licenciatura é oferecida na modalidade a distância (51,1%).

Diante da dificuldade do CNE em avançar na disciplina jurídica de questões polêmicas, uma das estratégias governamentais é a formulação de programas governamentais como forma de acelerar a inserção de temas ligados à alteração de diretrizes curriculares na agenda do CNE e de outras arenas decisórias.

Em 15 de outubro de 2017, o MEC/Capes anunciou o estabelecimento de uma nova Política Nacional de Formação de Professores, que teria como ação central o “Programa de Residência Pedagógica”, anunciado pelo governo como uma “modernização” do PIBID, consistente no “estágio supervisionado, com ingresso a partir do terceiro ano da licenciatura, ao longo do curso, na escola de educação básica” (BRASIL, 2017), ou seja, a tentativa de promover maior articulação entre os centros formadores e as redes de ensino. É interessante observar que há apenas uma vaga menção às residências pedagógicas na Resolução CNE/CP nº 2/2015, como forma de “enriquecimento curricular” (art. 12, inciso III, ‘a’).

#### 4 CONCLUSÃO

A despeito da proteção jurídica constitucional reforçada conferida aos profissionais do magistério, não há no quadro normativo que sustenta a formação de professores uma identidade formativa clara. Faltam medidas indutoras<sup>24</sup> e padrões que conduzam à incorporação das prescrições normativas aos currículos dos cursos de licenciaturas. Em linhas gerais, algumas

---

<sup>23</sup> Cabe pontuar que a formação de professores por meio da EaD é mais um dos temas de política educacional permeado por dissensos. De um lado, alguns pesquisadores compreendem a formação inicial de docentes a distância como uma forma de barateamento e despolitização da formação docente, destinada apenas à capacitação técnica, massificação e habilitação legal (formal) dos professores, em detrimento de uma qualificação efetiva, uma vez que o enfoque na profissionalização promoveria a despolitização e “desintelectualização” do professor (MALACHEN, 2015, p. 206). Por outro lado, outros educadores entendem que a EaD pode favorecer a interiorização de cursos superiores e favorecer a difusão de novas metodologias de ensino.

<sup>24</sup> Como anota Delley (2004, p. 130), a utilização de instrumentos prescritivos ou coercitivos geram custos de controle e de sanção elevados e exigem a estruturação de uma “administração de aplicação”, sendo preferível, quando possível, a adoção de mecanismos de indução de comportamentos. O repasse de recursos federais pode, por exemplo, ser condicionado à reforma curricular dos cursos de licenciatura.

análises apontam que os cursos de formação de professores privilegiam uma formação teórica, dissociada da realidade das escolas, em detrimento de aspectos práticos e metodológicos de ensino (“o que e como ensinar”).

O processo de elaboração normativa das políticas educacionais, centrado na União, é fragmentado e pouco articulado com os governos subnacionais, que recebem os professores em suas redes.

Não é possível afirmar que as principais normas (LDB, Resoluções do CNE, etc.) tenham gerado, no caso da política de formação docente, um regime de efeitos jurídicos, uma cadeia normativa marcada pela “sucessão de atos encadeados ou combinados, cujo nexos são efeitos com significado jurídico e social particular” (BUCCI, 2013, p. 258).

No caso das normas do CNE, é ausente a definição precisa dos objetivos e resultados esperados com a edição das normas, o que impede uma concepção sistemática das Diretrizes Curriculares Nacionais para a formação inicial e continuada de professores. A situação é agravada pela descontinuidade político-administrativa: cada governo estabelece a sua “política nacional”, o que promove um quadro normativo marcado pela incorporação de interesses distintos ou contraditórios e esvazia o tratamento sistemático da política e a promoção de efeitos jurídicos prolongados.

Ainda que o CNE seja um órgão especializado, de natureza consultiva e deliberativa, ligado ao Poder Executivo e composto por educadores renomados, possui uma agenda influenciada pela dinâmica política, sobretudo pela forma de nomeação de seus conselheiros, arranjo institucional que pouco contribui para a redução das tensões entre os grupos de interesse (educadores, representantes do segmento privado lucrativo, etc.).

O Conselho, que deveria ter um papel normativo suplementar, na densificação das proposições Poder Legislativo, ou, no mínimo, doutrinário, com o estabelecimento de orientações e diretrizes sobre as formas de interpretação e aplicação das normas em seus pareceres, produziu um quadro normativo que favoreceu a flexibilização da atuação das instituições de ensino superior, dado o elevado grau de indeterminação dos conceitos indicados nos atos normativos, e seguiu uma tendência à “microrregulação”: “apesar de sua atuação presente e diversificada, o Conselho Nacional de Educação não faz política governamental estratégica” (NUNES; BARROSO; FERNANDES, 2011, p. 13).

Além de repensar o desenho institucional do CNE, é imprescindível a consolidação dos atos normativos que disciplinam a formação docente, por meio do estabelecimento de “leis quadros”,

com a definição de eixos centrais da formação de professores e dos planos de carreira. Também deve ser discutido o resgate dos Institutos Superiores de Educação como ambiente de formação.

## REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz (Coord.). **Formação de Professores no Brasil**: diagnóstico, agenda de políticas e estratégias para mudança. São Paulo: Moderna, 2016.

BRASIL. **MEC lança Política Nacional de formação de professores com residência pedagógica**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/211-218175739/55921-mec-lanca-politica-nacional-de-formacao-de-professores-com-80-mil-vagas-para-residencia-pedagogica-em-2018>. Acesso em 18 dez.17.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). **Políticas Públicas**- possibilidades e limites. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 225-260.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, n.138, abr./jun. 1998, p.39-48.

COUTINHO, Diogo R. O Direito nas políticas públicas. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Orgs.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 447-480.

DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a Lei. Introdução a um Procedimento Metódico. **Cadernos da Escola do Legislativo**. Belo Horizonte, v. 7, n. 12, jan-jun.2004.

DOURADO, Luiz Fernandes. Documento C: Consolidação das normas do CNE sobre formação de professores. In: UNESCO. **PROJETO 914BRA1123 – CNE- Políticas Educacionais**: Subsídio à Formulação e Avaliação de Políticas Educacionais Brasileiras. 2009, impresso.

DRAIBE, Sonia Miriam. A Nova Institucionalidade do Sistema Brasileiro de Políticas Sociais: os Conselhos Nacionais de Políticas Setoriais. **Caderno de Pesquisas do Núcleo de Estudos de Políticas Públicas**- NEPP, 35, 1998.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Baú de ossos de um sociólogo do direito**. Curitiba: Juruá, 2018.

FLÜCKIGER, Alexandre; DELLEY, Jean-Daniel. A elaboração racional do direito privado: da codificação à Legística. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, jan-dez. 2007, p. 35-57.

GATTI, Bernardete Angelina. Formação de professores no Brasil: características e problemas. **Educação e Sociedade**, Campinas, v. 31, n. 113, p. 1355-1379, Dez. 2010.

\_\_\_\_\_; BARRETO, Elba Siqueira de Sá; ANDRÉ, Marli Eliza de Afonso (Orgs). **Políticas docentes no Brasil: um estado da arte**. Brasília: UNESCO, 2011.

\_\_\_\_\_.; BARRETO, Elba Siqueira de Sá. **Professores do Brasil: impasses e desafios**. Brasília: UNESCO, 2009.

IMMERGUT, Ellen M. O núcleo teórico do novo institucionalismo. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). **Políticas Públicas: coletânea –V. 1**. Escola Nacional de Administração Pública, 2007.

JORGE, Ighor Rafael de. **A dimensão normativa das políticas públicas: a política de formação de professores no Brasil**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade de São Paulo, São Paulo.

MADER, Luzius. Legislação e Jurisprudência. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 9, n. 15, 2007, p. 193-206.

MALACHEN, Julia. **Políticas de formação de professores a distância no Brasil: uma análise crítica**. Campinas: Autores Associados, 2015.

MARQUES, Eduardo. Path Dependence. In: DI GIOVANNI, Geraldo; NOGUEIRA, Marco Aurélio (Orgs.). **Dicionário de Políticas Públicas**. 2 ed. São Paulo: Editora da Unesp; Fundap, 2015, p. 663.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51-74.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor**. Lisboa: Verbo, 2007.

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

NUNES, Edson; BARROSO, Helena Maria; FERNANDES, Ivanildo. **Do CNE ao CNE: 80 anos de política regulatória**. Documento de Trabalho n. 99. Rio de Janeiro: Observatório Universitário, 2011.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. As fases do processo de políticas públicas. In: MARCHETTI, Vitor (Org.). **Políticas Públicas em debate**. São Bernardo do Campo: ABCD Maior; UFABC, 2013, p. 15-37.

PAULA, Felipe de. Does Brazil have a Legislative Policy? **The Theory and Practice of Legislation**, v. 4, n. 3, 2016, p. 329-352.

SAVIANI, Dermeval. Pedagogia: o espaço da educação na universidade. **Caderno de Pesquisas**, 2007, vol.37, n.130, pp.99-134.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). **O Poder normativo das agências reguladoras**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 507-518.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro de otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 50, jan. – jul., 2007, p. 124-142.

---

\_\_\_\_\_. Notas introdutórias sobre elaboração legislativa: raízes e boas práticas entre Brasil e Canadá. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, número especial, jan. – jul. 2013, p. 124-142.

XIMENES, Salomão Barros. **Direito à Qualidade na Educação Básica**: teoria e crítica. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

# ANÁLISE DE JULGAMENTO DE POLÍTICOS LOCAIS: UM ESTUDO DE CASO

*Juliane Sant'Ana Bento*

(Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito / UFRGS)

julianebento@ymail.com

**RESUMO:** Partindo da observação dos julgamentos de crimes de prefeitos no estado do Rio Grande do Sul, a partir de 1992, discute-se a definição da “boa política” pela mobilização política dos tribunais. Através da história social da institucionalização de um tribunal de prefeitos, será demonstrado como a ideia da moralização da política foi construída por um conjunto de investimentos, o qual inclui tanto o “pensamento social” brasileiro, quanto o desenvolvimento e hegemonização dos princípios da gestão managerial a partir dos anos 1990. Assim, afasta o diagnóstico da inaptidão brasileira à democracia, que atribuiu ao poder local toda a responsabilidade pela anomalia e disfunção provocadas pela confusão entre interesses públicos e privados. Comprovada a dissociação entre burocratização e fim do clientelismo, e admitindo-se que as relações pessoais seguem operando inclusive em sociedades centrais contemporâneas, manifesta-se a importância de observá-las enquanto código de significação de culturas locais, e em seus aspectos instrumentais, capazes de produzir modificações no modo como as estruturas formais operam.

**Palavras-chave:** Política local. Crimes de prefeitos. julgamento da política.

## 1 INTRODUÇÃO

A técnica jurídica precisa ser vista como resultado da lógica política, e não como resultado exclusivo da lógica interna do direito. Considerando a contribuição de Pierre Bourdieu para a análise da “força do direito”, este trabalho pretende compreender a construção normativa sobre o municipalismo no Brasil a partir do processo de institucionalização e consolidação dos publicistas como definidores da “boa política”. Mobilizando os argumentos da “patologia” da política tradicional, e “oferecendo” suas competências “técnicas” e sua “neutralidade” política, estes agentes credenciam-se a operar uma agenda de “racionalização” e de “modernização” da administração pública que, supostamente, levaria ao fim o clientelismo, a corrupção, e todas as “imoralidades” que os interesses de grupos políticos locais impõem ao país. No entanto, o modo através do qual este grupo torna-se autorizado a dizer qual é a “boa política”, passa pelo estabelecimento de uma série de vínculos de solidariedade entre si e com outros agentes políticos, onde o apelo às relações personalistas é indispensável para a circulação e a detenção dos recursos raros.

Acreditar que a história do direito é a história do desenvolvimento interno de seus conceitos e que o direito é um sistema fechado e autônomo, cujo desenvolvimento deve-se apenas à sua dinâmica interna, significa desprezar a importância da lógica de funcionamento do campo jurídico. Em realidade, este espaço é determinado pelas lutas de concorrência pelo direito de dizer o direito entre as forças específicas que compõem a estrutura e orientam os conflitos de competência internos do campo jurídico, de um lado, e de outro pelas obras jurídicas que delimitam o espaço dos possíveis e o universo das soluções propriamente jurídicas. Esta



capacidade de interpretar as leis que consagram a visão legítima do mundo social é a razão da autonomia relativa do direito e do efeito simbólico de ignorância produzido pela ilusão de autonomia absoluta às pressões externas (BOURDIEU, 2006, p. 211).

O trabalho contínuo de racionalização que é exigido para distinguir os veredictos do direito das meras opiniões de justiça e para apresentar o sistema das normas jurídicas como independente das relações de força que ele sanciona e consagra depende de o campo jurídico funcionar a partir da produção dos efeitos de apriorização, neutralização e universalização, que normalizam suas regras e aumentam sua autoridade social (id., p. 215).

A opção epistemológica feita por este trabalho prefere creditar a importância crescente da dimensão jurídica na regulação das relações sociais a partir de um processo paralelo de juridicização, enquanto proliferação da regra do direito, somado à judicialização, que joga no debate político a grande demanda social de resolução de problemas socio-políticos a serem tratados pelo Judiciário. Para se observar o papel do direito no jogo político, ao mesmo tempo em que se analisam as condições do processo de produção da norma e suas modalidades de uso pelos atores, convém entender o direito enquanto indicador privilegiado que é de fenômenos mais amplos: ao mesmo tempo em que é modo de estruturação do poder, ao traduzir as relações de força e visões de mundo divergentes, também é produto de processos políticos que levam a essa estruturação (DUMOLIN; ROBERT, 2000).

Valendo-se o discurso jurídico da capacidade de inculcar normas, já que se apresenta como a concepção estatal dominante, reconhecida e legítima, não se pode negligenciar que o processo de produção normativa confere incentivos para as lutas entre os atores pela definição do sentido das regras. Uma sociologia política do direito, segundo defendem Dumolin e Robert, negaria ao direito o poder explicativo que ele afirma ter de si, o que serviria para desconstruir suas representações certificadas, rompendo com a ficção constituída da legitimidade e autoridade social e com sua palavra jurídica imaculada. O direito enquanto arma e objeto de luta, portanto, é recurso mobilizado e convocado estrategicamente pelos atores. Seus princípios funcionam como argumentos a serviço de qualquer concepção política do que deve ser o “justo” e suas modalidades de intervenção.

À sociologia política do direito cumpre, então, apropriar-se do direito na condição de seu objeto, por ser ele um instrumento privilegiado de revelação do processo político, a fim de compreender a dominação e os modos como o direito a consagra, institucionaliza e agrega valor simbólico para assegurar a manutenção da ordem social e política (COMMAILLE, 2000, p. 33).

## 2 O ARCAÍSMO COMO HERANÇA DO PENSAMENTO SOCIAL BRASILEIRO

As relações e redes pessoais sempre foram consideradas pelo pensadores do Brasil para compreender a ordem social, especialmente no que respeita a importância do poder privado como barreira à construção de uma ordem pública. A herança ibérica, a importância da família e dos laços pessoais, o privatismo, o mandonismo, o clientelismo e a patronagem política, são todos elementos que perpassam os textos fundamentais sobre o Brasil<sup>1</sup>, que comungam o entendimento de que as redes personalistas envolvem uma pirâmide de relações que atravessa a sociedade de alto a baixo, compondo, alegadamente, a “gramática política” do Brasil.

A natureza patológica da organização política, especialmente em se tratando do nível local, é tese recorrente no pensamento social brasileiro, a exemplo dos casos descritos por Briquet (1991, 2007)<sup>2</sup>. Segundo as interpretações mais difundidas, no Brasil o processo eleitoral é compatível com a manutenção dos privilégios das oligarquias locais, o que acaba por tornar a democracia “ornamental e declamatória”. A realidade histórica teria comprovado o “continuismo das estruturas patrimoniais”, mesmo perante avançadas formas de representação, o que permitiu a conclusão da não-adaptação do sistema representativo à realidade brasileira, ou ainda, da cultura local retrógrada como um obstáculo à modernização política.

No entanto, entender o clientelismo como uma herança tradicional da sociedade brasileira, que dificulta sua institucionalização e prejudica o funcionamento do Estado a partir de uma ordem racional-legal e do universalismo de procedimentos é dar razão à tese, já superada, que estigmatizava como sociedade atrasada aquela que não conseguia impor os princípios democráticos aos personalistas. Restando já comprovada a dissociação entre burocratização e fim do clientelismo, e admitindo-se que as relações pessoais seguem operando inclusive em sociedades centrais contemporâneas, manifesta-se a importância de observá-las enquanto código de significação de culturas locais (BRIQUET; SAWICKI, 1998), e em seus aspectos instrumentais, capazes de produzir modificações no modo como as estruturas formais operam (BEZERRA, 1995, p. 42).

Partindo da hipótese de que o arcaísmo político é mobilizado por determinadas elites de publicistas para legitimarem-se no campo político a partir de seus capitais simbólicos, conjugando o domínio da “técnica” para justificar o ocupação de postos públicos - de onde atuam na condição

---

<sup>1</sup> Nestor Duarte, Oliveira Viana, Sergio Buarque de Holanda, Maria Isaura Pereira de Queiroz, Victor Nunes Leal (1975), Raimundo Faoro, Simon Schwartzman, Eli Diniz, até os mais recentes trabalhos de Wanderley Guilherme dos Santos e Edson de Oliveira Nunes (2010).

<sup>2</sup> No caso da Córsega, a desqualificação das práticas políticas insulares pelas elites continentais, mais acostumadas com as práticas políticas “legítimas” exercidas na França continental. No segundo caso, como a “questão mafiosa” é formulada como um problema público na história da Itália unificada.

de agentes autorizados a definir a boa-política -, este trabalho pretende reforçar a perspectiva de que a “racionalização” e “modernização” estatal dão-se paralelamente com a permanência dos vínculos de reciprocidade e a mobilização das redes pessoais entre esses agentes.

### **3 O “BOM GOVERNO”: AUTONOMIZAÇÃO DE UMA DISCIPLINA JURÍDICA**

O contexto de promulgação das Constituições liberais do século XVIII é dado como a gênese da matéria de direito administrativo, quando seria estabelecida a submissão dos atos de governo às normas e ao controle de juízes independentes (DI PIETRO, 2002; SUNDFELD, 2012). Conforme os historiadores internos ao campo, a disciplina tinha o intuito de organizar e limitar o exercício da autoridade pública com vistas a garantir direitos individuais, assegurados inclusive, ou de certo modo, na Constituição imperial de 1824 no Brasil. O desenvolvimento do direito administrativo é compreendido aqui como o conjunto de reações legitimadas pela forma da produção intelectual dos porta-vozes do sentido “correto” da política. Esses detentores da *expertise* jurídica, contudo, não dispõem de legitimidade por acúmulo dos méritos de seu domínio intelectual, mas sim por um conjunto, tão variado quanto maior for sua influência, de condições presentes nos trajetos sociais, profissionais e políticos e que os vinculam a diferentes tomadas de posição no debate sobre o sentido das regras, que variam conjunturalmente.

Para o espaço jurídico, a verdadeira “ciência do político” está sob sua esfera de atuação, eis que o direito serve a sua causa e estabelece seus valores, seus bons fins sociais e a sua razão política. Imposto como meta-razão da sociedade, que transcende o grupo e se manifesta por regras universais que celebram o “tempo longo” do direito, este argumento é mobilizado pelos juristas para desqualificar a política, oposta a ele por ser manifestação de interesses pequenos, porque particulares, na qualidade de ciência do efêmero e do conjuntural (COMMAILLE, 2000, p. 30).

Para se imporem em contexto de disputa pela definição da política, as disciplinas de direito público exageram sua cientificidade positiva e aprimoram o próprio léxico para consolidar sua “tecnicidade”. Os administrativistas, por sua vez, encontraram na “racionalização” e na “modernização” categorias organizadoras de seu discurso e ainda uma nova linguagem para o Estado. Trabalhando sob a perspectiva de que a linguagem com pretensão técnica, neutra e universal é o fundamento da autoridade simbólica do direito, por meio da qual os juristas conseguem eufemizar as disputas políticas sob a forma de produção doutrinária, assume-se o desafio de observar os objetos jurídicos para além de sua reificação como história mecânica. Ou seja, analisar somente o conteúdo da orientação administrativa, o resultado da decisão judicial ou

o efeito de uma consultoria conduz a desprezar as condições sociais e políticas que as tornaram possíveis. Assim, importa considerar como o mito se instaurou, como prosperou e quem são seus heróis.

Uma das formas eficazes de legitimação no espaço público tem sido a “cruzada pela moralização da política” que protagonizam os juristas, assim como no Brasil, fenômeno também percebido em várias conformações sociais (BRIQUET, 2001; ROUSSEL, 2002). Mas a adesão à lógica da “moralização política”, se permite aos juristas a elaboração de conceitos e definições “técnicas” em doutrinas sobre o Estado, de igual forma os autoriza a mobilizar o “senso comum *savante*” que considera a política “tradicional” desqualificada e atrasada. Este processo de esvaziamento da política “tradicional”, porque viciada por interesses de grupos posicionados “contra o interesse público”, conduz os juristas a manter ativa a lógica da construção dos problemas públicos, aos quais são cabidas suas soluções “técnicas”. Conforme aponta Sacriste (2011, p. 11-14), as teorias propõem, justificam e objetivam as soluções sofisticadas de distribuição do poder político porque o direito público toca no cerne de sua definição, ao ponto das constituições políticas poderem ser consideradas mesmo como “as regras do jogo político”. Mas as controvérsias constitucionais, tidas frequentemente como técnicas, nunca passam de disputas pela distribuição do poder político.

Oferecendo suas competências “técnicas” e “neutralidade” política para enfrentar as “patologias” da política brasileira, um grupo de administrativistas se instaura em postos de poder e se consolida como definidores da boa política. Pois como demonstram Dezalay e Garth (2008, p. 41), o campo jurídico funciona como bolsa simbólica onde trocam-se e amalgamam-se diferentes tipos de capital, de origem familiar, escolar ou política, sobre os quais repousa a autoridade do direito e a credibilidade de seus agentes. No entanto, devido a evidente condição periférica do caso estudado, a credibilidade dos agente é muito consequente de critérios externos de consagração, e da forte associação à esfera política, ou por vezes dependência e vulnerabilidade relativa a ela (CORADINI, 2003, p. 126).

Com vistas a dissuadir a possível impressão de que opero pelo princípio da metonímia<sup>3</sup> e que pretendo explicar o conjunto dos juristas pelo exemplo dos poucos que serão citados, afirmo que, ao contrário, o objetivo é justamente compreender quais são os atributos que favorecem à aproximação de um grupo reduzido ao centro do poder em um determinado momento. Como mais adiante se reforçará, convém estabelecer desde logo a distinção entre contradição e ambivalência: embora se discuta aqui as iniciativas racionalizantes da administração ao passo em que se constata a “continuidade” de vínculos de natureza personalista, com permanência de laços

---

<sup>3</sup> Cfm. Willemez (1999).

de reciprocidade e de lealdade, - inclusive como lógica de legitimação das posições sociais -, entender essa dinâmica como contraditória, no mínimo, é diminuir sua complexidade e suas ambivalências.

Como se apontava anteriormente, não há no Brasil uma divisão muito consistente entre o que seja o mundo dos teóricos e o mundo dos práticos, tal como ocorre em alguns países europeus, em que professores de direito falam desde um lugar neutro ancorado no poder acadêmico. Aqui, as doutrinas administrativas originam-se de apostas políticas e acadêmicas tomadas pelos intérpretes das normas, e o espaço de formação dos argumentos nas doutrinas é absolutamente vinculado às confrontações no campo da prática profissional e às oposições sobre juridicidade das tomadas de decisão governamental (ENGELMANN; PENNA, 2014). Por isso a análise da biografia coletiva do grupo dos produtores da técnica com maior repercussão nas últimas décadas permite perceber quais são os atributos dos intérpretes legitimados.

#### **4 A RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DOS PREFEITOS**

Uma das formas eficazes de legitimação no espaço público tem sido a “cruzada pela moralização da política” que protagonizam os juristas, assim como no Brasil, fenômeno também percebido em várias conformações sociais (MUSELLA, 2001; BRIQUET, 2001, 2007; ROUSSEL, 2001, 2002; VAUCHEZ, 2004). Oferecendo suas competências “técnicas” e “neutralidade” política para enfrentar as “patologias” da política brasileira, um grupo de juristas se instaura em postos de poder e se consolida como definidores da “boa política”. Ou seja, a adesão à lógica da “moralização política” permite aos juristas a elaboração de conceitos e definições “técnicas” em doutrinas sobre o Estado, e os autoriza a mobilizar o “senso comum erudito”, que considera a política tradicional desqualificada e atrasada. Esse processo de esvaziamento da política tradicional, porque viciada por interesses de grupos posicionados “contra o interesse público”, conduz os juristas a manter ativa a lógica da construção dos problemas públicos, aos quais são cabidas suas soluções “técnicas”.

As empresas contestatórias da política estabelecida contribuíram a difundir o diagnóstico da degradação e a impô-lo como princípio explicativo da crise. Em virtude da exigência de mudança como um “necessário combate moral” em defesa da democracia e do Estado de direito, a fim de atender às reivindicações de regeneração da vida pública, a magistratura foi dotada de uma capacidade de intervenção inabitual no espaço político.

A crítica da política é vivida pelos juízes como um exercício ordinário do dever profissional (ROUSSEL, 2002, p. 152; VAUCHEZ, 2004, p. 20). Mobilizando a necessidade de

“redimensionamento das práticas administrativas” e da “reforma dos costumes políticos do estado”, empreendem-se na construção de um novo saber sobre o Estado, que se destina a constituir uma nova verdade sobre o mundo social, diferente da versão “equivocada” da política praticada localmente.

Ao proporem-se a realizar a “pedagogia da coisa pública”, põem em curso a “cruzada pela moralização” das atividades políticas, associadas genericamente ao paradigma da degradação, do atraso, do arcaísmo, das patologias herdadas, da falta de aptidão para a modernidade e à democracia: um paradigma imposto como ortodoxia interpretativa. Em decorrência dessa premissa, reivindicam o “conhecimento correto” sobre o Estado e assumem para si o magistério da “boa política”, que sairia qualificada.

Em trabalho intitulado *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, Freitas (2009, p. 9), que foi orientador de mestrado do último desembargador a ingressar nos quadros da Câmara objeto de estudo, produz argumentos que permitem ratificar a ideia da necessidade de moralização das práticas públicas. Sustenta que ao “Estado Constitucional”, que pode ser traduzido como “o Estado das escolhas administrativas legítimas”, é imposto o controle “dos contumazes vícios forjados pelo excesso degradante, pelos desvios ímprobos ou pela omissão desidiosa. [É preciso] enfrentar o “demérito” ou antijuridicidade das escolhas políticas, além do exame meramente formal”. Seu “conceito-síntese” do direito fundamental à boa administração pública inclui o

direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. Como visto, a tal direito corresponde o dever de observância à risca, nas relações administrativas internas e externas, do primado dos princípios e direitos fundamentais, no rumo de fazer as relações administrativas em sintonia com os objetivos maiores da Constituição (art. 3º), notadamente a **promoção verdadeira e encarnada do “bem de todos” e da dignidade**, que também pode ser traduzida como direito ao desenvolvimento humano, nos termos aqui assumidos (segundo parâmetros da ONU, isto é, longevidade, renda e educação) (FREITAS, 2009, p. 127).

Os mecanismos de deslegitimação da política que fundamentam a abordagem moralizadora pelos tribunais conduz os juristas a assumirem o papel de guarda da integridade do Estado democrático e a construírem modelos jurídicos que forneçam soluções, autorizados por sua tecnicidade e especialização nos julgamentos da política. O que os desembargadores do Rio Grande do Sul tratam por “inovadora engenharia institucional”, que foi criada a fim de dar conta de pôr “um fim à impunidade”, é um bom exemplo de um controle político estável, contínuo e incisivo realizado desde o Judiciário (VAUCHEZ, 2004, p. 226).

Um dos desembargadores da Câmara Criminal analisada neste trabalho, associado à produção de obras técnicas e ao capital de títulos acadêmicos, reflete, no livro *O Estado-Juiz na democracia contemporânea*, a partir de seus referenciais habermasianos, sobre os limites do poder dos juízes. Estes não conseguiriam “lidar de maneira satisfatória com os problemas políticos, sociais e econômicos inerentes à nova ordem constitucional no país” porque suas soluções oscilariam entre o “instrumentalismo constitucional e a crença no Judiciário como ‘salvador da República’, ou a adoção de concepções processuais da Constituição, limitada a um instrumento de governo ou a uma carta símbolo da identidade nacional” (LEAL, 2007, p. 53). No entanto, parece-nos que aponta solução que mobiliza os atributos do direito no que têm de mais simbólico, ratificando sua função de meta-razão: Leal estabelece que “o que se exige do novo modelo de Estado democrático de direito, enquanto gestor público, é exatamente provimentos concretizadores dos objetivos, finalidades e princípios definidos pela Carta Constitucional” (Id., p. 40). Tais provimentos seriam aqueles estabelecidos pela própria Constituição “em toda a sua extensão”, compreendendo objetivos, finalidades e princípios ali definidos.

O descrédito das elites dirigentes é perceptível em declarações como a de um ex-Procurador de Prefeitos, que disse em entrevista que “ingenuidade não existe: se o prefeito não sabe, tem que fazer consultas a quem sabe”. O efeito também ocorre nos achados da bibliografia, como em Roussel (2002, p. 148), em que os magistrados passam a estigmatizar a “perda total do senso de honra”, e tratam com desdém e repulsa social os agentes do poder político.

Para um ministro do STF, alinhado a essa percepção, “o sistema político brasileiro, por vicissitudes diversas, tem funcionado às avessas: exacerba os defeitos e inibe as virtudes” (BARROSO, 2013, p. 214).

Vive-se no Brasil uma situação delicada, em que a **atividade política desprende-se da sociedade civil, deixando de representá-la e, no limite, até de lhe servir**. Quando isso ocorre, a política passa a ser um fim em si mesma, um mundo à parte, visto ora com indiferença, ora com desconfiança. Ao longo dos anos, a **ampla exposição das disfunções** do financiamento eleitoral, **das relações oblíquas entre Executivo e parlamentares** e do exercício de cargos públicos **para benefício próprio** trouxe uma onda de ceticismo que tem abatido a cidadania e minado a capacidade de indignação e de reação. A observação é **de cunho institucional** e não tem por foco qualquer governo em particular (Ibid.).

Caso similar pode ser encontrado na literatura, que entende “perder-se no tempo a compreensão da Política como ciência e arte relacionadas ao bom governo” (RAMOS, 2004, p. 87). Segundo o jurista, não se deve pensar “que a *politicagem* constitua uma triste realidade de nossos dias, após um passado em que na arena política imperou a virtude e o espírito público” (Id., p. 89). Para ele, engajado no “combate à degeneração da prática política”,

trata-se, na verdade, de **um mal endêmico entre nós**, o que deveria, de há muito, ter afastado o simplismo voluntarista do campo de debates em torno do tema. Não resta

dúvida, porém, de que, atualmente, as manifestações do fenômeno têm incomodado em maior grau a sociedade brasileira, o que é extremamente positivo, por representar, em alguma medida, o enraizamento da Democracia no Brasil, quer na perspectiva do exercício da liberdade de pensamento, principalmente por meio da imprensa, quer na **perspectiva da vivência dos valores democráticos, que se antepõem ao amesquinamento da atividade política** (Id., p. 91).

No dizer de outro acadêmico do direito, no Brasil, “as relações promíscuas entre corruptor e corrompido manifestaram-se desde o Brasil colônia, continuaram no 1º e 2º Reinados, ingressaram na República e permaneceram até nossos dias, com maior ou menor intensidade de suas exteriorizações malignas no organismo da nação” (HORTA, 2004, p. 99). O raciocínio jurídico, muito amparado na ideia de “ética na política”, sempre fundamenta-se na “defesa intransigente” do “bem comum e da coisa pública”, por exemplo:

O administrador não é o senhor dos bens que administra, cabendo-lhe tão-somente praticar os atos de gestão que beneficiem o verdadeiro titular: o povo [...] Evitar que a corrupção se generalize e se torne sistêmica é dever de todos, o que importará na preservação de todas as instituições dotadas de poder decisório e evitará que utilizem este poder de forma discricionária em favor de determinados grupos e em detrimento do interesse público. (GARCIA; ALVES, 2013, p. 45).

Esse movimento de descrença dos canais tradicionais de mediação política e de deslegitimação dos atores políticos é também um processo de recomposição do jogo político e transformação do monopólio sobre a política, que antes era apanágio dos eleitos, em virtude de sua legitimidade eleitoral e popular, e agora vem sendo mobilizado como espaço dos juristas, em razão de sua legitimidade técnica, moral e especializada sustentada por um modo de recrutamento racional, baseado em concurso público, e instrumentalizado pelo direito. Em outras palavras, trata-se do repúdio aos políticos que dá lugar ao poder dos técnicos: a despolitização, a procedimentalização e codificação do que antes fora o espaço da política.

Vauchez (2004, p. 133) chama atenção para o fato de a magistratura contribuir para desingularizar as práticas dos julgamentos da política, atribuindo qualidades intrínsecas às técnicas usadas nos processos. Seus usos em contextos novos confirmariam a validade geral, ao mesmo tempo em que suas expertises profissionais teriam validade estendida para outros casos.

Segundo Roussel (2002), isso relaciona-se à concepção que fazem de si e do *métier* da Justiça como o lugar da “grandeza”, a peça central para a democracia, a percepção de si como alguém que conta, que desempenha “algo nobre”. É a mídia, em grande parte, quem colabora para essa representação, quando valoriza a dignidade e a atividade dos juízes, produzindo um capital de “distinção eficaz” em relação ao mundo efêmero, mezinheiro e espaço dos interesses de grupos determinados da política. Entre os juristas do Rio Grande do Sul, a percepção da nobreza do direito e do seu papel fundamental também é compartilhada por alguns:



O direito é essa verdadeira atividade de sopesar o ético e o político. Descobrir qual é aquele mínimo ético que a sociedade precisa, naquele momento histórico, para preservar sua convivência e tornar esse mínimo ético obrigatório politicamente. **Que papel fundamental! É o direito que confere à política verdadeiro sentido de fim** do humano. Sem a ética, a política seria uma política torta; é o direito que endireita a política. **É o direito que coloca a política no caminho do bem, do humano, do justo.** Justo que nós vamos descobrir na sociedade por meio da razão prática, pelo juiz, pelo legislador [...] O direito é ao mesmo tempo senhor da política e servo da política. [...] Toda a administração pública, todo direito administrativo é um direito instrumental da política, é um direito pelo qual realizamos o bem comum. Todas as políticas públicas, **toda a realização do bem comum se faz por meio de instrumentos jurídicos.** O erro é dizer que o direito é só um instrumento da política. **O direito é senhor da política** também. Há uma área da política que aprendemos pela **boa política**, ao longo de experiências concretas, ao longo da história. É a área da política que é seu fundamento primeiro, finalidade última e seu funcionamento, **uma área de alta política** em que se precisa de estabilidade, precisa refletir valores. Aí o direito vai trazer para essa área da política a ética, e **aí vamos ter um direito que é supremo: a política.** (SOUZA JR., 2004, p. 77-78)

Esta seção destinou-se a desenvolver o modo como juristas valem-se dos atributos de violência simbólica que compõem o espaço do direito para construir formas de seleção e legitimação de práticas do mundo da política, moralizando um espaço social tido como eivado de patologias arcaicas.

## **5 USOS DAS “TRANSFORMAÇÕES” DA PRÁTICA POLÍTICA: MORALIZAÇÃO E LEGITIMAÇÃO**

De fato, como propôs Willemez (1999, p. 202), é errado entender que o conhecimento do direito aliado ao “gosto natural pela política” sejam as características constitutivas dos publicistas, especialmente no Brasil. Tratá-los como “homens de Estado” por decorrência exclusiva de uma “visão política” originada de sua formação é reforçar a profecia auto-criativa e atribuir as mesmas qualidades simbólicas que endossavam o mito de que profissionais do direito são melhor afeitos à vida pública. Como tentou-se demonstrar neste trabalho, a habilidade para serem definidores da “boa política” é mais definida pela rede de relações pessoais e pelos vínculos de solidariedade construídos ao longo da trajetória social e da carreira dos juristas do que dos eventuais méritos teóricos que disponham.

À capacidade de ser um poder que fala desde um lugar neutro, a literatura mostra a profunda ambivalência que os membros do Judiciário operam, uma vez que estão profundamente inseridos em redes de lealdade, compromissos e solidariedade com os governos, em função de inúmeros vínculos na trajetória dos atores de ambos os espaços sociais (ENGELMANN, 2013, P. 483). Uma forma de entender a operância dessas redes de lealdades é admitir que a reprodução das elites profissionais deve-se a uma dupla legitimidade: de origem social e de autoridade moral. Além disso, cabe atentar que a preservação de suas posições no campo depende do investimento em formação profissional, mas também na consolidação de estratégia multiposicional que facilite

a troca de favores e a mobilidade de carreiras, sem abdicar de um aspecto formal e, portanto, legítimo (DEZALAY, 2004, p. 19).

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Fisiologismo, dinheiro e voto: uma proposta de reforma política para o Brasil. In: INSTITUTO VICTOR NUNES LEAL (Org). **A contemporaneidade do pensamento de Victor Nunes Leal**. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 211-248.

BEZERRA, Marcos Otavio. **Corrupção**: estudo sobre poder público e relações pessoais no Brasil. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

BEZERRA, Marcos Otavio. **Em nome das bases**: política, favor e dependência pessoal. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1999.

BEZERRA, Marcos Otavio. Representantes políticos, relações pessoais e reputação. In: SEIDL, E.; GRILL, I. G. (orgs.). **As ciências sociais e os espaços da política no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

BOISSEVAIN, Jeremy. "Coaliciones". In: SANTOS, Félix Requena. **Análisis de redes sociales**. Barcelona: Siglo Veintiuno, 2003.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito. In: **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. P. 209-254.

BRIQUET, J.-L. Les "primitifs" de la politique. La perception par les élites du vote en Corse sous la IIIe République. In: **Politix**. Vol. 4, N°15. 1991. pp. 32-47.

BRIQUET, Jean-Louis. La "guerre des justes": la magistrature antimafia dans la crise italienne. In: BRIQUET, Jean-Louis; GARRAUD, Philippe. **Juger la politique**: entreprises et entrepreneurs critiques de la politique. Rennes: Presses Universitaire de Rennes, 2001.

BRIQUET, Jean-Louis. **Mafia, justice et politique en Italie**: l'affaire Andreotti dans la crise de la République (1992-2004). Paris: Karthala, 2007.

BRIQUET, Jean-Louis; SAWICKI, Frédéric. **Le clientelisme politique dans les sociétés contemporaines**. Paris: PUF, 1998.

COMBES, Hélène; VOMMARO, Gabriel. **Sociologie du clientélisme**. Paris: La Découverte, 2015.

COMMAILLE, Jacques. De la "sociologie juridique" à une sociologie politique du droit In: COMMAILLE, J. et al. **La juridicisation du politique**: leçons scientifiques. Paris: LGDJ, 2000. P. 29-46.

CORADINI, O. L. As missões da "cultura" e da "política": confrontos e reconversões de elites culturais e políticas no Rio Grande do Sul (1920-1960). In: **Estudos Históricos**. Rio de Janeiro, 32. 2003. P. 125 – 144.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. L'impérialisme moral: les juristes et l'impérialisme américain (Philippines, Indonésie). In: **ARSS**, N. 171-172. 2008. P. 40-55.

DI PIETRO, M. S. Z. 500 anos de direito administrativo brasileiro. In: **Diálogo Jurídico**. Salvador, n. 10, 2002.

DUMOULIN, L.; ROBERT, C. Autour des des enjeux d' une ouverture des sciences du politiques au droit. In: COMMAILLE, J. et al. **La juridicisation du politique**: leçons scientifiques. Paris: LGDJ, 2000. P. 11-25.

ENGELMANN, F. Elites judiciárias. In: AVRITZER, L.; BIGNOTTO, N.; FILGUEIRAS, F.; GUIMARÃES, J.; STARLING, H. **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013b. P. 479-485.

ENGELMANN, F.; PENNA, L. Política na Forma da Lei: o espaço dos constitucionalistas no Brasil democrático. In: **Lua Nova**, São Paulo, 92. P. 177-206, 2014.

FREITAS, Juarez. **Discricionariiedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARRAUD, Philippe. Les contraintes partisans dans le métier d'élu local. Sur quelques interactions observées lors des élections municipales de 1989. In: **Politix**, vol. 7, n°28, Quatrième trimestre. 1994. P. 113-126.

HORTA, Raul Machado. Política, Ética e o Controle Legal da Improbidade. In: ZILVETI, F. A.; LOPES, S. (Org). **O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política**. São Paulo: Atlas, 2004. P. 96-100.

LANDÉ, Carl H. Introduction: the dyadic basis of clientelism. In: SCHMIDT, S.W.; alli.(Orgs.). **Friends, followers and factions**: a reader in political clientelism. Berkeley: University of California Press, 1977.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na democracia contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MUSELLA, Luigi. La classe politique en jugement: Tangentopoli et la critique de la politique en Italie. In: BRIQUET, Jean-Louis; GARRAUD, Philippe. **Juger la politique**: entreprises et entrepreneurs critiques de la politique. Rennes: Presses Universitaire de Rennes, 2001.

PHÉLIPPEAU, Éric. **L'invention de l'homme politique moderne**: Mackau, l'Orne et la République. Paris: Belin, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. Ética e Política. In: In: ZILVETI, F. A.; LOPES, S. (Org). **O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política**. São Paulo: Atlas, 2004. P. 87-95.

ROUSSEL, Violaine. Les magistrats dans les scandales politiques en France: logiques de action et

jeux judiciaires locaux. In: BRIQUET, Jean-Louis; GARRAUD, Philippe. **Juger la politique**: entreprises et entrepreneurs critiques de la politique. Rennes: Presses Universitaire de Rennes, 2001.

ROUSSEL, Violaine. **Affaires de juges**: les magistrats dans les scandales politiques en France. Paris: La Découverte, 2002.

SACRISTE, G. **La République des constitutionnalistes**: professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914). Paris: Presses de Sciences-Po, 2011.

SOUZA JR., Cezar Saldanha. Direito Constitucional e a Corrupção Política. In: ZILVETI, F. A.; LOPES, S. (Org). **O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política**. São Paulo: Atlas, 2004. P. 73-80.

SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

VAUCHEZ, Antoine. **La institution judiciaire remotivée**: le processus d'institutionnalisation d'une "nouvelle justice" en Italie. Paris: LGDJ, 2004.

WILLEMEZ, L. La "République des avocats": 1848 le mythe, le modèle et son endossement. In: OFFERLÉ, M. **La profession politique XIXe–XXe siècles**. Paris: Belin, 1999. P. 201-229.

WOLF, Eric. Kinship, friendship, and patron-client relations in complex societies. In: BANTON, M. (Org.). **The Social Anthropology of Complex Societies**. Londres: Tavistock, 1966.



# GP17

## **SOCIOLOGIA JURÍDICA DA TRANSNACIONALIZAÇÃO**

Coordenação:

Prof. Dr. Pablo Holmes (IPOL/UnB)

Prof. Dr. Maurício Palma (FD/UnB)

Prof. Dr. Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho (UCSal)

*Ariel Moura*  
(UNISINOS – Universidade do Vale do Rio Sinos)  
ari.moura06@gmail.com

**RESUMO:** O presente trabalho pretende analisar os processos jurídicos-constitucionais no âmbito digital. Nesse sentido, objetiva-se estudar sobre quais premissas deve-se assentar o constitucionalismo a fim de que o mesmo possa dar respostas as violações de direitos humanos e ao controle de processos políticos no ciberespaço. Utiliza-se, para isto, a metodologia pragmático-sistêmica de Leonel Severo Rocha, principalmente a partir da ideia de fragmentos constitucionais de Gunther Teubner. Primeiramente, busca-se demonstrar a relação entre a observação do direito constitucional tradicional e a matriz analítica, de um lado, e a observação do constitucionalismo social pela matriz pragmático-sistêmica, de outro. Após, demonstra-se a formação de um direito digital autônomo e sua constitucionalização impulsionada por outros sujeitos que não o Estado. Por fim, busca-se conceituar o que são os processos jurídico-constitucionais-digitais sob a luz dos pressupostos conceituais da teoria dos sistemas.

**Palavras-chave:** Teoria do Sistemas. Fragmentação Constitucional. Constitucionalismo digital.

## 1 INTRODUÇÃO

A análise do sistema jurídico vem sofrendo inúmeras transformações desde a intensificação do processo de globalização, fenômeno este que na visão de Niklas Luhmann (2016) é a descrição da realidade social como Sociedade Mundial Funcionalmente Diferenciada. Percebe-se, nesse sentido, que teorias que centram suas análises na produção e legitimação estatais do direito não conseguem lidar com os conflitos entre ordens jurídicas e entre ordens jurídicas e não jurídicas.

Nesse contexto, há dificuldade de se observar o direito constitucional e o fenômeno do constitucionalismo, mormente pelo nível organizacional e normativo que atores não estatais atingiram. Quando se tem a violação de direitos humanos por empresas multinacionais ou quando há fortes movimentos sociais que demandam a proteção da privacidade na internet, a exemplos, não se sabe onde será produzido uma decisão para estabilização dessas expectativas de direito.

O presente trabalho busca exatamente analisar como se dão os processos jurídicos-constitucionais na atualidade. Objetiva-se, dessa forma, descobrir sobre quais pressupostos deve-se assentar o direito constitucional para dar respostas as problemáticas dos direitos humanos e ao controle dos processos políticos no âmbito digital, este que compõe uma realidade e consequentemente uma dinâmica própria.

Afim de cumprir o exposto, utiliza-se a metodologia pragmático-sistêmica (ROCHA, 2013), construção de Leonel Severo Rocha a partir dos pressupostos da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann com enfoque no nível pragmático da linguagem (WARAT, 1985), principalmente a partir da ideia de fragmentação constitucional de Gunther Teubner.

Assim, inicia-se o estudo a partir da constatação de que, de um lado, o direito constitucional tradicional está vinculado à uma observação do direito de matriz analítica com

pressupostos normativistas (Kelsen; Bobbio), extremamente apegada ao direito e políticas estatais, e, de outro, que o constitucionalismo contemporâneo tem a ganhar com a reformulação da observação a partir dos pressupostos dos sistemas.

Adiante, expõe-se a construção de um direito autônomo no âmbito digital por inúmeros atores que não o Estado, mostrando, com isso, que os processos jurídicos e o controle de poder estão extremamente fragmentados.

Por fim, conceitua-se o que seria propriamente o constitucionalismo digital sob a matriz desenvolvida, reformulando, assim, a observação de questões básicas do direito constitucional tradicional, como os direitos humanos.

## **2 MATRIZES TEÓRICO-JURÍDICAS E O CONSTITUCIONALISMO**

É característica da teoria do direito do século XX, mormente nas primeiras décadas, a pretensão de elaboração de uma observação científica do direito, ou seja, de elaborar uma racionalidade própria para o mesmo, o que está fortemente arraigado na racionalidade instrumental inaugurada na era moderna no campo da filosofia.

Com o passar do tempo, a matriz filosófica da teoria jurídica foi-se modificando, do uso de critérios sintáticos-semânticos para critérios pragmáticos. Nesse sentido, ROCHA (2013) delimita as principais matrizes dessas teorias a partir do enfoque dado por elas nas dimensões da linguagem, seguindo a tradicional divisão da semiótica de Carnap, para fins didáticos. Fala-se, então, em três níveis: a sintaxe, com foco na análise lógico-linguística; a semântica, que analisa o sentido das proposições; e a pragmática, voltada ao uso das preferências discursivas.

Dessa forma, centrar-se-á a análise desta primeira parte do estudo na comparação entre a teoria analítica, que possui foco na dimensão sintático-semântica da linguagem, e a teoria pragmático-sistêmica, que possui o foco na dimensão pragmática da linguagem, mas construída sobre os pressupostos da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Correlaciona-se, então, a teoria constitucional tradicional com a matriz analítica, de um lado, e o constitucionalismo social com a matriz pragmático-sistêmica, de outro.

Ensina COSTA e ROCHA (2018, p.5) que “O constitucionalismo, em termos tradicionais, é definido como uma técnica de controle do poder por meio de um documento escrito único (constituição) [...]”. Ou, de outra forma, vê-se como uma análise da evolução histórica das constituições, colocando-se por primeiro o constitucionalismo liberal originário nas revoluções liberais americana (1776) e francesa (1789) do século XVII – com as devidas diferenças culturais e estruturais.

Ressalta-se aqui a concepção de constituição da Declaração do Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual, em seu artigo 16, prescreve que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Esse processo de constitucionalização, decorrente da formação dos Estados Absolutistas e a subsequente necessidade de controle do poder do soberano diante das modificações sociais, da origem à noção de Estado Liberal. E é nesta concepção de Estado que se insere a teoria do direito de Kelsen, na qual é característica, também, a pretensão de cientificidade do direito com fortes influências kantianas.

A matriz dita aqui analítica é exatamente a forma de se observar o direito inaugurada pelo positivismo normativista de Hans Kelsen e as futuras complementações de Bobbio com base na filosofia analítica. Assim, afirma ROCHA (2013, p.144) que

[...] O critério de racionalidade do sistema normativo, já que as normas não podem ser consideradas independentemente de suas interações, é dado pela hierarquia normativa (norma fundamental) na qual uma norma é válida somente se uma norma superior determina a sua integração ao sistema [...]

Vê-se, dessa forma, como o direito é definido na origem como Estatal, e como a constituição é definida como ápice da pirâmide normativa, ou seja, como validação última das normas no ordenamento. Nesse sentido, constata também Vesting (2015, p.16) que

[...] costuma-se considerar a constituição escrita como uma unidade, como manifestação de uma soma concludente de princípios, valores e normas superiores e que também incluem normas procedimentais parlamentares democráticas que regem a criação de novas leis e a alteração de rotinas arraigadas [...]

Porém, no contexto da globalização, verifica-se a transferência de processos políticos e jurídicos dos Estados para outros tipos de organizações – e não só organizações políticas governamentais ou não, como também econômicas, entre outras. Os problemas a serem enfrentados também são outros, pois atingem âmbitos territoriais e não territoriais, como, a exemplo, a questão do vazamento de dados e a ameaça à liberdade de expressão por atores privados no âmbito digital.

Nessa nova realidade, conceitos-chave para o constitucionalismo ficam comprometidos. Como se falar em soberania estatal, em um povo territorialmente delimitado, ou, em outras palavras, como constatar a dialética entre sociedade civil e a constituição de um poder legítimo estatal quando a própria segregação entre público e privado não mais se verifica?

Ainda, nas palavras de TEUBNER (2016b, p.25), como ver o constitucionalismo diante da “[...] inexistência de um *demos*, de homogeneidade cultural, mitos políticos fundantes, esfera



pública e partidos políticos [...]”? Responde-se desde já que a solução está na reformulação epistemológica de nossa forma de observação do direito constitucional.

O poder constituinte tem a sua origem – concepção esta mantida até hoje sem muitas modificações – na Revolução Francesa com o escrito de Sieyès (2001) “Qu’est-ce que le tiers état? ou “A Constituinte Burguesa” em sua versão em português. Nesta obra o autor afirma a soberania da Nação como instrumento de legitimação do próprio Estado, sendo a constituição o acordo escrito fundante do mesmo.

A fim de responder as problemáticas da atualidade, a questão do poder constituinte não deve ser analisada sobre a consideração da unidade dos cidadãos, pois nem mesmo dentro do próprio Estado há uma homogeneidade cultural e uma forma de manifestação comunicacional de sentido uno que constituiria um poder legítimo. Por isso, na sequência trabalha-se algumas questões para melhor entendimento da perspectiva pragmático-sistêmica.

A teoria dos sistemas exige que se substitua uma explicação, primeiramente, baseada em normas, regras e princípios, por uma explicada por distinções, sendo a principal a diferença entre sistema e ambiente. Ademais, são necessárias as distinções entre variação/seleção/reestabilização para descrever o processo de evolução do direito, este que regula sua própria mutabilidade; a distinção entre informação/mensagem/entendimento, em teoria da comunicação; e a distinção entre operação e observação. (LUHMANN, 2016, p. 34).

Luhmann propõe um pressuposto básico da sociologia: tudo está incluído dentro da sociedade, ou melhor, tudo que é comunicação é sociedade. Nesse sentido, se observa a sociedade como altamente complexa, o que significa um aumento de contingência, de possibilidades de algo acontecer de certa forma. Diante disso, temos o desenvolvimento de subsistemas (como o Direito) na sociedade para produção de sentido, os quais reduzem a complexidade externa aumentando sua complexidade interna, esta que ocorre sempre a partir de uma perspectiva própria relacionada com sua diferenciação funcional. (ROCHA; KING; SCHWARTZ, 2009, p.19).

A teoria dos sistemas explica esse fenômeno a partir de, principalmente, dois conceitos. O de fechamento operativo dos sistemas e o de acoplamento estrutural entre sistemas: o primeiro ressalta que o sistema somente opera com seus próprios elementos, mas que a constituição de sua identidade a partir da distinção entre autorreferência e heteroreferência torna o sistema “[...] dependente do ambiente, utilizando as perturbações externas como requisitos às suas próprias operações, seja como irritações seja como oportunidades para mudanças estruturais [...]”. (TEUBNER, 2005, p. 84).

O acoplamento estrutural, por sua vez, condensa a única forma pela qual o direito pode ser influenciado pelo seu ambiente ou por outro sistema. Influência essa que é descrita por um observador como irritação comunicacional, ou seja, uma operação da comunicação que se apresente como surpresa (informação), mas que ao mesmo tempo possa ser tida pelo sistema como uma expectativa jurídico-normativa. (LUHMANN, 2016, p.593).

É exatamente o conceito de acoplamento estrutural que explica a relação entre Direito e Política e a formação de uma Constituição. Nas palavras de LUHMANN (2007, p.620):

O acoplamento estrutural entre direito e política se regula pela Constituição. Por um lado, a Constituição vincula o sistema político com o direito, com a consequência de que ações contrárias à lei comportam o fracasso político e, por outro lado, a Constituição faz possível que o sistema jurídico seja preenchido de inovações mediante uma legislação politicamente induzida, o que, por sua vez, se atribui como êxito ou fracasso da política. Desse modo, a transformação de direito em direito positivo e a democratização da política estão estritamente relacionados.

Retomo a questão, então, do poder constituinte sobre os pressupostos elencados, principalmente sobre a visão de que a globalização é descrita como o alcance da comunicação nos diversos ciclos autopoiéticos por toda a sociedade mundial. Nesse sentido, TEUBNER (2016b, p.125) sugere que se compreenda

[...] o poder constituinte como um *potencial comunicativo*, portanto como um tipo de energia social, literalmente como um tipo de “força”, que, com a ajuda das normas constitucionais, atualiza-se em poder constituído, mas que permanece sempre presente como perene fator de irritamento do poder constituído [...] Ora, qual é o efeito da constitucionalização? Uma constituição estrutura comunicações, de maneira alguma confere ela estrutura a seres humanos [...]

Assim, o poder constituí(n)do(-se) é visto na interrelação da comunicação entre os âmbitos espontâneo e o âmbito profissional-organizado do fragmento social que se autoconstitui. O *demos*, nesse sentido, é delimitado pelo direcionamento do meio de comunicação (digital, no presente estudo), e não territorialmente, criando uma identidade coletiva mediada pela internet em diversos âmbitos autônomos no ciberespaço, ou seja, de forma fragmentada.

Passa-se, agora, à explicitação da *lex digitalis* como um direito positivo válido no âmbito social mediado pela internet e a verificação de novos sujeitos constitucionais, que não o Estado, como impulsionadores da constitucionalização deste fragmento social.

### **3 LEX DIGITALIS E OS NOVOS SUJEITOS CONSTITUCIONAIS**

No presente trecho do trabalho, buscar-se-á demonstrar a construção de um ordenamento jurídico autônomo no âmbito do ciberespaço, isto a partir de modificações epistemológicas sutis de Teubner em relação a teoria dos sistemas. Após, analisa-se a constitucionalização do fragmento

social-digital encabeçada por novas organizações que se apresentam como sujeitos constitucionais.

O conceito de perturbação, irritação, é substituído por Teubner pelo conceito de “mal-entendidos produtivos”, justamente para ir além da paradoxal relação que gera o acoplamento, um comunicar que ao mesmo tempo não é comunicação. Assim, o autor frisa que “[...] no pluralismo jurídico, o discurso jurídico não é somente perturbado pelo processo de reprodução da sociedade, mas o direito entende mal, de maneira produtiva, outros discursos sociais, passando a utilizá-los como fontes de produção de normas”. (TEUBNER, 2005, p. 86).

Nesse sentido, a *lex digitalis* afirma-se como direito, e, paradoxalmente, como regulação social. Um pensador baseado em teorias do direito focadas nas dimensões sintáticas ou até semânticas da linguagem, perguntaria se conseguiríamos identificar uma *groundnorm* na escala global a fim de validar o direito desse âmbito da sociedade ou quais seriam as normas secundárias que reconhecem as primárias e fariam a distinção entre elas e meras normatizações profissionais-sociais. (TEUBNER, 2002, p.3).

Ora, isso é uma questão de identidade do direito, que nada mais é que a “[...] unidade como o objeto de uma observação ou descrição [...]”. (LUHMANN, 2016, p.98). Assim, a unidade do sistema pode ser respondida pelo que já foi desenvolvida acima a partir dos conceitos, principalmente, de fechamento operativo e da distinção entre autorreferência e heteroreferência, o que é direcionado pela referência ao código do sistema. Nesse sentido, afirma LUHMANN (2016, p.98) que:

Diferentemente do que exigem os lógicos e do que pensava Kelsen, a unidade do sistema do direito não é premissa operativa [...] para sua execução operativa o direito tampouco requer uma estrutura hierárquica com a função de garantir a unidade do direito mediante uma norma superior capaz de referência [...] tais representações tem sentido como descrições do sistema no sistema [...] A referência à unidade será substituída, será “representada”, pela referência ao código [...].

Ainda, segundo TEUBNER (2002, p.3), poderia ser feita uma terceira pergunta básica acerca desse direito, qual seja: “O que funda a *lex [digitalis]* e em que ano você determina como sua data de origem?”<sup>1</sup>. Esta, pode ser respondida pelo seu conceito de mal-entendidos produtivos, já explanado acima. O material social de sentido mal-entendido como jurídico participa de uma operação passada do sistema, servindo como elemento para sua recursividade futura e o conseqüente reconhecimento daquela normatização social também como direito. Assevera TEUBNER (2002, p.12) que:

---

<sup>1</sup> Tradução livro do original: “*What are the foundations of lex mercatoria and which year do you determine as its date of origin?*”

Operações recursivas não surgem do nada; elas só conseguem referir a algo que já existe [...] Direito como um sistema de operações recursivas só consegue referir a operações legais passadas. A solução, de novo, é “como se”, mas não a ficção de um mito fundador como uma auto-observação, mas como ficção de decisões legais concretas passadas como a base para operações recursivas.<sup>2</sup>

Assim, reafirmando com TEUBNER (2005, p.89), é necessária uma mudança conceitual em teoria do direito:

[...] de estrutura para processo, de norma para ação, de unidade para diferença [...] de função para código [...]. O pluralismo jurídico define-se, então, não mais como um corpo de normas sociais em conflito [...] mas como uma multiplicidade de diversos processos comunicativos, que observam a atuação social mediante um código lícito/ilícito.

Dessa forma, é desconstruído o paradigma hierárquico da produção de normas, substituindo-a, inexoravelmente, uma noção heterárquica que se usa da distinção entre centro e periferia. Esta noção chama a atenção para a dissolução das realidades social e legal na discursividade, na fragmentação e no caráter fechado dos múltiplos discursos. E, ainda mais importante, a fundação do direito em paradoxos, antinomias e tautologias. (TEUBNER, 2002, p.5).

A desconstrução da hierarquia e o uso da distinção entre centro/periferia decentraliza a politização da produção normativa, ou seja, retira a política do topo da hierarquia da produção de normas e a coloca em um mesmo nível que outros tipos de produção social de normas. (TEUBNER, 2002, p.9).

Substitui-se, então, a diferenciação entre direito/política pela distinção direito/outros sistemas sociais. Nesse sentido, verifica-se que a *lex digitalis* surge da periferia do sistema jurídico, em um acoplamento com o ciberespaço, sendo a produção de regras, externa ao direito, o material para produção normativa, interna. Ora, como afirma Teubner (2002, p.12), “[...] a falta de identidade de um direito não estatal precisa ser suplementada pela participação de um social externo no legal interno”<sup>3</sup>.

O próprio conceito de Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito é modificado, no contexto da “globalização”, para ser entendido como, também, o acoplamento entre direito e outros âmbitos sociais autônomos. A fragmentação do direito, já percebida a nível estatal pelas concepções do pluralismo jurídico, evolui para uma questão de fragmentação constitucional.

---

<sup>2</sup> Tradução livre do original: “Recursive operations cannot begin ex nihilo; they can only refer to something that does already exist [...] Law as a system of recursive legal operations can only refer to past legal operations. The solution again is an ‘as if’, but not the fiction of a founding myth as a self-observation, rather the fiction of concrete past legal decisions as basis for recursive operations.”

<sup>3</sup> Tradução livre do original: “[...] The lack of identity of a non-state law needs to be supplemented by the participation of an external social in the internal legal”.

Ressalta-se, dessa forma, inúmeros processos de autoconstituição de fragmentos sociais autônomos por toda a sociedade, e, assim, também por todo o âmbito digital. O direito digital evoluiu, dessa forma, a ponto de se poder falar na constitucionalização desse âmbito. Nesse sentido, afirma TEUBNER (2002, p.12) que

[...] parece-me que isso é o movimento libertador que o paradoxo do direito global sem estado tem realmente provocado: uma expansão do constitucionalismo para dentro da produção privada do direito que leva em conta que aqueles governos “privados” são governos “públicos”.<sup>4</sup>

Ora, conforme elucida TEUBNER (2016b, p.92) em obra mais recente:

[...] O problema constitucional em questão consiste em saber se – e em caso afirmativo como – os sistemas parciais podem adquirir maior grau de autonomia no plano global, caso não haja instituições político-jurídicas que apoiem esse processo e que este seja até mesmo obstado pela política e pelo direito estatais-nacionais, com suas pretensões de validade territorial [...]

Por todo o exposto, percebe-se que a constitucionalização do âmbito digital ocorre de forma descentralizada e que é encabeçada por organizações que não os Estados, e até em detrimento das preferências dos mesmos, por mais que as comunicações circulem por toda a sociedade e levem impulsos de uns âmbitos para outros.

A organização que mais chama atenção, no âmbito digital, pelo nível que atingiu de desenvolvimento é a ICANN – *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*. Esta, é uma organização sem fins lucrativos fundada como associação privada vinculada ao direito societário da Califórnia (EUA), a qual é responsável pela manutenção de uma base de dados e da coordenação de processos relacionados ao registro de nomes de domínio na internet.<sup>5</sup> Dessa forma, ajuda a coordenar as funções da IANA (Internet Assigned Number Authority)<sup>6</sup> no sistema de nomes de domínio (DNS – Domain Name System)<sup>7</sup>. (ICANN, 2018).

Ressalta-se que a organização em questão desenvolve a sua própria política, qual seja, o UDRP (“Uniform Domain-Name Disput-Resolution Policy”) e seu respectivo procedimento, com o intuito de uniformização da política de resolução de conflitos. Quer se mostrar, com isso, que a política do direito constitucional não é aquela do direito internacional tradicional.

---

<sup>4</sup> Tradução livre do original: “[...] That seems to me is the liberating move that the paradox of global law without the state has actually provoked: an expansion of constitutionalism into private law production which would take into account that “private” governments are ‘public’ governments.”

<sup>5</sup> Esses domínios são o que facilitam a comunicação entre pessoas (ou máquinas, tecnicamente) no âmbito digital, pois transformam o IP (Internet Protocol Addresses) – os pontos de acesso à internet – em um nome e/ou número expresso pelo endereço do site na “web” (exemplo.com). Conforme opinião expressa no site, sem essa coordenação, não haveria uma internet global. (ICANN, 2018).

<sup>6</sup> Site oficial disponível no endereço: <https://www.iana.org/about>.

<sup>7</sup> O DNS foi desenvolvido na Universidade de Wisconsin, Estados Unidos, já por volta de 1983.

Dito isso, friso a temática dos casos identificados como “companynamesucks”, julgados pelos tribunais arbitrais dessa organização. Eles se apresentam como uma forma de crítica dos reclamados às empresas/pessoas através do registro de um nome de domínio parecido com o dos reclamantes, majoritariamente com o sufixo “sucks” (nikesucks.com; airfrancesucks.com; entre muitos outros). Nesses casos, verifica-se (TEUBNER, 2016b, p. 109) que:

[...] os painéis da ICANN não recorreram a positivizações nacionais relacionadas à liberdade de expressão, mas que desenvolveram normas de direito fundamental transnacionais vinculantes e atentas às particularidades da internet.

Assim, conforme também elucida TEUBNER (2016a, p.140), esse complexo sistema institucionalizado de normas “[...] nos permitem interpretar o processo de constitucionalização como um processo de ‘tradução’ bidirecional [...] uma dinâmica coevolutiva entre sistemas sociais constituídos e o direito constitucional [...]” que está sendo desenvolvido, também, e de forma acelerada, no âmbito do ciberespaço.

Para finalizar este trecho do estudo, ressalto que há outras organizações que encabeçam a formação de direitos fundamentais e o controle do poder em outros âmbitos, como o facebook. Porém, em organizações como esta última, o perigo está no acoplamento de interesses particulares que substituem os processos de poder político-estatais. Nas palavras de TEUBNER (2016b, p.110):

[...] que aumente, em comparação com um direito constitucional imposto por instâncias estatais, a capacidade de resposta (*responsivität*) às necessidades sociais. Contudo, deve-se temer a formação de normas constitucionais ‘corruptas’, resultantes de um estreito acoplamento de constituições parciais com conjunturas parciais de interesses [...]

Assim, passa-se, na sequência, à conceituação do constitucionalismo digital e à observação dos processos constitucionais que o mesmo abarca sob os pressupostos da teoria dos sistemas.

#### **4 O CONSTITUCIONALISMO NO FRAGMENTO DIGITAL**

A nomenclatura “fragmento” já foi usado por Kelsen para descrever aquelas normas cuja execução não tinham efetividade, ou melhor, de normas não dotadas de *sansão*, o que é um paradoxo em sua teoria pois a *sansão* é elemento intrínseco da norma. Nesta visão, regras de direito internacional são apenas fragmentos de normas. (ROCHA; COSTA, 2018, p.97).

Porém, abaixo expõe-se o que é esse processo de constitucionalização descrito a partir da observação do acoplamento estrutural entre o direito constitucional e a política digital. Abandonasse, dessa forma, mais do que a hierarquização do direito, a própria forma unitária do saber enciclopédico sistemático do sistema jurídico-positivista, conforme ensina VESTING (2015, p.159), pois

[...] torne-se cada vez mais anacrônica em um cultura dominada pelo computador – especialmente por meio da nova estrutura hipertextual da internet. Por isso, a teoria do Direito precisa reagir à cultura computacional que se está estabelecendo e, se quiser ater-se ao sistema como ‘ideia ordenadora’, terá que adaptar sua formação de modelos às novas condições cognitivas [...] [a] internet [...] [é vista como] ‘um sistema de informação complexo e que se auto-organiza’, no qual não acontece mais nenhuma ‘transmissão central de dados’ [...]

O problema da auto-organização do direito constitucional se dá sobre a presença de processos de fragmentação do direito e da política – subsistemas que mais sofrem com a globalização – unido à um processo de formalização de organizações hierarquicamente estruturadas dotadas de conhecimentos técnicos em contextos específicos. Nesse sentido, TEUBNER (2016b, p. 87) assevera que:

Esse fluxo termina, em toda a sociedade, inexoravelmente em uma situação de intensa concorrência por posições de poder e influência social, de controle social altamente formalizado e de autoritarismo político e social. A única dinâmica social que foi capaz de se opor, de forma efetiva, a esse fluxo evolutivo no passado e que pode oferecer resistência no futuro, é encontrada, segundo Sciulli, nas instituições de um societal constitutionalism [...]

Assim, como explanado acima sobre o poder constituinte, observa-se o constitucionalismo como movimento estritamente social, e não só político e/ou jurídico. Falar de uma constituição no âmbito digital é falar, então, do acoplamento que origina o direito constitucional do ciberespaço, qual seja, a união estrutural entre o código jurídico e a comunicação digital.

Ressalta-se que a constitucionalização é “[...] primariamente, uma autofundação constitutiva [...] do meio de comunicação de um sistema social [...], são processos jurídicos apenas de forma secundária [...]”. (TEUBNER, 2016b, p.190-191). O que Teubner conceitua de constitucionalismo, então, é a própria autopoiese de cada sistema social parcial que se desenvolve em iritação mútua com o direito constitucional.

Constitucionalismo digital é, dessa forma, a dupla reflexividade operada pelo acoplamento estrutural entre o direito e o âmbito social mediado pela internet. O direito, aqui, é o direito constitucional, lugar das normas secundárias, nas palavras de Hart, pois só com elas se verifica a reflexividade do próprio sistema jurídico. Conforme ensina TEUBNER (2016b, p.197), “[...] Apenas sobre essas condições é que se pode falar, simultaneamente em sentido jurídico-sociológico e jurídico-técnico, de elementos [...] de uma constituição digital na internet”.

A constituição no âmbito digital se forma quando se atinge o estágio final do acoplamento estrutural descrito, ou seja, quando se forma um código constitucional autônomo em seu quadro. Nas palavras de TEUBNER (2016b, p.202), uma *metacodificação híbrido-binária*.

Assim, tanto o código direito/não direito quanto o código digital/não digital são superordenados pelo código constitucional do âmbito digital - por isso o prefixo “meta”. Dessa

forma, à reflexividade codificada de ambos os sistemas se adiciona outra para orientação dos processos comunicacionais, qual seja, o código constitucional/não constitucional. (TEUBNER, 2016b, p.204-207).

Esse metacódigo constitucional, por sua vez, quando se programa para reforçar a reflexividade, questiona se as comunicações arcam ou não com uma responsabilidade pública do sistema social, pois o constitucionalismo, sob esta perspectiva, define-se também como o processo de controle da expansão desenfreada que a autopoiese dos sistemas causa – direito constitucional serve tanto a autoconstituição do sistema como sua autolimitação.

Esse controle é estimulado pelo direito, mas somente pode ser efetivado dentro do próprio âmbito digital a partir dos processos políticos que lhe são internos, e não a partir do sistema político mundial. Dessa forma, multiplicam-se os locais de debate político por todo o âmbito mediado pela internet, formando-se normas constitucionais em contextos específicos.

Pelo fato do âmbito digital não se comunicar pelo meio de comunicação do poder da política, mas sim pelos processos político-digitais, formam-se normas organizacionais e direitos fundamentais de diferentes modos. Em relação a positivação dos direitos fundamentais, a exemplo, ensina TEUBNER (2016b, p.231) que o próprio

[...] Luhmann descreve isso, tendo em vista a perda de relevância das negociações estatais, como o paradoxo ‘contemporâneo’ nas turbulentas relações globais, em que [...] os direitos fundamentais não são estabelecidos como norma antes de serem feridos, mas, exatamente ao contrário, justamente por meio de sua lesão e por meio de correspondente ultraje são postos em vigência [...]

No âmbito digital pode-se observar a discussão sobre a privacidade, liberdade e segurança de dados impulsionada pelo vazamentos dos arquivos da Agência Norte-americana de Segurança (NSA) por Edward Snowden, um ex-funcionário terceirizado da mesma, no qual vem a tona um projeto do próprio governo americano chamado “PRISM”, criado com intuito de monitoramento de dados dos particulares desde o atentado às torres gêmeas de 2011.<sup>8</sup>

Os próprios movimentos sociais sobre esses direitos fundamentais digitais são o conteúdo para formação dos mesmos. Porém, como essa autoconstituição se apresenta como um paradoxo de autovalidação – mormente se quer-se falar em uma produção democrática do direito – deve existir um tribunal que decida sobre esse direito, desparadoxizando o mito da autoconstituição.

Como explanado no segundo trecho deste estudo, é exatamente por meio dos tribunais arbitrais da ICANN que se pode falar em liberdade de expressão no âmbito dos nomes de

---

<sup>8</sup> Recomenda-se a leitura da matéria publicada pelo *The guardian* sobre os arquivos da Agência de Segurança Norte-americana (NSA) e as revelações de Snowden. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded#section/1>>. Acesso em: 5 Nov 2018.



domínios privados na internet, pois essas decisões perfectibilizam a recursividade da constituição dessas normas. E é dessa forma que se deve observar a formação de direitos fundamentais de forma descentralizada por todo âmbito digital, sempre com atenção ao perigo da vinculação da produção normativa à processos políticos parciais de interesses.

## 5 CONCLUSÃO

A defesa da perspectiva da teoria dos sistemas foi feita para melhor compreender o contexto da sociedade transnacionalizada, globalizada ou hipercomplexa, no qual os processos autopoieticos dos sistemas fazem frente a fragmentação do poder e do direito, o que torna mais difícil a discussão sobre um direito constitucional no âmbito global.

Em contraste com o constitucionalismo tradicional desenvolvido com influências normativistas e analíticas, a matriz pragmático-sistêmica observa os processos de constitucionalização de forma heterárquica, e não hierárquica, o que melhor se adequa à realidade descentralizada e fragmentada da internet.

Quando se observa dessa forma, verifica-se que no âmbito digital já se desenvolvia uma normatização própria com auxílio do direito, a *lex digitalis*. Normatização esta que evoluiu para temas de direito constitucional, como a liberdade de expressão, sempre consolidada pela tomada de decisões de outros atores que não o Estado, como a ICANN.

Reformulando os pressupostos epistemológicos do direito constitucional tradicional, têm-se que o constitucionalismo é um processo eminentemente social, e não só jurídico e nem só político. O poder constituinte é o próprio impulso comunicacional que vêm da sociedade, é a própria demanda, a exemplo, de proteção da liberdade no âmbito digital ou a segurança das informações dos usuários.

Por fim, então, o constitucionalismo digital se apresenta – para atender tanto uma perspectiva socio-jurídica como uma técnico-jurídica – como a formação dos direitos fundamentais digitais e o controle de processos de poder fragmentados por todo o âmbito social mediado pela internet a partir do acoplamento do direito constitucional e a autoconstituição do âmbito digital.

## REFERÊNCIAS

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo. Sociologia das constituições: o constitucionalismo entre o normativismo e a teoria sistêmica. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, v.4, n.1, Salvador, Jan/Jun. 2018, p. 38-56. Disponível em:<<http://www.indexlaw.org/index.php/teoriaconstitucional>>. Acesso em: 23 nov 2018.

Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN). **About ICANN**. Disponível em:<<https://www.icann.org/resources/pages/welcome-2012-02-25-en>>. Acesso em: 12 de Novembro de 2018.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007.

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

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo social: constituição na globalização**. Curitiba: Appris, 2018.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, n. 5, v. 2, 2013, p. 141-149. Disponível em:< <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06>>. Acesso em: 23 nov 2018.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen  
TEUBNER, Gunther. Breaking frames: economic globalization and the emergence of lex mercatória, **European journal of social theory**, v.5, n.2, 2002, p.199-217.

TEUBNER, Ghunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Unimep: Piracicaba, 2005.

TEUBNER, Gunther. Constitucionalismo social: nove variações do tema proposto por David Sciulli. In: FORTES, Pedro (coord.), teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas, **Cadernos FGV Direito Rio**, v.1, 2016a.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016b.

VESTING, Thomas. **Teoria do direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Safe, 1985.



# GOVERNANÇA GLOBAL NO COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO: OBSERVAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES TRANSNACIONAIS NO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO AO LONGO DA OPERAÇÃO LAVA JATO

*Bernardo Leandro Carvalho Costa*  
(UNISINOS)  
bernardoleandro@me.com

*Leonel Severo Rocha*  
(UNISINOS)  
leonel@unisinis.br

**RESUMO:** Este trabalho pretende fazer uma análise de articulações internacionais que influenciam nos processos judiciais no Brasil. Tendo como objeto a governança global, que consiste na articulação de atores públicos e privados para a solução de questões sociais, busca-se evidenciar a insuficiência das tradicionais observações do Direito Constitucional para a percepção dessas circunstâncias atuais. Como hipótese, sustenta-se que, de diferentes modos, há influência internacional nos problemas de natureza global tratados no interior de cada país. Delimitando-se ao Brasil, pretende-se demonstrar essa influência nos casos de lavagem de dinheiro ao decorrer da Operação Lava Jato, fazendo-se, após uma análise teórica, uma observação de decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª região sobre o caso. Como metodologia, adota-se a sociologia sistêmica, que passa a ser, também, o marco teórico da análise proposta. Parte-se de uma abordagem teórica, encerrando a proposta uma análise quantitativa de decisões.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo Transnacional. Governança Global. Operação Lava Jato.

## 1 INTRODUÇÃO

Em concepções iniciais, o conceito de Constituição está estritamente vinculado à Teoria do Estado, indissociável de seus elementos constitutivos, como povo, território e soberania. Tais perspectivas serão demonstradas no primeiro item do presente trabalho, com destaque para os estudos de Malberg (1948) e Jellinek (2000). Na sequência, demonstrar-se-á como essa perspectiva é dominante no trabalho de autores influentes em Direito Constitucional.

O problema a ser evidenciado é a insuficiência dessa perspectiva para observar o processo de globalização do Direito Constitucional, fortemente impulsionado no final do século XX. Como vetores principais, destacam-se a circulação de normas a nível global e o deslocamento dos problemas, do interior dos Estados nacionais para o plano global, conforme será demonstrado no segundo item do presente trabalho.

A partir dessa problemática, levanta-se a hipótese de que no Direito Constitucional há pelo menos dois âmbitos de influência global, uma que parte da articulação de atores internacionais na elaboração das leis dos diferentes países em matéria comum, e outra que consiste na menção, cada vez mais frequente, de legislação internacional nas decisões dos tribunais nacionais em casos de natureza global.

Tentar-se-á demonstrar essas duas hipóteses no segundo item, a partir da utilização de estudos sobre a temática lavagem de dinheiro e a articulação internacional para seu combate,

bem como em análise quantitativa de dados nas decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª região em casos envolvendo lavagem de dinheiro ao longo da Operação Lava Jato.

Como metodologia, adotar-se-á a sociologia sistêmica, na concepção de Luhmann (2016), como a teoria adequada a observar a articulação do Sistema do Direito em uma sociedade mundial de comunicação. Tal perspectiva será também o marco teórico do presente trabalho, com ênfase em autores que partem dessa conceituação luhmanniana de Sistema do Direito, com destaque para Thornhill (2016).

Após essa estruturação, em aportes conclusivos, buscar-se-á demonstrar a limitação da tradicional concepção de Constituição para a verificação dos atuais fenômenos do Direito Constitucional demonstrados ao longo do trabalho.

## **2 O CONSTITUCIONALISMO: SUA CONCEPÇÃO TRADICIONAL E OS ATUAIS DESAFIOS NA GLOBALIZAÇÃO**

O constitucionalismo, em sua acepção tradicional, parte da análise de um documento único cuja pretensão é justamente limitar o exercício do poder do Estado. Essa limitação é restrita a determinado território em que reside um povo conectado por vínculo de cidadania à estrutura estatal. Com influência do movimento revolucionário do século XVIII, essa concepção surge fortemente na França, influenciando diversos países do mundo posteriormente.

No contexto francês, um dos clássicos do Direito Constitucional, Carré de Malberg (1948) ilustra todo o esforço teórico na elaboração do próprio Direito Constitucional enquanto ramo do Direito Público. Nessa divisão, o Direito Público é concebido como “[...] o direito aplicável a todas as relações humanas ou sociais nas quais o Estado esteja em jogo.” (MALBERG, 1948, p. 14) (tradução nossa). Dessa consideração, surge o Direito Constitucional, considerado como “[...] a parte do direito público que trata das regras ou instituições cujo conjunto forma em cada meio estatal a Constituição do Estado [...]” (MALBERG, 1948, p. 14) (tradução nossa).

Dessa perspectiva, percebe-se como o Direito Constitucional surge vinculado às concepções da Teoria do Estado, teorizando a existência de um documento único (Constituição) apta a limitar o exercício do poder do ente estatal no cerce de seus elementos constitutivos (território, povo e soberania). Esses elementos, na própria teoria de Carré de Malberg (1948, p. 23) são imprescindíveis para a caracterização do constitucionalismo, afinal: “[...] uma comunidade não é apta a formar um Estado se não possui um solo, uma superfície de terra sobre a qual pode afirmar-se como dona de si mesma e independente, é dizer, sobre a qual possa, ao mesmo tempo, impor seu próprio poder e rechaçar a intervenção de poderes alheios.” (tradução nossa).

Nesse sentido, muito influenciados por essa perspectiva, é que os autores contemporâneos, a exemplo de Bobbio (1987) vão conceber a ideia de constitucionalismo como uma técnica:

Costuma-se chamar de "constitucionalismo" à teoria e à prática dos limites do poder: pois bem, o constitucionalismo encontra a sua plena expressão nas constituições que estabelecem limites não só formais, mas também materiais ao poder político, bem representados pela barreira que os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos e juridicamente protegidos, erguem contra a pretensão e a presunção do detentor do poder soberano de submeter à regulamentação todas as ações dos indivíduos ou dos grupos.

Ainda no contexto das tradicionais perspectivas de observação, Jellinek (2000), na Alemanha, afirma que a origem dessa concepção de constitucionalismo é justamente a França, tendo em Carré de Malberg (1948) um dos autores importantes nessa construção. Em sua perspectiva teórica, Jellinek (2000, p. 374) distingue o direito privado, apto a regular as relações entre indivíduos, e direito público, destinado à regulação e limitação do exercício do *imperium* do Estado, principalmente sobre o povo a ele vinculado.

Esses dois autores, Carré de Malberg (1948), na França, e Jellinek (2000), na Alemanha, representam as concepções tradicionais do constitucionalismo, vinculado diretamente aos elementos da Teoria do Estado. Tal perspectiva ainda é influente nos dias atuais.

Ao longo do século XX, relevantes debates foram travados no âmbito da Teoria Constitucional. A maior das discussões talvez tenha sido formada entre Kelsen (2003) e Schmitt (2007) no que tange ao controle de constitucionalidade. Para Kelsen (2003, p. 150) esta função deve estar a cargo de um órgão que se diferencia do Poder Legislativo:

Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais- isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional.

Por outro lado, para Schmitt (2007, p. 199), o próprio chefe do Estado deveria exercer essa função, como verdadeiro Guardião da Constituição:

Conforme o direito positivo da Constituição de Weimar, a posição do presidente do Reich, eleito pela totalidade do povo, só pode ser construída com a ajuda de uma teoria mais desenvolvida de um poder neutro intermediário, regulador e preservador. O presidente do Reich está munido de poderes que o tornam independentes dos órgãos legislativos, embora esteja vinculado, simultaneamente, à referenda dos ministros independentes da confiança do parlamento.

Interessante observar nessa discussão que, apesar das divergências teóricas, ambos os autores não se desvincularam da concepção de Constituição como documento único conectado ao território de determinado Estado. Em Kelsen (2015, p. 09) inclusive, há uma relação indissociável

entre Constituição em sentido formal e material, na medida em que a norma jurídica extraída do documento constitucional é um modo de observar o mundo.

Essa influência das observações tradicionais do constitucionalismo, em que pese o longo lapso temporal, é observável atualmente. Na Itália, já foi citado o conceito de Bobbio (1987). Em Portugal, a concepção de Canotilho (2003, p. 51-52) também é elucidativa:

Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado.

Ocorre que o fenômeno da globalização, com a disseminação dos problemas de natureza constitucional para além dos territórios dos Estados nacionais passa a evidenciar a insuficiência dessas observações tradicionais do constitucionalismo para o enfrentamento dessas situações. No final do século XX, a queda do Muro de Berlim marca uma data simbólica que elucida a aceleração do processo de globalização que já vinha ocorrendo. Destaca-se, nesta última fase, a disseminação da Economia, com a existência de um sistema econômico global, com a primazia do modelo capitalista.

Em termos jurídicos, esse fenômeno vai impulsionar uma circulação de normas comuns a nível global. A construção de Direito no âmbito dos territórios nacionais, como exercício da soberania estatal, passa a ser relativizada. Nesse contexto, as tradicionais observações do constitucionalismo, elucidadas acima, apresentam certas limitações, afinal, concebem o Direito Constitucional como área jurídica estritamente conectada aos elementos constitutivos do Estado.

A circulação de normas a nível global demonstra uma tentativa de articulação, principalmente em matéria de direitos humanos, para a criação de uma linguagem jurídica mundial comum, fortemente impulsionada pelo fenômeno da Segunda Guerra Mundial. Para além dessa questão, o principal ponto que evidencia essa globalização é o deslocamento dos problemas de natureza constitucional do plano nacional para o mundial. Há, nesse sentido, problemas comuns (entre dois ou mais países) na ordem global (NEVES, 2009, p. 83).

Nesse sentido, há de se destacar uma série de questões cuja efetividade no tratamento é inexistente se observadas tão somente no plano nacional. A título de exemplo, nas grandes catástrofes ambientais, resta impossível limitar o nível de poluição em determinado país, na medida em que se menciona a existência de um sistema ecológico global. Os descuidos com o meio ambiente- independente de quem os exerça- não atingem apenas um Estado, mas o globo como um todo.

Em linha semelhante, há o terrorismo, cuja criminalidade não se limita a determinado Estado. Com destaque também- principalmente pela ênfase dada a casos no Brasil atualmente- está o crime de lavagem de dinheiro. Nesta questão, sabendo-se que se trata de um problema de natureza global, há forte articulação internacional, liderada pelo Grupo de Ação Financeira Internacional, para o seu combate, conforme será demonstrado no próximo item.

### **3 CONSTITUCIONALISMO E GLOBALIZAÇÃO: PROPOSTAS DA SOCIOLOGIA DAS CONSTITUIÇÕES E ARTICULAÇÃO INTERNACIONAL NO COMBATE ÀS PROBLEMAS DE NATUREZA GLOBAL**

Diante da insuficiência, como se viu, das tradicionais observações do constitucionalismo para dar conta dos atuais problemas de natureza global, alguns autores tradicionais da área adaptaram suas concepções para perceber esse movimento de globalização.

Nessa proposta, um dos grandes exemplos é Canotilho (2008), que elaborou o conceito de interconstitucionalidade para abarcar a circulação de normas ocorrida no âmbito da União Europeia. Trata-se, como se viu acima, de um dos autores com forte influência no pensamento jurídico brasileiro.

Fora do contexto da União Europeia, Bruce Ackermann (2007), nos Estados Unidos, relevou a saída do país de um modelo de constitucionalismo “provincialista”, uma vez que a abertura à globalização seria inevitável.

Para além dessas relevantes concepções, os estudos que atualmente se dedicam a verificar a contextualização no Direito Constitucional na globalização inauguraram uma área específica denominada de Sociologia das Constituições. Bem delimitando essa concepção, Febbrajo (2016, p. 18) demonstra essa transição entre perspectivas na Teoria do Direito:

A imagem tranquilizadora, fornecida pelo positivismo jurídico, de uma constituição posta no vértice das normas do direito é assim corrigida por uma representação policêntrica em que os fatores sociais de diversa natureza desempenham um papel importante ao lado dos fatores jurídicos, e o direito é explicado com e na sociedade, ao invés de somente com o direito.

Nesse sentido, percebendo que a concepção de Constituição como documento único que regula o exercício do poder do Estado dentro de determinado território não seria mais suficiente para abarcar os novos problemas de natureza global, surgem os recentes estudos em Sociologia das Constituições.

Partindo da caracterização de sociedade mundial de Luhmann (2016), Thornhill (2016) demonstra como, a nível global, pode-se observar o que denomina de Constituições Transnacionais, decorrentes da presença de legislação comum em matéria de direitos humanos nas Constituições de diferentes países ao redor do mundo. Em linha semelhante à perspectiva do

Transconstitucionalismo de Neves (2009), evidencia a articulação em termos de legislação internacional para a resolução de problemas comuns de natureza global.

Além desses estudos, centrados mais nas práticas do tribunal como centro do Sistema do Direito, aproximando-se de Luhmann (2016), há de se destacar as observações de movimentos de regulação própria em sistemas sociais diversos ao do Direito e da Política, como evidenciado na concepção de Fragmentos Constitucionais de Teubner (2016), com destaque para o Sistema da Economia. Em linha próxima, mas com ênfase na alteração da comunicação jurídica, rumo à disseminação da comunicação digital, é relevante o estudo de Vesting (2018) acerca das Constituições Parciais.

Em síntese, há de se observar que os autores acima mencionados, para além do deslocamento do Direito Constitucional para o contexto de uma sociedade globalizada, evidenciam a criação de Direito em âmbitos sociais diversos, afastando-se cada vez mais do Estado, formando o que hoje se denomina de Constitucionalismo Social (ROCHA; COSTA, 2018).

Outra perspectiva- destacada no presente trabalho- é observar como os processos legislativos de diferentes países sofrem influência de atores envolvidos em articulações internacionais. Tal análise também é um modo de evidenciar o processo de globalização do Direito.

Nesse sentido, a partir da constatação de que existem problemas de natureza global, surge a preocupação de criar mecanismos efetivos para a apuração dessas questões. No caso da lavagem de dinheiro, destaca-se o trabalho realizado pela *Financial Action Task Force* (FATF). Trata-se de uma iniciativa intergovernamental, iniciada em 1989, com a participação de ministros de diversos países, com o intuito de discutir os problemas globais existentes. Por meio dessas discussões, tentar-se-ia incentivar a produção legislativa comum nessas matérias ao redor do mundo. (FATF, 2018).

Nessas reuniões, o Grupo elabora recomendações. Atualmente, esse documento é conhecido como 40 recomendações (FATF, 2018), que partem de um catálogo de problemas de natureza global apresentado pelo grupo. Destacam-se, entre essas questões, o terrorismo e a lavagem de dinheiro.

Em relevante estudo, Maira Rocha Machado (2004) demonstra as influências das recomendações da *Financial Action Task Force* (FATF) nos procedimentos de combate à lavagem de dinheiro no Brasil e No Uruguai. No contexto brasileiro, as recomendações influenciaram diretamente a criação da lei sobre lavagem de dinheiro de 1998 (BRASIL, 1998). Na mesma época,



em decorrência também das recomendações, foi criado o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), como mecanismo para auxiliar no combate à lavagem de dinheiro.

Com a atualização das recomendações, foram adicionados novos elementos a se observar em termos de lavagem de dinheiro a nível mundial. Nessa linha, ciente das necessárias atualizações, foi criada a Lei nº 12.683/2012 no Brasil (BRASIL, 2012), seguindo diretamente as recomendações atualizadas da *Financial Action Task Force* (FATF).

Referida lei (Lei nº 12.683/2012) é a base para o julgamento de todos os recursos de mérito envolvendo lavagem de dinheiro do Tribunal Regional Federal da 4ª região. Observa-se, portanto, como, de diferentes modos, os atuais problemas constitucionais se deslocam do âmbito dos Estados, possuindo repercussão e articulação internacional para o seu combate. A *Financial Action Task Force* (FATF) é um dos exemplos, tendo influenciado diretamente na criação das leis brasileiras sobre lavagem de dinheiro.

Em termos de articulação, portanto, percebe-se o modo como o cenário internacional influencia nos processos de produção legislativa nacional, bem como nos julgamentos de casos de natureza global ocorridos no território de cada país. Na questão da produção legislativa, o trabalho de Maira Rocha Machado (2004), a partir de entrevistas com atores envolvidos, demonstrou o modo como a *Financial Action Task Force* (FATF) tem influência direta nos procedimentos para apuração da lavagem de dinheiro no Brasil. em suas palavras:

[...] os autores da lei brasileira tiraram grande proveito da legislação estrangeira e dos documentos internacionais. O mesmo acontece com a adoção de processos penais: troca de informações, cooperação internacional e também o fato de que, de certa forma, através dos procedimentos de avaliação mútua, as atividades dos tribunais são destinadas a prestar contas às instituições transnacionais. (MACHADO, 2004, p. 335). (tradução nossa).

Para além dessa influência na elaboração da legislação, segundo as teorias da Sociologia das Constituições, com destaque para o trabalho de Thornhill (2016), os julgamentos desses casos de natureza transnacional pelos tribunais brasileiros envolveriam- de forma crescente- a utilização de normas internacionais, produzidas no exterior e internalizadas pelo Brasil. Segundo essa concepção, a utilização de normas internacionais se dá com vistas à justificativa de que os procedimentos adotados no país seguem padrões internacionais, que poderiam ser aplicados por outros Estados em julgamentos semelhantes.

Nesse sentido, em recente pesquisa (COSTA, 2018), buscou-se verificar se o Tribunal Regional Federal da 4ª região, nos julgamentos de mérito em apelações da Operação Lava Jato envolvendo lavagem de dinheiro utilizavam legislação internacional na sua fundamentação. Na pesquisa, delimitaram-se como lapso temporal as datas de 01/01/2014 e 01/06/2018, em análise

dos julgados da Oitava Turma do TRF4, responsável pelo julgamento dos casos oriundos da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, até então sob a responsabilidade do juiz Sérgio Moro.

Com a coleta de dados, foram encontradas 27 acórdãos de mérito envolvendo lavagem de dinheiro, dos quais 25 mencionavam diretamente legislação internacional. Além disso, 11 decisões citavam o termo “Cooperação Jurídica Internacional” conforme a tabela abaixo:

Período	Decisões analisadas	Cooperação Jurídica Internacional	Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional
01/01/2014 01/06/2018	27	11	25

Fonte: (COSTA, 2018)

A análise quantitativa de dados realizada no site do Tribunal Regional Federal da 4ª região no período acima demonstrado evidenciou que 92,59% dos acórdãos analisados segundo os critérios selecionados mencionavam diretamente legislação internacional, especificamente o Estatuto de Roma Para o Tribunal Penal Internacional. Além disso, 40,47% das decisões citavam o termo “Cooperação Jurídica Internacional” como fonte direta da coleta das provas analisadas.

Com maior menção nas decisões analisadas está o Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional, internalizado para o ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Nº 4.388, de 25 de setembro de 2002 (BRASIL, 2002). Trata-se de um dos exemplos de legislação internacional utilizada em casos de natureza global, na linha da Sociologia das Constituições (THORNHILL, 2016).

Com as demonstrações acima, verifica-se como as questões julgadas no interior de cada Estado, ao menos aquelas que possuem natureza global –caso da lavagem de dinheiro- sofrem cada vez mais influencia de articulações internacionais. No plano da produção legislativa, o trabalho de Maira Rocha Machado (2004) evidencia toda a articulação internacional, com ênfase pra a *Financial Action Task Force* (FATF), na criação de mecanismos comuns para apuração da lavagem de dinheiro ao redor do mundo. Em termos de decisões nos tribunais, demonstrou-se a utilização constante de legislação internacional nos casos envolvendo lavagem de dinheiro na Operação Lava Jato (COSTA, 2018).

Em síntese, é evidente que essas questões cada vez menos estão limitadas aos territórios dos Estados nacionais, de modo que as tradicionais concepções do constitucionalismo são insuficientes para a detecção desses fatos. Trata-se, em suma, de um fenômeno que comprova, cada vez mais, a globalização inevitável do Direito Constitucional (TUSHNET, 2009).

## 5 CONCLUSÃO

Como se viu ao longo do trabalho, a tradicional concepção de constitucionalismo observar a Constituição como um documento único vinculado a determinado Estado, como mecanismo de limitação do poder estatal.

O problema evidenciado nessa perspectiva, como observado acima, é que o fenômeno da globalização impulsionou uma mudança radical nas relações de poder a nível mundial. No âmbito do Direito, passou-se a observar uma circulação de normas a nível global, bem como a extensão de determinados problemas ao âmbito internacional, demonstrando a insuficiência dessa visão estrita de constitucionalismo.

Dessa constatação surgiram relevantes observações do fenômeno, com destaque para os estudos em Sociologia das Constituições (THONRHILL, 2016), partindo da concepção de sociedade mundial em Luhmann (2016).

Diversos fenômenos podem ser observados nessa mudança. No presente trabalho, buscou-se destacar a articulação de atores globais, públicos e privados, no combate à lavagem de dinheiro, demonstrando-se o papel da *Financial Action Task Force* (FATF), com influência direta na elaboração das duas leis brasileiras sobre lavagem de dinheiro, bem como a influência da legislação internacional nas decisões de mérito em recursos de apelação envolvendo lavagem de dinheiro na Operação Lava Jato. Neste ponto, demonstrou-se uma análise de acórdãos do Tribunal Regional Federal da 4ª região em casos da Operação Lava Jato.

Em síntese, conclui-se que o Direito Constitucional deve observar as alterações provocadas pela globalização na área, não se limitando apenas à concepção analítica das Constituições de diferentes países, uma vez que relevantes problemas atuais possuem natureza global.

As questões comuns entre Estados, apresentadas ao longo do trabalho, envolvem muito mais uma questão de governança global, no sentido de depender da atuação conjunta de atores privados e públicos na solução de problemas (TEUBNER, 2016), do que especificamente de um governo limitado às bases territoriais do Estado.

Nesse sentido, as observações atuais do Direito Constitucional devem se voltar muito mais à análise de um constitucionalismo social (ROCHA; COSTA, 2018) conectado à sociedade mundial, do que um constitucionalismo estatal, com suas tradicionais limitações em relação aos casos atuais.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. A ascensão do constitucionalismo mundial. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (orgs.). **A constituição do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 89-111.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1987.

BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm)>. Acesso em: 14 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei no 9.613, de 03 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2)>. Acesso em: 08 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9613.htm)>. Acesso em 08 jun. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **'Brançosos' e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: 2003.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **A evolução do constitucionalismo transnacional nos tribunais: uma análise sociológico-sistêmica da Operação Lava Jato**. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito público)- Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2018.

FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do Constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). **40 Recommendations**. Disponível em: <[http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF\\_Recommendations.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf)>. Acesso em: 08 jun. 2018.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

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

MACHADO, Maira. Similar in Their Differences: Transnational Legal Processes Addressing Money Laundering in Brazil and Argentina. **Law & Social Inquiry**, 37: 330-366, 2004.

MALBERG, R. Carré De. **Teoría general del estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.  
NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo social: Constituição na globalização**. Curitiba: Appris, 2018.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

THORNHILL, Chris. **A sociology of Transnational Constitutions: Social foundations of the post-national legal structure**. London: Cambridge, 2016.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **Pesquisa de jurisprudência**. Porto Alegre, 2018. Disponível em: < <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

TUSHNET, Mark. The inevitable globalization of constitutional law. **Virginia Journal of International Law**, [S.l.], v. 49, n. 4, p. 985-1006, 2009.

VESTING, Thomas. **Legal Theory and the Media of Law**. Cheltenham: Elgar, 2018.

# RECOMENDAÇÕES DA ONU AO BRASIL E POLÍTICAS PÚBLICAS: CAMPO PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Ingrid Viana Leão

(Doutora em Direitos Humanos, FDUSP)

ingridleao@hotmail.com

**RESUMO:** Este artigo é sobre um aspecto da tese *Políticas Públicas e Garantias de Direitos Humanos: campo para efetivação das recomendações da ONU ao Brasil sobre execuções sumárias, arbitrárias ou extrajudiciais* que, entre outros objetivos, buscava enfrentar as dificuldades do trabalho com as recomendações da ONU no Brasil. Isto a partir de questionamentos em uma área nova e em construção no Brasil, os direitos humanos, como espaço de pesquisa para o Direito. Problematizou-se o saber jurídico e a relação com as recomendações da ONU a partir da realização de sete entrevistas com profissionais do direito. Para esta comunicação, localizam-se os caminhos insuficientes do direito como área do conhecimento para responder inquietações da tese realizada e assim apresentar a trajetória de pesquisa para se chegar a abordagem transnacional do direito na tese e as políticas públicas.

**Palavras-chave:** ONU. Direitos humanos. Pesquisa jurídica.

## 1 INTRODUÇÃO

As recomendações da ONU ao Brasil foram estudadas a partir de uma grave violação de direitos humanos: as execuções sumárias, arbitrárias ou extrajudiciais. As execuções sumárias dizem respeito a perda da vida com uma série de características que envolvem agentes estatais. O termo faz referência a uma expressão jurídica internacional que a palavra homicídio se apresenta como insuficiente diante das características do problema. Um assassinato ao ser apresentado como crime de homicídio não remete ao conjunto de situações que uma execução sumária reúne para ser considerada uma violação de direitos humanos.

De forma sucinta, a caracterização de um assassinato como execução sumária considera quem, como e ainda a relação vítima e agressor. A ação é atribuída a agentes do Estado ou com o seu envolvimento, o que pode configurar um crime em serviço ou fora de serviço; uso da força fora das hipóteses legais como legítima defesa e excludente de ilicitude; a vítima tem sua possibilidade de defesa reduzida além de considerável vulnerabilidade em relação ao agressor (BEDOYA, 2009; ALTEMIN, 1991; LEÃO, 2011).

A criminalização da conduta encontra no crime de homicídio a sua tipificação. Apesar disso, as dificuldades na investigação e processamento não se assemelham ao crime entre civis ao se considerar o lugar que o perpetrador ocupa, por isso a importância em trabalhar a categoria “execução sumária”. O envolvimento de agentes do Estado representa novos riscos, outras implicações para a apuração, além de carecer de informações sobre o contexto da vulnerabilidade da ação para que se possam planejar ações preventivas que impactem a atuação estatal.

Situações levadas aos organismos internacionais informam sobre violações massivas e sistemáticas no Brasil como execuções. Entre os casos de grande repercussão estão Massacre do Carandiru (1992), Eldorado dos Carajás (1996), Favela Nova Brasília (1994 e 1995) ou Chacina da Candelária (1993).

Com base no estudo dos relatórios internacionais sobre a prática de execuções sumárias no Brasil, a experiência brasileira se vê atrelada ao seguinte contexto e perfil de pessoas atingidas:

(1) a execução sumária insere-se em um contexto que violar o direito à vida buscar favorecer outro direito, como a disputa pela terra (camponeses, indígena, comunidades tradicionais); (2) direito humano em risco que antecede a morte ou ameaça e atinge a investigação e responsabilização dos perpetradores da violação primária (envolve defensores de direitos humanos e testemunhas); e (3) grupos atingidos por serem considerados “indesejáveis” na sociedade (moradores de favelas, meninos e meninas de rua, negros, condenados por crime) e, assim, não “dignos” de direitos nem titulares de direitos humanos – “direitos humanos para humanos direitos”. Os grupos e as pessoas identificados nas situações 1 e 2 também encontram processos de estigmatização e criminalização – por serem consideradas “indesejáveis” – que podem “justificar” suas mortes (LEÃO, 2011, p. 38).

As recomendações da ONU enfrentam essas circunstâncias associadas a prática de execução, e assim são diversas e buscam aprimorar as instituições, mecanismos e políticas de direitos humanos. As recomendações são específicas ou gerais com indicação de ações ao Estado brasileiro referentes às execuções sumárias, arbitrárias ou extrajudiciais. Recomendações semelhantes podem estar em outros mecanismos da ONU e no sistema interamericano.

O Brasil recebeu cerca de vinte missões da ONU até o momento. Tratam-se de visitas de expert independentes dos procedimentos temáticos das Nações Unidas. Os temas dessas Relatorias Especiais da ONU se complementam, o que permite entender uma complementação entre os conteúdos e por vezes repetição da mesma ação sugerida para o Brasil.

A pesquisa de doutorado considerou como referência as recomendações da Relatoria Especial da ONU sobre execuções sumárias, arbitrárias ou extrajudiciais, resultado de duas visitas em 2003 e 2007. Além do relatório da missão no Brasil, o estudo apreciou os relatórios por temas que especificam um aspecto das execuções extrajudiciais sem direcionar a um país. Por conta disso, o levantamento incluiu episódios de uso excessivo da força em manifestações da rua a partir de 2013, tema de um dos relatórios que considera o uso de armas de menor letalidade pela polícia.

## 2 TRANSNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO E DIREITOS HUMANOS

### 2.1 Desafios metodológica

A relação do Brasil com os organismos internacionais de direitos humanos se tornou conhecida após a Constituição de 1988 com o explícito compromisso brasileiro com a agenda dos direitos humanos. Antes de 1988, o Brasil já atuava junto às organizações internacionais, porém com um outro protagonismo e intensidade, especialmente quanto a atuação da sociedade civil brasileira (ALVES, 2007; TRINDADE, 2000). Recordar-se que o próprio estudo da relação do Brasil e ONU dentro dos cursos jurídicos era bem distante e começou a ingressar no currículo jurídico como um capítulo do direito internacional ou um capítulo do direito constitucional, sob a nomenclatura Direito Internacional dos Direitos Humanos ou Direito Constitucional Internacional.

Começam a ser estudados casos paradigmáticos, sentenças internacionais ou relatórios de organismos internacionais, e a divulgar a noção de que reivindicações de direitos e denúncias de violações de direitos encontram um respaldo normativo e institucional que não se limita ao âmbito nacional. Isto é, existe uma movimentação sobre direitos humanos que ultrapassaram as fronteiras nacionais.

Desde o início do contato com a temática execuções, anterior ao Doutorado, as principais referências de apoio foram do Direito Internacional dos Direitos Humanos ou Direito Constitucional Internacional naquele momento. Ao centrar em um mecanismo da ONU, o estudo de organismo internacionais acaba por atrair esses ramos do Direito, além disso, execução sumária é uma expressão jurídica da linguagem internacionalista, ausente como tipo normativo no sistema jurídico brasileiro.

Mais tarde essa aproximação encontrou limites. Buscava-se o estudo dos direitos humanos a partir de um problema de pesquisa preocupado com a violação de direitos humanos, em que a relação entre Estados e ONU ou com a sociedade civil são elementos importantes para o estudo, mas não o centro da busca por uma resposta. Acredita-se que “uma concepção de direitos humanos que promova a sua defesa por si mesmo está insuficiente para um momento em que as violações de direitos humanos permanecem e as exclusões se aceleram” (LEÃO, CARVALHO, 2014, p. 53).

No decorrer da pesquisa de mestrado, ao estudar as recomendações, realizou-se um levantamento da participação de interlocutores na construção e implementação dos direitos humanos, com base na análise das características das violações de direitos humanos e suas circunstâncias que foram reunidas em uma tipologia. Considerou-se os diferentes direitos ameaçados e violados, com potencial para descrever os procedimentos adotados para solucionar



disputas por direitos ou para “silenciar” a ação dos ativistas sociais. Embora a pesquisa tenha identificado quantas recomendações ao Brasil, de onde, sob qual fundamento e quais atores envolvidos, não fundamentou de forma suficiente essas questões com o campo jurídico. Foram informações úteis que sinalizaram a insuficiência dos caminhos adotados até aquele momento, com uma forte carga descritiva.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, como ramo do direito com enfoque em direitos humanos, não forneceu embasamento teórico para que a pesquisa analisasse a construção das recomendações da ONU ao Brasil. Por suas limitações características da dogmática jurídica, não se encontrou um arcabouço teórico para analisar com fundamentação a atuação de outros interlocutores, como os movimentos sociais ou ainda perguntas que não carregassem a pesquisa de entender como fazer o Brasil realizar as recomendações ou quais recomendações são realizadas pelo Brasil. A pergunta habitual era qual recomendação da ONU é implementada pelo Brasil ou qual recomendação da ONU é mais ou nem tanto realizada pelo Brasil. Essas questões simplesmente não poderiam ser respondidas por uma pesquisa de doutorado, estariam a se configurar um parecer avaliativo, quase um relatório da sociedade civil sobre as condições dos direitos humanos realizados no país. Nesse momento, entender qual o papel da pesquisa acadêmica para um problema de direitos humanos foi uma boa orientação para buscar fontes e ajustar os caminhos da pesquisa.

O estudo das recomendações da ONU ao Brasil encontrou no direito transnacional uma chave de leitura mais abrangente que a divisão “âmbito internacional” ou “âmbito nacional” na medida em que considera o processo de sua formulação pela ONU e o processo de relação entre atores envolvidos com as temáticas afetadas (LEÃO, 2018). Nessa direção, a expressão transnacional se baseia em processos que não se restringem a atuação internacional e não se restringe a relação entre Estados, bem como a concepção de mobilização jurídica não se restringe a litigância judicial (SANTOS, 2007; SANTOS, 2012). Aqui está uma dúvida comum, como tratar as recomendações da ONU se não são sentenças internacionais?

A complexidade da relação do direito com essa movimentação internacional e local é explicada por Cecília Macdowell Santos (2012, p. 14):

A mobilização transnacional do direito refere-se, por sua vez, às mobilizações do direito que vão além das fronteiras do estado-nação (...). As mobilizações sociais de âmbito nacional ou internacional que têm por objeto ou se valem de referenciais jurídicos supranacionais, tais como os movimentos sociais que incorporam em seu repertório de ação os valores, os ideais e as concepções globalizadas dos direitos humanos (*sic*), também exemplificam ou se relacionam com práticas de mobilização *transnacional* do direito.

Existem referenciais normativo e institucional que se afirmam em uma linguagem internacional sobre reivindicações que também são locais. Os mecanismos e procedimentos da ONU são um exemplo da internacionalização de denúncias de violações de direitos humanos. Tais mecanismos da ONU recebem informações sobre as práticas abusivas nos países nacionais, ademais de seu propósito de proteger a pessoa humana e responsabilizar agentes por violações de direitos humanos. Os diferentes métodos são petições ou comunicações, relatórios ou investigação. Métodos estes que são determinados pelo tipo de mecanismo que se pretende acionar e que divergem quanto ao objetivo.

Para completar o desafio, as recomendações da ONU são distintas e habitualmente consideradas de menor importância sob a chave argumentativa de serem não obrigatórias ou não vinculantes.

## **2.2 Direitos Humanos como área de conhecimento**

A saída do Direito Internacional dos Direitos Humanos também foi favorecida pela compreensão de que a pesquisa se desenvolvera dentro dos direitos humanos como área de pesquisa jurídica no Brasil. E a partir dessa premissa buscar entender o que é uma pesquisa em direitos humanos a partir da área do conhecimento Direito para um país latino-americano.

Vale dizer que contribuiu para essa posição outra pesquisa realizada anteriormente a tese, com enfoque sobre a formação jurídica e a pesquisa acadêmica (LEÃO, CARVALHO, 2014). Assim, antes de consolidar o objeto de pesquisa já se tinha em mente que uma marca do campo jurídico eram trabalhos desenvolvidos para fundamentar argumentos prévios e uma forte defesa de instrumentos que compõem um sistema de normas. O fato de direitos humanos se constituir como uma nova área de pesquisa acadêmica no Brasil não significaria que ela adote novas metodologias ou que antigos procedimentos de investigação jurídica não estejam ali reproduzidos.

Nesse percurso, o estudo de Coomans, Grunfeld e Kamminga (2009) sobre a produção do conhecimento em direitos humanos foi de grande importância no sentido de:

Entre as conclusões dessa pesquisa, realizada com base em artigos em revistas de direitos humanos e aplicação de questionário com pesquisadores, uma foi que a metodologia não é fator privilegiado para estruturar o trabalho de pesquisa dos juristas, o que acaba por fragilizar os resultados obtidos. Os autores afirmam que a superficialidade metodológica da pesquisa em direitos humanos tem haver com a “crença” de grande parte dos pesquisadores num valor apriorístico dos direitos humanos, numa confiança dogmática de que os direitos humanos são bons para sociedade, esquecendo-se de que as normas de direitos humanos são resultados de processos políticos conflituosos, não sendo um fim em si mesmo, mas sim um instrumental para ajudar na realização da dignidade humana. Assumir essa premissa acaba por minar a potencialidade crítica do trabalho de pesquisa. Outra razão seria uma demasiada condescendência dos juristas para com os organismos

Delimitar e entender de qual direitos humanos estava sob problematização nos levaria a uma delimitação conceitual como ponto de partida do estudo (GOODALE, 2007). Qual o significado de execuções sumárias para além de homicídio? Qual o significado de entender as execuções sumárias como uma violação de direitos humanos? Por que algumas pessoas não admitem que existem execuções sumárias no Brasil ou na sua prática institucional? Esses questionamentos acabaram por enriquecer a pesquisa no sentido do trabalho sobre direitos humanos não se reduzir a uma defesa e promoção do seu objeto por si mesmo – “execução sumárias é ruim e devem acabar”. A busca por entender os paradoxos desse campo Direitos Humanos se constituiu em um exercício a novas escolhas sobre a abordagem ou abordagens mais interessantes para o levantamento e análise. Esse tipo de exercício metodológico e epistemológico inicial é uma “tarefa” muito difícil para trabalhos no campo jurídico e ao mesmo tempo um desafio para a “tarefa” de pensar direitos humanos.

### **2.3 Contribuição de disciplinas no curso**

É necessário dizer que duas disciplinas fizeram a diferença nesse caminho, a primeira dedicada a metodologia do ensino jurídico, ministrada por José Eduardo Faria, dedicada a explicitar a interação entre o campo jurídicos e os problemas de pesquisa para o jurista, foi um apoio para consolidar uma crítica sobre o ensino do direito e posteriormente associar áreas de pesquisa jurídica com problemas de direitos humanos.

A segunda disciplina, proposta por Cecília MacDowell dos Santos, chama-se *Práticas e Escalas dos Direitos Humanos: Legalização, Mobilização, Tradução*. A proposta parte da noção de que existe uma definição legalista de direitos humanos sob domínio dos juristas para considerar estudos interdisciplinares sobre a legalização e a mobilização dos direitos humanos. As principais questões do curso postas desde a ementa que auxiliaram a pesquisa de doutorado foram: Como devem ser abordados os processos de legalização e de mobilização dos direitos humanos? Quais são as principais características, as semelhanças e as diferenças entre as abordagens sobre direitos humanos? Existe diferença entre a legalização e a mobilização dos direitos humanos? Por que é relevante fazer a distinção entre legalização e mobilização dos direitos humanos? Qual é a terminologia mais apropriada para a identificação das “escalas” das práticas dos direitos humanos, e da relação entre tais escalas: “local, nacional, regional e global”; “local, nacional e internacional”; “entre o global e o local”; “transnacional”; “translocal”?

A revisão do tema execuções sumárias com base nessas disciplinas cursadas levou a entender que:

(iii) o processo de construção das recomendações pode ir além da perspectiva normativa e compreender os processos de mobilização do direito pelos movimentos sociais, tendo em vista que a ação desses movimentos é por vezes diluída sob a expressão sociedade civil ou organizações de direitos humanos, termos comuns no diálogo entre Estado e ONU; (iv) o estudo dos direitos humanos conta com diferentes abordagens teóricas que recebem influência do objeto de estudo dos diferentes ramos do conhecimento, isto não significa que ao jurídico cabe apenas a abordagem das normas. Por conta disso, o desafio do fazer interdisciplinar se amplia quando o pensar os direitos humanos tem como ponto de partida a Ciência Jurídica. Ao mesmo tempo, o tema execuções sumárias não se restringe à violência sob a perspectiva de violação de direitos individuais e deve se articular com as dimensões da inclusão social; e (v) as políticas públicas se apresentam como um campo de estudo que a Ciência Jurídica está começando a trilhar como uma rota de pesquisa para além de estruturas legais ou processos administrativos (LEÃO, 2018, p.29).

### **3 CONTRIBUIÇÕES DA PESQUISA**

Após sistematizar as recomendações da ONU e aprofundar o conceito de execuções sumárias, foram realizadas entrevistas com pessoas que atuam próximas de ocorrências de execuções, como Ministério Público e Defensoria Pública. As entrevistas foram a base para entender o funcionamento dessas instituições no tratamento do problema de direitos humanos, mas também auxiliou em perceber algumas limitações quanto ao conceito qualitativo de execuções sumárias, arbitrárias ou extrajudiciais.

A primeira controvérsia no levantamento foi encontrar quem não considerava execuções sumárias um problema tão grave quanto parece, tal percepção é com base nos registros estatísticos ou ainda uma dificuldade em falar sobre ocorrências fora de serviço, como habitualmente acontece com milícias e chacinas por grupos de extermínio.

Uma dificuldade no registro estatísticos é o que se conhece por “auto de resistência”, em que a pessoa atingida pela polícia aparece como acusada em um inquérito que deveria ser apurada a causa da sua própria morte. Tais casos são arquivados com total ausência de procedimentos investigatórios e padronização sobre a conduta do policial em “confronto”. Algumas normativas locais hoje já buscam responder a essa fraude processual, mas não se pode acreditar que o “fim do auto de resistência” a partir de um procedimento normativo se traduza no fim de ocorrência de mortes por uso excessivo da força policial ou ainda que mortes em confronto sejam investigadas. Com isso, a pesquisa localizou o “auto de resistência” como um indicador da violência institucional, um problema para investigação/apuração e a evidência de existe a ciência e apoio do Estado com o episódio morte ali registrado. O fim de registros de assassinatos como auto de resistência é vista como uma sinalização institucional, mas não é uma ação que previne crimes de homicídios cometidos por agentes estatais.

O registro de homicídios encontra também outro problema que é o lugar de poder que o perpetrador ocupa. A posição de ser um agente do Estado, por vezes, representa medo e repesarias para que testemunhas se manifestem ou que denúncias de violência institucional cheguem na porta das corregedorias e ouvidorias de polícia. São muitos fatores por trás de uma aparente baixa estatísticas e para entende-la é necessário ir além da palavra homicídio e avançar para uma avaliação qualitativas. Essa posição é que permite também compreender que um assassinato cometido por um policial não é um problema de simples conduta individual.

A pesquisa de doutorado indicou entre as conclusões: uma visão restrita sobre o problema, morte como resultado da conduta individual. Isto é, entender que o assassinato é erro de um policial ruim, que agiu sem treinamento adequado ou por interesse econômico eventual. Esse é o principal argumento que as autoridades colocam publicamente quando se admite e condena a prática de uma execução extrajudicial, trata-se de “laranja podre do saco”.

Ir além da visão individual permitirá entender a possibilidade de uma violação de direitos humanos não ser algo eventual e sim parte do planejamento de Estado. Um exemplo é o uso de forte armamento bélico com uso indiscriminado sobre determinada região sob o argumento de que se busca mais segurança para os cidadãos. Esse tipo de organização indica uma movimentação com recursos públicos, servidores públicos e conhecimento de autoridades para uma ordem contra direitos, contra a vida de algumas pessoas e contra a segurança de outras. Por conta disso, a tese enfatiza as políticas públicas como um campo de aplicação das recomendações. Não se trata apenas de políticas públicas para a prevenção das execuções sumárias, mas de ações que são favoráveis as execuções sumárias com forte grau de formalidade e organicidade estatal.

Além dessas duas conclusões – pesquisa em direitos humanos e visão restrita sobre o problema execuções sumárias, expostas até o momento, acrescenta-se outras três colaborações da pesquisa: (i) ONU e políticas públicas – um sentido para as recomendações sobre execuções sumárias; (ii) Pesquisa e conceito de direitos humanos; (iii) Não-morte e uso da força – a atuação policial em manifestações (LEÃO, 2018, p. 259-238).

#### **4 CONCLUSÃO**

A abordagem transnacional do direito foi aspecto de grande importância para pesquisa sobre recomendações da ONU ao Brasil. Ao longo da nossa trajetória pessoal, a relação com as visitas da ONU encontrava sempre as mesmas perguntas sem possibilidades de resposta acadêmica. Perguntas que separavam a atuação internacional com a atuação nacional, de forma bastante independentes. Ou perguntas que atribuía a pesquisa acadêmica um papel descritivo e

insuficiente para tratar de problema social tão grave como as execuções sumárias ou extrajudiciais.

Antes de iniciar a pesquisa foi importante identificar pontos de debilidade na área de conhecimento para qual se construía o objeto e o problema de pesquisa. Essa aproximação crítica representou de saída pontos que a metodologia de pesquisa deveria enfrentar com duas cargas, uma porque eram conhecidas as críticas aos juristas como pesquisadores, e a segunda por conta da proposta de pesquisa estar na área direitos humanos, que além de nova na pós-graduação brasileira, leva uma nomenclatura que sinaliza preocupações com a pessoa humana. Especialmente a linha de pesquisa, a qual a tese se vincula, afirma-se a inclusão e exclusão social como nuclear. A linha de pesquisa já delimita de qual direitos humanos o curso e os projetos de pesquisa estariam ou deveriam assumir.

O desenvolvimento de entrevistas foi fundamental em um cenário que casos de violações não são públicos, bem como as decisões jurídicas e os procedimentos adotados localmente também não.

Por fim, vale dizer que o contato com o problema execução sumária vem de uma atuação prática profissional que influenciou a escolha do tema em trabalhos de especialização, mestrado e doutorado em um período de dez anos. Rever essa própria trajetória e principalmente não desisti dela tem um peso muito forte para a conclusão da tese.

## REFERÊNCIAS

ALTEMIN, Antonio Blanco. **La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional**. Bosch Casa: Barcelona, 1991.

ALVES, J. A. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva; Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. (Coleção Estudos).

BEDOYA, Carlos Augusto Lozano. **Justicia para la dignidad: la opción por los derechos de las víctimas**. Bogotá: PCS, 2009.

CANÇADO TRINDADE, A. A. **Proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas**. 2. ed. Brasília: Humanidades, 2000. (Série Prometeu).

COOMANS, Fons; GRÜNFELD, Fred; KAMMINGA, Menno T.. (orgs.). **Methods of Human Rights Research**. Oxford: Intersentia, 2009.

GOODALE, Mark (2007). Locating Rights, Envisioning Law between the Global and the Local. In GOODALE, M.; MERRY, S. E. (org.). **The Practice of Human Rights: Tracking Law Between the Global and the Local**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 1-27, 2007.

LEÃO, Ingrid; CARVALHO, C. M.. Análise do Currículo da Área de Concentração em Direitos Humanos: tensões e desafios da pós-graduação em Direito na USP, UFPA e UFPB. RODRIGUES, Horácio Wanderlei; SANCHES, Samyra H. D. N.; AGUIAR, Alexandre K.V. (Org.). **Direito, Educação, Ensino e Metodologia jurídica**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 1-546. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=137>. Acesso em: 01 dez. 2018.

LEÃO, Ingrid V. **Execuções Sumárias, Arbitrárias ou Extrajudiciais**: a efetividade das recomendações da ONU no Brasil. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

LEÃO, Ingrid Viana. **Execuções sumárias, arbitrárias ou extrajudiciais**: as políticas públicas como campo para efetivação das recomendações da ONU ao Brasil. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

SANTOS, Cecília MacDowell dos (org.). **A Mobilização Transnacional do Direito: Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos**. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

SANTOS, Cecília MacDowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, ano 4, n. 7, p. 20-59., 2007.

# O PAPEL DA GOVERNANÇA GLOBAL NA RECONFIGURAÇÃO DO DIREITO NO HORIZONTE DA MODERNIDADE REFLEXIVA: UMA APRESENTAÇÃO

*Julia Martins Tiveron*

(Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo)

juliativeron@globo.com<sup>1</sup>

**RESUMO:** Nesse artigo pretende-se apresentar a temática que vem sendo desenvolvida, pela mesma autora, como projeto de dissertação de mestrado no âmbito da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo. Este trabalho dedica-se ao exame de um tema que vem adquirindo centralidade, embora ainda pouco explorado na sociologia jurídica, qual seja: a governança global. A partir do trabalho de Giddens sobre a globalização e a mudança de paradigma sofrida pelos Estados nacionais, busca-se analisar a mudança pela qual esse passou no que diz respeito ao seu papel de ator principal na regulação jurídica. Procura-se com enfoque especial na obra de André-Jean Arnaud realizar uma análise da passagem de uma forma de governo à forma da governança no processo de tomada de decisão complexa, a qual remete a uma nova ordem de produção jurídica que deve ser considerada diante do contexto de alta modernidade.

**Palavras-chave:** Anthony Giddens. Estado-nação. Governança.

## 1 INTRODUÇÃO

Esse artigo pretende apresentar a pesquisa que vem sendo desenvolvida pela mesma autora, no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo. Trata-se de uma Dissertação de Mestrado, intitulada “O papel da governança global na reconfiguração do Direito no horizonte da modernidade reflexiva”.

Para tal intuito, opta-se por dividir a apresentação do trabalho em quatro itens. O primeiro, denominado “interesse pela pesquisa”, traz as linhas principais do tema escolhido. Busca-se apresentar que o interesse para o desenvolvimento da pesquisa parte de uma diversidade de possíveis abordagens da “modernidade”, bem como a escolha pela perspectiva de Anthony Giddens, a qual se designa “modernidade reflexiva” ou “modernidade radical”.

No item que se segue, “objetivos da pesquisa e método de análise empregado”, prossegue-se na indicação da relação existente entre a teoria da modernidade reflexiva apresentada e a análise da mudança do papel do Estado-nação no contexto da globalização. Essa temática, por sua vez, liga-se às transformações pelas quais passou o sistema jurídico nessa fase radical da modernidade. Por meio dos autores selecionados, introduz-se o objeto central: a governança global.

Dando continuidade, o item denominado “a governança global na perspectiva de André-Jean Arnaud” apresenta essa nova forma de regulação jurídica, a que se designa “governança”. Procura-se apresentar suas características principais, com destaque para sua relação com o termo

---

<sup>1</sup> Mestranda pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Público. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.



“governo” e sua atuação na reconfiguração do processo de tomada de decisões na modernidade avançada. Indica-se, ainda, como objeto a ser desenvolvido na referida dissertação, a relação que existe entre a governança e o Direito.

Por fim, nas “conclusões parciais da pesquisa”, indicam-se as conclusões a que se chegou, até o momento, na presente pesquisa. Essas compreendem, dentre outras, a posição particular adotada por Anthony Giddens e André-Jean Arnaud no que se refere ao papel do Estado-nação na sociedade globalizada. A nova participação do Estado nacional no processo de tomada de decisão, que passa a se dar, ao lado de atores, até então marginalizados, leva à consideração dos riscos implicados nessa nova forma de regulação jurídica.

## **2 INTERESSE PELA PESQUISA**

Originalmente, a intenção que moveu o desenvolvimento desse trabalho consistiu no interesse pelo estudo das mudanças sociais que sobrevieram do fenômeno a que se denomina “modernidade”. Ao lado dessa questão, a indagação que se apontava consistia em entender que papel ainda exerce, diante desse contexto moderno, especialmente caracterizado pelo fenômeno da globalização, a estrutura política tradicional associada ao Estado-nação. Uma vez que muitos proclamam o fim dessa forma estatal, o que dizer de um Direito que aparece de forma quase indissociável daquela estrutura política?

São muitas as leituras que procuram esclarecer o que vem a ser a “modernidade”, tratando-se de um fenômeno multifacetário e por isso de difícil definição (LATOURET, 2013, p. 15). Destaca-se, então, como uma perspectiva a ser explorada que trabalha a passagem de uma “modernidade simples” à chamada “modernidade reflexiva” tal como é trabalhada por Anthony Giddens, que, por suas características, apresenta um potencial de dar conta da complexidade que caracteriza a sociedade contemporânea (GIDDENS, 1991, p. 49). Para o referido autor, a sociedade moderna é aquela emergida da ordem pós-feudal e consolidada no século XX (GIDDENS, 1991, p. 11) – é caracterizada por uma significativa descontinuidade com relação às sociedades anteriores (CAPELLER, 2011, p. 97). Giddens (1991, p. 16) aponta duas tendências que marcam esta mudança: o dinamismo e a globalização, próprios da sociedade moderna.

Os primeiros autores que vieram a discutir a globalização, no final do século XIX, enxergavam como certo que à crescente interconexão global sucederia um “governo mundial” (ARNAUD, 2006, p. 223; 2007, p. xviii). Os Estados nacionais, por vezes, especialmente diante de crises de âmbito global que assolam nossa modernidade, perdem seu poder de convencimento,

vê-se, assim, cada vez mais, decisões sendo tomadas à margem da regulação jurídica estatal (ARNAUD, 2006, p. 119).

A economia contemporânea, bem como outras relações no mundo globalizado, segue uma dinâmica própria que não se enquadram mais na lógica dos procedimentos normativos clássicos. Estas relações tornam-se os novos *locus* de decisão que atuam em uma dimensão de tempo e espaço diversa daquela idealizada para os Estados nacionais; dessa forma, aparece a tendência para poliarquia, tanto no espaço nacional como naqueles que se encontram aquém e além deste. Assim, a globalização representa uma transformação, tanto na função dos Estados quanto para as fontes de produção normativa e legitimação do Direito (FARIA, 2011, p. 37).

Diante das mudanças que ocorreram na posição do Estado-nação como detentor do monopólio da produção normativa e em sua capacidade de cumprir com todas as expectativas de uma reivindicação cada vez mais ampla de direitos sociais, como estas atividades estão sendo desempenhadas no cenário atual? Como o Direito atua em uma globalização que, sendo econômica, não é nem política e nem jurídica? Nesta nova ordem, quais os mecanismos jurídicos que aparecem para dar forma às relações jurídicas que são formadas?

Na tentativa de responder a essas perguntas, destaca-se a análise de um instrumento de regulação de um tipo novo. Trata-se do fenômeno da governança. Esta, por sua vez, é vista como uma nova via de tomada de decisão que estaria mais apta a se adequar ao cenário da sociedade contemporânea. Difere em muitos aspectos do regime jurídico tradicional baseado nos ideais positivistas de regulação jurídica (ARNAUD, 2007, p. 251).

### **3 OBJETIVOS DA PESQUISA E MÉTODO DE ANÁLISE EMPREGADO**

O objetivo desta análise é criar apontamentos sobre o fenômeno a que se designa por modernidade reflexiva na especificidade dos aspectos desta que influenciam, mais ou menos diretamente, a configuração do mundo contemporâneo, caracterizado pela interligação das diversas interações sociais a nível global. Destaca-se neste ponto as mutações que sofre o Estado-Nação no contexto da sociedade globalizada da alta modernidade (ARNAUD, 1999, p. 174). Essas mutações compreendem uma nova concepção do papel do Estado nacional no exercício da sua soberania e na sua prerrogativa de “dizer o Direito” (ARNAUD, 1997, p. 28).

Propõe-se fazer uma leitura dos problemas que surgem para a regulação jurídica dentro desse contexto moderno. A partir de então, analisa-se o fenômeno central deste estudo, que se trata de um objeto que ganha destaque nas análises do contexto global contemporâneo, não obstante careça ainda de tratamento no debate jurídico adequado. Trata-se aqui do já referido

instituto que se designa por “governança global” (ARNAUD, 2007, p. 150). Neste tema, abordar-se-á de forma central as obras de André-Jean Arnaud.

Com base nos estudos que vêm sendo produzidos a este respeito, esta pesquisa centra-se no desenvolvimento de três questões que se inserem no objetivo deste trabalho. Em primeiro lugar, objetiva-se delinear as características apresentadas pelo referencial teórico adotado que marcam esta configuração social chamada “modernidade reflexiva”. A partir desta perspectiva, enfoca-se as mudanças que o instituto político-jurídico do Estado nacional sofreu ao longo das últimas décadas, decorrentes das mudanças sociais acima delineadas (ARNAUD, 2007, p. 21).

Esta análise preliminar visa colocar a fundação na qual se apresentam as atuais condições pelas quais a regulação jurídica atua no contexto contemporâneo. Assim, inserem-se, na discussão o tema central desta pesquisa, as contraposições que figuram nessa nova forma de regulação, quando comparada a um modelo dito “tradicional”. Por esse último, a que se designa “regulação jurídica”,

entendemos geralmente esse tipo de regulação social que passa pelo canal do direito. [...] quando falamos de direito, entendemos geralmente um conjunto de regras positivas estabelecidas e controladas pelo Estado, o “direito imposto”. Dizer o direito, atributo da soberania estatal segundo a concepção moderna do direito e do Estado, foi considerado durante muito tempo como a forma por excelência de regulação social. Essa visão nos foi legada pela filosofia “moderna”, isto é, o pensamento jurídico e político que se constitui entre o fim da Idade Média e o século XIX. (ARNAUD, 1999, p. 153-154).

Trata-se, então, de abordar o fenômeno da governança global nesse cenário marcado por profundas mudanças nos diversos aspectos apresentados. Em um contexto no qual as ferramentas teóricas disponíveis até então tornam-se obsoletas e as novas estruturas e relações de poder implicam novas formas de produção e operação jurídicas (KOERNER, 2006, p. 147)

A abordagem do objeto específico escolhido – o fenômeno da governança global no contexto atual – far-se-á seguindo algumas questões que se destacam nesse âmbito. Uma questão que se coloca é a forma como se dá a passagem de um modelo de gestão pautado pela ideia de um governo, exercido por um Estado nacional nos moldes tradicionais, para um modelo de gestão eficaz que é a governança (ARNAUD, 2014, p. 103). Nesse ponto passa-se a focar as mudanças que se dão nos processos de tomada de decisão e de regulação jurídica nesse contexto novo (VILLAS BÔAS FILHO, 2016a, p. 693-694).

A metodologia dessa pesquisa consiste na revisão bibliográfica das principais obras dos autores escolhidos voltadas à análise do tema em questão. Diante do objetivo voltado à prática interdisciplinar, são enfocados autores da Sociologia Geral e da Sociologia do Direito. No que se refere à Sociologia Geral, optou-se por focar a obra de Anthony Giddens, notadamente no que se refere à sua teoria da estruturação e às considerações acerca da modernidade reflexiva.

A escolha pelo referido autor se deu pela razão de que se trata de um teórico que vem observando as mudanças sociais que se deram especialmente na última metade de século, o que se evidencia por seus estudos dedicados à mudança no cenário político após a Guerra Fria – dando origem ao que ficara conhecido como “terceira via” –, aqueles voltados às transformações que resultaram na formação da União Europeia, bem como no que concerne à questão climática (CAPELLER, 2011, p. 202-203).

Trata-se ainda de um autor que, tendo produzido uma obra de grande envergadura, concilia um estudo da sociedade como tal com uma abordagem voltada à formulação de uma teoria social, o que se entende consistir também em um fator a mais que contribui para enriquecer sua análise tal (MARTUCCELLI, 2013, p. 429).

Apesar disso, ainda são poucos os trabalhos que se dedicaram ao estudo de sua obra no âmbito da academia brasileira. Esse número se escasseia ainda mais quando se observa a produção dentro das faculdades de Direito. Uma vez que o autor nunca se voltou ao estudo do Direito, são pouquíssimas as referências a sua obra.

Nesse sentido, na pesquisa realizada, até o momento, foram levantados 70 trabalhos no banco de dissertações e teses da Universidade de São Paulo que faziam menção a Anthony Giddens. Dentre esses, apenas dezoito abordaram as teorias do autor, de forma central na condução da pesquisa. Do total de trabalhos encontrados sete foram desenvolvidos na Faculdade de Direito, sendo que cinco fazem menção apenas lateral ao autor (no corpo do texto) e dois o abordam de forma mais focada, nos quais o nome do autor foi localizado no índice, resumo ou palavras-chave.

Partindo-se do pressuposto de que cada contexto histórico e social determina a construção do pensamento científico como um todo e especialmente o conhecimento da própria sociedade, vislumbra-se que o cenário que se desvela nas últimas décadas representa uma mudança em relação ao paradigma tradicional. Neste sentido, torna-se essencial a configuração de novas bases e novos conceitos aptos a descreverem uma nova realidade. Cabe aos pesquisadores contemporâneos delinear, mediante a observação de uma nova configuração de sociedade, um novo arcabouço teórico e conceitual apto a esta descrição (GIDDENS; SUTTON, 2017, p. 22-23).

Assim, o intuito desse trabalho consiste em se utilizar um instrumental teórico-sociológico pouco explorado no campo de estudo do Direito para uma tentativa de compreensão das mudanças radicais que o sistema político e o sistema jurídico testemunharam nas últimas décadas. Para a utilização dos conceitos fundamentais desenvolvidos por Giddens no estudo do Direito, procura-se utilizar os aportes fornecidos por autores que trabalharam de forma mais detida a

Sociologia do Direito, dentre os quais destaca-se Niklas Luhmann e Boaventura de Sousa Santos. Apesar das perspectivas bastante diversas dos autores, pretende-se apontar que ambos apresentam preocupações que unem as transformações sociais com as mudanças jurídicas propriamente ditas.

#### **4 A GOVERNANÇA GLOBAL NA PERSPECTIVA DE ANDRÉ-JEAN ARNAUD**

O conceito de governança ganha destaque a partir dos anos oitenta, no discurso de órgãos como Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. É essencialmente caracterizado pela ideia de gestão eficaz, compreendendo uma noção de maior abertura às instituições não estatais e à sociedade civil no processo de tomada de decisões. Assim, trata-se de uma via de atualização das formas de regulação jurídica às necessidades de um novo contexto social global (ARNAUD, 2006, p. 147; 2007, p. 277; 2014, p. 23).

Contudo, deve-se destacar ainda, que se trata de um fenômeno multifacetário, sendo até mesmo mais correto falar-se em “governanças”, no plural. Isto se dá porque, como se verifica na abordagem dos mais diversos autores que analisam o tema, trata-se de um fenômeno que se desdobra em âmbitos de ação variados. Assim, na perspectiva de André-Jean Arnaud, falar-se-ia em “governança empresarial”, “governança global”, “governança regional”, “governança nacional” e “governança local” (ROSENAU, 2000, p. 18; VILLAS BÔAS FILHO, 2016a, p. 670).

Para os fins deste trabalho, pretende-se focar a chamada “governança global”. Esta aparece como aquela prática desenvolvida, especialmente a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, que possuía a finalidade de articular uma forma de gestão das questões globais, no nível das organizações e agências internacionais (DELPANQUE, 2006, p. 238). Neste âmbito, diferentemente do que se via na tradicional concepção de regulação jurídica estatal, caracterizada pela sua verticalidade e positividade, verifica-se a passagem progressiva para um sistema de gestão em “rede” e uma ausência de produção normativa ordenada (ARNAUD, 2007, p. 251).

A ambiguidade conceitual contida no termo “governança” torna árdua a tarefa de delinear seus contornos conceituais (BARON, 2003, p. 330). O sistema de governança implica a conjugação de mecanismos institucionalizados e normatizados de atuação com aspectos de orientação intersubjetiva. Isto decorre justamente da diversidade de atores presentes no cenário mundial que reivindicam a posição de autoridade, abrangendo não somente os Estados nacionais, mas também as organizações internacionais e a sociedade civil (ROSENAU, 2000, p. 18; VILLAS BÔAS FILHO, 2016a, p. 675).

Assim, propõe-se identificar o contexto no qual se desenvolve esta nova forma de regulação, bem como quais são suas características principais. Isto deve ser feito mediante a contraposição com um modelo tradicional de regulação, pautado por um modelo tradicional de Estado nacional. Sobre este plano o problema proposto é identificar a forma de atuação que a governança global exerce sobre a tomada de decisões de repercussão global, e o que isto significa para a tradicional regulação jurídica estatal (SIMOULIN, 2003, p. 315).

Sublinha-se que o tratamento destas questões far-se-á sobre o panorama teórico de uma sociedade compreendida como a radicalização da modernidade, denominada “modernidade reflexiva”, na qual a predominância do risco e da contingência apontam para um cenário sempre incerto e em grande medida imprevisível (GIDDENS, 1991, p. 17). Nesse contexto, apresenta-se como questão-problema dessa pesquisa a compreensão de como as práticas de governança global – produto do processo de globalização – vem contribuindo para mudar os modos de regulação jurídica.

A temática central escolhida – o tema da governança global – vem adquirindo uma considerável centralidade no debate sociológico acerca do desenvolvimento das instituições cuja abrangência transpassa o contexto nacional (CHEVALLIER, 2005, p. 129-130). Contudo, sob alguns aspectos, trata-se de uma questão que não tem sido devidamente debatida no âmbito jurídico, não obstante sua total relevância e pertinência nesse campo. A hipótese de que o fenômeno da governança existiria à margem do sistema jurídico pode ser uma explicação para essa indiferença (CHEVALLIER, 2003, p. 205).

Contudo, se se entende que a governança e o Direito apresentam-se como fenômenos indissociáveis, seja pela tendência à juridicização da governança, seja pela influência que ela exerce nos modos tradicionais de regulação jurídica, torna-se indiscutível a necessidade de uma visão conjunta destes temas (CHEVALLIER, 2005, p. 135). Assim, verifica-se que estas questões abordadas são de importância fundamental para o estudo e a compreensão de relevantes temas centrais no debate social e jurídico atual.

## **5 CONCLUSÕES PARCIAIS DA PESQUISA**

O presente trabalho encontra-se em andamento, de modo que as conclusões extraídas até o momento são tão somente parciais. Destaca-se que, no que se refere às considerações acerca da caracterização da modernidade reflexiva, no pensamento de Anthony Giddens, que essa se diferencia do conjunto de teorizações produzidas sobre a “pós-modernidade” fundamentalmente por entender o momento no qual se encontra a sociedade contemporânea como uma

exponenciação, uma radicalização das mudanças que advieram com a modernidade (GIDDENS, 1991, p. 58; 2011, p. 22). Nesse contexto, a reflexividade adquire um novo significado, na medida em que possui centralidade no modo como se desenvolve a reprodução social (GIDDENS; SUTTON, 2017, p. 63-64; GIDDENS, 1991, p. 49).

As mudanças dos princípios que caracterizam a modernidade para aqueles que ganham destaque nesse contexto de modernidade avançada ou reflexiva se fazem sentir em duas estruturas fundamentais para a sociedade contemporânea: a Ciência e o Direito (SOUSA SANTOS, 2011, p. 48). No que toca ao Direito, os princípios modernos o universalismo, da simplicidade e da segurança se veem afastados pelos princípios do relativismo, da complexidade e pela ideia de risco (LUHMANN, 1983, p. 45-46; 2016, p. 43). Essa mudança decorre, em grande parte, daquele processo a que se denomina globalização.

Desse fenômeno de múltiplos alcances, ganha evidência os efeitos que recaíram sobre a forma política tradicional do Estado nacional. Trata-se, quando analisado no contexto histórico de meados do século XX, de um processo paradoxal, pois o mesmo momento em que se observou o auge da soberania estatal, viu-se o princípio de sua relativização (ARNAUD, 2007, p. 16-17; CHEVALLIER, 2009, p. 11). No entendimento de Giddens (2008, p. 303), se aquele momento de concertamento entre as nações deu origem aos organismos internacionais que vieram a tornar-se atores e sujeitos ao lado dos Estados, foi também naquele contexto que a soberania nacional adquiriu seu grau mais elevado, decorrente precisamente do fato de que diversos países conquistaram o reconhecimento de sua soberania pelos demais, reconhecimento este que é fundamental para a consolidação da soberania.

Disso depreende-se que não se pode simplesmente afirmar o enfraquecimento do poder dos Estados nacionais no contexto da globalização sem outras considerações. Trata-se de um processo mais multiforme do que pode parecer em um primeiro momento. Isso porque, na mesma medida em que ele passa a rivalizar com outros atores que adquirem relevância, tanto no cenário nacional quanto transnacional, o Estado adquire novos papéis através dos quais se fortalece (CHEVALLIER, 2003, p. 211-212).

Constata-se, contudo, que diante dessas transformações, o Estado nacional não é mais o único ator interessado na regulação social, uma vez que agora, em diversos âmbitos, coexistem as organizações internacionais, com organizações não-governamentais, com outras formas de organização de caráter privado e com diversas manifestações da sociedade civil. Esse cenário no qual coexistem diversos atores é marcado pela complexidade e pela dinamicidade nas mudanças

sociais. Fala-se, então em “policentricidade” para designar esses diversos centros que procuram influenciar a produção normativa (ARNAUD, 2006, p. 346).

Em muitos desses centros, a produção normativa não se dá mais pela clássica estrutura designada *top-down*, marcada pela territorialidade, pela autoridade estatal, pela hierarquização e pela verticalidade. A negociação e a contratualização adquirem preponderância sobre as clássicas normas gerais, abstratas e impessoais. Os códigos privados desenvolvidos pelas grandes corporações possuem a imperatividade antes associada aos ordenamentos jurídicos nacionais. Diferentemente da visão tradicional dos direitos nacionais e mesmo do direito internacional, essas novas formas de normatizações implicam a existência de diversos atores que não podem mais ser colocados em uma relação vertical (ARNAUD, 1999, p. 181-182; FARIA, 2002, p. 25).

Diante da perda de capacidade da forma jurídica tradicional de estabilizar as relações nesse contexto de complexidade (LUHMANN, 1983, p. 52), novas expressões procuram dar conta dessa realidade. Nessa tentativa de abarcar as novas formas de regulação social desponta-se instrumental fornecido pela ideia de governança. Essa procura através de novos meios de organização, abranger a participação desses diversos atores que ganham destaque (ARNAUD, 2014, p. 25; VILLAS BÔAS FILHO, 2016a, p. 675).

Essa nova forma não aparece sem trazer consigo uma série de riscos que devem ser considerados (ARNAUD, 2014, p. vii). Nesse sentido destacam-se os desafios apresentados à democracia, diante das suas implicações em questões que dizem respeito a como assegurar a simetria da participação e a legitimidade das decisões tomadas (ARNAUD, 2007, p. 145; VILLAS BÔAS FILHO, 2016b, p. 152). Porém, esses riscos não excluem a utilidade da ferramenta em que consiste a governança como forma de tomada de decisão e regulação social (ARNAUD, 2014, pp. 294-295).

## **6 CONCLUSÃO**

Esse artigo procurou apresentar, em linhas gerais, a temática a ser desenvolvida na dissertação de mestrado da presente autora, que se encontra em andamento no programa de pós-graduação, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Conforme buscou-se indicar, na referida pesquisa pretende-se verificar, através das obras selecionadas, ao menos uma parcela do que vem se desenvolvendo em torno das questões propostas. Assim, procurar-se-á abordar alguns aspectos das teorias sociais apresentadas e o seu modo de compreensão e descrição desta realidade denominada modernidade, com especial atenção para o que se compreende por “alta modernidade” ou, ainda, “modernidade reflexiva”. Notadamente far-se-á



esta abordagem a partir da construção teórica de Anthony Giddens, partindo de sua Teoria da Estruturação.

Assim, destacou-se como temas gerais desta pesquisa: a construção teórica de Anthony Giddens no que toca à sua abordagem da sociedade moderna, a partir dos instrumentos fornecidos por sua Teoria da Estruturação; as considerações em torno do contexto social contemporâneo, caracterizado pela interligação global das interações sociais; as influências que estas mudanças em curso exercem sobre a concepção tradicional do regime político estatal e sua forma de regulação jurídica – marcada pela positividade e verticalidade –; e, por fim, o papel que o instrumento de gestão denominado “governança global” vem exercendo nesta nova configuração social.

Esse caminho delineado visa colocar em questão o papel que o instrumento da governança global vem exercendo em temáticas de repercussão global, nas quais o Direito exerce uma função de estabilização, até o momento imprescindível. A multiplicidade de perspectivas que este fenômeno da governança compreende aponta a necessidade de um amplo debate no qual diversos referenciais podem contribuir para a sua compreensão, sendo esta articulação uma função essencial a ser desempenhada pelo âmbito acadêmico e aqueles que neste se inserem. Com esta análise objetiva-se contribuir, mediante a abordagem e o instrumental teórico de autores que exercem um papel relevante no debate sociológico e jurídico atual, para uma questão de profunda atualidade e relevância para o mundo jurídico.

## REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. De la regulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques. **Droit et société**, n.35, p. 11-35, 1997.

ARNAUD, André-Jean. **O Direito Entre Modernidade e Globalização**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

ARNAUD, André-Jean. Decisão (Tomada de –). *In*: ARNAUD, André-Jean; ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Dicionário da Globalização**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, p. 114-119, 2006.

ARNAUD, André-Jean. Globalização. *In*: ARNAUD, André-Jean; ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Dicionário da Globalização**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, p. 221-227, 2006.

ARNAUD, André-Jean. Policentricidade. *In*: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Dicionário da Globalização**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, p. 346-347, 2006.

ARNAUD, André-Jean. Governar Sem Fronteiras: Entre Globalização e Pós-globalização. **Crítica da Razão Jurídica**, v. 2. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.

ARNAUD, André-Jean. **La gouvernance**. Un outil de participation. Paris : Droit & Société LGDJ – Lextenso éditions, 2014.

BARON, Catherine. La gouvernance: débats autour d'un concept polysémique. **Droit et Société**, v. 54 n. 2, p. 329-349, 2003. Disponível em: < <https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2003-2-page-329.htm>>. Acesso em: 20 de julho de 2018.

CAPELLER, Wanda. Relire Giddens: entre sociologie et politique. **Collection Droit et société**. Paris: Lextenso Éditions, 2011.

CHEVALLIER, Jacques. La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? **Revue française d'administration publique**, n. 105-106, p. 203-217, 2003/1.

CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. **Revista de Direito Público da Economia (RDPE)**, v. 3 n. 12, Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 129-131, 2005.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DELPLANQUE, Marc. Governança Global. *In*: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (org.). **Dicionário da Globalização**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, p. 237-241, 2006.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIA, Jose Eduardo. **O Estado e o Direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GIDDENS, Anthony. **O Estado-nação e a violência**. São Paulo: EDUSP, 2008.

GIDDENS, Anthony. **Política, sociologia e teoria social**. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. **Conceitos essenciais de sociologia**. São Paulo: Editora Unesp, 2017.

KOERNER, Andrei. Direito. *In*: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (org.). **Dicionário da Globalização**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, p. 144-152, 2006.

LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos**. São Paulo: Editora 34, 2013.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Petrópolis-RJ: Vozes, 2016.

MARTUCCELLI, Danilo. **Sociologías de la Modernidad**. Itinerario del siglo XX. Santiago: LOM ediciones, 2013.

ROSENAU, James N. Governança, ordem e transformação na política mundial, pp. 11-46 *In*: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst Otto (org.). **Governança sem governo: ordem e**

transformação na política mundial. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

SIMOULIN, Vincent. La gouvernance et l'action publique: le succès d'une forme simmélienne. **Droit et Société**. n. 54, p. 307-326, 2003/2

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. – Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática. v. 1. São Paulo: Cortez, 2011.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A governança em suas múltiplas formas de expressão: o delineamento conceitual de um fenômeno complexo. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 2, p. 670-706, 2016a.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. O impacto da governança sobre a regulação jurídica contemporânea: uma abordagem a partir de André-Jean Arnaud. **Revista Eletrônica de Direito e Sociologia**, Canoas, v. 4, n. 1, p. 145-171, maio 2016b.



## O CASO HERZOG NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH): PRESSÕES TRANSCONSTITUCIONAIS PARA UMA RELEITURA DA ADPF Nº 153/DF E DE SUA PROBLEMÁTICA NARRATIVA OFICIAL SOBRE A DITADURA MILITAR BRASILEIRA (1964-1985)

*Marcus Vinícius Fernandes Bastos*  
(Universidade de Brasília – UnB)  
marcufbastos@gmail.com

*Mateus Rocha Tomaz*  
(Universidade de Brasília – UnB)  
mateusrochatomaz@gmail.com

**RESUMO:** O presente *paper* almeja proceder a uma análise acerca de quais teriam sido as pressões transconstitucionais exercidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) por sobre a ordem jurídica nacional brasileira para uma releitura da ADPF n. 153/DF e de sua problemática narrativa oficial sobre a ditadura militar brasileira. Para tanto, o presente texto se divide em seis seções distintas. Após uma breve introdução, serão apresentados, ainda que de forma panorâmica, (i) o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da ADPF n. 153/DF e o entendimento da CIDH nos casos (ii) Gomes Lund e (iii) Herzog. Logo após, serão apresentados os influxos teóricos essenciais à compreensão das pressões transconstitucionais exercidas pela Corte. Por fim, à guisa de uma conclusão, serão articulados os insumos das operações anteriores de modo a mensurar o possível porvir do entendimento sufragado no julgamento da ADPF n. 153/DF.

**Palavras-chave:** Transconstitucionalismo. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Herzog e outros v. Brasil. ADPF 153.

### 1 INTRODUÇÃO

Em sentença datada de 15 de março de 2018, o estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) pela morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorrida em 1975, durante o período ditatorial que então vigorava no país. Na ocasião, a Corte entendeu que o episódio caracterizaria hipótese de um crime de lesa-humanidade, em virtude da constatação da ocorrência de tortura e assassinato da vítima por agentes oficiais da repressão ditatorial, condenando o Brasil, dentre outros, a reabrir as investigações contra os responsáveis pelo crime e a reparar danos sofridos pela família da vítima (CIDH, 2018). Longe de uma decisão isolada, o caso se inscreve no contexto de uma já reiterada corrente jurisprudencial no âmbito da CIDH no sentido da necessidade de punição às graves violações de direitos humanos verificadas no contexto das ditaduras civis-militares ocorridas no cone sul na segunda metade do século XX.

No particular, trata-se de entendimento especialmente relevante para o caso brasileiro, na medida em que – ao contrário do observado em outros países da região – praticamente não houve no Brasil, durante ou após o processo de redemocratização, um esforço efetivo para a concretização da chamada Justiça de Transição – assim compreendidas as medidas judiciais ou extrajudiciais destinadas a reparar e compensar o legado de violações de direitos humanos no contexto de regimes de exceção. Apesar de iniciativas como a instituição de pensões e reparações

pecuniárias para atingidos por atos de exceção (instituída pela Lei n. 10.559/2002) ou a tardia instauração de uma Comissão Nacional da Verdade (instituída pela Lei n. 12.528/2011), a elucidação e responsabilização de agentes da ditadura no Brasil é obstada pela Lei de Anistia editada durante o processo de redemocratização (Lei n. 6.683/1979), interpretada de modo a eximir de responsabilidade os agentes da repressão. Tal interpretação da lei de anistia, aliás, teve a sua validade reafirmada em face da Constituição de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153/DF. Desde então, a CIDH tem se pronunciado no sentido da necessidade de revisão do entendimento adotado quando do julgamento da ADPF n. 153, primeiro no julgamento do caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* (“*Guerrilha do Araguaia*”) e, mais recentemente, na apreciação do caso *Herzog e outros vs. Brasil*.

Nesse contexto, a partir de influxos teóricos colhidos (dentre outras) das obras de Marcelo Neves (NEVES, 2009) e de Günther Teubner (TEUBNER, 2016), o presente trabalho procederá à uma análise de quais teriam sido as pressões transconstitucionais exercidas pela CIDH por sobre o estado brasileiro, tomando especificamente o Caso Herzog de modo a melhor dimensionar os possíveis impactos de tal decisão na ordem jurídica nacional, especialmente no que concerne a uma cobrança pela revisão da interpretação sobre responsabilização pelos crimes da ditadura dada pelo STF nos autos da ADPF n. 153/DF.

## **2 A ADPF N. 153/DF E A NARRATIVA OFICIAL SOBRE A DITADURA MILITAR BRASILEIRA**

Em outubro de 2008, foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CF/OAB) a ADPF que posteriormente recebeu a numeração 153/DF. Com a demanda, a OAB almejava obter do STF provimento jurisdicional conferindo interpretação conforme a Constituição para declarar que a anistia concedida pela Lei n. 6.683/1979 aos crimes políticos ou conexos “não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar” (OAB, 2008, p. 17). Dito de outra forma, pretendia-se que fosse declarada inconstitucional a interpretação segundo a qual estariam anistiados pela Lei n. 6.683/1979 todos os agentes da repressão que cometeram crimes comuns por motivação de alguma forma política – crimes estes que não seriam considerados conexos no sentido técnico da palavra (e que, em muitas das vezes, sequer estavam de alguma forma ligados a um crime tecnicamente político)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Para fins de contextualização, os dispositivos cuja interpretação conforme a Constituição era requerida consta o seguinte: “Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15

Para fundamentar sua pretensão, a OAB sustentava que a interpretação segundo a qual estariam anistiados os crimes comuns praticados pelos agentes da repressão violaria quatro preceitos constitucionais fundamentais, a saber: (i) isonomia em matéria de segurança; (ii) dever do poder público de não ocultar a verdade; (iii) princípios democrático e republicano e; (iv) dignidade da pessoa humana (OAB, 2008).

Adicionalmente, outra perspectiva argumentativa veiculada pela OAB desde o ingresso da ADPF N. 153/DF (e de particular relevância para a presente análise) diz respeito à invocação da jurisprudência da CIDH em matéria de auto-anistias criminais observadas em outros países do cone sul. Dentro do tópico em que se sustentava a violação aos princípios democrático e republicano e com fundamento na “prevalência dos direitos humanos” prevista no Art. 4º, II da CR/88 em conjunto com o reconhecimento da jurisdição da CIDH pelo Decreto Legislativo n. 89/1998, a OAB invocava a autoridade da CIDH para afirmar de forma categórica: “é nula e de nenhum efeito a auto-anistia criminal decretada por governantes” (OAB, 2008, p. 15).

No dia 29/4/2010, entretanto, o plenário do STF, após duas sessões de julgamento, por maioria de sete votos contra dois, rejeitou as preliminares para julgar improcedente a arguição, nos termos do voto do ministro relator Eros Roberto Grau. De uma forma geral, a maioria formada naquela ocasião, que trazia votos individuais com alguns fundamentos destoantes entre si, uniu-se no entendimento de que a Lei de Anistia (Lei n. 6.683/1979), na interpretação que abarcava também o perdão aos crimes cometidos pelos agentes da repressão política, consubstanciava-se como um pacto político fundamental do processo de redemocratização e teria sido, inclusive, reafirmada na Emenda Constitucional n. 26/1985, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Nesse contexto, não haveria que se cogitar a não-recepção dessa peculiar concepção da anistia da Lei n. 6.683/1979, na medida em que ela própria, uma vez reafirmada pela emenda constitucional que convocou a nova assembleia constituinte, figuraria como premissa da nova Constituição – nova Constituição que, circularmente, retiraria a sua própria legitimidade da emenda que convocara a sua elaboração e do próprio pacto político de anistia na compreensão que lhe deu o STF.

Sem entrar no mérito de tal peculiar interpretação do processo constituinte de 1987/1988, que nos parece trivializar a própria complexidade de tal fenômeno histórico, importa por fim salientar a forma com que foi tratada a questão do direito internacional e do direito constitucional

---

de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.”

comparado no julgamento da ADPF n. 153/DF. No particular, a despeito de ter a OAB invocado em sua petição inicial a jurisprudência da CIDH quanto à nulidade das auto-anistias concedidas no contexto das ditaduras militares da América Latina, o enfrentamento de tais precedentes em nenhum momento foi feito pelo plenário do STF. A questão do direito internacional, portanto, encontra-se praticamente ausente do julgamento da ADPF n. 153/DF. Já o direito constitucional comparado, por seu turno, acabou sendo invocado como mero instrumento retórico de reforço e erudição a corroborar uma conclusão previamente tomada. De forma genérica (e com convenientes omissões), são invocados, no corpo do voto do relator, episódios esparsos das histórias constitucionais do Chile, Argentina e Uruguai de modo a sustentar uma noção de que eventual readequação do teor das leis de anistia deve ser operado pelo poder legislativo (jamais pelo poder judiciário). Tem-se, no ponto, aquilo que Gabriel Rezende de forma precisa denominou de um “solilóquio constitucional”. Referido autor, ao discorrer sobre o conceito e referindo-se ao julgamento da ADPF n. 153/DF com propriedade assevera:

Com efeito, o diálogo solitário (*einsame Rede*) - o solilóquio – só impropriamente pode ser chamado de diálogo. Ele é a ausência de diálogo.

No caso do solilóquio constitucional passa-se algo muito similar. Assim como no solilóquio de Husserl, ele é a tentativa extrema de atribuição de sentido numa esfera de propriedade. Isto significa que só tem significado aquilo que possa ser restituído a uma esfera segura de interioridade na presença a si de um sujeito. O diálogo, portanto, só existe nos exatos termos de uma mera analogia ou, como aqui se tenderá a interpretar, a partir de uma lógica ficcional. Em outras palavras, o contato entre ordens normativas, entre diferentes instâncias *jurisdicionais*, se dá no interior de apenas uma delas *como se* houvesse de fato um diálogo. Ao contrário do *transconstitucionalismo*, o qual opera a a partir de uma lógica de aprendizado recíproco, o *cisconstitucionalismo* se desenvolve através da estrutura ficta de debate e diálogo que a um só tempo é assegurada e assegura a soberania. Ao menos, é esta sua pretensão (PINTO, 2013. p. 55-56)

### **3 O CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL**

Dois anos depois do julgamento da ADPF n. 153/DF, no ano de 2010, a CIDH pela primeira vez se debruçou sobre a questão da Justiça de Transição no Brasil, ao julgar o caso *Gomus Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*.

Na ocasião, a Corte apreciou as pretensões de apuração, responsabilização e apuração formuladas em nome dos desaparecidos do notório episódio da “Guerrilha do Araguaia”, grupo de resistência ao regime ditatorial que se fixou na região do Araguaia, situada no interior norte e centro-oeste do Brasil, e que conhecidamente veio a ser dizimada pelas forças de repressão do regime.

Por ocasião do referido julgamento, a CIDH entendeu que os “desaparecimentos forçados” a que foram submetidos os integrantes da “Guerrilha do Araguaia” consubstanciavam crimes de lesa-humanidade e que o estado brasileiro era responsável pela violação de diversos direitos de

titularidade dos desaparecidos constantes da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), notadamente os direitos à personalidade jurídica, à vida, a um julgamento justo, à integridade e à liberdade pessoal, à liberdade de pensamento e expressão e ao direito de informação e de busca da verdade, dentre outros – consignando-se, ainda, que o estado brasileiro descumpriu o dever de tratamento humano constante também da convenção.

A CIDH entendeu, por fim, que as provisões da Lei de Anistia (Lei n. 6.683/1979) que impeçam a investigação e punição das graves violações de direitos humanos tratadas no caso violam a Convenção Americana de Direitos Humanos, não possuem quaisquer efeitos legais e não podem permanecer como empecilho à investigação dos fatos tratados no caso (CIDH, 2010). De uma forma clara, a CIDH entendeu pela necessidade de revisão do entendimento sufragado quando do julgamento da ADPF n. 153/DF.

#### **4 O CASO HERZOG E OUTROS VS. BRASIL**

Posteriormente, já no ano de 2018 (depois de ter sido inclusive constatado pela própria CIDH o descumprimento da maioria das disposições do Caso *Gomus Lund* – e o cumprimento tão somente parcial e insuficiente das poucas disposições que o estado brasileiro efetivamente se propôs a cumprir), a CIDH voltou a se debruçar sobre as demandas de Justiça de Transição no Brasil ao julgar o caso *Herzog e outros vs. Brasil*.

Vladimir Herzog, jornalista e membro do Partido Comunista Brasileiro (PCB), foi abordado por agentes da repressão em 24 de outubro de 1975, ocasião em que se comprometeu a apresentar-se voluntariamente na manhã do dia seguinte nas dependências do Departamento de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa Interna (DOI/CODI, notório centro de repressão política) para depor sobre suas ligações com o PCB, o que efetivamente veio a ocorrer. No próprio dia 25 de outubro de 1975, entretanto, Herzog veio a falecer ainda sob a custódia dos agentes do DOI/CODI, em virtude de algo que os órgãos oficiais inicialmente indicaram ser um suicídio por enforcamento. Investigações posteriores (inclusive judiciais), todavia, indicaram que Herzog foi, em verdade, torturado e assassinado por agentes do DOI/CODI.

À exemplo do que ocorrera no Caso *Gomes Lund*, também no Caso *Herzog* a CIDH entendeu que os atos praticados pelos agentes do regime militar contra o jornalista Vladimir Herzog consubstanciavam-se em graves violações de direitos humanos e a negativa de uma devida elucidação e punição de eventuais responsáveis pelo episódio estariam em descompasso com as obrigações da Convenção Americana de Direitos Humanos. Por tais motivos, decidiu-se que:

O Estado deve reiniciar, com a devida diligência, a investigação e o processo penal



cabíveis, pelos fatos ocorridos em 25 de outubro de 1975, para identificar, processar e, caso seja pertinente, punir os responsáveis pela tortura e morte de Vladimir Herzog, em atenção ao caráter de crime contra a humanidade desses fatos e às respectivas consequências jurídicas para o Direito Internacional (CIDH, 2018. p. 102)

Adicionalmente, sobre a questão da Lei de Anistia (Lei n. 6.683/1979), igualmente se realçou a incompatibilidade da sua interpretação na forma estabelecida pelo STF no âmbito da ADPF n. 153/DF com as obrigações assumidas pelo estado brasileiro no Pacto de San José da Costa Rica, em trecho, inclusive, transcrito do próprio Caso *Gomes Lund*:

Em virtude dessa lei, até esta data, o Estado não investigou, processou ou sancionou penalmente os responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas durante o regime militar, inclusive as do presente caso. Isso se deve a que “a interpretação [da Lei de Anistia] absolve automaticamente todas as violações de [d]ireitos [h]umanos que tenham sido perpetradas por agentes da repressão política” [...] Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil (CIDH, 2018. p.30)

Também no Caso *Herzog*, nota-se uma clara pressão da CIDH para que haja uma revisão do entendimento sufragado no julgamento da ADPF n. 153/DF acerca da interpretação da Lei de Anistia (Lei n. 6.683/1979).

## 5 A CIDH, O STF E OS DIÁLOGOS TRANSCONSTITUCIONAIS

A sociedade moderna é marcada por uma mudança paradigmática de percepção sobre a realidade do mundo. Mudou-se de uma consciência da realidade para uma observação da observação (LUHMANN, 2011, p. 150). É dizer, na modernidade, “ocorre a perda de realidade, no sentido da tradição ontológica” (LUHMANN, 2011, p. 151) e somente “podemos ter acesso às coisas objetivas do mundo pela informação, por meio do que os outros dizem e, certamente, do que nós dizemos” (LUHMANN, 2011, p. 150).

Dessa forma, essa observação da observação ou observação de segunda ordem “constituiu a forma mais avançada de apreensão do mundo, em uma diversidade de campos funcionais: a ciência, a arte, a economia, a política...” (LUHMANN, 2011, p. 150).

Assim, a sociedade mundial, constituída por múltiplos sistemas sociais,

[...] toma como ponto de partida um princípio de diferenciação: o sistema não é meramente uma unidade, mas uma diferença. A dificuldade desse preceito teórico reside em poder imaginar a unidade da referida diferença. Para poder ser situado, um sistema (unidade) precisa ser diferenciado. Portanto, trata-se de um paradoxo: o sistema consegue produzir sua própria unidade, na medida em que realiza uma diferença (LUHMANN, 2011, p. 101).

Os sistemas sociais, apesar de diferenciados, não são herméticos e insensíveis ao meio e aos outros sistemas. Ou seja:

[...] há possibilidades armazenadas (ruídos) no meio, que podem ser transformadas pelo sistema; portanto, mediante o acoplamento estrutural, o sistema desenvolve, por um lado, um campo de indiferença e, por outro, faz com que haja uma canalização de causalidade que produz efeitos que serão aproveitados pelo sistema” (LUHMANN, 2011, p. 131/132).

Essa influência e provocação recíprocas entre sistemas não deve, contudo, significar a própria determinação de um sistema pelo outro: “Nunca se deve perder de vista que o acoplamento estrutural é compatível com a autopoiesis, e que, por conseguinte, há possibilidade de influir no sistema, desde que não se atente contra a autopoiesis” (LUHMANN, 2011, p. 132). Os acoplamentos estruturais constituiriam, portanto, “mecanismos de interpenetrações concentradas e duradouras entre sistemas sociais” (NEVES, 2009, p. 37). E o exemplo mais sobressalente é a Constituição, que funciona como acoplamento estrutural do Direito e da Política.

Marcelo Neves, à luz do conceito de razão transversal de Wolfgang Welsh e diante do crescente ganho de complexidade da sociedade mundial na modernidade tardia, propõe a superação do conceito de acoplamento estrutural de Luhmann pelo conceito de racionalidade transversal. Neves pontua que, à semelhança do acoplamento estrutural, as racionalidades transversais atuam como pontes de transição entre os sistemas.

Ocorre, contudo, que, apesar dos acoplamentos estruturais (enquanto mecanismo bilateral de transição entre dois sistemas autônomos) serem condições necessárias para a racionalidade transversal entre sistemas, eles não são, contudo, condições suficientes. Isso porque,

Os entrelaçamentos promotores da racionalidade transversal servem, sobretudo, ao intercâmbio e aprendizado recíprocos entre experiências com racionalidades diversas, importando a partilha mútua de complexidade preordenada pelos sistemas envolvidos e, portanto, compreensível para o receptor (interferência estável e concentrada no plano das estruturas) (NEVES, 2009, p. 49).

Falando especificamente do fenômeno do transconstitucionalismo entre o direito internacional público e o direito estatal, como sói acontecer com o objeto de estudo deste paper, Marcelo Neves afirma que “[n]ão cabe, a rigor, falar de redes verticais, o que implicaria admitir uma relação hierárquica entre ordens. Antes, trata-se de entrelaçamento entre ordens de tipo diferente” (NEVES, 2009, p. 132).

De acordo com Neves, fenômenos dessa natureza envolvem um caráter dúplice. No que concerne à ordem estatal, os tribunais constitucionais passam cada vez mais a se debruçar sobre “problemas constitucionais referentes a direitos humanos ou fundamentais ou concernentes à questão de limitação e controle do poder, envolvendo pretensões que ultrapassam o âmbito de

validade específico da ordem interna” (NEVES, 2009, p. 133). Por outro lado, no que se refere à ordem internacional, “significa a incorporação das questões constitucionais no âmbito de competência de seus tribunais [CIDH, por exemplo], que passam a levantar a pretensão de decidir com caráter vinculatório imediato para agentes e cidadãos dos Estados” (NEVES, 2009, p. 133).

Novamente, a questão se apresenta de maneira constitucional e sociologicamente muito mais complexa do que a pura e simples heterodeterminação de uma ordem sobre a outra e vice-versa. O problema se coloca muito mais, no plano fático-jurídico, em termos de pressões constitucionais mútuas entre ordens. Pressões essas que não necessariamente acarretam uma vinculação imediata de uma esfera sobre a outra, mas sim – na maioria das vezes – o surgimento de problemas e provocações constitucionais inéditos e que transbordam da tradicional lógica binária *jus cogens vs. soberania estatal*.

Com efeito, imbrólios transconstitucionais como esse referente ao Caso Herzog – em que a CIDH e o STF colocam narrativas constitucionais diferentes e conflitantes sobre uma mesma questão para se contrapor na esfera pública – demonstram que é necessária uma problematização no enfoque constitucional dessas novas questões jurídicas, que não aparecem normativamente como uma imposição normativo-teórica, mas sim como algo mais ou menos afeito àquilo que Günter Teubner chama de “fragmentação constitucional” ou de “Constitucionalismo além do Estado Nacional”: “os problemas constitucionais se situam fora das fronteiras do Estado Nacional, em processos políticos transnacionais; e, simultaneamente, fora do setor político institucionalizado, nos setores ‘privados’ da sociedade mundial” (TEUBNER, 2016, p. 24).

Insistir numa lógica binária é não só diagnosticar de maneira equivocada essa nova ordem de coisas, mas também e principalmente estar longe de encontrar soluções constitucionalmente adequadas para essas problemáticas. Conforme doravante será discutido, a postura da CIDH no julgamento do Caso Herzog mostrou-se muito mais aberta a esse novo paradigma transconstitucional do que a atuação do STF no julgamento da ADPF 153, ocasião em que a Suprema Corte brasileira não só aplicou controversamente o direito constitucional pátrio, mas sobretudo pelo modo em que enclausurou sentidos constitucionais quando tapou os ouvidos para o que diz a ordem internacional sobre crimes contra a humanidade, desencadeando toda a série de pressões da CIDH a partir do Caso *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, as quais culminaram com a recente sentença no caso *Caso Herzog e outros vs. Brasil*.

Ora, de acordo com Marcelo Neves, uma perspectiva unilateralmente internacionalista seria problemática:

[...] não porque se possa recorrer aos princípios tradicionais de autodeterminação ou da igualdade soberana, mas sim porque, sem autoinstitucionalização do constitucionalismo no plano estatal, falta uma das racionalidades jurídicas específicas necessárias à afirmação do transconstitucionalismo. O modelo de intervenção tem mostrado a sua precariedade ou insignificância na construção de ordens constitucionais internas (NEVES, 2009, p. 133).

E continua:

Por outro lado, quando os tribunais nacionais pretendem partir exclusivamente da ordem jurídico-constitucional, confrontam-se – sobretudo quando se trata do caso extremo de *jus cogens* [justamente o argumento central da CIDH no Caso Herzog] – com a crescente dificuldade de deixar de lado as instituições e normas do direito internacional público em nome da soberania, pois essa não pode ser mais legitimidade simplesmente como um conceito de autonomia territorial, mas sim cada vez mais como uma noção relativa a ‘uma responsabilidade política regional nas condições estruturais da sociedade mundial (NEVES, 2009, p. 133-134).

Dessa forma, não se pode recair, nas palavras de Neves, em um “pseudouniversalismo internacionalista”, tampouco num “provincianismo constitucional”, na medida em que “tanto numa perspectiva como quanto em outra, os problemas constitucionais passam a ter uma relevância simultânea, exigindo novos modelos de análise” (NEVES, 2009, p. 135).

Isso porque: “A ‘abertura da estatalidade’, ao contrário, trouxe consigo uma ‘interpenetração entre ordem estatal e internacional’, que exige progressivamente um aprendizado e um intercâmbio entre as experiências com racionalidades específicas nas duas perspectivas, a estatal e a internacional” (NEVES, 2009, p. 134).

No que concerne à constitucionalidade da Lei de Anistia, que, na interpretação que lhe tem sido dada pelas cortes brasileiras, tem perdoado agentes estatais da ditadura brasileira por crimes cometidos contra a humanidade (notadamente, sequestros, torturas e homicídios), observam-se dois diferentes tratamentos por parte da CIDH e do STF, especificamente no que toca à relação transconstitucional entre as ordens jurídicas nacional e internacional.

Conforme já demonstrado, o acórdão do STF na APDF 153 foi extremamente controverso e omissivo ao tratar das normas de direito internacional sobre punição de agentes estatais que perpetraram crimes contra a humanidade. Praticamente nenhuma norma de *jus cogens* foi enfrentada pelo Relator e pelos demais Ministros quando do referido julgamento, padecendo a Corte do “provincianismo estatalista” ou do “unilateralismo e incapacidade para ‘conversações constitucionais’” (NEVES, 2009, p. 137). Essa postura se difere radicalmente daquela adotada por outras Supremas Cortes da América do Sul quando julgaram crimes semelhantes. Nesses casos, os tribunais abriram-se para não só para as normas de direito internacional referentes a delitos contra a humanidade, mas também à jurisdição da CIDH, que tem a competência constitucional de analisar violações de direitos humanos cometidas pelos signatários que a ela se submetem.

Ao contrário, a postura constitucional da CIDH foi de abertura e de conversação, na medida em que – dentro de suas competências – cobrou do Brasil respeito às normas de direito humanitário no que concerne à apuração de crimes contra a humanidade cometidos durante a Ditadura de 1964. Passada quase uma década do Caso Gomes Lund e de reiterada omissão, o Tribunal condenou novamente o Brasil, agora no Caso Herzog. Tudo isso para demonstrar que se houve uma instituição que permanentemente se dispôs a inaugurar uma conversação transconstitucional com o Brasil foi a CIDH.

Diga-se, por oportuno, que não se está a defender aqui necessariamente uma subordinação intrínseca do STF às decisões da CIDH ou vice-versa. Os diálogos transconstitucionais não operam com essa lógica binária e maniqueísta. O que se está a questionar é a “negação narcisista” (NEVES, 2009, p. 139) da Suprema Corte brasileira a argumentos e normas relevantíssimos (inclusive de jus cogens) para o debate constitucional de fundo travado na ADPF 153. O fato de o STF ter tapado os ouvidos para essa discussão não faz com que a problemática desapareça. Prova disso é que, após o julgamento do Caso *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) uma nova ADPF – que veio a receber a numeração 320/DF e foi distribuída ao Ministro Luiz Fux – em que se defende, basicamente, a possibilidade de se punir agentes estatais da ditadura por crimes cometidos contra a humanidade, justamente com a invocação de argumentos de direito internacional.

Dessa forma, o fantasma do transconstitucionalismo parece assombrar a Corte, quer ela queira, quer não. O Caso Herzog corrobora isso no plano internacional, na medida em que demonstra, como se viu, que as pressões transconstitucionais operam de maneira fragmentária, só passível de serem compreendidas enquanto diálogo e abertura.

## **6 CONCLUSÃO: O PORVIR DA NARRATIVA SUFRAGADA NA ADPF N. 153/DF**

A CIDH pressionou o Brasil, por ocasião do julgamento do Caso Gomes Lund, a tomar providências a respeito dos crimes contra a humanidade perdoados pela Lei de Anistia na interpretação que lhe tem dado o STF. Essa condenação ensejou o ajuizamento de nova ADPF em que se questiona e se requer a aplicabilidade das normas de Direito Internacional humanitário em nova apreciação da constitucionalidade da Lei de Anistia. Não tendo o Brasil tomado as providências dele requeridas no Caso Gomes Lund, a Corte Interamericana, oito anos depois, condenou novamente o Brasil, em grande parte por essas mesmas condutas, agora no Caso Herzog.

As pressões transconstitucionais recíprocas são, portanto, um fenômeno jurídico-sociológico presente e urgente. Cabe ao STF, portanto, trata-lo de maneira responsável, íntegra e condizente com a complexidade da fragmentação constitucional, que não admite mais arroubos de autoritarismo e de enclausuramentos constitucionais em nome de um conceito de soberania que não mais se sustenta.

O cenário, todavia, não é animador. Relembre-se, por oportuno, o recente imbróglio referente à vinculação ou não do ordenamento jurídico brasileiro ao parecer do Comitê Internacional de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), que garantiu ao ex-presidente Lula tem direito a concorrer à Presidência da República nas eleições de 2018. Tanto o Supremo Tribunal Federal (Pet 7.841/PR) quanto o Tribunal Superior Eleitoral (Rcand 0600903-50.2018.6.00.0000) decidiram que o parecer não é vinculante. Indagado sobre a incidência do Direito Internacional no caso, o Ministro do STF Alexandre de Moraes respondeu com a frase “cada macaco no seu galho” (COUTINHO, 2018), o que demonstra ainda um descompasso da Suprema Corte brasileira com essa nova realidade transconstitucional.

Ora, “no Estado democrático de direito, tido como a morada de uma comunidade jurídica que se organiza a si mesma, o lugar simbólico de uma soberania diluída pelo discurso permanece vazio” (HABERMAS, 1997, v. II, p. 187-188).

Noutras palavras, a “cidadania necessariamente envolve a permanente reconstrução do que se entende por direitos fundamentais consoante uma dimensão de temporalidade que abarque as vivências e exigências constitucionais das gerações passadas, das presentes e das futuras” (CARVALHO NETTO, 2003).

Não se pode aceitar mais a existência de lugares privilegiados de poder, ainda que dentro do próprio Poder Judiciário, a quem compete, na atual quadra do constitucionalismo, o relevantíssimo papel de concretizar direitos mediante a interpretação de textos e equivalentes a textos.

Veja-se, nesse sentido, o que Habermas tem a dizer sobre argumentos substanciais que pretensamente guardam em si uma suposta verdade natural consubstanciada numa opinião final:

A correção de juízos normativos não pode ser explicada no sentido de uma teoria da verdade como correspondência, pois direitos são uma construção social que não pode ser hipostasiada em fatos. ‘Correção’ significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos. Certamente a validade de um juízo é definida a partir do preenchimento das condições de validade. No entanto, para saber se estão preenchidas, não basta lançar mão de evidências empíricas diretas ou de fatos dados numa visão ideal: isso só é possível através do discurso - ou seja, pelo caminho de uma fundamentação que se desenrola argumentativamente. Ora, argumentos substanciais jamais são “cogentes” no sentido de um raciocínio lógico (que não é suficiente, porque apenas explicita o conteúdo de premissas), ou de uma evidência imediata (a qual não se encontra em juízos de percepção singulares e, mesmo que fosse, não deixaria de ser questionável). Por isso, não há um fim

"natural" no encadeamento dos possíveis argumentos substanciais; não se pode excluir a fortiori a possibilidade de novas informações e melhores argumentos virem a ser aduzidos. Em condições favoráveis, nós só concluímos uma argumentação, quando os argumentos se condensam de tal maneira num todo coerente, e no horizonte de concepções básicas ainda não problematizadas, que surge um acordo não-coercitivo sobre a aceitabilidade da pretensão de validade controvertida. A expressão "acordo racionalmente motivado" pretende fazer jus a esse resto de facticidade: nós atribuímos a argumentos a força de "mover", num sentido não-psicológico, os participantes da argumentação a tomadas de posição afirmativas. Para apagar esse derradeiro momento de facticidade, seria preciso encerrar a série de argumentos de um modo não puramente fático. Ora, uma conclusão interna só pode ser atingida através de idealização: seja fechando circularmente a corrente de argumentos através de uma teoria, onde as razões se interligam sistematicamente e se apóiam mutuamente - como era o caso do conceito metafísico de sistema; seja aproximando a cadeia de argumentos de um valor-limite ideal - daquele ponto de fuga que Peirce caracterizara como 'final opinion' (HABERMAS, v. I, 2010, p. 281-282).

Também nesse sentido, veja-se a crítica de Juliano Zaiden Benvindo:

Porque, afinal, querer se afirmar o detentor da "última palavra" não é tarefa que pode se resumir a uma retórica vazia. O discurso precisa ter alguma corroboração com as práticas de vida, caso contrário perde em legitimidade. Ter a tão desejada "última palavra" é custoso, porquanto lança, para um único órgão, a defesa institucional final de todo um processo democrático, de todo um diálogo que quer se manter aberto, em que a democracia e o constitucionalismo, como paradoxos necessários, se constroem e se aperfeiçoam. De antemão, já se antecipa a impossibilidade dessa tarefa. Querer ter a "última palavra" é o sinal de não compreensão da complexidade inerente a uma sociedade democrática, que preza pela cidadania (BENVINDO, 2014).

Por sua vez, Menelick de Carvalho Netto assenta que

Como condição do conhecimento temos então precisamente a exigência de saber que nosso conhecimento é limitado, o que requer fundamentação explicitada e, assim, que esse saber se apresente abertamente em sua precariedade, oferecendo-se à permanente possibilidade de refutação, ou seja, ou é um saber refutável e aprimorável ou não é conhecimento. A dogmática jurídica, portanto, ela própria só é admissível hoje como ciência do direito se não for exatamente dogmática, há que ser fundamentada, aberta e se saber limitada pela permanente possibilidade-de refutação de suas premissas e afirmações (CARVALHO NETTO, 2003).

Sendo assim, há de se ter cuidado para não se recair naquilo que João Costa Neto chama de "narcisismo constitucional", o que "significa interpretar a Constituição como um reflexo dos próprios valores. A expressão denota a facilidade com que alguns intérpretes projetam seus valores pessoais sobre o texto constitucional" (COSTA NETO, 2017, p. 175) e não como uma comunidade de princípios que espelha as lutas históricas por afirmação de direitos fundamentais e pela garantia do Estado de Direito, o que só pode significar, no Estado Democrático de Direito, uma soberania que aparece como "lugar vazio" (HABERMAS, 1997, v. II, p. 187-188), ou seja, enquanto abertura para o dissenso na esfera pública e para o convencimento argumentativo e procedimental. Jamais pelo enclausuramento de sentidos e pela invocação de uma arbitrária "última palavra".

Sendo assim, espera-se que o STF, quando do julgamento da ADPF 320/DF, reescreva sua própria visão não só sobre a Ditadura de 1964, mas também sobre a relação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o direito internacional, tendo em vista esse cenário – real e incontornável – de fragmentação constitucional e de conversação transconstitucional entre diferentes sistemas jurídicos e Cortes Constitucionais.

## REFERÊNCIAS

BENVINDO, Juliano Zaiden. A "Última Palavra", o Poder e a História. O Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, n. 201, jan-mar - 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29/4/2010, DJe 6/8/2010.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Fundamentais. In: José Adécio Leite Sampaio (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P. 141-163.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herzog e outros vs. Brasil**. Sentença de 15 de março de 2018.

COUTINHO, Mateus. 'Cada macaco no seu galho', diz ministro do STF sobre pedido de Comitê da ONU em relação a Lula. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/cada-macaco-no-seu-galho-diz-ministro-do-stf-sobre-pedido-de-comite-da-onu-em-relacao-lula-22998040>> Acesso em: 24 nov. 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

HOLMES, Pablo. **O Constitucionalismo entre a Fragmentação e a Privatização**: Problemas Evolutivos do Direito e da Política na Era da Governança Global. Dados (Rio de Janeiro. Impresso), v. 57, p. 1137-1168, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

MEYER, Emílio. Peluso Neder. **Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985**: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n o 153/DF pelo direito internacional dos direitos humanos. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.



NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Petição Inicial na ADPF 153**. 2008. Disponível em <[http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF\\_anistia.pdf](http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf)>. Acesso em: 2 dez. 2018.

PINTO, Gabriel Rezende de Souza. **Para a democracia: soberania, transição e rastro na ação de descumprimento de preceito fundamental n. 153**. 400 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

TEUBNER, Günther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TORELLY, Marcelo Dalmas. **Governança transversal dos direitos fundamentais: experiências Latino-Americanas**. 2016. 300 f., il. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

# AS GUERRAS, OS CONFLITOS BELICOSOS E SEUS IMPACTOS SOBRE A EXPECTATIVA DE DESENVOLVIMENTO HUMANO: DESAFIOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

Maria José de Rezende

(Professora de Sociologia- Universidade Estadual de Londrina – UEL)  
mjderezende@gmail.com

**RESUMO:** Esta pesquisa tem como fonte os Relatórios do Desenvolvimento Humano (RDHs/PNUD/ONU). Objetiva-se compreender o significado político da tentativa, dos produtores de tais materiais, de gerar agendas públicas que envolvam os Estados, os governos e os organismos internacionais no processo de dissuasão das ações e dos procedimentos que têm levado a muitos conflitos bélicos e guerras civis e entre países. As armadilhas da pobreza estão, muitas vezes, combinadas com as armadilhas do medo que têm eliminado, subitamente, milhares de vidas e também qualquer possibilidade de ampliação das melhorias sociais para os mais pobres. Os reflexos perversos das políticas belicosas são sentidos na economia, na infraestrutura e nos serviços sociais, de modo geral.

**Palavras-chave:** Desenvolvimento humano. Guerras. Conflitos violentos. Pobreza.

## 1 INTRODUÇÃO

Ao tratar-se das guerras e dos conflitos belicosos e ao construírem-se diagnósticos e prescrições para alcançar o desenvolvimento humano<sup>1</sup>, nota-se que os produtores (Equipes incumbidas, anualmente, de elaborar os relatórios denominados RDHs<sup>2</sup>) e encampadores (PNUD<sup>3</sup>) desses documentos - que visam falar aos Estados, governos, lideranças políticas, organizações da sociedade civil de modo geral – deixam evidenciado que o controle dos confrontos belicosos (em forma de guerras civis ou não) é algo difícil, uma vez que as relações internacionais estão, geralmente, mergulhadas em várias formas de violência. Em *Os pescadores e o turbilhão*, Norbert Elias (1998) afirma que a própria classificação e hierarquização dos Estados, no âmbito das relações internacionais, se dão através de critérios medidos pelo potencial de violência que um Estado tem em relação aos demais.

Esta investigação procura evidenciar o quão complexa é a tarefa, dos proponentes<sup>4</sup> dos RDHs (PNUD/RDH, 1991,1997; 2002; 2005; 2010; 2014)<sup>5</sup>, de associar as dificuldades de expansão

---

<sup>1</sup> Os RDHs pretendem medir os avanços, ou não, dos diversos países que compõem o sistema das Nações Unidas, nas políticas de desenvolvimento humano. Tais padrões de medidas fundam alguns índices básicos, tais como: “**Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)** Um índice composto que mede as realizações em três dimensões básicas: [...] uma vida longa e saudável, o conhecimento e um padrão de vida digno. **Índice de Desenvolvimento Humano, ajustado à desigualdade [é]** o valor do índice [...] ajustado para desigualdades nas três dimensões básicas (...) [mencionadas acima]. **Índice de desenvolvimento humano – híbrido [é]** um índice que usa a mesma forma funcional do IDH, mas que usa a alfabetização e as matrículas brutas para calcular o índice de educação e PIB *per capita* para o indicador de rendimento” (PNUD/ RDH 2010, p.232).

<sup>2</sup> Relatórios do Desenvolvimento Humano

<sup>3</sup> Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

<sup>4</sup> O PNUD encomenda, encampa, edita e divulga esses relatórios. Há um percurso complexo que está materializado no encontro de muitas vozes (intelectuais, lideranças políticas da sociedade civil ou não, técnicos, governantes, representantes de organismos internacionais) que se fazem presentes, de algum modo, na feitura desses materiais e

das políticas de desenvolvimento humano com as guerras e as violências bélicas de modo geral. Isso se deve ao fato de que eles procuram falar ao conjunto dos Estados nacionais (poderosos, ou não, em escalas diversas) que atuam, quase sempre, de modo belicoso. Em muitas passagens, as equipes formuladoras dos RDHs buscam as conexões existentes entre as guerras civis<sup>6</sup> e as que envolvem diversos países do Hemisfério Sul<sup>7</sup> e as potências econômicas do Eixo Norte (Tilly, 2013) que acabam, em alguns casos, sendo partícipes na produção das condições desencadeadoras de tais conflitos (PNUD/RDH, 2005; 1991).

A noção de desenvolvimento humano difundida nos relatórios tem sua origem na necessidade de diferenciar desenvolvimento econômico de desenvolvimento social. Na segunda metade do século XX, muitos estudiosos (Elias, 1999; Furtado, 1978; 1992; 1999; 2002; Streeten, 1982; Sachs, 2004; Sen, 2005; Veiga, 2006) estiveram envolvidos em demonstrar a diferença de políticas voltadas inteiramente para melhorias econômicas e para aquelas destinadas também aos avanços sociais (distribuição de renda, recursos e poder). Celso Furtado acreditava que o desenvolvimento social só seria alcançado através de um amplo processo de distribuição do poder que resultaria do “reforçamento das instituições da sociedade civil (principalmente dos sindicatos de trabalhadores rurais e urbanos), de cuja ação se poderiam esperar a renovação das bases sociais de sustentação do Estado bem como a contestação dos padrões prevalecentes de distribuição de renda” (Furtado, 1997, p.34). Em síntese, só poderia haver desenvolvimento social com mudanças nos parâmetros estruturais, tais como distribuição de renda, recursos, patrimônio e poder.

A noção de desenvolvimento humano sistematizada por Mahbud Ul Haq (1995) e Amartya Sen (2005) pode ser tida como derivada, em parte, do debate sobre desenvolvimento social<sup>8</sup>, uma vez que busca tanto rechaçar os padrões de medidas do desenvolvimento assentados somente no

---

na sua divulgação. Isso tem a ver com o fato desse fundo da ONU estar organizado como uma configuração complexa em múltiplos níveis, para utilizar uma noção de Norbert Elias (2006).

<sup>5</sup> Esses documentos mencionados são os que mais se dedicam à temática das guerras e dos conflitos bélicos como bloqueadores de políticas que levam ao desenvolvimento humano. Assinale-se que os RDHs são publicados, anualmente, desde 1990. Ao longo de mais de 20 anos, eles têm dado maior ou menor ênfase ao tema tratado neste artigo.

<sup>6</sup> “A guerra civil ocorre quando duas ou mais organizações militares distintas, sendo que ao menos uma é vinculada ao governo previamente existente, disputam [entre si] o controle dos principais meios governamentais dentro de um regime” (Tilly, 2013, p. 189).

<sup>7</sup> Sobre a relação existente entre Estados fracos e guerra civil, ver: (Tilly, 2013).

<sup>8</sup> Amartya Sen denomina as abordagens do desenvolvimento social como teorias da escolha social, as quais ajudaram a formular “uma teoria econômica [...] que fez muito para criar o trabalho de base para que esse tipo de discussão [do desenvolvimento humano] exista” (Sen, 2001, p.13).

PIB<sup>9</sup> *per capita* e na renda *per capita*, quanto ampliar os processos de habilitação e capacitação não só profissionais, mas também políticas dos indivíduos mais pobres. A noção desenvolvimento humano, formulada por Sen (2005), tem seu foco “na falta de liberdade, na forma de privações de capacidades” (Therborn, 2001, p.129). A. Sen esclarece: “(...) as capacidades que uma pessoa realmente possui (e não apenas desfruta em teoria) dependem da natureza das disposições sociais, as quais podem ser cruciais para as liberdades individuais. E dessa responsabilidade o Estado e a sociedade não podem escapar” (Sen, 2005, p.326-7).

O objeto deste artigo são as estratégias políticas e argumentativas, presentes na feitura dos RDHs de 2005; 2002 e 1991, e suas tortuosidades no intento de criar um conjunto de diagnósticos sobre a natureza social, política e econômica dos bloqueios ao desenvolvimento humano, advindos das guerras, da ampliação dos gastos armamentistas e da proliferação dos conflitos bélicos violentos. Os proponentes dos RDHs acabam produzindo um *córpus* de prescrições bastante sinuoso sobre a natureza social, econômica e política de tais entraves às políticas de melhorias sociais. Isto se deve ao fato de os responsáveis pelos relatórios terem de lidar com uma idealização de pacificação dentro de um mundo que está organizado por uma tradição militar e armamentista prevalecente. Conforme assinalam Elias (1991) e Devin, (2009; 2010), as persistências das guerras (civis ou não) e dos conflitos bélicos, de modo geral, têm-se alimentado pela maneira de organização dos Estados. Há, segundo eles, uma supremacia das relações de forças baseada em hierarquizações assentadas pelo potencial de violência (Devin, 2009; 2010) que cada Estado, grupo, país, etnia, segmento possuem em relação aos demais.

## **2 OS DILEMAS DAS RECOMENDAÇÕES DOS RDHS ACERCA DA NECESSIDADE DE DIMINUIR A BELICOSIDADE E EXPANDIR O DESENVOLVIMENTO HUMANO?**

Norbert Elias (1991) ensina em *A condição humana*, texto escrito por ocasião do 50º aniversário do fim da Segunda Guerra Mundial, que considerar na agenda pública a necessidade de serem criadas novas modalidades de ações por países e organismos internacionais, capazes de controlar a violência, estimulada, muitas vezes, pelas relações de poder e riqueza que hierarquizam as nações, é um dos maiores desafios colocados às Nações Unidas e seus programas, agências e comissões regionais<sup>10</sup>. Tais condições ficam claras na seguinte passagem de Charles Tilly: “Como a Guerra Fria dominou o cenário entre 1960 e 1980, grandes potências –

---

<sup>9</sup> PIB (Produto Interno Bruto)

<sup>10</sup> Sobre o modo como as diversas potências se colocam diante dos conflitos internacionais, ver as seguintes coletâneas: (Nasser, 2009; Milani, 2010).

especialmente os Estados Unidos, a URSS e os antigos colonizadores - frequentemente intervieram nas guerras civis pós-coloniais, como aquelas que assolaram Angola entre 1975 e 2003” (Tilly, 2013, p.189) Situações como estas estão na base das ligações, feitas nos RDHs, acerca do papel que têm jogado os países ricos na perpetuação dos conflitos bélicos no mundo.

Criticar as ações dos muitos países (de ambos os hemisférios) suscitadores de guerras e violências bélicas parece ser o centro dos argumentos presentes nos relatórios que objetivam chamar a atenção para a necessidade de dissuadir os detentores do poder de abraçarem os procedimentos belicosos e persuadi-los a encampar, de modo cada vez mais crescente, procedimentos voltados para as políticas que ampliem a segurança humana<sup>11</sup> e os direitos humanos. Pureza (2009, p.29) considera possível detectar “quatro características essenciais [nessa] (...) referência [à segurança humana]: 1)- a natureza universal das preocupações que lhes subjazem; 2)- a interdependência dos problemas que a motivam; 3)- sua natureza preventiva; e 4)- sua centragem nas pessoas (...)”. Desse modo, “a segurança humana aparece como resposta a seis tipos fundamentais de ameaças: econômicas, alimentares, salutaras, ambientais, pessoais, comunitárias e políticas” (Pureza, 2009, p.29).

Todas as ameaças mencionadas por José Manuel Pureza (2009) são, segundo os produtores dos RDHs, potencializadas pelas guerras e conflitos bélicos. A associação entre segurança humana e direitos humanos visa, diz Mary Kaldor (2007, p.182), garantir “a defesa dos indivíduos e das comunidades em vez de segurança dos Estados”. No caso dos RDHs, observa-se, nesses documentos, uma contínua associação simultânea entre a segurança dos indivíduos e a dos Estados. Os elaboradores dos RDHs supõem que as políticas de desenvolvimento humano dependem da diminuição da belicosidade, dos gastos armamentistas e das ambições ilegítimas de poder sustentadas pela força e opressão. Eles procuram situar suas prescrições no âmbito dos direitos humanos, os quais têm de ser garantidos e efetivados pelos Estados e organismos internacionais.

As narrativas constantes nos RDHs estão empenhadas em decifrar as lógicas racionais que impulsionam as ações belicosas em detrimento das ações em prol do desenvolvimento humano e da segurança humana, lançando desafios diversos aos argumentos postos nos RDHs, pois lhes escapam as motivações irracionais (medo, sentimentos de ódio, inferioridade, superioridade, entre outras) que levam à perpetuação das estratégias bélicas em contraposição a toda e qualquer estratégia pacificadora.

---

<sup>11</sup> Pureza (2009, p.29) diz que o RDH, de 1994, pode ser “considerado o instrumento fundador do conceito de segurança humana”. Sobre esta noção, ver ainda: (Axworthy, 2004; Cravo, 2009; Gledhill, 2012).

Ao defenderem a pacificação, os produtores e encampadores dos RDHs estão lidando com algo de grande complexidade: a expansão de formas de controle da violência dentro dos Estados, entre os Estados e, também, no âmbito das relações internacionais. Ao trazerem para o primeiro plano o sofrimento das populações mais pobres e das mulheres, que são violentadas pelos estupros coletivos perpetrados, como arma de guerras, os elaboradores desses documentos questionam a “anulação da consciência face ao sofrimento” (Elias, 1991, p.49). O sofrimento social é, então, apontado como destruidor das possibilidades de avanços e de melhorias contínuas em diversos contextos e situações pelo mundo a fora.

Todavia, há uma construção de argumentos que atestam que a diminuição da violência nas relações internacionais e nas relações nacionais pode ser racionalmente conquistada. Apagam-se, por meio de muitas narrativas e estratégias políticas, as irracionalidades que têm, conforme ressalta Norbert Elias (1998), tido um papel essencial nos processos disseminadores da violência bélica e das guerras. A tradição bélica, conforme diz ele, não pode ser explicada somente por razões econômicas, por cálculos de lucratividade, por ganhos materiais. Ela se assenta, também, na busca por ganhos imateriais que atestem a supremacia política, simbólica, étnica, racial, cultural e religiosa de povos e grupos sociais diversos. Por essa razão, conforme indaga Norbert Elias (1991, p.66), a defesa de estratégias desarmamentistas e pacificadoras “seria uma decisão somente racional”? E responde: Claro que não.

Entretanto, na construção dos RDHs, são prevalentes os diagnósticos e prognósticos calcados, quase sempre, em razões racionais. Ou seja, os seus formuladores demonstram o quanto as relações sociais, econômicas e políticas ganhariam em melhorias, para todos, se ocorresse um amplo processo de dissuasão calculada de atos e ações que levem à possibilidade de guerras, já que “as guerras e os conflitos civis podem ter impactos perversos e duradouros sobre o desenvolvimento humano” (RDH, 2014, p.15) como um todo. Desde o primeiro RDH, o de 1990, verifica-se uma lógica argumentativa assentada em elementos racionais.

As irracionalidades, tais como medos, temores, desejos de suplantar o outro, ódios e sentimentos de superioridade e de vingança, que provocam muitos conflitos bélicos, são diluídas nos diagnósticos e prognósticos. Esta é uma estratégia narrativa e política, uma vez que a dissuasão das irracionalidades é algo difícil e quase inalcançável, o que não significa que os documentos das Nações Unidas, como um todo, ou do PNUD, em particular, não estejam, de modo algum, voltados para temas como o medo. O documento, intitulado *Em maior Liberdade*, preparado em 2005 pelo secretário geral das Nações Unidas, trata de programas de segurança para livrar as pessoas do medo. Todavia, a orientação para livrar o mundo do medo estava

pautada em constatações de fatos correntes no limiar do século XXI. Não eram medos infundados e imaginários. Porém, é preciso considerar que, como diz Norbert Elias (1991; 1998), estes últimos têm tido um papel essencial nos processos de detonação de guerras e de apoios a elas.

“Kofi Annan salienta[va] as responsabilidades dos governos com relação aos direitos humanos no combate ao terrorismo. (...) Devido às violações bem documentadas dos direitos humanos no campo de prisioneiro de Guantânamo e os atos de tortura cometidos pelos soldados dos EUA na prisão de Abu Ghraib no Iraque, essa proposta é de uma natureza especialmente explosiva” (Martens, 2005, p.5).

A centralidade nos motivos racionais se ajusta mais bem ao caráter amplo e genérico dos documentos. E também, no que tange à guerra e aos conflitos armados de modo geral, é menos difícil, a um organismo internacional, tratar dos motivos racionais que dos motivos irracionais. Desarmar estes últimos é uma empreitada inatingível não só ao PNUD, mas também aos Estados, organizações da sociedade civil, entre outras organizações. O apelo aos elementos racionais faz muito mais sentido quando o objetivo é a construção tanto de diagnósticos quanto de prescrições. Observe-se o que consta no RDH de 1990:

“Para fazer frente ao objetivo da década de noventa, se devem remediar os prejuízos produzidos ao desenvolvimento humano em muitos países em desenvolvimento a fim de gerar o impulso necessário para alcançar as metas humanas essenciais acerca do ano 2000. A resposta a este objetivo exigirá a mobilização de maiores recursos, tanto nacional como internacionalmente, e em muitos casos requererá mudanças importantes nas prioridades orçamentárias” (RDH/1990, p.50).

Os conflitos bélicos e as guerras consomem fatias enormes dos orçamentos públicos que poderiam ser direcionados ao desenvolvimento humano. São cálculos baseados em ganhos e perdas para a maioria da população, que ganharia melhores condições de vida e lucraria, significativamente, com a paz, insistem os formuladores dos RDHs. E não se trata somente de um lucro financeiro, mas da possibilidade de construir uma vida sem medo e sem as violências brutais provocadas pelas guerras. Não ter a vida atropelada cotidianamente pelas destruições causadas por armas é um ganho incalculável, consideram eles. Constroem-se, então, narrativas que focam os motivos racionais da pacificação nos diversos âmbitos (macros e micros) da vida social. Consta no RDH de 2005 (p.12) um trecho que reforça isto. Ou seja, “Vivemos numa era em que a interação letal entre pobreza e conflito violento impõe graves ameaças, não só às vítimas imediatas, mas também à segurança coletiva da comunidade internacional”. Não há dúvida de que os formuladores dos RDHs estão tomando uma posição diante do embate denominado “*manteiga versus canhões ou Guns versus Butter*” (Dikici, 2015). Se a pobreza e a guerra são combinações letais, o investimento nas melhorias sociais, graças ao qual as pessoas seriam mais bem nutridas, escolarizadas e com maiores chances de obter trabalho, moradia, vacinas, medicamentos e saneamento, seria uma maneira de diminuir os gastos despendidos em guerras e armas, o que

certamente resultaria em menos belicosidades. O investimento em políticas de desenvolvimento humano seria uma espécie de prevenção de conflitos bélicos (PNUD/RDH, 2005, p.12).

Os argumentos construtores dos RDHs fazem parecer que as ameaças, procedentes das guerras, atingem a todos, posto que, de maneiras diversas e por motivos diversos, acabam por obscurecer o fato de que o “destino e a reputação individual de cada homem [são], em larga medida, determinados (...) pelo destino e prestígio dos Estados, das nações, a que pertencem os indivíduos” (Elias, 1991, p.52). O apagamento das particularidades dos povos, dos Estados, das nações e dos continentes funciona como um meio de dizer que os perigos contidos na violência e nos conflitos bélicos atingem, mais cedo ou mais tarde, a todos. No entanto, combater a pobreza, a miserabilidade, as desigualdades, as exclusões, o analfabetismo, as enfermidades evitáveis é também uma maneira de evitar as belicosidades e enfrentamentos armados. Daí a conexão pragmática entre dissuasão das possibilidades das guerras e desenvolvimento humano.

“O desenvolvimento nos países pobres é a linha da frente na batalha pela paz global e pela segurança coletiva. O problema com o atual plano de batalha é uma estratégia militar sobredesenvolvida e uma estratégia de segurança humana subdesenvolvida” (PNUD/RDH, 2005, p.12).

Em *A condição humana*, Norbert Elias (1991) faz uma colocação que, de certa forma, leva a uma compreensão desse modo dos produtores dos RDHs enfatizarem, pragmaticamente, tal conexão entre diminuição das guerras e expansão do desenvolvimento humano. Não se pode dizer que tal ligação seja somente um delírio posto nos RDHs, uma vez que seus formuladores procuram demonstrar que há “possibilidades técnicas de uma organização da humanidade” (Elias, 1991, p.67) para conter a destruição provocada por motivos, essencialmente humanos, tais como aqueles geradores das guerras. Ele diz:

“O desenvolvimento da humanidade alcançou um ponto, ou melhor dizendo, atingiu um período em que os homens, pela primeira vez, se encontram perante a tarefa de se organizarem globalmente, ou seja, como humanidade (...) Ninguém pode prever quanto tempo a humanidade precisará para realizar esta tarefa. Ninguém pode prever se a humanidade, durante as lutas preparatórias nessa direção, se destruirá a si própria e tornará a terra inabitável” (Elias, 1991, p.66-7).

Parece aos elaboradores dos relatórios que as viabilidades de dissuadir os governantes, os líderes políticos, as forças armadas, entre outros, dos atos perpetradores dos conflitos bélicos, tornaram-se mais e mais complexas, à medida que as “guerras locais e regionais, travadas predominantemente em países pobres, no interior de Estados fracos ou falidos” (PNUD/RDH, 2005, p.12) foram se tornando predominantes no limiar do século XXI. “Há menos conflitos no mundo hoje do que em 1990, mas a parcela desses conflitos que ocorre em países pobres



aumentou. Os custos do conflito violento para o desenvolvimento humano não são suficientemente valorizados” (PNUD/RDH, 2005, p.12).

As potencialidades de um desenvolvimento humanos, que favoreça a humanidade como um todo, são enfraquecidas em uma situação em que a morte campeia em muitas partes do mundo, os deslocamentos forçados arrasam vidas e a pobreza e a miserabilidade dos que sobrevivem e permanecem, nas regiões devastadas, são brutais. “Na República Democrática do Congo as mortes atribuíveis direta ou indiretamente ao conflito excedem as perdas sofridas pela Grã-Bretanha no conjunto da Primeira e da Segunda Guerra Mundial” (PNUD/RDH, 2005, p.12-13). Em relação aos deslocamentos forçados, consta no relatório que “na região sudanesa do Darfur, mais de 1 milhão de pessoas foram deslocadas devido a conflitos” (PNUD/RDH, 2005, p.13).

E por que os conflitos bélicos destroem inteiramente as chances do desenvolvimento humano? Destroem porque inviabilizam a solução de todo e qualquer problema social (analfabetismo, pobreza, fome, enfermidades), além de potencializarem e produzirem muitos outros. Em tais casos, evidencia-se que, com a persistência das guerras, não há qualquer forma de abrir e manter caminhos, que levem à segurança humana.

Qual é o problema saliente nos documentos em análise? Eles estão falando a quem? Claude Lefort (2000), em discussão com Agnès Lejbowicz (1999), comenta que os Estados nacionais são, por excelência, os destinatários das recomendações postas nos documentos das Nações Unidas. “A ação da ONU (...) tem por finalidade oferecer aos estados um quadro de negociação e fazer valer domínios de interesse comum nas relações internacionais” (Lefort, 2000, p.5). Essa discussão deriva das indagações feitas por Agnès Lejbowicz (1999) sobre a forma das Nações Unidas produzirem, editarem e comunicarem suas prescrições e objetivos, visando a “formação de um objetivo intermediário, de um arranjo por concessões mútuas. O sentido desses textos consiste em suscitar a convergência” (Lejbowicz apud Velasco e Cruz, 2003, p.177).

No caso dos RDHs, evidentemente, os destinatários das recomendações do PNUD/ONU são, em primeira instância, os Estados nacionais e, em segunda, a sociedade civil organizada. No que se refere às recomendações de que os Estados devem se empenhar em dissuadir os conflitos bélicos, qual seria o grande desafio desse tipo de prescrição? O desafio estaria no fato de que os Estados têm a sua existência assentada na certeza de que podem ameaçar-se e atacar-se militarmente uns aos outros (Elias, 1991). Os diagnósticos e as prescrições, neste caso específico, presentes nos RDHs descortinam ambivalências incorrigíveis. Isso porque as recomendações apontam para a necessidade de os Estados se dissuadirem das belicosidades e das guerras, mas é da essência dos Estados serem belicosos e “em caso de conflito nas relações entre os Estados (...)

decidir[em] o conflito a seu favor recorrendo à violência física” (Elias, 1991, p.74), muitas vezes brutalmente.

### 3 CONCLUSÃO

Ao analisarem-se as estratégias argumentativas presentes nos RDHs, observa-se que as sinuosidades dos seus diagnósticos acerca da dificuldade de expansão das políticas de melhorias sociais em contextos de expansão das guerras, da insegurança humana e das diversas formas de violências, aparecem também nas prescrições de pacificação, de cooperação internacional e de diminuição de despesas militares como condição *sine qua non* de ampliação do combate à insegurança humana. Tais tortuosidades estão ligadas ao fato de que as políticas de desenvolvimento humano estão submetidas aos jogos políticos de cooperação internacional<sup>12</sup> dependentes justamente de países que estão, muitas vezes, envolvidos na disseminação da guerra e da violência bélica. Os elaboradores dos RDHs criticam as ações belicosas de modo geral, mas é visível, nos argumentos, a dificuldade de romper com uma tradição bélica, militar, que está na base dos embates pela supremacia das principais potências econômicas mundiais, as quais comandam o *Conselho de Segurança das Nações Unidas* (CSNU). Deriva daí a tortuosidade argumentativa exposta nos RDHs.

Oliveira e Rebelo (2017, p.176) discutem algumas mudanças de procedimentos no âmbito do CSNU, o qual tem adotado algumas resoluções acerca da “(...) vulnerabilidade de civis em situações de disputas armadas”. Pode-se dizer, então, que isso favorece os argumentos encampados pelo PNUD, nos RDHs, sobre o modo como os conflitos bélicos destroem as possibilidades de desenvolvimento humano. Todavia, entre adotar o CSNU esse tipo de entendimento e desencadear procedimentos que combatam a tradição bélica, há uma longa distância.

Pressupõe-se que as estratégias argumentativas só podem ser decifradas à luz dos processos históricos, sociais, econômicos e políticos atuais. São as relações de poder, os embates entre as múltiplas configurações (organismos internacionais, Estados, governos, lideranças políticas, organizações da sociedade civil, entre outras) que possibilitam compreender as condições externas sustentadoras dos argumentos e das narrativas cujo fim é pôr, na agenda internacional, a necessidade de persuadir os países a promover ações e a adotar procedimentos para ampliar as chances de expansão do desenvolvimento humano, atuação que estaria

---

<sup>12</sup> Sobre cooperação internacional e suas estratégias, alianças e atores diversos, ver: (Gabas, 2010).

diretamente ligada a um processo de pacificação de todas as regiões mergulhadas em guerras civis.

As sinuosidades dos argumentos correspondem às tortuosidades dos intentos, de agências e organizações como as Nações Unidas, que ao mesmo tempo “funciona[m] enquanto organismo[s] de legitimação do uso da força” (Devin, 2009, p.157) e como produtoras de consensos para controlar a violência ancoradas em novas modalidades de relações internacionais que, de fato, estejam comprometidas com a observância dos direitos humanos e das metas de erradicação da pobreza, do analfabetismo, da curtíssima longevidade de muitos grupos populacionais exterminados por desnutrição, fome, guerras, doenças evitáveis e toda forma de violação do bem-estar individual e coletivo.

## REFERÊNCIAS

AXWORTHY, L. Human security: an opening for UN reform. In Price, R; Zacher, M. (Eds). **The United Nations and global security**. Nova York, Palgraveeele, 2004, pp.245-260.

CRAVO, Teresa de A. O conceito de segurança humana: indícios de uma mudança paradigmática? In Nasser, R. M. (org.) **Os conflitos internacionais em múltiplas dimensões**. São Paulo, Unesp, 2009. P.67-88.

DEVIN, Guillaume. **Sociologia das relações internacionais**. Salvador, EDUFBA, 2009.

DEVIN, Guillaume. Norbert Elias e as relações internacionais. In: MILANI, C. R. S. (org.). **Relações internacionais**. Salvador, EDUFBA, 2010. P.59-92.

DIKICI, Emre. Guns versus Butter Tradeoff: the theory of defense – Quality factor. **Journal of Economics, Business and Management**, v.3. n.7, p.1-6, jul. 2015.

ELIAS, Norbert. **A condição humana**. Lisboa, DIFEL, 1991.

ELIAS, Norbert. Os pescadores e o turbilhão. In **Envolvimento e alienação**. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1998. P. 163-268.

ELIAS, Norbert. A evolução do conceito de desenvolvimento. In **Introdução à sociologia**. Lisboa, Edições 70, 1999. p. 159-167.

ELIAS, Norbert. Conceitos sociológicos fundamentais: civilização, figuração, processos sociais. In NEIBURG, F. e WAISBORT, L. (orgs.) **Escritos & Ensaios**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2006. P.21-33.

FURTADO, Celso. **Criatividade e dependência na civilização industrial**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1978.

FURTADO, Celso. **Brasil: a construção interrompida**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992.

FURTADO, Celso. Entre inconformismo e reformismo. In **Obra autobiográfica**. São Paulo, Paz e Terra, 1997. p. 9-40.

FURTADO, Celso. **O longo amanhecer**. São Paulo, Paz e Terra, 1999.

FURTADO, Celso. **Em busca de novo modelo**. Rio de Janeiro, Paz e Terra. 2002.

GABAS, Jean-Jacques. Os países emergentes e a cooperação internacional. In. Milani, Carlos (org.) **Relações internacionais: perspectivas francesas**. Salvador, EDUFBA, 2009. P.231-275.

GLEDHILL, John. Segurança humana: uma meta viável? **Cadernos CRH**, Salvador, v.25, n.66, p.519-533, 2012.

KALDOR, Mary. **Human Security: reflections on globalization and intervention**. Cambridge, Polity Press, 2007.

LEFORT, Claude. O direito internacional, os direitos do homem e a ação política. **Tempo Social**. São Paulo, v.12, n.1, pp. 1-10, maio 2000.

LEJBOWICZ, Agnes. **Philosophie du droit international** : l'impossible capture de l'humanité. Paris, PUF, 1999.

MARTENS, Jens. Em Maior Liberdade: O relatório do secretário-geral da ONU referente à cúpula do Milênio+5 2005. In **Informe FES**. Berlim, Friedrich Ebert Stiftung, 2005. Disponível em: [www.fes.globalization.org/dog-publications/by\\_year.htm](http://www.fes.globalization.org/dog-publications/by_year.htm) Acesso em 12/06/2018.

MILANI, Carlos R.S. (Org.) **Relações internacionais: perspectivas francesas**. Salvador. EDFBA, 2010.

NASSER, Reginaldo M. (org.) **Os conflitos internacionais em múltiplas dimensões**. São Paulo, Unesp. 2009.

OLIVEIRA, Ana P. e REBELO, Tamyá. O Brasil e as agendas temáticas do CSNU. In Schmitz, G. O. e Rocha, R. A. (orgs.) **O Brasil e o Sistema das Nações Unidas: desafios e oportunidades na governança global**. Brasília, IPEA, 2017. p.175-213.

PUREZA, José Manoel. Segurança humana: vinho novo em odores velhos? In Nasser, Reginaldo M. (org.) **Os conflitos internacionais em múltiplas dimensões**. São Paulo, Unesp, 2009. P.21-33

PNUD/RDH (1990). **Relatório do Desenvolvimento Humano 1990**. Disponível em: <http://hdr.undp.org/es/reports/global/hdr1990>. [Acessado em 02/02/2018]

PNUD/RDH (1991). **Relatório do Desenvolvimento Humano: Financiamento do Desenvolvimento Humano**. PNUD/ONU, 1991. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr1991> [Acessado em 02/02/2018]

PNUD/RDH (1997): **Relatório do Desenvolvimento Humano: desenvolvimento humano para erradicar a pobreza**. PNUD/ONU. 1997. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr1997> [Acessado em 02/02/2018]

PNUD/RDH (2002). **Relatório de Desenvolvimento Humano**: Aprofundar a democracia num mundo fragmentado. PNUD/ONU, 2002. Disponível em: <http://www.pnud.org/en/reports/global/hdr2002/download/pt>. Acessado em 02/05/18

PNUD/RDH (2005). **Relatório de Desenvolvimento Humano**: Cooperação internacional numa encruzilhada. PNUD/ONU, 2005. Disponível em: <http://www.pnud.org/en/reports/global/hdr2005/download/pt>>Acessado em: 08/04/2018

PNUD/RDH (2010): **Relatório de Desenvolvimento Humano**: A verdadeira riqueza das nações: caminhos para o desenvolvimento humano. PNUD/ONU. 2010. Disponível em: <http://www.pnud.org/en/reports/global/hdr2010/download/pt>.> Acessado em: 11/06/2018

PNUD/RDH (2014): **Sustentar o progresso humano** – reduzir as vulnerabilidades e reforçar a resiliência. PNUD/ONU. 2014. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/rdh>.> Acessado em: 24/08/2016.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento**: incluyente, sustentável, sustentado. Rio de Janeiro, Garamond, 2004.

SEN, Amartya. **Entrevista programa Roda Vida da TV Cultura**. Memória Roda Vida. 2001. Disponível em: <http://www.rodaviva.fapesp.br>. Acesso em: 02/01/2018.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo, Cia das Letras, 2005.

STREETEN, Paul. **Fronteras de los estudios sobre el desarrollo**. México, Fondo de Cultura Económica, 1982.

THERBORN, Goran. Globalização e desigualdade: questões de conceituação e esclarecimento. **Sociologias**, n.6, p.122-169, jul/dez 2001.

TILLY, Charles. **Democracia**. Petrópolis, Vozes, 2013.

UL HAQ, Mahbub. **Reflections on Human Development**. Nova York, Oxford University Press, 1995.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável**: desafio do século XXI. Rio de Janeiro, Garamond, 2006.

VELASCO E CRUZ, Sebastião C. Entre normas e fatos: desafios e dilemas da ordem internacional. **Lua Nova**, n.58, pp. 169-191, 2003.



# GP18

## **INCLUSÃO/EXCLUSÃO, ORGANIZAÇÕES E POLÍTICAS PÚBLICAS**

Coordenação:

Prof. Dr. Artur Stamford da Silva (UFPE/PE)

Prof. Dr. Guilherme de Azevedo (UNISINOS/RS)

Prof. Dr. Roberto Dutra Torres Junior (UENF/RJ)

## A INCAPACIDADE DA CAPACIDADE INDÍGENA NO BRASIL

*Alexsandra Amorim Cavalcanti*  
(Universidade Federal de Pernambuco)  
cavalcantialexsandra@gmail.com<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este trabalho pretende fazer uma análise histórica das normas brasileiras no que concerne à capacidade indígena. Questiona-se a falta de clareza do conjunto normativo em face da mudança de paradigmas entre as legislações passadas e a atual Constituição. A capacidade penal do índio, em paralelo, se utiliza do critério bio-psicológico de forma inadequada. A formação da atual regulação da capacidade indígena se utiliza do parâmetro integracionista/assimilacionista, enquanto hoje temos como princípio o respeito à alteridade positivado pela Constituição Federal de 1988. Isto gera um arbítrio judicial e uma falta de critérios objetivos para tratar os indígenas no caso concreto.

**Palavras-chave:** Integracionismo. Índio. Capacidade.

### 1 INTRODUÇÃO

A capacidade é um dos institutos básicos do Direito Civil, não só no âmbito nacional, mas no geral dos ordenamentos jurídicos de todo o mundo. De acordo com Sílvio Venosa (2013, p. 139), capacidade é a medida da personalidade, ou seja, sua extensão e limite, podendo ela ser de fato ou de direito. Capacidade de direito, ou capacidade jurídica, é aptidão para ser reconhecido como pessoa portadora de direitos e deveres pelo ordenamento jurídico. Já a capacidade de fato, também chamada de capacidade de exercício, é a habilitação para pessoalmente o indivíduo adquirir direitos e contrair obrigações. Assim, diz que as pessoas possuem capacidade plena quando possuem estes dois tipos, qualidade não atribuída àqueles que se encaixam no rol das incapacidades, como os índios.

As incapacidades são também explicadas pela doutrina de forma a unir em poucas acepções as diversas normas do direito objetivo. Sílvio Venosa (2013, p. 143) define a incapacidade absoluta como aquela que tolhe completamente a pessoa de exercício dos atos da vida civil, devendo ela ser representada por um tutor e tendo seus atos nulos a partir de qualquer declaração judicial. A incapacidade relativa, por sua vez, é aquela que permite ao sujeito realizar certos atos, requerendo ela a assistência de um curador e tendo seus atos passíveis de anulabilidade. Após 2015, o Código Civil reformou as disposições sobre as incapacidades, porém não encarou a tarefa de regular a capacidade indígena, remetendo-a a legislação especial.

Ademais, Caio Mário diz que a incapacidade não pode derivar de manifestações de particulares, somente da lei (*apud*: XAVIER, XAVIER, CASQUEIRA, 2013, p. 5). Isso quer dizer que,

---

<sup>1</sup> Orientadores: Ingrid Zanella e José Luiz Delgado.

sendo a incapacidade uma restrição da liberdade humana, ela deve ser regulada da forma mais comedida possível. Assim, capacidade civil é regra e incapacidade civil é exceção.

Além disso, dois outros ramos do direito possuem especificidades próprias em relação à capacidade jurídica. Há a capacidade processual, que é a habilitação para estar em juízo sem representação ou assistência. Ela é de suma importância para a análise do caso indígena após a Constituição Federal de 1988. Existe também a capacidade penal, mais conhecida como imputabilidade, definida por Cláudio Brandão como o conjunto de características pessoais que possibilitam a censura pessoal (BRANDÃO, 2015, p. 136).

Tendo em mente estas várias definições, veremos que a restrição da capacidade indígena é, no mínimo, confusa. Ao contrário das demais incapacidades, bem explícitas e sistematizadas nos Códigos, a incapacidade étnica é regulada de pela Constituição e pelo Estatuto do Índio, um conjunto de coerência duvidosa. Percebe-se que tal pluralidade de disposições é fruto da construção histórica do que é ser índio e de como deve ser o relacionamento entre sua formação cultural e as normas da comunhão nacional<sup>2</sup>.

Assim, este artigo se propõe a fazer uma reconstrução histórica das normas pertinentes à capacidade indígena por meio da pesquisa de todas as regulações já positivadas sobre o assunto. Pretende-se a perceber a origem e a ideologia das atuais regulações, além expor as contradições e falhas teóricas e concretas da forma de tratamento civil das pessoas indígenas.

## **2 O PERÍODO COLONIAL**

O período colonial pode ser, em grande parte, definido pelo pluralismo antropológico, que se contrapõe à ordem metropolitana, conforme os estudos de Marcelo Neves (NEVES, 1991). Tal corrente do pluralismo jurídico defende a ideia de que havia várias ordens jurídicas dos povos nativos em face da ordem jurídica metropolitana. Tal percepção faz todo sentido, pois, por muitos anos, não houve a imposição de normas do homem branco aos índios. Isso acontece porque o Brasil era visto como local de exploração, de forma que o colonizador português não tinha sua imagem civilizatória associada ao Brasil. Todavia, essa concepção de “quintal” foi substancialmente alterada após 1808.

Antes da chegada da família real, no entanto, ainda houve manifestações importantes acerca do relacionamento da metrópole europeia com indígenas. Diferentemente dos negros, eles

---

<sup>2</sup> O termo “comunhão nacional” está sendo utilizado não de forma ideológica de modo a separar o “nós” dos “eles”, mas apenas como uma apropriação do vocabulário do Estatuto do Índio. É uma necessidade perante a ausência de um termo mais adequado.



foram tratados, no geral, de forma relativamente mais branda e vistos pela sociedade colonial de maneira mais inclusiva. Prova disso é a palavra do frei Bartolomé de Las Casas, já no século XVI, sobre a autonomia dos povos indígenas:

"Cualesquiera naciones y pueblos, por infieles que sean, (...) son pueblos libres, y que no reconocen fuera de sí ningun superior, excepto los suyos propios, y este superior o estos superiores tienen la misma plenísima potestad y los mismos derechos del príncipe supremo en sus reinos, que los que ahora posea el emperador en su imperio" (*apud*: MARÉS, 1992, p. 148).

Outro motivo pelo qual o Estado se colocava a favor da proteção e defesa das populações nativas era o de que seu processo produtivo não dependia da dominação delas, mas sim da escravidão. A "boa vontade" também está explícita no Alvará do rei de Portugal expedido no ano de 1775:

"Eu El-Rei, sou servido declarar que os meus vassallos deste reino e da América que casarem com as índias dela não ficam com infâmia alguma, antes se farão dignos de real atenção. Outrossim proibo que os ditos meus vassallos casados com índias ou seus descendentes, sejam tratados como nome de caboclos ou outro semelhante que possa ser injurioso. O mesmo se praticará com portuguesas que se casarem com índios" (*apud*: MARÉS, 1992, p. 153).

A posição dos colonizadores, incluindo os representantes das missões de catequese, era a de, em um primeiro momento, convertê-los e, assim, salvar a alma dos povos infiéis. Mais tarde os documentos, como o já citado Alvará, relatam uma vontade de integração dos índios à união nacional, uma recepção que os pede que abandonem sua condição de índio e adotem o estado de assimilado. Portanto, percebe-se que o colonizador ainda se colocava como superior ao índio, não respeitando a alteridade de suas culturas.

Essa relativa aceitação só acontecia, contudo, à medida que os interesses do colonizador não eram comprometidos pelos indígenas. Confirmação disso são as Cartas Régias de 1808 que declararam guerra aos índios Botocudos do Paraná e que, além disso, permitiam que os milicianos os aprisionassem para fins de "educação" durante muitos anos.

### **3 O PERÍODO IMPERIAL**

O grande marco da legislação do Brasil Império foi a Constituição de 1824, que nada instituiu sobre os índios assim como o Código Penal de 1830. Porém, o ano de 1831 contou com a lei do fim da escravidão indígena, sendo ela uma consequência da guerra contra os Botocudos do Paraná. Isto aconteceu porque o Estado reconheceu que o regime de "educação" para a integração era, na prática, uma forma de servidão forçada.

Essa mesma lei deu início à chamada tutela orfanológica, mãe da tutela indígena brasileira. Segundo seu texto, os índios cativos deveriam ser entregues a um juiz de órfãos. Essa medida, que

protege a uma primeira vista, na verdade representou o tolhimento da liberdade dos índios, pois apenas tinha como objetivo habilitá-los a disputar salários mediante o aprendizado de um ofício, condição igual a de qualquer homem branco pobre.

Ademais, a tutela orfanológica que, em seu texto, estava restrita aos índios cativos, foi interpretada extensivamente de forma a regular a capacidade jurídica de todos os indígenas. Assim, todos os não integrados foram considerados “órfãos” pelos tribunais que vez ou outra julgavam suas lides. Como complemento, o Decreto de 1833 determinou que o juiz de órfãos também possuía o poder de administrar os bens deste incapaz, tornando o índio, portanto, incapaz de gerir os próprios patrimônio e vida. Tal tutela só cessava com a morte ou com a integração. Integração, para a lei da tutela orfanológica, era sinônimo de participação no ciclo econômico vigente.

Portanto, fica fácil perceber que desde cedo o Direito Civil brasileiro fez uma confusão entre ser índio e ser incapaz, colocando-os como sinônimos. Não estar nos padrões da “civilização” era sinônimo de incapacidade civil, noção essa presente até hoje.

#### **4 OS PRIMEIROS ANOS DA REPÚBLICA**

Nos primeiros 21 anos, a República nascida em 1889 não mudou em nada a regulação da capacidade indígena, permanecendo com a tutela orfanológica. No ano de 1910, o Decreto nº 8.072 criou o SPI (Serviço de Proteção ao Índio), cujo objetivo era “melhorar as condições de vida”, ter a “atenção para os meios de modificar a construção de suas habitações”, ensinar as “artes, ofícios e os gêneros de produção agrícola e industrial para os que revelem aptidão” e inserir no território indígena a “indústria pecuária”. Isto servia aos interesses econômicos daqueles que dominavam a política do “Café com Leite”, pois a melhora de vida por meio da integração era um disfarce ao objetivo de se apossar do território indígena e de submeter seus povos ao trabalho agropecuário.

Poucos anos depois da criação do SPI, o Código Civil de 1916 entrou em vigência pela Lei 3.071. Colocando os “silvícolas” como relativamente incapazes, dispõe ainda que eles “ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação”.

O regulamento especial veio no ano de 1928 com o Decreto nº 5.484. Esse conjunto de normas estabelecia que os índios deviam ser representados pelo SPI, sob pena de nulidade dos seus atos. Revogando a tutela orfanológica, estabeleceu também que os índios com menos de 5 anos de integração que cometessem crimes seriam postos em estabelecimentos disciplinares pelo

tempo que parecesse necessário ao inspetor, mas com a reclusão nunca superior a 5 anos. Caso o índio tivesse mais que 5 anos de convivência na sociedade nacional, lhe seria aplicada a lei comum, porém com as penas reduzidas à metade. Independente do tempo de convívio na comunhão nacional, a pena não deveria ser cumprida em prisões comuns, mas em estabelecimentos especialmente criados para eles.

O SPI teve seu fim da década de 60 por causa de escândalos de corrupção. Dessa forma, o governo militar o fechou e, em seu lugar, criou a Fundação Nacional do Índio (Funai).

Ainda neste período, a Constituição Federal de 1946 também trazia a integração como ideia geral para o tratamento das questões relativas aos povos indígenas. Como dispunha o artigo 5º desta antiga Carta Magna: “Art 5º - Compete à União: [...] XV – legislar sobre: [...] r – incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”.

## 5 A CAPACIDADE PENAL QUE SUBSISTE

O atual Código Penal, vigente desde 1940, nada fala sobre o caso indígena. O motivo para isso não é o de considerar o índio igual a todo o brasileiro, mas o de querer passar uma imagem de “civilização” aos outros países. Como bem disse Nelson Hungria: “uma expressa alusão a estes [os índios] fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio” (*apud*: MARÉS, 1992, p. 158). Esta omissão gera um encaixe forçado da culpabilidade indígena nas normas do código, fato também devido ao vazio do Estatuto do Índio sobre o assunto.

A culpabilidade penal é, para Cláudio Brandão (2015, p. 112):

“um juízo de reprovação pessoal, feito a um autor de um fato típico e antijurídico, porque, podendo se comportar conforme o Direito, optou por se comportar contrário ao Direito”.

Assim sendo, a teoria normativa pura distinguiu três elementos como formadores da culpabilidade penal: a imputabilidade, a consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa. Para os injustos cometidos por indígenas, o que mais importa é a análise de sua imputabilidade.

Este componente da culpabilidade pode ser visto de forma condicionada, como bem dispõe o artigo 26 do Código Penal:

“Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Tal proposição se utiliza do critério biopsicológico, parâmetro segundo o qual aqueles que já possuem uma predisposição biológica ao não reconhecimento da ilicitude do fato por anormalidades mentais podem ter a doença sob controle. Desta forma, a culpa perante o ato

injusto deve ser analisada caso a caso. Logo, é a junção do estado natural da pessoa com a condição psicológica do momento da ação que condiciona a imputabilidade.

Dessarte, os indígenas entram na condição da imputabilidade condicionada pelo uso de uma interpretação extensiva do critério biopsicológico, assim como os surdos-mudos. Segundo Aníbal Bruno, o índio é "deficitário, mesmo organicamente normal" e seu "ajustamento perfeito não se conquista só pela aculturação, mas pela convivência normal com outros homens e a participação na vida social da nação" (*apud*: AGOSTINHO, 1978, p. 30).

Portanto, o índio é equiparado ao doente mental mesmo tendo o aparato biológico desprovido de anormalidades. Isso acontece por causa do seu convívio escasso com a comunhão nacional e sua conseqüente falta de aprendizado das normas jurídicas estatais e de seus valores.

Pelo fato de haver uma interpretação extensiva do critério biopsicológico para abarcar o caso indígena, muitos autores apontam insuficiência desta leitura. É necessário, segundo Pedro Agostinho, que haja um critério cultural-psicológico:

"o grau de imputabilidade do agente que pertence a uma etnia indígena dominada deriva de estados de desajuste sócio-cultural em uma situação interétnica, com conseqüências psicológicas, não absolutas, mas relativas às normas de conduta social culturalmente aprovadas na legislação da etnia nacional dominante." (AGOSTINHO, 1978, p. 30).

## 6 O PERÍODO MILITAR

O marco inicial desse período no que concerne à legislação indígena foi a Constituição Federal de 1967. A Carta Magna trazia expressamente o objetivo de integração dos indígenas à comunhão nacional, revelando, assim, o integracionismo que seria futuramente imitado pelo Estatuto do Índio. Sobre essa maneira de ver a questão, é curioso perceber que a comunidade internacional estava de acordo essa postura, como bem demonstra a Convenção da Organização Internacional do Trabalho de número 107, dada em 1957, de cunho claramente integracionista.

O ano de 1967 também contou com o Decreto nº 5.371, a criação da Funai. Esta organização foi criada por causa dos escândalos de corrupção que mancharam a imagem do SPI. Como fruto do governo de sua época, o artigo 1º do Decreto nº 5.371 traz como princípio o "resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma que sua *evolução sócio-econômica* se processe a salvo de mudanças bruscas" (grifos nossos). Também ordena que essa organização deve "gerir o patrimônio indígena", além do explícito objetivo integracionista e da faculdade de utilização do poder de polícia.

Destarte, o governo ditatorial, não muito diferente de seu predecessor, tinha um interesse especial na integração do índio e, assim, na sua emancipação civil. Foi defendida a pauta de que a emancipação da tutela também pudesse ser dada pela Funai de forma a acelerar seu trâmite legal.

A razão para tal entusiasmo era a fuga das responsabilidades constitucionais de demarcação dos territórios indígenas, assim como o interesse no confisco dessas terras para os planos econômicos do governo sob a alegação de que não pertenciam mais a índios. Tal fato ficou bem claro no discurso de Rangel Reis, Ministro do Interior entre 1974 e 1979:

"Vamos cumprir as metas fixadas pelo Presidente (Ernesto) Geisel, para que, através de um trabalho concentrado entre vários Ministérios, daqui a dez anos possamos reduzir para 20 mil os 220 mil índios existentes no Brasil. e daqui a trinta anos eles estejam devidamente integrados na sociedade nacional." (*apud*: XAVIER, XAVIER, CASQUEIRA, 2013, p. 15).

Os índios, por sua vez, reagiram: "Queremos declarar que a emancipação do índio deve ser feita pelos próprios índios e não por aqueles que em gabinetes estão alienados da realidade indígena" (*apud*: XAVIER, XAVIER, CASQUEIRA, 2013, p. 15).

Há outro grande fruto desse período da história brasileira: o Estatuto do Índio. Posto pela Lei 6.001 de 1973, ele revogou o já referido Decreto de 5.484 de 1928. Em seu primeiro artigo, o Estatuto já usa o termo "silvícolas" como sinônimo de "índios", revelando a visão colonial de considerar essas populações como "selvagens" inferiores e diferentes dos evoluídos membros da civilização. Ademais, é explícito o propósito de "integrá-los, progressiva e harmoniosamente à comunhão nacional". O que, afinal, seria integrar os índios? Modificar seus modos de vida para os considerados como "civilizados"? Trazê-los ao "conforto" das cidades? Fazê-los entender as normas éticas de uma população maior? Fazê-los deixar de lado suas crenças e abandonar sua singularidade étnica? A palavra "integração" pode trazer uma ideia de convivência pacífica e de união, contudo também traz a discriminação à alteridade e de incorporação do grupo mais fraco pelo mais forte.

O artigo 4º desta lei traz outro ponto interessante à questão: a classificação dos índios em isolados, em vias de integração e integrados. Isolados seriam aqueles índios pertencentes a grupos desconhecidos pelos órgãos competentes, sendo poucas as informações tidas sobre eles. Os índios em via de integração, por sua vez, representam um meio termo, pois o contato com a comunhão nacional se deu de forma intermitente e houve a conservação das formas de vida nativas ao mesmo tempo em que aceitam práticas da comunhão nacional. Os integrados, por fim, são aqueles totalmente incorporados à comunhão nacional e considerados plenamente capazes. Na definição dos integrados, o Estatuto traz o esclarecimento de que continuam sendo integrados "ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura". O "ainda que" revela que a manutenção das práticas culturais próprias dos índios é considerada como oposta às características de sua capacidade plena, sendo a singularidade étnica, portanto, um obstáculo à inclusão indígena, como quer significar o mau lado do significado de integração.

Outrossim, é a partir do artigo 7º que a tutela é expressamente regulada. Os índios não integrados (isolados ou em vias de integração de acordo com a classificação do já referido artigo 4º) estariam sujeitos ao regime tutelar detalhado neste Estatuto; já os integrados seriam tratados da mesma forma que os não-índios. No geral, a tutela deve ser feita da mesma forma que o direito comum a regula, sendo exercida pela União ou pela Funai. O artigo 8º, por sua vez, fala expressamente que os atos feitos sem a devida tutela são nulos, mesmo tratamento aplicado aos absolutamente incapazes. Já o parágrafo único desse mesmo artigo traz a ressalva de que essa regra não é aplicável caso o índio tenha consciência de seus atos.

Além disso, o artigo 9º é um ponto-chave para a análise desta regulação. Ele traz a os requisitos para a emancipação do indígena, são eles: idade mínima de 21 anos<sup>3</sup>, conhecimento da língua portuguesa, habilitação em "exercício de atividade útil" e "razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional". Tais critérios são extremamente coincidentes com a política assimilacionista feita na África por boa parte dos colonizadores europeus, inclusive os portugueses. Para que um nativo africano, um "indígena", se tornasse legalmente um assimilado, ele precisaria justamente ler e escrever em português, ter uma renda para sustentar a si e a sua família e ter comportamento semelhante ao dos civilizados. Havia, assim, uma repartição trina na sociedade estabelecida em lei: civilizados, assimilados e indígenas (HERNANDEZ, 2005). Tal semelhança da política colonial portuguesa com a Lei 6.001 em vigência no Brasil revela um acentuado grau de permanência da mentalidade colonizadora e eurocentrista em pleno século XXI. Todavia, há a diferença de que o "Estatuto do Assimilado" foi revogado em Angola no ano de 1961, mas seu análogo continua ainda em voga no Brasil.

Em seu artigo 37, o Estatuto do Índio dispõe que os indígenas são partes legítimas para a defesa de seus direitos pertinentes às questões territoriais, mas que lhes cabe a devida assistência do Ministério Público e da Funai. Ao contrário do que muitos pensam, essa postura foi adotada pela Constituição de 1988 em seus artigos 129 e 232:

"Art. 129. São funções do Ministério Público: [...] V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

[...]

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo."

Apesar de dizer que os índios são partes legítimas para ingressar em juízo, o instituto da tutela não é excluído uma vez que é dever dos órgãos competentes acompanhar o processo.

---

<sup>3</sup> A doutrina considera que essa idade passou a ser de 18 anos após o Código Civil de 2002 (MOURA, 2008, p. 73).

Assim, os índios têm apenas um dos níveis da capacidade processual: a de ser parte. Porém lhes falta a capacidade de estar em juízo.

## **7 O NOVO PARADIGMA**

O período que seguiu à Ditadura Militar foi marcado pela influência das ideias do multiculturalismo, pensamento que visa proteger a singularidade étnica e cultural e o direito de ser e viver de acordo com as próprias tradições e costumes. Este respeito à diversidade também encontrou voz no pluralismo jurídico, bem representado por Boaventura de Sousa Santos. Para este autor, as reivindicações indígenas podem representar um ponto de radicalização na mudança das estruturas do Estado Moderno de formação eurocêntrica, uma vez que colocam em jogo suas bases de pretensão do monopólio da jurisdição (SANTOS 2012, p. 12).

O período de escrita da Constituição de 1988 foi acompanhado por movimentos sociais que influenciaram seu texto. Entre eles, os movimentos indígenas tinham como pautas os direitos de autodeterminação como coletividades, a superação do integracionismo e a afirmação de sua cidadania. Também no cenário internacional as concepções eram semelhantes. Prova disso é que a Convenção de número 169 da Organização Internacional do Trabalho, assinada em 1989, estava em total acordo com o respeito à alteridade. Ela foi incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro apenas em 2004 com o Decreto 5.051, mas vigorou como norma supralegal desde sua assinatura.

Em termos gerais, o paradigma que a nova Constituição trouxe foi a positivação dos direitos fundamentais e, como caudatário, o princípio da dignidade humana. Tal princípio nos permite significar, além das liberdades individuais e da igualdade, o exercício da diferença. Ser digno é também poder ser diferente sem perder os próprios direitos. Assim, a mentalidade integracionista e assimilacionista foi substituída pela de respeito e reconhecimento à alteridade, como consta no artigo 231 da Constituição Federal de 1988:

“Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”.

Esta norma colocou em dúvida toda a regulação da capacidade indígena que existia até então. Explicando melhor: a base histórica que deu início à tutela e à incapacidade dos índios foi a mentalidade integracionista e, uma vez abolida, seus frutos também foram questionados.

Todavia, o artigo 231 deve ser lido junto ao artigo 232. Este último, como já visto, é ainda mais pertinente às questões de capacidade indígena. A disposição infraconstitucional que a

complementa é o já citado Estatuto do Índio, escrito mediante princípios totalmente diversos daqueles que norteiam a atual Constituição.

A inclusão do artigo 232 reconfigura a capacidade indígena de forma singular. Para muitos estudiosos, a incapacidade absoluta dos índios foi suprimida em função de sua nova capacidade processual de ingressar em juízo. Isto acontece porque a capacidade para ajuizar as ações normalmente implica a capacidade plena para o exercício de direitos civis. Como bem demonstra o Código Civil, é o tutor do absolutamente incapaz o responsável por ingressar em juízo por ele:

“Art. 1.748. Compete também ao tutor, com autorização do juiz: [...] V - propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos [...]”.

Assim, é típico do absolutamente incapaz a não poder ingressar em juízo sem a devida representação, fato que não concerne mais à questão indígena. Uma interpretação mais atenta do artigo 232, porém, revela que os índios são partes legítimas para ajuizar ações porque não dependem de um órgão qualquer para fazê-lo, mas que ainda assim devem ser acompanhados pelo Ministério Público ou pela Funai. Logo, a eles não foi dada a capacidade processual de estar em juízo sem representação ou assistência, como bem demonstra o já citado artigo 129 da novel Constituição.

Assim, o novo paradigma é conivente com a tutela indígena, apesar de dar a eles uma atribuição do plenamente capaz. A explicação dessa contradição só pode ser dada ao entendermos que aos índios compete uma versão especial da regulação da capacidade, uma incapacidade *sui generis*. Explicando melhor: eles são partes legítimas para dar início a uma ação, como um plenamente capaz; no entanto, devem ser obrigatoriamente assistidos em todas as fases do processo, como um relativamente incapaz; já seus negócios jurídicos podem ser nulos, como um absolutamente incapaz. Essas disposições podem variar de acordo com o caso concreto na medida em que o juiz alega seu grau de integração, o que nos faz perceber que o ordenamento jurídico abre uma grande margem ao arbítrio.

Uma outra leitura atenta dos artigos 231 e 232 da atual Carta Magna evoca uma contradição principiológica, implícita na construção histórica da capacidade indígena. Ora, o artigo 231 é a positivação do respeito à alteridade. O artigo 232, no entanto, é conivente com as disposições do Estatuto do Índio, guiado pelo assimilacionismo. Percebe-se, então, que o princípio norteador do tratamento indígena mudou, mas não a regra em si.



## 8 O CASO CONCRETO

Diante da falta de um posicionamento explícito do ordenamento jurídico em relação à capacidade indígena, a aplicação das normas aos casos concretos se dá de maneira imprevisível. Prova disso é a falta de uniformidade da jurisprudência, como ocorreu em dois casos ocorridos no estado de Rondônia, na cidade de Ji-Paraná. Um índio devidamente habilitado, mas que dirigia alcoolizado, provocou um acidente de trânsito de forma a causar a morte de uma das vítimas. Foi condenado pelo acidente<sup>4</sup>. O segundo caso diz respeito a um índio de 19 anos que realizou um furto. Filho de pai índio e mãe não índia, ele passava algumas temporadas na aldeia dos Índios Gaviões e outras na cidade de Ji-Paraná. Não foi condenado pelo furto, pois a alegação do advogado da Funai foi acatada. O pedido do causídico alegava que o rapaz de 19 anos era inimputável por força da incapacidade estabelecida em lei<sup>5</sup>. (XAVIER, XAVIER, CASQUEIRA, 2008, p. 6).

Infere-se, assim, que a incapacidade *sui generis* inferida das disposições do ordenamento jurídico brasileiro não serve de parâmetro aos tribunais. Ora se classifica o índio como integrado e, assim, aplicar-lhe as regras gerais da capacidade; ora se opta pela classificação de não integrado de forma aplicar a inimputabilidade. Tendo em vista que os parâmetros assimilacionista e de respeito à alteridade coexistem no ordenamento jurídico atual, não há critério definitivo a ser aplicado aos casos concretos.

Ademais, a incapacidade indígena também é utilizada como instrumento de redução de direitos. Prova disso é o caso do Cacique Mário Juruna, primeiro deputado federal brasileiro pertencente a uma tribo indígena. Ele pretendia viajar para Roterdã na Holanda a fim de presidir o 4º Tribunal Bertrand Russel dos Direitos Humanos, quando teve sua viagem vetada pelo governo por alegações de que não possuía capacidade civil para isso. Como relata a Folha de São Paulo:

“Em 1980, o governo tentou impedir que ele fosse ao 4º Tribunal Bertrand Russel, em Roterdã, na Holanda, como representante dos índios brasileiros. Recorreu ao STF (Supremo Tribunal Federal) e obteve permissão para viajar.”<sup>6</sup>

Outra prova da falta de competência da legislação é a Resolução 7.019/66 do Tribunal Superior Eleitoral, que dispõe que os índios podem votar e ser votados. Ora, se eles, uma vez “integrados”, possuem a mesma capacidade de qualquer cidadão, por que o TSE precisou reforçar essa medida? A resposta é a de que o parâmetro da integração não é claro e de aceção unívoca

---

<sup>4</sup> Processo crime n.º 005.0097.0385-5, que tramitou na 3ª Vara Criminal. Tribunal de Justiça de Rondônia Brasil.

<sup>5</sup> Processo crime n.º 005.00980505-9, que tramitou na 1ª Vara Criminal. Tribunal de Justiça de Rondônia Brasil.

<sup>6</sup> Juruna, único deputado federal índio, morre aos 58 anos no DF. Folha De São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1807200226.htm>>. Acesso em 25 de novembro, 2017.

para as autoridades brasileiras. Pior ainda é o fato de não ser reconhecido por elas como anacrônico e causador de arbítrio nas decisões judiciais.

## 9 CONCLUSÃO

Portanto, fica clara a anomia gerada pela nova Constituição ao substituir o parâmetro integracionista pelo de respeito à alteridade. Grande parte das normas sobre a capacidade indígena ainda têm como critério a integração na comunhão nacional devido à construção histórica dada desde o período colonial.

A integração trazida pelo Estatuto do Índio é o critério para averiguar a capacidade do indígena. Mas o que é ser integrado? O que importa ao direito nada mais é que o aprendizado de uma ética comum, sem englobar todas as distinções culturais que norteiam a identidade indígena. Assim sendo, equivoca-se o Estatuto do Índio ao dizer que a capacidade é percebida de acordo com o aprendizado linguístico, com a atividade econômica, com a idade e, principalmente, com os usos e costumes do indígena.

Falseia também a aplicação da lei penal em questões de imputabilidade condicionada, pois o critério biopsicológico nunca foi cabível aos índios. O índio não é apto ao pleno aprendizado da ética da comunhão nacional apenas por sua condição étnica? Deve-se atentar ao fato de que a ética das diversas nações indígenas pode coincidir com as regras da comunhão nacional e o pensamento dos índios pode ser modificado a partir do contato com o mundo exterior às tribos.

Dizer que capacidade indígena é medida a partir de sua condição cultural é regredir ao pensamento homogeneizador típico do darwinismo social, o que está em plena contradição com o respeito à alteridade trazido pelo artigo 231 da Constituição Federal do Brasil. Tal incoerência faz com que a capacidade indígena atual seja uma incapacidade *sui generis*. Como corolário, a aplicação do direito se dá de forma insegura e arbitrária.

## REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Pedro. Imputabilidade do índio nos casos de violência em situação interétnica. **Revista de Antropologia**, São Paulo, vol. 21. 1978. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/41615892>>. Acesso em 25 de novembro, 2017.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.193 p. (Coleção Ciência Criminal Contemporânea, volume 1).

CAVALCANTI, Fábio. C. (2005). A capacidade e a culpabilidade penal dos indígenas em face da Constituição de 1988. **Revista Virtual da AGU**, Ano V, n. 38, 2005.

FARIAS, Ivan. S. Tutela e capacidade jurídica dos índios a partir do reconhecimento constitucional à alteridade. In: ALMEIDA, L. S. SILVA, A. H. L. (Org.). **Índios do nordeste: etnia, política e história**. Maceió: Edufal – Editora da Universidade Federal de Alagoas, 2008. p. 83-94.

FEIJÓ, Julianne H. C. S. **Revista eletrônica do mestrado em direito da UFAL**, v. 6, n. 5, 2015. Disponível em: <<http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/1827>>. Acesso em 25 de novembro, 2017.

GARCIA, Jhoane F. Capacidade civil indígena: a tutela e a capitis diminutio como fundamento da política integracionista/assimilacionista e sua insustentabilidade perante a perspectiva multicultural consagrada na constituição de 1988. 2015. Disponível em: <[https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=15104](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15104)>. Acesso em 13 de novembro de 2017.

HERNANDEZ, Leila. L. **A África na sala de aula: visita à história contemporânea**. 2ª Edição. São Paulo: Selo Negro Edições, 2005.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2010.

MARÉS, C. F. O direito envergonhado: o direito e os índios no Brasil. In: GRUPIONI, L.D.B. (org.). **Índios no Brasil**. São Paulo, SMC, 1992.

MOURA, Márzio. (2008). Uma análise da situação da capacidade civil e da culpabilidade penal dos silvícolas brasileiros. **Revista CEJ**, n. 45, p. 70-76, 2009.

NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: O problema da falta de identidade da(s) Esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Direito em Debate**. Universidade de Ijuí, v. 1. n. 1. 1991, pp. 7-27.

SANTOS, Boaventura de S. Cuando los excluídos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, B. de S. RODRÍGUEZ, J. (Ed.). **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad em Bolivia**. Quito: Fundación Rosa Luxemburg/Abya Yala. 2012. p. 11-48.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito civil: parte geral**. 13ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013. 629 p.

XAVIER, Marinêz. XAVIER, José Francisco. CASQUEIRA, João. A incapacidade civil dos índios no Brasil – Medida de proteção ou de exclusão? **I&D CES – Vários**, n. 1086, 2013. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/handle/10316/43824>>. Acesso em 25 de novembro, 2017.



# A AMÉRICA LATINA E O FRAGMENTADO FEDERALISMO BRASILEIRO: UM ESTUDO DE CASO NO ESTADO DO PARÁ

*Élcio Martan Franco Da Costa*  
(UNAMA)  
franco.dacosta@hotmail.com

*Jorge Luiz Oliveira Dos Santos*  
(UNAMA)  
jorgeluiz\_dossantos@hotmail.com

**RESUMO:** O trabalho objetiva perquirir sobre as nuances do federalismo brasileiro inserido numa conjectura internacional de integração dada pelo Mercosul. O presente trabalho visa estudar as ramificações do problema Brasileiro no sendo do enfraquecimento dos Estados e Municípios no federalismo adotado no país. Tendo em vista a problemática de esvaziamento das competências legislativas estaduais o estreitamento da relação da União e Municípios e o engessamento do orçamento público estadual pelos repasses da União com determinado setor visa perquirir como se iniciou a presente questão e o seu fim que é as desonerações sobre produtos primários e semielaborados instituídos pela Lei Kandir e constitucionalizados pela Emenda Constitucional 42/02.

**Palavras-chave:** Federalismo. Fragmentação. Tributos.

## 1 INTRODUÇÃO

O Brasil tem passado por inúmeras crises, transformações e, como qualquer país, vem acumulando alguns problemas que hoje urgem por soluções imediatas. Muitos afirmam que há época da monarquia o Brasil era bem mais republicano, essa constatação foi retirada da obra de Leandro Narloch (NARLOCH, 2011, 276), onde o autor mencionado trás um pequeno relato do então presidente Rojas Paúl, há época da proclamação da república, em que este mencionada que no momento em que houve a derrubada do império havia caído a única república da América.

Outros ainda afirmam que não vivemos de fato em um federalismo no Brasil, pela crescente concentração de poder e tributação nas mãos da União. Esta ideia está presente em um dos escritos de Lúcio Pinto (PINTO, 2017), onde este pondera, através de estudos das diversas legislações brasileiras acerca do federalismo fiscal e constata que no decorrer do tempo há uma concentração de poder em Brasília. Outro autor que critica bastante esta concentração de poder no Ente Central do país, fazendo duras critica sobre o tema, é Fernando Rezende que ostenta uma singular obra de um nome um tanto sugestivo ao federalismo brasileiro.

Tendo em vista os diversos problemas relatados será necessário foco ao presente estudo que visa se a ter somente em três direções com o fito de entender melhor o presente problema e possíveis soluções dos graves problemas que serão apontados a seguir.

O primeiro passo é entender como funciona o federalismo fiscal brasileiro sem muitos por menores com o foco nas repartições constitucionais do Fundo de Participação dos Estados e como está equilibrado as finanças da União entre imposto, contribuições e repasses para buscar inquirir

se há realmente esta concentração mencionada anteriormente e como está os Repasses da União aos Estados, estes, segundo Fernando Rezende, os mais prejudicados atualmente com o esvaziamento de competências legislativas concorrentes.

A outra parte será voltada a entender como a Lei 87/96 (denominada de Lei Kandir) impactou o federalismo fiscal pátrio e como se tem dado os repasses desta aos estados federados. Por fim analisar um pouco sobre o impacto desta legislação sobre os cofres públicos estaduais paraenses e fazer comparações das perdas com alguns exercícios fiscais. Neste ponto percebe-se que será necessária a consulta de dados estatísticos/financeiros voltados a demonstrar como tem funcionado a federação e demonstra se há ou não alguma forma de descompasso na Republica Federativa do Brasil.

## **2 A CRIAÇÃO DE UM MERCADO COMUM NO SUL**

Em 26 de março de 1991, foi firmado em Assunção, com a presença dos Presidentes da Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai, o que daria inicio ao denominado Mercosul, qual foi ratificado no Brasil pelo Decreto nº 350/91. Este referido tratado tinha com escopo a criação de um Mercado Comum com livre circulação de mercadorias, bens e serviços, além da unificação jurídica dos países integrantes, uniformização das Taxas Alfandegárias em negociações com países de fora do Bloco Econômico, uniformização do crescimento dos países participantes com justiça social, dentre outros motivos.

Cabe salientar que em nossa Constituição busca esta integração ao trazer em seu texto:

A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

A carga valorativa que nos traz este texto de a Constituição é forte e demonstra o interesse do Constituinte Originário em fazer da America Latina, não apenas um continente, mas uma comunidade que fortaleceria os mercados nacionais dos países do cone sul.

Com todas as diretrizes para demonstrar o caminho que os Estados-membros pudessem para alcançar um verdadeiro Mercado Comum podemos constatar diversas mudanças ocorridas dentro dos países que compõem o Mercosul, uma delas é a unificação das legislações de transito e etc. Foi e é muito importante esse interesse dos Estados Latinos esta unificação, tendo em vista o movimento mundial de unificação e coordenação com os diversos Blocos Econômicos já existentes e com a existência da ONU como um exemplo de uma tentativa de unificar o mundo em um único caminho, porém, quando olhamos para o Brasil, percebe-se um contexto estranho e inverso destas diretrizes internacionais. Enquanto se busca uma integração internacional não se encontra

o mesmo interesse na busca da integração nacional e no desenvolvimento igualitário nas regiões brasileiras.

Percebe-se, no contexto nacional, desigualdades salientes com uma economia nacional pouco interligada e com uma dependência grande de alguns Estados e Municípios dos recursos federais, em contrapartida, Estados que se beneficiam de recursos oriundo de outros Estados, contudo com um olhar mais atento constata-se que no Brasil não Estados fortes, e sim uma concentração de poder na União.

### **3 FEDERALISMO FISCAL E A CONCENTRAÇÃO TRIBUTÁRIA NAS MÃOS DA UNIÃO**

Em breves palavras, federalismo fiscal é a divisão de competências tributárias entre os entes federados de um determinado país. Estas competências devem ser outorgadas pela Constituição Federal para que não haja obscuridades quanto o que cada ente federado pode realização no desempenho de suas funções.

Temos como primeiro pilar básico de nosso sistema fiscal federado o artigo 24 inciso I da Constituição Brasileira o qual afirma que: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico”. Deste modo constata-se que o primeiro “princípio” do Federalismo Fiscal Brasileiro seria a competência concorrente ente os entes, ficado a cargo de a União legislar sobre seus próprios impostos (deixados sob sua tutela pela Constituinte de 88) e de maneira geral sobre os demais impostos instituídos com a Constituição de 88.

Apesar dos esforços do Constituinte de nossa Carta Política em deixar bem clara as competências de cada ente em legislar há um fenômeno bem interessante ocorrendo nas ultimas décadas, a concentração de arrecadação nas mãos da União. Esta ideia é ratificada com o seguinte posicionamento:

No entanto, o que se tem percebido é que a União nunca absorveu os mandamentos democrático-decentralizadores da CRFB/88 e se ressentiu da lógica federalista de descentralização do poder. De fato, o Governo Federal vem cometendo inúmeros abusos atentatórios ao federalismo, o que vem agravando o quadro de deterioração financeira estadual e municipal. Contrariando o programa constitucional, o governo, dia após dia, centraliza receitas, provocando a centralização do poder. Os estados e os municípios são assim enfraquecidos e o poder, dessa forma, se concentra em Brasília. (BATISTA JUNIOR, 2018)

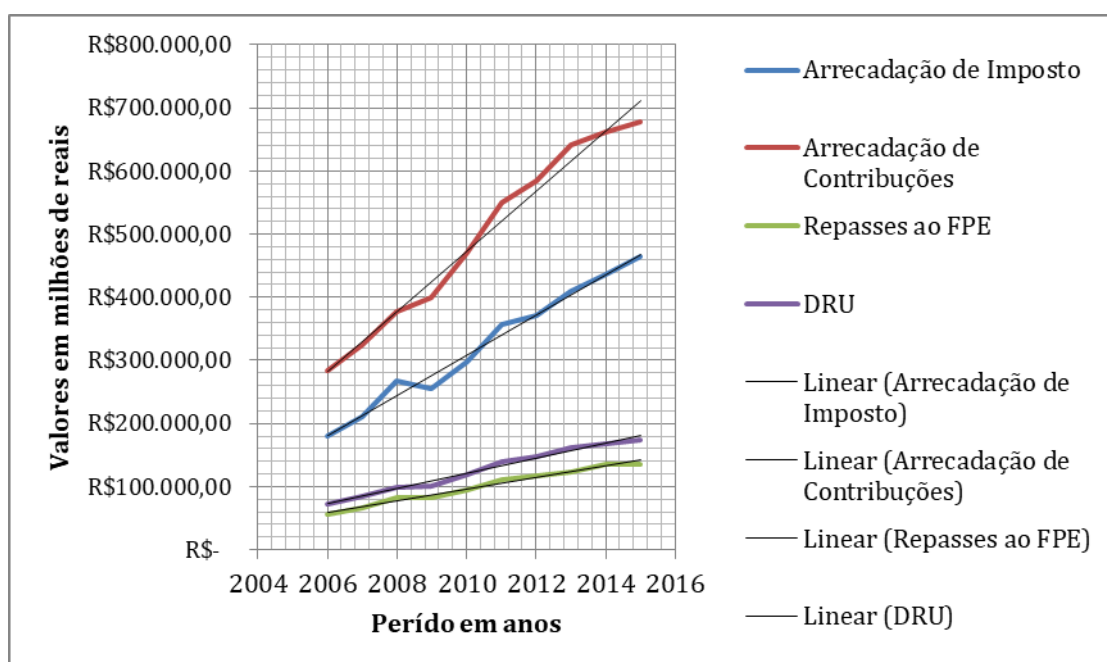
E uma das maneiras encontradas para esse fato foi uma espécie de invasão legislativa da União nos impostos estaduais mediante a regulamentação de contribuições (previdenciárias ou não) em fatos geradores reservados ao ICMS que não teriam sido reguladas pelos Estados. Além do fato de que

[...] A extensa regulamentação de temas que fazem parte da lista de competências concorrente não deixa espaço para o exercício da competência residual dos estados, o que, somado ao pouco espaço para intervenção nos orçamentos, esvazia as atividades do Legislativo estadual. (REZENDE, 2013, 33)

Esta atitude evasiva da União faz com que ela acabe se fortalecendo perante os Estados e, conseqüentemente, concentrando poder. Porém, haveria um empecilho para utilizar esta forma de tributo, as contribuições deveriam ser vinculadas a um fim específico, entretanto houve uma saída para essa questão à chama Desvinculação de Receitas da União – DRU – que em poucas palavras seria

um mecanismo que permite ao governo federal usar livremente 20% de todos os tributos federais vinculados por lei a fundos ou despesas. A principal fonte de recursos da DRU são as contribuições sociais, que respondem a cerca de 90% do montante desvinculado.

Esta conduta, em tese, estaria prejudicando Estados no sentido de que esta receita não estaria entrando para os cálculos para retirada de valores que formariam o Fundo de Participação dos Estados, além do sequestro legislativo que a União tem feito com as competências estaduais, afinal, no Brasil, contribuições e impostos não podem ter o mesmo fato gerador. A seguir, um gráfico para se visualizar melhor o orçamento federal e os repasses para FPE e os possíveis valores de DRU.



Os presentes valores estão na casa dos milhões de reais. Antes de analisar, é necessário esclarecer que foi utilizado o lapso temporal de 2006 a 2015, pois a DRU teve seu fim em 2015, depois de inúmeras prorrogações através das Emendas Constitucionais 10, 17, 27, 42, 56 e 68. Houve uma tentativa de se prorrogar novamente até o ano de 2023, entretanto não logrou êxito

sendo arquivada na Câmara dos Deputados. Esta última proposta aumentaria o alcance das Desvinculações da DRU atingido até fundos de desenvolvimento regionais e afins, somente não incidiria nos Imposto sobre Produtos Industrializados e Imposto de Renda, além de aumentar a desvinculação de 20 para 30%. Além do fato de que a DRU como está sendo estudada agora teve sua formação não com sua criação, mas após sua alteração em 2003, anteriormente era feita a desvinculação e repassadas para fundo próprio, após 2003 ela pode ser usada sem um fim específico.

Com relação aos valores apresentados como contribuições estão englobados os valores arrecadados por contribuições sociais, previdenciárias e pela CIDE-Combustível. Outro fato é que os valores constantes neste trabalho são somente projeções dos valores reais, pois não foram encontrados os valores arrecadados pela União sob o título de DRU nos sites disponibilizados na internet e nos Balanços divulgados pela mesma. Desta forma, para se chegar aos valores apresentados por este escrito foi feito a soma entre a arrecadação de impostos de IR e IPI, que constitucionalmente são vinculados para a formação dos Fundos de Participação de Estados, Municípios e Distrito Federal, além da formação dos Fundos Constitucionais de desenvolvimento do Norte, Nordeste e Centro Oeste, além da arrecadação de contribuições e desta forma retirada a porcentagem de 20%.

Isto posto, cabe notar que a arrecadação de Impostos pela União cresceu quase 259% (duzentos e cinquenta e nove por cento) em dez anos, onde que no lapso de tempo analisado a arrecadação de impostos sempre foi superado pela arrecadação de contribuições. Outro fato que podemos destacar é que a arrecadação de contribuições seguiu o mesmo ritmo de crescimento da arrecadação de imposto, contudo tendo uma diferença perceptível, enquanto a arrecadação de impostos cresceu o valor já mencionado, a arrecadação de contribuições cresceram 238% (duzentos e trinta e oito por cento) em um lapso de dez anos.

Na análise dos repasses aos Estados (cabe salientar que os valores apresentados englobam todos os repasses da União a estes – FUNDEB, por causa das desonerações da Lei Kandir e etc.), percebe-se que tiveram crescimento proporcional ao crescimento das arrecadações ficando na casa dos 241% (duzentos e quarenta e um por cento). Conquanto, os valores auferidos por DRU teve o mesmo crescimento das arrecadações por contribuições no valor de 238%.

Mesmo não havendo grandes diferenças entre os repasses pelo FPE e as desvinculações promovidas pela DRU, não retira a possibilidade da União está atingindo o federalismo fiscal de outras maneiras. Citasse a exemplo que os repasses mais robustos da União aos entes serem vinculados a Educação (mais especificamente a valorização dos integrantes do magistério) e a



saúde, deixando congelados estes repasses nos cofres públicos estaduais. Além de que muitas vezes estes recursos voltam aos cofres da União, por não haver como utilizar nas áreas que foram remanejadas.

Outro fato pertinente é a invasão legislativa da União em searas de impostos estaduais, sobretudo ICMS. Esta posição é muito bem afirmada por Fernando Rezende que afirmar:

Os legislativos estaduais foram ainda mais afetados pela extensão das normas editadas pelo governo federal nos distintos campos das políticas públicas, retirando, na prática qualquer espaço relevante para o exercício da competência residual prevista no texto constitucional. (REZENDE, 2013, 41)

Para corroborar essa tese podemos suscitar um grave problema que foi alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 025 que será estudada a seguir. Este problema se relaciona com a Imunidade dada pela União aos produtos primários e semielaborados que são atingidos pelo ICMS.

#### **4 A INVASÃO LEGISLATIVA DA UNIÃO NAS COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS DOS ESTADOS.**

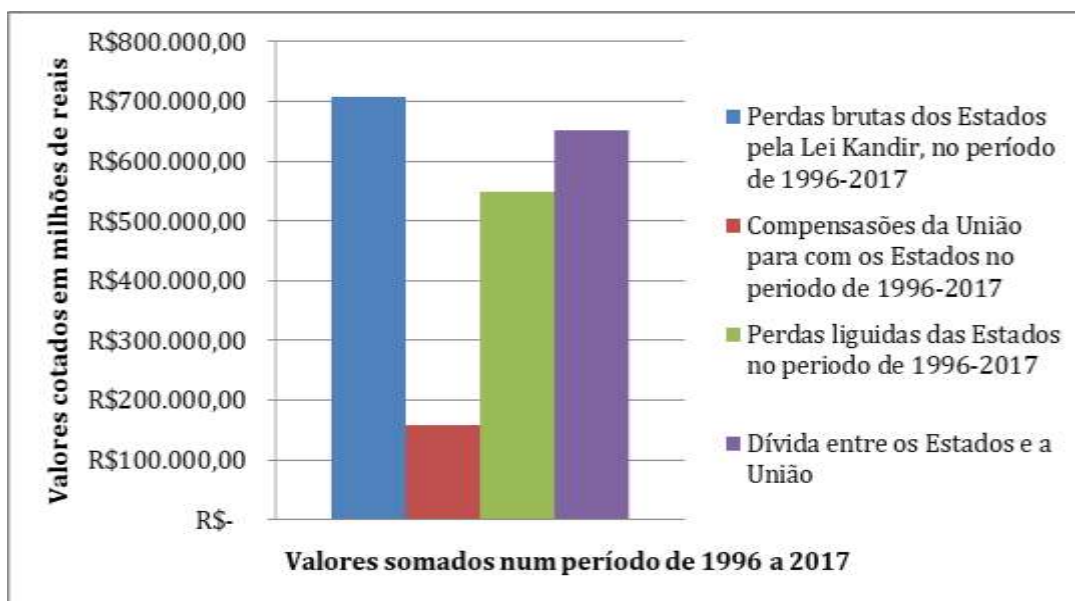
Apesar das discussões sobre o tema, a imunidade elencada neste texto, mesmo sendo muito prejudicial aos Estados, não se pode fazer uma análise meramente política sobre o fato e muito menos ideológica. O fato normativo trazido à baila não pode ser declarado inconstitucional, pois, mesmo que a Lei Kandir tenha excedido suas competências legislativas sobre o tema, ao limitar matéria de competência dada para outro ente federado, esta foi constitucionalizada pela Emenda Constitucional 42/04 que tornou imune os produtos primários e semielaborados em caso de exportação.

Apesar do que foi dito acima, não exclui a possibilidade de análise destas normas e a crítica sobre o que houve. Vale mencionar que a Lei Kandir (Lei Complementar 86/97) foi criada em um momento impar. Após a criação do Plano Real houve uma série de fatos que valem ser salientados: a privatização de estatais, a mudança de moeda depois do fiasco que foi a tomada compulsória das poupanças pelo ex-presidente Fernando Collor e a sub-rogação das dívidas de muitos Estados pela União, pois com a mudança de moeda muitas dívidas dos Estados cresceram de forma exorbitantes ficando quase impossível o pagamento por muitos Estados (alguns autores como Fernando Rezende afirmam que um dos motivos do crescimento da dívida entre Estados e a União foi esse) e as diversas atitudes de austeridade da União para com os Estados (esta prática muito semelhante a realizada no ano de 2017 com a renegociação da dívida dos Estados para com a União), deixaram os orçamentos estaduais engessados para investimentos.

Apesar, de a economia brasileira melhorar com o Plano Real, alguns indicadores começaram a baixar e a preocupar a União. Murilo Soares (SOARES, 2007) afirma em seu estudo que a Balança Comercial começou a declinar a ponto de chegar ao negativo, nos anos de 1995-1997, segundo o autor, muitos especialistas da época chegaram a afirma que este fato era devido ao excesso tributário de ICMS nas exportações de produtos primários e semielaborados que saiam dos Estados para o mundo, com isso, os produtos brasileiros perdiam poder de concorrência no âmbito internacional.

Vale ressaltar que a constituinte de 88 fez uma revolução na administração político-financeiro no País, dando diversas competências aos Estados e Municípios, contudo deixou grande parte dos impostos (no total de nove impostos) para a União e uma parcela mínima aos Estados (num total de três impostos). Conquanto, na possibilidade de poder tributar o máximo possível e os Estados poderiam legislar livremente no tocante a instituição interna de seus territórios do ICMS. Contudo determinadas especificidades do ICMS deveriam se tomadas de forma colegiada entre os Estados e de forma unanime, desta forma foi criado o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ – que reuniria os 26 ministros fazendários de todos os Estados e o Ministro da fazenda seria seu presidente.

O governo federal, nesse cenário caótico, temeu que isso gerasse um desgaste do recém-criado plano e através de negociações com os Estados, enquanto a União daria isenções aos produtos já mencionados, esta compensaria as perdas estaduais através de fundos nacionais, contudo, algo saiu errado nesta negociação entre os entes. A seguir veremos um quadro comparativo das perdas orçamentárias por isenções/imunidades, compensações e dívida dos Estados com a União, posteriormente será feito breves apontamentos.



Os presente dados foram Retirados Relatório Técnico Conclusivo E Minuta De Projeto De Lei Complementar Lei Kandir Percebe-se, na análise do gráfico que as perdas estaduais beiram aos R\$ 550 bilhões de reais, e as compensações aos estados não chegam a um quarto das perdas brutas e se comparar a dívida entre Estados e a União, a dívida ultrapassa as perdas em quase R\$ 100 bilhões de reais. Neste cenário quem está devendo quem? Muito estranha os Estados permanecerem inertes com esse cenário, o que pode sinalizar a concentração de poder nas mãos da União.

Aqui se abre um espaço para análise dos repasses da Lei Kandir, suas finalidades, duração e mutações ao longo de sua existência. Para tanto, é necessário analisar as diversas alterações pelas quais esta norma passou e sua eficácia.

Inicialmente tais créditos se constituíram em uma espécie de “seguro garantia” ou “seguro receita”, considerado o período que se inicia na data de publicação da Lei Complementar nº 87, setembro de 1996, até 2002, no qual constava que a União entregaria aos Estados e seus Municípios, consoante critérios estabelecidos no referido Anexo, parcela correspondente à arrecadação efetivamente realizada no período entre julho de 1995 a junho de 1996, inclusive. (RELATÓRIO TÉCNICO TCE, 2018)

Como salientado, em troca de os Estados aceitarem a as desonerações da LC 87/96 e posterior constitucionalização pela EC 42/04, a União se comprometia a compensar, contudo, inicialmente de fato era uma compensação e os fundos destinados aos repasses de compensações tinham natureza de seguro receita, porém, com a ultratividade das normas com regulavam as compensações provisoriamente e com as diversas mudanças legislativas transformou o seguro receita em um jogo político que quem tinha mais poder político poderia retirar mais recursos de “compensações”.

O que demonstra uma conduta duvidável da União em manter uma legislação que já deveria ter sido superada (o ultimo texto legal que regulamentou a questão fora a lei 115/02, que deveria valer ate 2006, porém esta sendo prorrogado esse prazo ate os dias atuais). Esta discussão gerou duvida que podemos analisar a seguir.

PLENÁRIO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 25 DISTRITO FEDERAL ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Senhora Presidente, eu gostaria, para me esclarecer - quem sabe seja uma dúvida da Corte também -, de fazer uma pergunta ao nobre Procurador do Estado do Pará.

A dúvida que tenho é saber se a matéria hoje está integralmente regulada pela Lei Complementar 115/2002, que alterou, como todos nós sabemos, a Lei Complementar anterior, que era a Lei Complementar 87/96. Ocorre que esta Lei Complementar 115/2002, salvo melhor juízo, regula os repasses apenas nos exercícios financeiros de 2003 a 2006. Mesmo tendo sua validade esgotada, esta ainda continua sendo usada para regular os repasses, vejamos esta discussão entre os ministros do SFT em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 025.

O SENHOR OPHIR CAVALCANTE JÚNIOR (PROCURADOR DO ESTADO DO PARÁ) - Obrigado, Excelência. Na verdade, ela foi editada com esse propósito. Mas, de uma forma estranha, usando a expressão do Ministro Marco Aurélio - nestes tempos, em que as coisas são estranhas, segundo ele -, ela continua sendo aplicada hoje de uma forma tácita, diria eu,

às vezes, nem sendo aplicada, nem ela e muito menos a Lei Kandir, os critérios nela previstos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Quer dizer, então, tecnicamente, essa Lei já não vigora mais, porque ela estaria regulando a matéria até 2006, mas, tacitamente, está sendo aplicada

O SENHOR OPHIR CAVALCANTE JÚNIOR (PROCURADOR DO ESTADO DO PARÁ) - A União fixa, anualmente no seu orçamento, um valor. E, aí, o CONFAZ, na medida do possível, tenta dividir esse valor entre os Estados. Mas o valor é fixado pela União no seu orçamento com base nessa Lei.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR)- Na verdade, o § 3º da Emenda Constitucional nº 42 diz o seguinte: "§ 3º Enquanto não for editada a lei complementar de que trata o caput, em substituição ao sistema de entrega de recursos nele previsto, permanecerá vigente o sistema de entrega de recursos previsto no art. 31 e Anexo da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, com a redação dada pela Lei Complementar nº 115, de 26 de dezembro de 2002." Ela deu uma sobrevida.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Ela ganhou uma sobrevida, mas por norma constitucional de disposição transitória.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sim, uma ultratividade.

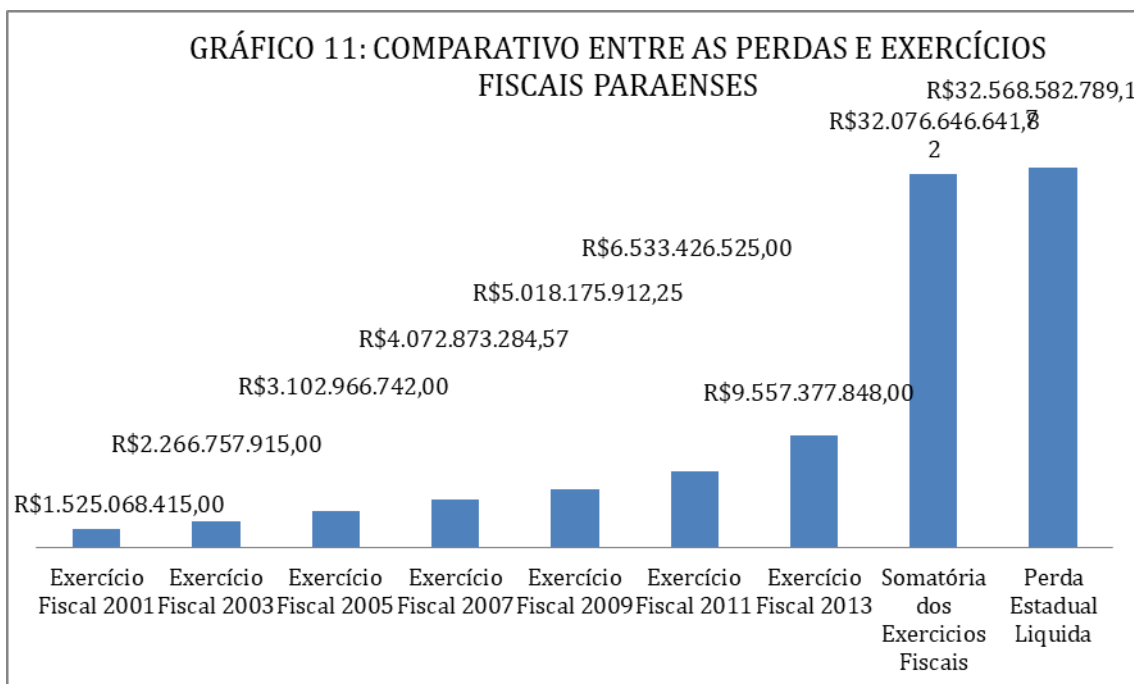
A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O Ministro Lewandowski tem razão, quer dizer, haveria dúvida se ela teria se exaurido em 2006. E parece que não, porque houve a extensão por força da norma constitucional. (MENDES, 2016)

Demonstra-se, com essa ação da União, um desleixo em tentar solucionar esse problema, que mesmo sendo algo temporário esta compensação, como a própria Lei Kandir definia, se tornou um jogo político. Após estas linhas deve-se refletir um pouco sobre o impacto dessa conduta nos Estados da federação, como não se pode analisar cada Estado, um a um, pela extensão do trabalho, irá se analisar o caso específico do Pará.

## **5 AS PERDAS ORÇAMENTÁRIAS E OS POSSÍVEIS IMPACTOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARAENSE**

Não poderia se falar de perdas sem demonstra-la. Deste modo, se demonstrará as perdas em comparação a alguns exercícios fiscais do Pará, pela extensão da problemática com as perdas entre os Estados decidiu-se escolher apenas um, e o estado do Pará se encontra mais próxima a realidade desse escrito este foi escolhido para os debates acerca do tema. Cabe mencionar que não há um consenso sobre a quantidade das perdas que o Pará enfrenta ao longo dos anos, pode se citar que o Tribunal de Contas do Estado do Pará lançou relatório em que dizia que o mencionado Estado havia perdido um valor próximo a R\$ 32 bilhões de reais com a exoneração estudada neste texto, já a Fundação de Amparo e Desenvolvimento a Pesquisa afirma que o valor perdido passa os R\$ 40 bilhões de reais, já para o deputado Federal José Priante o Pará perdeu em torno de R\$ 35,5 bilhões de reais.

Mesmo com tantas incertezas, sabe-se que as perdas que o ocorreram nos últimos vinte e dois anos não foram poucas. Para título comparativo usaremos os dados do TCE-PA para esta análise, os dados estão apresentados em forma de gráfico a seguir.



Os dados arrecadatários do Pará foram retirados do Balanço Geral e os valores das perdas foram atualizados segundo os dados do já referido relatório divulgado pelo TCE-PA. Consta demonstrar que as perdas, segundo este relatório representam a somatória de sete exercícios fiscais do Estado. Não se pode mensurar o real impacto destas perdas reais que o Pará teve, mas há um reflexo mínimo, o Pará é um dos oito Estados que tem maior déficit no quadro de policiais militares, porém estes dados não podem ser relacionando com as perdas do Estado em questão, pois existem muitos fatores que se relacionam com o fato. Mas ainda podemos salientar que e crescente dívida dos Estados para com a União, analisando o relatório já mencionado do TCE-PA, nota-se que entre os oito Estados que mais perderam com a Lei Kandir cinco estão em os oito Estados os quais são: São Paulo (primeiro lugar nas perdas orçamentárias e é o Estado mais endividado com a União), Minas Gerais (segundo lugar nas perdas orçamentárias e esta em terceiro lugar no rank de dívida com a União), Rio Grande do Sul (quarto lugar nas perdas orçamentárias e no rank de dívida com a União), Paraná (quinto lugar nas perdas orçamentárias e em oitavo lugar no rank de dívida com a União) e o Rio de Janeiro (oitavo lugar nas perdas orçamentárias e em segundo lugar no rank de dívida com a União).

O Pará, mesmo sendo o sexto Estado que mais perdeu com a Lei Kandir, é um dos quatro estados que menos se endividou com a União. Desde modo percebe-se que no sentido funcional e no sentido de dívida com a União esta mais ligada com a gestão dos recursos recebidos, não excluindo outros fatores. Neste sentido, ainda não se podem concluir muitas questões que pairam nebulosa sobre o tema.

## 6 CONCLUSÃO

Este escrito tem a pretensão de exaurir o tema, pois a Lei Kandir e a Emenda Constitucional 42/02 impactaram o sistema tributário nacional, tanto de forma negativa quanto de forma positiva. O que se buscou foi uma breve reflexão sobre o tema integração internacional com o tema integração nacional, o Brasil tem muitos potenciais, inclusive de liderar a América Latina para um novo nível de crescimento, sustentável inclusive, porém precisa solucionar velhos problemas seculares que remontam o império e suas revoltas populares.

O Pará tem perdido a consciência de seu potencial político e econômico se lançando em um esquecimento nacional e permitindo que as desigualdades nacionais se alarguem. Fato este que precisa ser lembrado às velhas lutas quando este estado se opôs a independência e se manteve fiel à coroa portuguesa, ou quando os antigos cabanos conseguiram, mediante uma revolta camponesa, alcançar um país, mesmo que temporário. Com estes fatos, observa-se as salientes diferenças nacionais que precisam ser sanadas, como diz o ditado “organizar a casa”, e assim poderemos alcançar um nível social aceitável de desenvolvimento igualitário entre os povos que formam o Brasil.

Cabe salientar que os diversos problemas nacionais não decorrem apenas das questões estudadas neste escrito, pois seria leviano tentar explicar os problemas sociais e regionais do país por um viés estritamente econômico. A realidade desconjuntada nacional é permeada por uma série de fatores que vão desde o preconceito institucional ainda existente até os conflitos entre os entes federados, principalmente entre Estados e a União, frisasse que a solução para este problema, de acordo com grande parte dos juristas utilizados neste texto, está relacionado com reformas estruturais, institucionais e previdenciárias.

Diminuir gastos é necessário, incluindo com folhas de pagamento. Priorizar, pelo sistema governamental, os auxílios previdenciários e assistências para que realmente necessita e não simplesmente impor aos mais pobres reformas que devem ser feitas aos mais abastados, mudar a tributação nacional e tornar efetivo o federalismo fiscal e o federalismo nacional em si o tornando de fato cooperativo, e não apenas manter as constantes brigas entre os entes federados mediante normas que só visam protelar o problema nacional.

Não basta apenas disponibilizar dinheiro para uma área, precisa dar liberdade aos entes de administrar aquilo que foi outorgado e acima de tudo respeitar as competências instituídas pela nossa Constituição. É necessário o estreitamento das relações internacionais para se formar uma “comunidade de nações”, pois somente com a união se conquistará o desenvolvimento que sanará muitos problemas sociais enfrentados na América Latina.

## REFERÊNCIAS

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves e VALLE, Gabriel Arbex. **Desvirtuamento de contribuições prejudica estados e municípios**. Disponível em <https://goo.gl/nB3wb9>. Acessado em 14 de agosto de 2018.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ. **Convênio nº 66 de 12 de dezembro de 1988**. Normas provisórias do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS. 3 de janeiro de 1989. Disponível em [goo.gl/QNFAfj](http://goo.gl/QNFAfj) . Acessado em 10 de setembro de 2017.

BRASIL. Decreto 350 de 21 de novembro de 1991. Promulga o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (**Tratado do Mercosul**). Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil-03/decreto/1990-1994/d0350.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/decreto/1990-1994/d0350.htm). Acessado em 29 de julho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 25**. *Inteiro Teor*. Primeira Turma. Relator MM. Gilmar Mendes. Brasília/DF. 24 de novembro de 2016. Disponível em [goo.gl/rQs4G](http://goo.gl/rQs4G). Acessado em 18 de setembro de 2017.

**DRU**. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/dru>. Acessado em 15 de agosto de 2018.

NARLOCH, Leandro. **Guia politicamente incorreto da história do Brasil**; ilustrações Gilmar Fraga. São Paulo: Leya. 2011. Pág.: 276.

PARÁ. SEFA, **Balanco Geral do Estado ano 2001 a 2015**. Disponível em [www.sefa.pa.gov.br/index.php/receitas-despesas/contabilidade-geral/4593-balancos-gerais](http://www.sefa.pa.gov.br/index.php/receitas-despesas/contabilidade-geral/4593-balancos-gerais). Acessado em 05 de agosto de 2017.

PINTO, Lúcio Flávio. **A ficção de federação**. Belém/PA. 2015. Disponível em: <https://goo.gl/JTnZfd>. Acessado em 15 de fev. de 2017.

**Presidente em exercício**, Temer dá uma aula sobre federalismo. Direção: Repórter NBR. Produção: Palácio do Planalto. Local: Brasília/DF, 2016. Discurso presidencial 4'59''. Disponível em: <https://goo.gl/qYcWTZ>. Acesso: 15 de fevereiro de 2017.

**Relatório Técnico** Conclusivo e Minuta De Projeto De Lei Complementar Lei Kandir. Disponível em <http://www.tce.pa.gov.br/ciprianosabino/images/PDF/relatorio-lei-kandir.pdf>. Acessado em 01 de setembro de 2018.

REZENDE, Fernando org. **O federalismo brasileiro em seu labirinto: crise e necessidade de reformas**. Rio de Janeiro. Editora FGV, 2013.

SCAFF, Fernando Facury. **A desoneração das exportações e o fundo da Lei Kandir – Análise com foco no setor mineral.** In R.Fórum Dir. fin. E Econômico – RFDDE I. Belo Horizonte, ano 1, nº 1, p. 39-56, mar/ago 2012. Minas Gerais.

SOARES, Murilo Rodrigues da Cunha. **Lei Kandir: Breve Histórico.** Câmara dos Deputados. 2007. Disponível em [http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema20/2007\\_12856.pdf](http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema20/2007_12856.pdf). Acessado em 26 de março de 2017.





# GP19

## **PESQUISAS SÓCIO-HISTÓRICAS EM SABERES E PRÁTICAS DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL**

Coordenação:

Profa. Dra. Camila Cardoso de Mello Prando (UnB)

Profa. Dra. Manuela Abath Valença (UFP/UCP)

**Não houve submissão de trabalhos completos**



# GP20

## **CRÍTICA DO DIREITO: TEORIA, SOCIOLOGIA, DOGMÁTICA E PESQUISA**

Coordenação:

Prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez (UNISINOS/RS)

Prof. Dr. Marcus Dantas (UFJF/MG)

Prof. Dr. Andre Luiz Coelho (UFRJ/RJ)

Prof. Dr. Davi Silva (FACI/PA)



# HÁ UM CONCEITO POSITIVO DE JURIDIFICAÇÃO EM LUTA POR RECONHECIMENTO? ARTICULAÇÃO ENTRE LUTAS SOCIAIS, DIREITO E POLÍTICA

*Felipe Chieregato Gretschischkin*

(Mestrando no Departamento de Ciência Política – Universidade de São Paulo)

[felipe.gretschischkin@usp.br](mailto:felipe.gretschischkin@usp.br)

**RESUMO:** O trabalho pretende abordar se a crítica de Honneth ao modelo dualista da Teoria da Ação Comunicativa pode ser aplicada ao entendimento de Habermas a respeito dos processos de Juridificação no capitalismo tardio e na contemporaneidade. Para tanto, se explicita como se entende o problema da Juridificação no contexto habermasiano e as críticas gerais de Honneth a esse paradigma. A partir daí se abordará a apresentação de Honneth em *Luta por Reconhecimento*, com o objetivo de se avaliar criticamente se a sua abordagem é suficiente para solucionar os problemas levantados, se concluindo criticamente que, apesar de alguns ganhos no âmbito da análise social, o objeto direito se dilui no meio da gramática do reconhecimento.

**Palavras-chave:** Juridificação. Reconhecimento. Lutas sociais.

## 1 INTRODUÇÃO – AMBIGUIDADES DA JURIDIFICAÇÃO

O objetivo do presente trabalho é apresentar a possibilidade de se utilizar a formulação que Axel Honneth ofereceu em seu livro *“Luta por Reconhecimento”* (2003) como uma solução para os impasses encontrados na formulação de Habermas em sua *“Teoria da Ação Comunicativa”* (1987) que, se por um lado foi a primeira teoria sociologicamente fundamentada da expansão do direito para determinadas áreas da vida, apresentando o fenômeno da Juridificação como um “dilema”, pois ao mesmo tempo que melhora as condições de vida dos indivíduos, também limita a liberdade dos atores sociais, em virtude de uma intromissão de uma racionalidade sistêmica sob um mundo da vida que se reproduz por meio da ação comunicativa. Tal formulação, apesar de influente, foi severamente criticada em razão de idealizar que certos espaços comunicativos, como a família e a escola, seriam em sua constituição espaços livres de poder, o que não pode ser admitido (Loick, 2018: 232-233; Fraser [1985] 2013).

Axel Honneth foi um grande crítico da teoria sociológica que embasa esse tipo de compreensão a respeito de uma teoria da sociedade dividida em esferas de comunicação e outra livre de normatividade – tal separação seria uma redução da própria compreensão do que seria o mundo do social (Honneth, 1989). O objetivo desse artigo é explorar se essa crítica de caráter mais abrangente pode ser utilizada para se criticar a concepção reducionista do conceito de Juridificação tal qual exposto por Habermas em sua Teoria. Ao se abrir mão de uma formulação dualista de sociedade, podemos encontrar benefícios para a análise do fenômeno da Juridificação, entendido aqui como vitórias políticas traduzidas em termos do direito positivo (Loick, 2014: 769-790)? Seria possível, portanto, encontrar na formulação Honnethiana de se construir uma teoria da sociedade por meio do conflito e das lutas por reconhecimento, uma proposição que evitasse o

caráter paradoxal dos efeitos negativos dessas mesmas vitórias políticas? Defende-se aqui que não, pois os ganhos obtidos trazem outros déficits para a formulação honnethiana: a da ausência de uma análise que dê conta de entender o direito moderno tal qual ele se apresenta na contemporaneidade.

Assim, o artigo explorará a crítica ao déficit sociológico presente na teoria de Habermas, para depois explorar a apresentação honnethiana, concluindo criticamente que a cristalização de lutas por meio de sua tradução no direito positivo implica, inevitavelmente, em uma ambiguidade, dificilmente de ser definida normativamente de antemão, devendo ser analisada pelos atores concernidos em suas práticas cotidianas.

## **2 A CRÍTICA AO DÉFICIT SOCIOLÓGICO**

Em seu livro “Crítica do Poder – fases em uma reflexão de uma teoria crítica da sociedade”, Axel Honneth pretende apresentar “não mais, mas também não menos” do que uma história da teoria, com propósitos sistemáticos. Segundo Honneth, qualquer pessoa que queira cumprir o projeto iniciado por Max Horkheimer no início dos anos trinta de praticar uma teoria crítica da sociedade, tem de encarar o questionamento de como promover um quadro categorial para realizar uma análise que ao mesmo tempo identifique as estruturas de dominação social e também possa identificar os recursos sociais capazes de compreender a sua superação prática (Honneth, 1898, pp. 381-390).

Nesse livro, Honneth entende a história da Teoria Crítica como um processo de aprendizado, no qual vê na teoria habermasiana, a qual reconstrói desde o ensaio Conhecimento e Interesse até a sua Teoria da Ação Comunicativa, aquela que foi capaz de superar as aporias existentes na Teoria Crítica visando a possibilitar uma nova fundamentação normativa, que não se tornasse dependente de um macrossujeito histórico, o qual era pressuposto nos textos da primeira geração da Teoria Crítica.

Durante a reconstrução da teoria habermasiana, Honneth remonta gradualmente aos aspectos que possibilitaram com que Habermas se distanciasse dos modelos anteriores da teoria crítica em alguns de seus pontos tido por ele como problemáticos, nos aspectos pelos quais a categoria do social não pôde ser incorporada satisfatoriamente para dentro da perspectiva teórica. Uma das críticas de Honneth em Crítica do Poder que une e perpassa a interpretação da história da teoria crítica é a ideia de uma ausência do social, o que o autor denomina como um déficit sociológico. Esse déficit também afetaria Habermas, mas sua perspectiva de fundar a teoria crítica na intersubjetividade e com bases normativas já seria um avanço em relação aos seus

antecessores. Tal questão foi tratada por Teixeira (2016, p. 66): “O objetivo de Honneth é contrapor-se respectivamente às vertentes utilitaristas da análise das lutas sociais, que ignoram as motivações normativas dos indivíduos ou grupos sociais que entram em conflito, e às tendências sistêmicas que examinam o funcionamento da sociedade mediante o recurso às normas morais nela inscritas mas que menosprezam, contudo, o caráter intrinsecamente conflituoso do processo histórico, privilegiando assim o aspecto da reprodução em detrimento das lutas e transformações sociais”.

Segundo Honneth, a vantagem de Habermas, em comparação com a teoria social de Adorno e de Foucault, é a representação do poder como uma ocorrência normativa, o que viabiliza que a dominação seja compreendida a partir das maneiras com que os processos intersubjetivos de entendimento são capazes de encontrar o grau de aceitação moral necessário para a integração social, por alguma desordem que ocorre nas estruturas comunicativas, em razão da distribuição assimétrica dos pesos e compensações sociais (Honneth, 1989, pp. 265-289).

Entretanto, apesar dessa vantagem, a apresentação habermasiana padece de um problema, que é a passagem da interpretação analítica para o âmbito empírico dos fenômenos, no que concerne aos dois tipos de ação, instrumental e comunicativa. Dessa forma, Habermas, ao invés de se perguntar a respeito de formas específicas de organização dos processos de comunicação que contribuem para a superação das tarefas postas, apresenta tais tarefas às vezes como comunicativas, às vezes como ações com respeito aos fins o que, dentro da tese mais geral de sua história da teoria crítica, serviria como exemplo de explicação da sua tese do déficit sociológico da teoria crítica e de sua aplicabilidade ao modelo de Habermas após *Técnica e Ciência como Ideologia*.

A crítica de Honneth, antes de entrar propriamente no diagnóstico da ação comunicativa, já se mostra incomodada com o fato de a diferenciação e o conflito que Habermas identifica como necessário para a evolução social não se dá a partir de classes ou grupos, mas apenas entre esferas de ação previamente organizadas (o sistema e o mundo da vida). Existiria apenas uma conexão externa, mas não interna, entre ambos os processos de racionalização, sem que se visualizasse a possibilidade de haver uma influência dos processos sociais em uma ou outra forma de ação. Ao mesmo tempo que o mundo da vida não pode reagir de modo a formar outras maneiras de exercício da ação racional com respeito a fins, a ação racional também não pode reagir de outro modo que não seja um modo destrutivo, não havendo uma ligação entre trabalho e interação na história das espécies.

De acordo com Honneth, Habermas poderia ter encontrado uma saída mais frutífera para sua teoria caso enxergasse o desenvolvimento social como uma luta entre classes sociais para determinar o modo como tais esferas de ação se organizam (Honneth, 1989, p. 287). O fato de Habermas ter oposto duas esferas de ação entre si teria sido uma abordagem extremamente problemática pois, justamente, teria inviabilizado a possibilidade de que haja qualquer espécie de controle comunicativo no sistema. A partir daí o próximo passo, até então dado por Habermas em sua teoria crítica, estaria impregnado de um dualismo de duas esferas: uma normativamente regulada e uma não normativamente regulada (Deranty, 2009, pp. 91-94).

Pode-se afirmar que Honneth passa a ser um grande crítico do dualismo existente entre sistema e mundo da vida. O que era para ser apenas um dualismo metodológico entre integração sistêmica e integração social e que poderiam ser consideradas perspectivas complementares em um só processo de evolução social, se tornam dois conceitos antagônicos incapazes de influenciar um ao outro de maneira positiva – temos presentes apenas duas ficções que emergem: a existência de uma esfera de ação livre de normas, e uma esfera de ação livre do poder.

A respeito do primeiro ponto, Honneth afirma que Habermas não vê que as esferas de poder que agem por meio da ação racional com respeito a fins são resultado de um processo contínuo de comunicação entre os atores envolvidos. Todas as ações que ocorrem dentro do aparato administrativo continuam dependentes de práticas de entendimento social, no sentido de que os imperativos funcionais só podem se dar a partir da mediação de situações comunicativas. Não haveria, de acordo com Honneth, a possibilidade de que o poder administrativo não pudesse contar com um grau de aceitação da maioria de seus membros, não sendo possível vislumbrar a existência de um âmbito de ação livre de quaisquer tipos de normas.

Ao mesmo tempo, não é possível identificar esferas de comunicação comunicativamente integradas, de modo a sugerir que a independência do mundo da vida de práticas de dominação e de processos de poder não sejam, também, uma ficção. Essa ficção parte de uma crítica de Honneth do próprio processo de desacoplamento entre sistema e mundo da vida. De acordo com essa tese, a racionalização do mundo da vida permitiu que o sistema deixasse de depender de quaisquer necessidades de comunicação para sua reprodução e, ao contrário, se faz entender que a reprodução do mundo da vida passa a ocorrer sem quaisquer pressões de imperativos racionais com respeito a fins para o seu funcionamento normal. Habermas exclui, portanto, no nível conceitual, todas as tentativas de ação racional com respeito a fins do mundo da vida (Honneth, 1989, 313-329).

Assim, a partir dessa reconstrução e da posterior constatação crítica, o que Honneth argumenta é que a própria tese de desacoplamento entre sistema e mundo da vida levou a argumentação de Habermas a colocar na base de sua teoria social um conceito de poder que é independente da atuação de grupos sociais e que passa a se desenvolver autonomamente, sendo todas as patologias da sociedade passíveis de identificação apenas com a invasão dessa esfera de poder que se reproduz sozinha para dentro do mundo da vida, espaço esse que se reproduz pela via do entendimento e da interação entre seus membros e que, contraditoriamente, seria livre de qualquer influência de poder e de dominação. O que diferencia Habermas dos demais modelos críticos estudados, é que ele, ao contrário de Horkheimer e Adorno, não deixou sem questionamento a proeminência de uma ordem social coercitiva, pois viu, justamente, a ação comunicativa como o modo de reprodução da sociedade.

O erro de Habermas, sob a perspectiva de Honneth, foi ter desistido de realizar uma crítica fundamentada dos modos de produção econômica e da administração política e, conseqüentemente, ter perdido o potencial para o entendimento da ordem social como uma relação comunicativa institucionalmente mediada entre grupos culturalmente integrados que, enquanto o poder é assimetricamente distribuído, tal relação comunicativa se dá por meio de uma luta social que visa disputar a distribuição desse mesmo poder.

Essa divisão analítica interfere no modo como Habermas entende o direito moderno, também entendido internamente de forma dual, pois a forma direito, a lei positiva geral e abstrata, possui duas configurações na modernidade: o direito como *instituição*, que possui função regulativa, pois se tratam de normas que se ancoram a partir de regras éticas e sobre áreas de ação estruturadas comunicativamente (regras de forte conteúdo moral) e o direito como *médium*, cuja qualidade de direito formal burguês faz com que os subsistemas dinheiro e poder possam circular sem quaisquer ancoramentos na racionalidade comunicativa do mundo da vida. Habermas viu a entrada do direito como médium nas relações de família e na escola como a subversão de uma lógica informal por uma lógica formal, o que provocaria com que os indivíduos passassem a agir de modo atomizado e de maneira não cooperativa para se alcançar um entendimento compartilhado (Habermas, 1987, p. 530 e ss.).

A partir desse diagnóstico, Honneth irá criar o modelo crítico que julgou, à época, ser suficiente para criar a alternativa que responda os problemas da tradição da teoria crítica até então, tendo sido Habermas o teórico que tinha ido mais longe na direção da solução desse problema.

Essa abordagem crítica de Axel Honneth ao dualismo de Habermas em sua Teoria da Ação Comunicativa é importante para compreendermos, na seção posterior, o modo como Honneth compreende o direito moderno em sua tentativa autônoma de suprir, de forma direta, o ‘déficit sociológico’ da Teoria Crítica e, a partir daí, buscarmos os elementos relevantes de seus argumentos para uma teoria crítica do direito.

### **3 LUTA POR RECONHECIMENTO – TENTATIVA DE SUPRIR O DÉFICIT SOCIOLÓGICO**

A primeira formulação direta de uma teoria crítica por Axel Honneth se deu em seu livro *“Luta por Reconhecimento – a gramática moral dos conflitos sociais”*, com o objetivo de suprir as fraquezas teóricas que, conforme apontado na seção anterior, o autor pode observar no decorrer dessa tradição crítica.

Para suprir o chamado “déficit sociológico” da teoria crítica, seria necessário ancorar os padrões da crítica a partir de diversos critérios normativos que podem ser apreendidos a partir de demandas profundamente arraigadas em contextos de interação social, a fim de descrever e de justificar a existência da própria sociedade sob uma perspectiva crítico-normativa. Dessa forma, o “social” significaria nada mais do que aquilo que pode ser tipicamente encontrado na sociedade, e, para Honneth, o ancoramento pode se dar no desapontamento ou violações de expectativas normativas que são consideradas justificadas pelos concernidos (Honneth, 2003b, p. 129).

Para ancorar o fundamento da crítica nas experiências de desrespeito, Honneth precisa entender toda a sociedade capitalista como uma ordem institucionalizada de reconhecimento. Afinal, para Honneth, as expectativas de reconhecimento recíproco não podem derivar de uma teoria antropológica de pessoa. As relações práticas dos seres humanos consigo mesmos não são fixas, pois as expectativas de reconhecimento recíproco se diferenciam no curso da diferenciação de diversas esferas de reconhecimento entre si, cujo conteúdo se expande a cada etapa do desenvolvimento social (Honneth, 2003b, p. 138). A institucionalização das esferas de reconhecimento que permitiriam, de acordo com Honneth, que experiências de desrespeito, do reconhecimento negado, contenham em si “a possibilidade de que a injustiça infligida ao sujeito se lhe revele em termos cognitivos e se torne o motivo da resistência política” (Honneth, 2003, p. 224).

E é dessa maneira que, a partir de sucessivas lutas, se institucionalizam as esferas de reconhecimento do amor, do direito e da solidariedade, cada uma delas responsável pela possibilidade de o sujeito possuir uma autorrelação positiva consigo mesmo: na esfera do amor, os seres humanos adquirem a autoconfiança necessária que, para Honneth, é um pré-requisito para a



vida em sociedade<sup>1</sup>; na esfera do direito, os seres humanos adquirem a autorrelação prática do autorrespeito, em razão da possibilidade de garantia não só de sua individualidade como sujeito de direitos, mas também da consideração geral de seus pares de que possui a autonomia moral entendida como a capacidade de participar do processo público de formação de vontade (Honneth, 2003, pp. 192-192; Menke, 2009, p. 93) e por fim, a esfera da solidariedade, na qual o sujeito deve ser compreendido como sujeito valorizável em razão de seu próprio trabalho – entendido como a realização individual dos objetivos da sociedade - , a partir do “valor socialmente definido de suas propriedades concretas” (Honneth, 2003, p. 199; Honneth, 2003b, pp. 140-141).

O sentimento de vexação se encontra, portanto, quando as expectativas de reconhecimento dentro dessas esferas são negadas e tais sentimentos negativos podem ser generalizados para além de suas intenções individuais: luta social pode ser entendida como o “processo prático no qual experiências individuais de desrespeito são interpretadas como experiências cruciais típicas de um grupo inteiro, de forma que elas podem influir, como motivos diretores da ação, na exigência coletiva por relações ampliadas de reconhecimento” (Honneth, 2003, p. 257).

Assim, protestos, lutas, rebeliões devem estar ligados à “rede cotidiana das atitudes morais emotivas”, pois sempre esteve inserido, dentro de uma determinada forma de reconhecimento, que novas possibilidades de identidade se abrissem, o que acarretaria, necessariamente, em uma luta por reconhecimento social. Isso implica que não se defina previamente ao conflito dado a sua possibilidade de justificação em razão da forma como o conflito se apresenta na realidade social: formas estatais ou não estatais, violentas ou não violentas, não são esses os critérios de avaliação da justiça e da normatividade das lutas contemporâneas. Os atores tampouco precisam estar conscientes de sua própria ação, pois o modelo do reconhecimento não necessita que os participantes dos movimentos de resistência lutem explicitamente por reconhecimento, em sentido literal. Luta por reconhecimento é o processo prático desencadeado a partir de uma experiência de desrespeito que leve os sujeitos a saírem de um estado de estagnação política. Além de ser um meio prático para se buscar relações ampliadas de reconhecimento, o engajamento em ações políticas faz com que se saia da paralisia característica da experiência do “rebaixamento passivamente tolerado” (Honneth, 2003, pp. 255-259). O desafio que Honneth pretende enfrentar é o de realizar a passagem de uma configuração meramente episódica de

---

<sup>1</sup> Aqui, já em (Honneth, p. 170 (de), 2003b), Honneth altera a formulação inicial de Luta por Reconhecimento de que que a esfera amor não poderia um potencial de desenvolvimento normativo.

eventos historicamente determinados (guerras, greves e batalhas) para entendê-los como forma de um processo evolutivo abrangente. Ele precisa entender a própria ampliação de relações de reconhecimento como o sistema referencial das diversas exposições históricas, identificando lutas sociais dos mais diversos tipos em uma lógica universal. Isso porque as especificidades dos conflitos apresentam a posição deles dentro de um contexto da evolução social quando desempenham um progresso moral na dimensão do reconhecimento (Honneth, 2003, p. 265).

Essa chave de análise só faz sentido, para Honneth, caso seja possível identificar um fim hipotético antecipado para o desenvolvimento de todas essas lutas. Os sentimentos de injustiça e as experiências de desrespeito não são mais apenas motivos para as lutas, mas também a eles competem um papel moral no desdobramento das relações de reconhecimento. Cada uma das formas de reconhecimento recíproco possibilita aos seres humanos que adquiram uma autorrelação prática consigo mesmo, diferenciação entre as esferas que se deu dentro do processo de formação da modernidade, estabilizando estruturas normativas acessíveis tão somente pelas já citadas experiências de desrespeito. As lutas particulares acabam por ser medidas pelo modo que contribuem, positiva ou negativamente, na realização de formas não distorcidas de reconhecimento recíproco (Honneth, 2003, pp. 265-268).

Tal objetivo é avaliado por Honneth a partir de seu conceito de eticidade formal. Trata-se do “todo das condições intersubjetivas das quais se pode demonstrar que servem à autorrealização individual na qualidade de pressupostos normativos” (Honneth, 2003, p. 272). Para que tal definição não se transforme em uma interpretação de ideais de vida determinados e passíveis de serem especificados a partir da experiência histórica, tais determinações são as mais formais possíveis, mas, ao mesmo tempo, devem ser repletas a ponto de nos oferecer mais do que faz o conceito kantiano de moral a partir de uma visão considerada por Honneth estrita da autonomia individual. Assim, “os padrões de reconhecimento representam condições intersubjetivas que temos de pensar necessariamente quando queremos descrever as estruturas universais de uma vida bem-sucedida” (Honneth, 2003, p. 274) – os padrões de reconhecimento são, portanto, abstratos demais para definir previamente o conteúdo da vida alheia, mas ao mesmo tempo, possuem muito mais substância do que um conceito transcendental de autodeterminação individual. Os padrões não fazem referência a conjuntos institucionais determinados, mas sim padrões de comportamento universais, sendo elementos estruturantes, mas não definidores, das formas de vida particulares – que a partir dessa concepção, passa a obter um índice histórico, pois as condições intersubjetivas de uma vida bem-sucedida passam a se tornar uma grandeza historicamente variável.

De forma breve e limitada, repassou-se o percurso e os objetivos da teoria do reconhecimento de Axel Honneth em sua primeira manifestação, em *Luta por Reconhecimento*. Para os objetivos do presente trabalho, falta especificar qual o papel do direito contemporâneo para a compreensão das lutas sociais do presente, seus potenciais e suas limitações.

#### **4 O DIREITO MODERNO E A ESFERA DO DIREITO**

A esfera do reconhecimento jurídico se dá, na modernidade, com a entrada dos valores e das categorias da teoria políticas no âmbito do direito positivo, “submetendo-o às pressões de fundamentação associadas à ideia de um acordo racional acerca de normas controversas”, na qual o direito passa a ser entendido como expressão de desejos universalizáveis baseados em princípios morais universais. Ao obedecerem às mesmas leis, os sujeitos podem se reconhecer reciprocamente como capazes de decidir, autonomamente, sobre normas morais (Honneth, 2003, pp.181-182).

É no direito moderno que os sujeitos possuem a autonomia moral como capacidade de participar nas práxis sociais da formação de vontade racional (Menke, 2009, p. 93). O direito moderno passa a ser entendido como a possibilidade de se contar com um “saber moral” de que existem determinadas obrigações jurídicas perante pessoas autônomas, os sujeitos de direito, mas que só poderão ser confirmadas as aplicabilidades das obrigações em cada caso concreto, se se tratar de alguém que seja “da classe das pessoas moralmente imputáveis”. O reconhecimento jurídico é, portanto, um motor para as lutas sociais a partir da sua possibilidade em atribuir aos sujeitos às propriedades universais que fazem dele uma pessoa igual às outras, com capacidade de participar reflexivamente na vida política (Honneth, 2003, pp. 186-187).

Assim, quanto mais exigente são os pressupostos para que sejam consideradas pessoas moralmente imputáveis com capacidades para influir no processo racional de formação de vontade, aumenta-se o rol de propriedades subjetivas que tais sujeitos devem possuir. O aumento desse número de propriedades é o crescimento do rol de direitos subjetivos adjudicáveis (direitos de 1ª, 2ª e 3ª geração, nas palavras da doutrina constitucionalista). Segundo Honneth, “um sujeito é respeitado se encontra reconhecimento jurídico não só na capacidade abstrata de poder orientar-se por normas morais, mas também na propriedade concreta de merecer o nível de vida necessário para isso”. Dessa forma, é possível entender que se amplia o reconhecimento jurídico não só em um aspecto objetivo (como o aumento do direito positivo), mas também eminentemente social, já que se aumenta o rol de direitos subjetivos, mas também se expande os direitos a novos grupos sociais que antes não eram contemplados. Como consequência, as lutas

por reconhecimento representam tanto o aumento do rol de direitos no sentido material, quanto pela ampliação do status de pessoa de direito. O direito possibilita uma autorrelação positiva consigo mesmo, na qual o indivíduo pode ser considerado uma pessoa igual a todas as demais (Honneth, 2003, pp. 188-195).

As lutas por reconhecimento jurídico se baseiam, portanto, na forma como grupos que eram excluídos anteriormente merecem o reconhecimento jurídico em ambos os vetores acima explicados (ampliação material e ampliação social dos que possuem tal status). Como todas as esferas, trata-se de modelos normativamente substantivos de interação nos quais é possível se expressar, de forma generalizada, a natureza intersubjetiva dos seres humanos (Honneth, 2003b, p. 144).

Assim, é possível relacionar como a teoria crítica da sociedade baseada no reconhecimento se relaciona com o conceito de direito explorado por Honneth, pois esse para acima das instituições jurídicas e sociais, sendo que a esfera do direito pode ser entendida como a forma de interação social que possui um conteúdo normativo específico, pois ancorada no princípio do reconhecimento recíproco do autorrespeito. As instituições sociais tais como as conhecemos perpassam por mais de uma esfera do reconhecimento – em pouquíssimas exceções é possível entender uma instituição moderna como representante concreta de uma esfera de reconhecimento específica (Honneth, 2003b, p. 146).

Esse aspecto se relaciona com o que foi apresentado a respeito da gramática das lutas sociais na sociedade capitalista: são os sentimentos de desrespeito que movem os protestos sociais, a partir da possibilidade de se enxergar tal desrespeito como a experiência de um grupo inteiro que leva os movimentos sociais a lutarem pelo aumento das relações de reconhecimento – no caso do direito, uma luta mobilizada com a gramática do direito se dá a partir da demanda por um aumento de direitos ou do aumento de status direito, independentemente se ela ocorrer pelo meio do direito: há luta por direito independentemente dos tribunais, assim como os tribunais podem ser meios de lutas que não se baseiam, em sua maioria, na gramática do reconhecimento jurídico.

Isso fica claro quando Honneth afirma que o reconhecimento jurídico possui em si “um potencial moral capaz de ser desdobrado através lutas sociais, na direção de um aumento tanto de universalidade quanto de sensibilidade para o contexto”. Ao mesmo tempo que o direito permitiu as condições para que cada indivíduo possa ponderar, por si, os próprios desejos, deixando de serem orientados pela tradição, tais condições podem ser consideradas grandezas desenvolvíveis, capazes de acumular componentes materiais (Honneth, 2003, p. 277).

Com essas características, o direito pode penetrar tanto a esfera do amor, pois interferem positivamente nas relações primárias, ao protegerem juridicamente as pessoas contra as lesões físicas a elas associadas, quanto a esfera da solidariedade, pois elas estabelecem os limites normativos que se submetem a formação de horizontes de valores de uma comunidade, conforme falado acima (Honneth, 2003, p. 278).

Honneth não faz, portanto, uma discussão a respeito do efeito colateral do direito. A esfera do reconhecimento jurídico é responsável por produzir um padrão normativo que exige do direito positivo respostas normativas compatíveis com seu potencial universalista. A insuficiência do direito deve ser entendida a partir do entrelaçamento dos padrões de reconhecimento, pois, o direito, diante de um desafio e das lutas concretas por reconhecimento é sempre colocado sob o risco de não ser compatível com sua promessa normativa, ao tender a decisões e resultados particularistas que deneguem, na prática, o reconhecimento pretendido por grupos sociais. Assim, o padrão de reconhecimento jurídico não pode ser considerado não só formal, como não apenas material: são as lutas sociais que colocam essa dialética em movimento quando se cobra por universalidade.

Assim, é impossível entender em Honneth a forma direito como uma racionalidade que se desloca das dinâmicas das lutas assim quando positivadas – o padrão é constitutivo da eticidade formal, logo, ele é sempre testado pelas lutas sociais. O que do direito é cobrado é sempre o seu potencial de universalidade, e o quanto a cristalização dos conflitos em direito positivo podem cumprir o seu potencial.

## **5 CONCLUSÃO**

Honneth, ao propor um modelo alternativo, constrói uma teoria da sociedade que não possui uma esfera de ação política privilegiada ou menos capacitada para levar as demandas emancipatórias a êxito, pois não há uma predeterminação institucional. Pelo contrário, um dos seus principais objetivos é não privilegiar as demandas existentes na esfera pública formal ou que se manifestem apenas por meio de canais institucionalmente estabelecidos, como as cortes e o parlamento: é nesse ponto que o autor foca, por exemplo, as vantagens de seu modelo para lidar com lutas por redistribuição de recursos (Honneth, 2003b, p. 151), com alguns autores identificando na importância dada aos direitos sociais a contribuição mais forte do autor contra o liberalismo econômico (Deranty, 2009, p. 300).

Entretanto, a necessidade do autor em não limitar institucionalmente as possibilidades de exercício do reconhecimento jurídico faz que se mostre uma categoria difícil de se operacionalizar

para a análise do modo como o direito contemporâneo, entendido como conjunto de instituições existente, é utilizado como meio e como bloqueio das lutas sociais do presente em sua especificidade.

Afinal, Honneth não apresenta em *Luta por Reconhecimento* nenhum conceito de um uso não emancipatório do direito, como por meio ou em nome do direito se tende a expor como válidas violações e opressões patentes: sendo o motor da ampliação das relações de reconhecimento a superação das experiências de desrespeito que podem ser generalizáveis a todo um grupo social, não se faz uma análise de como as instituições moldam as relações de reconhecimento, mostrando apenas como tais relações moldam as instituições. O fato de Honneth se recusar a analisar instituições sob um aspecto não normativo, faz com que o autor ignore aspectos importantes das instituições como influenciadoras das lutas e dos próprios padrões de reconhecimento, conforme aponta Deranty com base nos trabalhos de Emmanuel Renault (2009, p. 259).

Outros autores colocam tal aspecto na conta de Honneth não compreender o direito moderno em sua integridade, como Menke, que argumenta que o autor não tenha se apropriado corretamente da categoria central do direito moderno que é a chave de análise por meio do direito subjetivo, pois o que constitui o aspecto que possibilita o exercício da autonomia também o é, na prática, a negação dessa mesma autonomia, tendo em vista que a demanda do sujeito de direito está atrelado ao direito a algo determinado, que nega a possibilidade de expansão do uso de sua capacidade moral (2009).

Assim, há uma dificuldade em se compreender, em um só diagnóstico, um aspecto positivo e outro negativo do direito contemporâneo para as próprias lutas por reconhecimento, pois não há sinais aparentes de uma análise possível a partir de seu funcionamento interno e sociológico – o que pode ser uma vantagem para justificar normativamente as lutas por direitos, se torna uma dificuldade para se construir um diagnóstico dos desenvolvimentos do direito à luz do capitalismo contemporâneo, afinal, se podemos entender por Juridificação a estabilização de lutas políticas em direito, é necessário, também, a especificidade da operação do direito positivo e seus efeitos na gramática do reconhecimento.

## REFERÊNCIAS

Deranty, Jean-Philippe. **Beyond Communication – A Critical Study of Axel Honneth’s Social Philosophy**. 1. Ed. Leiden/Boston, 2009

Fraser, Nancy. **What's Critical About Critical Theory? The Case of Habermas and Gender.** In: Fraser, Nancy. *Fortunes of Feminism – From State-Managed Capitalism to Neoliberal Crisis.* 1. Ed. New York/London, 2013

Habermas, Jürgen. **Theorie des kommunikativen Handelns.** 4. Ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987 (2 vols).

Honneth, Axel. **Kritik der Macht – Reflexionsstufen einer kritischen Gesellschaftstheorie.** 1. Ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989

Honneth, Axel. **Luta por reconhecimento – a gramática moral dos conflitos sociais.** 1. Ed. São Paulo: Ed. 34, 2003.

Honneth, Axel. **Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser.** In: Fraser, Nancy; Honneth, Axel. **Redistribution or Recognition?** 1. Ed. London New York: Verso, 2003b

Loick, Daniel. Juridification and politics: From the dilemma of juridification to the paradoxes of rights. **Philosophy and Social Criticism** Vol. 40, n. 8, p. 757–778, 2014

Loick, Daniel. **Juridismus – Konturen einer kritischen Theorie des Rechts.** 1. Ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2018

Menke, Cristoph. **Das Nichtanerkennbare – oder warum das moderne Recht keine “Sphäre der Anerkennung ist”** In: Forst, Rainer, Hartmann, Martin, Jaeggi, Rahel, Saar, Martin. **Sozialphilosophie und Kritik.** 1. Ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009.

Teixeira, Mariana Oliveira do Nascimento. **Patologias sociais, sofrimento e resistência: reconstrução da negatividade latente na teoria crítica de Axel Honneth.** 2016. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas.



# CONSTITUCIONALISMO EXCLUDENTE E MILITARISMO NA REPÚBLICA BRASILEIRA: REVISITANDO A PROCLAMAÇÃO

*Maitê Ferreira Nobre*  
Universidade Federal Rural do Semi-Árido

**RESUMO:** O presente estudo, através da pesquisa bibliográfica com uso de fontes da historiografia nacional e de atores políticos da época oitocentista para revisar as compreensões históricas sobre a dissolução do Império brasileiro e a constituição da República. Busca compreender a nascente Estado de Direito, correspondendo molduras históricas com chaves interpretativas: a república como sonho inevitável, proclamação consentida e desencanto autoritário. A dissolução do Império se dá através de um golpe da cúpula das Forças Armadas. O constitucionalismo republicano brasileiro já nasce bonapartista, inaugurando um período de liberalismo excludente de analfabetos, mendigos e da população empobrecida. Traçando um panorama da compreensão da nascente república, o presente estudo conclui propondo a hipótese de que elementos próprios de 1889 compõem um padrão histórico repetitivo nas (re)constituições do Estado Brasileiro: o protagonismo de setores militares, junto de seus porta-vozes da pequena-burguesia, improvável aliança que leva à recorrente instauração de regimes autoritários.

**Palavras-chave:** Proclamação. República. Brasil.

## 1 INTRODUÇÃO

A proclamação da república é assunto já amplamente discutido na historiografia brasileira. Em temas tão ricos e multifacetados como esse, não é possível alcançar uma compreensão comum, “monocromática” sobre as causas e efeitos da proclamação, e porque essa assumiu precisamente a forma que assumiu, e não outra.

Em uma tarefa de sistematização do conhecimento até então sedimentado, é possível localizar molduras comuns à historiografia brasilianista, ainda que apresentadas com pinturas diferentes. A proclamação da república no Brasil possuiu alguns elementos que a caracterizam e distinguiram de outros processos de igual envergadura: a negação da revolução, a conspiração e o militarismo. Tais elementos já se encontram presentes enquanto matizes presentes no movimento republicano. Assim como era relativamente diversificada a composição social de tal movimento, não poderia ser uma a identidade assumida pelo ideal da república.

A proposta deste estudo é revisar a história da proclamação da república brasileira para traçar uma análise detida e sistematizada no âmbito da história das ideias: corresponder os matizes do movimento republicano com as diferentes identidades do conceito de república. Metodologicamente, trata-se de estudo bibliográfico acerca do período histórico compreendido entre 1870 e 1889, tomando por objeto ora o movimento republicano e seus elementos característicos, ora as identidades que o termo república assumiriam para um público mais amplo. Para tanto, faz uso de fontes reputadas da historiografia brasilianista, tais como Sérgio Buarque de Holanda, Maria Thereza Chaves de Mello e Oliveira Vianna, apresentando suas divergências e



lugares-comuns. Além disso, traz referências diretas de figuras históricas do republicanismo no Brasil.

O presente artigo se estrutura em cinco seções: tratando primeiramente da composição social do movimento republicano, para então passar a discorrer sobre as diferentes identidades assumidas pelo ideal da república; os matizes do movimento republicano, entre o que pensavam em comum e no que divergiam; bem como abordar a projeção dos preceitos do positivismo oficial sobre o ideal da república e dos republicanos no Brasil.

## 2 COMPOSIÇÃO SOCIAL DO MOVIMENTO REPUBLICANO

Antes de ser nosso regime de governo, a república no Brasil foi uma bandeira de luta contra o regime monárquico que reuniu em torno de si relevantes setores da sociedade letrada que, de forma politizada, podia exercer sua cidadania no contexto tardio do Brasil Império<sup>1</sup>.

Oliveira Vianna localiza que os adeptos mais fervorosos do ideal republicano se encontravam dentre a “classe dos estudantes”, sejam “os bacharéis novatos” ou “os cadetes filósofos da Escola Militar” (VIANNA, 2006, p. 98). Tal percepção é condizente com a afirmação do deputado Afonso Celso Júnior, em 1888, às vésperas da proclamação, que identificava “a mocidade que surge das Academias, dos Seminários, do Exército, ou Armada” – enquanto – “francamente republicana.” Esta visão transparece a adesão de setores da juventude mais esclarecida, civis ou militares, ao ideal republicano – o que é correto - todavia peca em não evidenciar a diversidade de matizes que se fazia presente no então crescente movimento republicano no Brasil.

O Partido republicano, nascido em 1870, reuniu, sobretudo, profissionais liberais, todavia também eram expressivos setores da nova burguesia urbana e empregados públicos. Sérgio Buarque de Holanda traz importante apanhado acerca da composição social dos primeiros aderentes ao manifesto de 1870 (2005, p. 305): “*um fazendeiro, 14 advogados, 10 jornalistas, 9 médicos, 5 engenheiros, 2 professores, 3 empregados públicos, 8 negociantes e 1 capitalista.*” Maria Thereza Chaves de Mello (2007, p. 160) identificava nesta vanguarda republicana de 1870

---

<sup>1</sup> O contexto de decadência do Brasil Império era de profunda exclusão de amplas massas do exercício de direitos políticos. O advento da Lei Saraiva consolidou três censos que alienaram da larga maioria da população o direito de votar: o censo literário (que excluía os analfabetos); o censo pecuniário (que excluía aqueles com renda anual abaixo de 400\$000); bem como o censo de gênero (que excluía as mulheres, já tradicionalmente excluídas). Em sua época, a “reforma” eleitoral foi considerada progressista inclusive por círculos liberais, por estabelecer as almeçadas “eleições diretas”. Todavia, operou-se a mudança da “*eleição indireta dos interesses gerais para eleição direta do voto restrito*”. O resultado foi a ampla exclusão de cidadania que viria a contribuir para minar a legitimidade política das instituições imperiais a médio prazo. Durante o ano de 1874, registra-se a quantidade de 1.114.066 votantes; com a “Lei Saraiva” o Brasil reduziu sua população eleitoralmente ativa para 145.296 pessoas: “perto da oitava parte do eleitorado antigo e a menos de 1,5% do total de habitantes do Brasil, estimado em 9.941.471 em 1881 (HOLANDA, 2005, p. 257).

também uma elite, mas “uma elite diferente” dos partidos tradicionais, pois era alijada das oportunidades públicas e que negava a se identificar com o atual regime político e as instituições da Monarquia.

Decorre do perceptível caráter policlassista da composição social republicana os diferentes matizes do movimento republicano no Brasil. O militante republicano, por estar imerso nas concepções de mundo próprias ao grupo social que faz parte, toma o regime político que estava por vir de acordo com seus interesses, com esta pertinência de classe, afetando assim a forma como a ideia da república era transmitida para um público maior. Diferentes matizes trazem à tona diferentes ideais: não existia *uma* república; eram *vários* os republicanos bem como suas origens sociais. Formulavam-se assim as diferentes identidades que o termo república vai propagar no contexto de decadência do Brasil Império.

### 3 IDENTIDADES DA REPÚBLICA

Lado a lado com o ideal de república, é possível identificar um elemento que se sobressaía nos discursos republicanos: a democracia. Lúcio de Mendonça (1905, p. 337) considerava a república como “comunhão de justiça social” e “ideal de justiça democrática”. A república se torna sinônimo de democracia, que é contraditória à monarquia. Demarcando a oposição entre república e monarquia, Silva Jardim assim sintetizava: “é a impossibilidade de combinação da vontade absoluta de um com a vontade de todos” (JARDIM, 1978, p. 326).

Quintino Bocaiúva (apud Silva, 1986, p. 620), em seu panfleto intitulado “Tiradentes”, de 1886, tratava de precisar a definição de república através de um programa político mínimo - explicitar o caráter dessa democracia. Para ele, unitário ou federal, o regime republicano se funda no “governo do povo pelo povo” que se expressará em dois elementos: a *soberania nacional* seria a única e legítima fonte do poder, e o *sufrágio universal* o instrumento adequado para o povo exercer sua cidadania. Em síntese, a república expressava-se com o “glorioso lema” eternizado pela revolução francesa: liberdade, igualdade e fraternidade<sup>2</sup>.

Este enlace ideológico entre república e democracia, mais que uma alusão utilizada para efeitos retórico, era elemento constitutivo do ideal de república para a maioria dos republicanos.

---

<sup>2</sup> Neste mesmo sentido se configurava a identidade da república para uma diminuta, porém relevante, fração da sociedade brasileira: aquela dos negros alfabetizados e que comungavam da cultura científica e democrática no contexto de decadência do Brasil Império: “No vale do Paraíba, uma comissão de libertos pediu, em abril de 1889, o apoio de Rui Barbosa para denunciar o não-cumprimento da legislação do Fundo de Emancipação de 1871, que destinava parte do imposto à “educação dos filhos dos libertos”. E assim terminava missiva: “Para fugir do grande perigo que corremos por falta de instrução, vimos pedi-la para nossos filhos e para que eles não ergam mão assassina para abater aqueles que querem a República, que é liberdade, igualdade e fraternidade” (Flávio Gomes, *Folha de S. Paulo*, 23 nov. 2003. Caderno Mais!).

Assis Brasil (1888, p. 3), inclusive, deixou “de considerar a distinção, admitida por alguns, entre república *democrática* e *aristocrática*.” Afinal de contas: “Toda república é democrática”. Conforme veremos adiante, o movimento republicano não é consensual nem mesmo sobre essa expectativa democrática.

O estabelecimento da sinonímia entre república e democracia foi uma grande vitória da propaganda republicana (MELLO, 2007, p. 183). Era como música para os ouvidos de uma geração alienada de sua efetiva cidadania por uma legislação eleitoral restritiva e pelas convenções aristocráticas da sociedade brasileira durante o Império. Por vezes, contudo, é possível que tenham refletido suas honestas intenções enquanto características invariáveis do novo regime político. Independente da pregação republicana, a *república democrática* não deixava de ser um sonho. A história possuía exemplos e por fim demonstrou que nem toda república se fundamenta forçosamente em um “governo do povo pelo povo”, “sufrágio universal”, afinal: que nem toda república seria invariavelmente democrática. Enquanto *os propagandistas da república* se empenhavam em compor música para os ouvidos do povo brasileiro, *os conspiradores da república* de 1889, usando de atalhos militaristas, lograriam êxito implantar a república à força do sabre.

Não devemos, contudo, precipitar conclusões sobre como seria esta “democracia” passava a se incrustar na identidade república, seria necessariamente igualitária. Para expressivo setor do movimento republicano, república significava “extinção dos privilégios” e não “fim das desigualdades”. O objetivo dos republicanos, então, seria a igualdade meramente formal, sem visar quaisquer fins socializantes.

A Revista Ilustrada, relevante periódico da imprensa republicana, nos revela uma discussão acerca das concepções de igualdade presentes no movimento. Segundo a publicação, a igualdade dos republicanos é o “direito de cada um” de “atingir a altura que seus méritos se destinam”. Está presente aqui uma crítica àqueles que acusam o movimento republicano de desejar o “nivelamento de todos”, pois isto significaria o “rebaixamento das aptidões até a nulidade” (BRASIL, 1888, 38-39). Logo, é possível inferir, daí uma crítica implícita não apenas a quem acusa os republicanos de promoverem tal agenda, mas contra um setor do movimento republicano que efetivamente o propaga.

A república não seria, para os evolucionistas, um ideal nivelador. Quando a crítica social e política extrapolava da mera adesão à igualdade formal, supondo assim uma extensa inclusão social, recebia este pensamento a alcunha de “socialista”. A república seria o estabelecimento da *igualdade formal*, a supressão dos privilégios para alvorecer uma sociedade baseada no talento e

no mérito. Ao movimento republicano cabia promover o encontro das “visões aristocráticas” presentes nos setores esclarecidos, seja o talento dos civis ou o mérito dos militares, no contexto de decadência do regime monárquico (MELLO, 2011, p. 130). *A república seria, então, a antessala da aristocracia* (Idem, 2007, p. 143). Às pessoas que seguissem desamparadas, mesmo estando em igualdade jurídica de condições, restaria o trabalho e o recurso à caridade privada.

#### 4 A REPÚBLICA INEVITÁVEL

Antes de aprofundar acerca das diferenças reinantes no interior do movimento republicano, faz-se necessário dissertar acerca do cerne comum, das semelhanças que formulavam um próprio modo de pensar, agir e de visão do mundo desta militância. Assim é possível localizar um elemento comum cuja função seja de ter fornecido certa coesão a este movimento político no Brasil: a ideia da *república enquanto inevitabilidade histórica*.

Os republicanos no Brasil tomavam o advento do novo regime político republicano como uma fatalidade histórica. Estava escrito nos umbrais da história, pelas inflexíveis e inquestionáveis leis do progresso civilizacional, a república havia de vir. As expectativas republicanas já estavam inscritas como fatalidade. É o que narra Oliveira Vianna (2006, p. 109):

Os republicanos, entretanto, nas proximidades do grande dia, costumavam dizer – uns com ares misteriosos, outros com franqueza aberta – que a República era certa, que a República não tardava, que a República estava próxima, que a República aí vinha – e o diziam com este acento firme e convencido de quem tem a certeza da posse absoluta da verdade.

Sívio Romero desenvolveu esta perspectiva no artigo “*As três formas principais da organização republicana*”, publicado em março de 1889 no *Diário de notícias*:

Presenciamos uma evolução irresistível. A marcha ascendente das camadas populares, sua fatal tendência a superar as velhas instituições da monarquia, da nobreza militar, da cleresia e da própria classe média, é um desses postulados da história universal, que só a fanáticos ou a ignorantes é dado desconhecer. *Não se trata de saber aqui se é um bem ou é um mal; afirma-se que é inevitável*; termo necessário da evolução total da humanidade. (grifo nosso)

A opinião de que o regime republicano estava inscrito como uma inevitabilidade histórica era uma opinião comum para amplos setores da sociedade letrada. Interessante observar que até Dom Pedro, por vezes, comungaria desta cultura democrática e científica, que por sua vez, estava em voga e vinha a ser a forma de pensamento dominante na sociedade brasileira. Em correspondência endereçada à Condessa de Barral, parece absorver um pouco este sentimento histórico da inevitabilidade da república: “*Difícil é a posição de um Monarca nesta época de transição. Muitas poucas nações estão preparadas para o sistema de governo para que se*

*caminha, e eu de certo poderia ser melhor e mais feliz Presidente da República do que Imperador constitucional” (HOLANDA, 2005, p. 278)*

Esta perspectiva fatalista, que contagiava até o imperador, reverbera a influência teórica das ideias de Augusto Comte sobre os setores sociais politizados da sociedade brasileira, conforme veremos adiante. Neste sentido, cabia aos republicanos não a tarefa de fazer a história, mas apenas de superar os obstáculos para que espontaneamente siga os desígnios predeterminados. Mas acreditando apenas estarem realizando “o inevitável”, os republicanos influenciados pelo positivismo estariam, em uma maneira especificamente brasileira, tecendo a constituição de um novo Estado brasileiro.

## **5 MATIZES DO MOVIMENTO REPUBLICANO: EVOLUCIONISTAS E REVOLUCIONÁRIOS**

Frente à república que está por vir, o movimento republicano restou dividido. A historiografia registra duas tendências de pensamento divergentes acerca da estratégia do movimento. A perspectiva da inevitabilidade da república comporta dois cursos de ação distintos, assentados sobre este mesmo fundamento. Neste sentido, destacam-se os *evolucionistas* e os *revolucionários*.

Uma vez que a evolução da sociedade humana conduzirá fatalmente à república, é possível interpretar daí que a postura de um republicano em um país que ainda não realizou seu devir se limite ao de propagandar a ideia. É o que opina Saldanha Marinho, republicano brasileiro e deputado liberal pela Província de Amazonas, em pronunciamento na sessão de 23 de abril de 1879:

“Os republicanos no Brasil têm sobremodo assentado o seu plano em uma base que é a revolução pacífica, a *revolução da ideia*, calmos, tranquilos, aguardam firmes o futuro [...] em perfeita paz com a sociedade em que vive, respeitando as leis do país”

A república está na ordem do dia: a discussão travada nesta sessão é significativa. Em resposta à provocação do parlamentar Horta de Araújo, que chamava os republicanos de “acomodados”, o deputado e também republicano Galdino das Neves rebatia “basta que a ideia caminhe; é só o que queremos”.

Euclides da Cunha ainda chegava mais longe: “*o republicanismo não vencerá, convencerá*”. Poderíamos nos perguntar a quem o movimento republicano pretendia convencer. Por outro lado, o que importa para os propósitos deste estudo é registrar uma característica comum de uma tendência de pensamento interior ao movimento republicano. Euclides da Cunha e os parlamentares republicanos supracitados não tinham tanto o que se preocupar, uma vez que estes republicanos acreditam estar caminhando para um progresso inevitável, trilhando um caminho

necessário e escalonado rumo a formas superiores de sociedade (MELLO, 2011, p. 124). Esta perspectiva neutralizava a importância da ação humana consciente como meio de transformar a política, tomando o grosso da militância revolucionária como desordeira e supérflua.

Neste ínterim, a ação republicana deve se limitar a um caráter propagandista, de maneira a amadurecer as condições da realização do regime político que está por vir. Poderíamos argumentar, ainda, que até este trabalho propagandista – não chegasse a ter uma natureza indispensável, uma vez que a história encontraria seu curso pelos caminhos que fossem necessários. Esta é a estratégia *evolucionista* - “evolução, não revolução”: é este o seu lema - em geral endossado pelos signatários do manifesto de 1870 (HOLANDA, 2005, p. 303).

Logo, pode-se apreender que os evolucionistas se definem em firme oposição aos revolucionários, por sustentarem um acordo comum de que a revolução não é necessária, embora que as mudanças históricas o sejam. As suas diferenças com os revolucionários não se encerravam em uma mera questão de meios. Era de natureza muito mais profunda, acerca da visão de mundo refletida pelas visões de classes conflitantes e presentes no interior do movimento republicano. A tendência evolucionista predominava sobretudo nos meios parlamentares, no positivismo oficial, e nos setores militares.

Todavia, no movimento republicano havia outra forma de encarar a história. Havia aqueles que reconheciam a ação humana consciente como única forma de propiciar a transformação social. Maria Thereza Chaves de Mello (2011, p. 127-128) identifica àqueles “republicanos radicais que falavam muito em povo” enquanto os “niveladores”, ou republicanos socialistas. Sérgio Buarque de Holanda (2005, p. 277) relembra alguns nomes que ganharam notoriedade por sua participação na Revolta do Vintém<sup>3</sup>, sendo fervorosamente aplaudidos em seus discursos contra o regime monárquico, e que podem ser enquadrados nesta tendência militante do republicanismo: Ferreira de Menezes, Patrocínio, Ferro Cardoso, Tenente Carvalho, Lopes Trovão.

Silva Jardim, por sua vez, se destacava dentre os demais republicanos “niveladores” por sua relevante obra de propaganda, por seu talento retórico e por ter fornecido um programa e uma linha de ação comum aos republicanos que não se alinhavam à tendência evolucionista. Durante o Congresso Republicano de 1888, considerando que o Brasil não podia escapar da fatalidade histórica da transição da monarquia para a república, Silva Jardim compreendia daí que se impunha a forma de fazê-la, que seria precisamente “pelo povo, pela Revolução”. Explicava ele,

---

<sup>3</sup> A Revolta do Vintém foi a primeira revolta popular e das camadas mais desfavorecidas da sociedade na capital do Brasil que surge a partir do sugestivo contexto do aumento na cobrança do uso do transporte público.

ainda, que a revolução era o levantamento em massa de um povo, ou parte dele, para acabar com uma certa instituição política. Jardim pregava abertamente “a Revolução para fazer a república” (MELLO, 2007, p. 210), e neste sentido diferia seu discurso e sua estratégia da tendência evolucionista no movimento republicano.

A extensa obra de propaganda e análise do Brasil, bem como sua militância republicana, concederam um lugar de destaque à Silva Jardim na história da república brasileira. Possuía seguidores no país inteiro, tais como Aníbal Falcão e os republicanos de Pernambuco, que renegando a doutrina “evolucionista” e pacifista do manifesto de 70, assumem-se revolucionários, tomando como referências as ideias de Silva Jardim (HOLANDA, 2005, p. 312);

O setor revolucionário sempre se demonstrou mais consciente dos limites da república, ainda que tenha se deixado levar ocasionalmente pelo encanto deste ideal. Lopes Trovão, herói da Revolta do Vintém (MELLO, 2007, p. 23-25, 132), avaliava que “a república não é um fim, mas um meio para resolver problemas sociais” (apud MELLO, 2007, p. 143), e que ainda a queda da monarquia seria apenas a superação de um primeiro obstáculo para a implantação do socialismo (HOLANDA, 2005, p. 277).

A tendência revolucionária dos republicanos e o ideário socialista guardavam estreita correspondência, formando um todo a parte no interior dos defensores da república. Lúcio de Mendonça opinava que a república só viria pela revolução, meio legítimo e necessário, pois derivaria da soberania nacional pela vontade popular. A revolução não poderia vir por outorga da monarquia (MELLO, 20015, p. 183). Foi para demarcar esta posição que Lúcio de Mendonça e Valentim Magalhães, quando fundaram a revista “O escândalo” no final de 1888, se declaravam republicanos e socialistas (MELLO, 2011, p. 8). E após a proclamação da república ratificariam suas palavras por compreender que, frente a suas expectativas igualitárias, a república proclamada não passava de uma “aproximação muito rudimentar”, pois guardava o casamento indissolúvel da “exploração revoltante do trabalho pelo capital” (apud SUSSEKIND, 1934, p. 74).

No decorrer do Congresso Nacional do Partido Republicano, em maio de 1889, em meio à crise revolucionária que levaria à dissolução do Império Brasileiro, a diferenciação entre evolucionistas e revolucionárias restava nítida. Silva Jardim utilizou a situação para denunciar, na Tribuna, que os evolucionistas consideravam a república meramente como a “apenas a ausência da Família Real”. Logo, se chegassem ao poder, não seriam capazes de substancializar a verdadeira república, ou seja, “a realização do regime do bem público. E o bem público é hoje, principalmente, o bem dos mais infelizes – do Povo” (JARDIM, 1978, p. 370 e 375).

Em sua “carta política”, Silva Jardim, iluminado de um dom premonitório, já previra que a revolução brasileira “deveria se dar em 1889”, não além (JARDIM, 1978, p. 322, 327-328). A verdade é que a república viria a ser proclamada em 1889, capitaneada pelos militares e evolucionistas. Já a “revolução brasileira”, expectativa alimentada por Jardim e por fração significativa do movimento republicano brasileiro, por sua vez, ainda teria de aguardar. Ao ser notificado dos acontecimentos do 15 de novembro de 1889, Silva Jardim lamentou-se: “não havia de ser com Quintino e Campos Sales e Campos Sales que faríamos jamais a república”. (Apud SILVA, 1986, p. 76).

## 6 POSITIVISMO OFICIAL E A DITADURA REPUBLICANA

Ao lado da *república aristocrática* e da *república igualitária*, existia ainda uma terceira perspectiva republicana que, mesmo negando os horizontes evolucionistas e revolucionários, ainda conseguia permear em ambas alguns de seus elementos próprios. Tratava-se da visão do “positivismo oficial”<sup>4</sup> acerca da implantação da república.

A penetração do Positivismo nas camadas ilustradas da sociedade brasileira foi muito profunda (MELLO, 2011, p. 127), cumprindo o papel que outrora foi da Maçonaria: doutrina dominante nos círculos da alta cultura, referente à diminuta população alfabetizada e politizada que existia ao anoitecer do Brasil Império (HOLANDA, 2005, p. 335).

A concepção de república para os positivistas “oficiais” era bastante peculiar. Em nota anexa a uma carta pública enviada ao Bispo do Pará a propósito da liberdade de cultos, os positivistas do Apostolado comentavam sobre uma alternativa para “salvar de nossas instituições políticas atuais o seu elemento realmente sociocrático”, sugerindo que o Imperador estabeleça uma *ditadura republicana*, estabelecendo a sucessão na forma da ditadura romana. O ditador poderia até pertencer à família imperial, desde que fosse referendado nacionalmente. Em outra carta, esclarecendo sua posição em defesa da ditadura republicana em resposta à Joaquim Nabuco, afirmam que esta deveria se dar “com a eliminação política da burguesocracia escravista, isto é, com a eliminação do parlamentarismo” (HOLANDA, 2005, p. 338-339).

Oliveira Vianna (p. 102), historiador monarquista e conservador, regozija-se com a perspectiva positivista da ditadura republicana, buscando esclarecê-la como nitidamente diferente

---

<sup>4</sup> É verdade também que a doutrina de Comte se prestava a múltiplas e divergentes interpretações: Holanda (p. 344) relembra que o positivismo foi abraçado por contra-revolucionários na França e por escravistas do Sul dos Estados Unidos. No Brasil, todavia, o positivismo se apresentava enquanto doutrina inflexível e inquestionável, sendo propagada através de uma Igreja própria a partir de seu corpo doutrinário: o Apostolado - produto tipicamente nacional



das diferentes identidades que a ideia da república estava assumindo. Nesta tarefa de diferenciação, comenta, ainda, sobre como se daria tal forma de governo:

O governo do seu sonho, o governo ideal, o governo perfeito era a República Ditatorial, de Comte – e não a República Democrática, de Ledru-Rollin: por isso, achavam que, na elaboração da Constituição Republicana, não se devia apelar para “o perigoso recurso de uma Assembléia Constituinte” – e era o próprio Governo quem a devia decretar. O resultado final para onde devia tender o seu sistema de governo era a constituição de uma sorte de mandarinato intelectual, uma oligarquia de sábios e filósofos, e não o domínio absurdo do Demos, o governo das maiorias populares – e eram neste ponto perfeitamente razoáveis.

Os positivistas oficiais chamavam a isso de república, e somente desta maneira a consideravam legítima. Avalia Sérgio Buarque de Holanda (2005, p. 339) que “a república de seus sonhos era o contrário do que pleiteavam os agitadores de rua”, um regime marcado pelo elitismo visceral, distanciando-se do ideal democrático. A ditadura republicana seria a forma mais branda, moral e científica para guiar o processo histórico inevitável da transição da monarquia para a república.

O paradigma da inevitabilidade da república é mais que influência teoria do comtismo no Brasil: reflete o próprio estado de espírito típicos das camadas médias da sociedade brasileira, em sua maioria avessas à revolução, e crentes em um progresso fatalista que viesse a se impor, independente das demais vontades e sem afetar sua relativa estabilidade. Neste sentido, tais crenças, típicas dos estratos médios, estão arraigadas a uma determinada composição social. A classe média não apenas afirma representar as aspirações populares, no contexto histórico dos anos finais da monarquia no Brasil, ela é propriamente o povo – os cidadãos que então podiam exercer o direito de votar segundo a legislação eleitoral do Brasil Império. As classes dominantes constituíam ínfima minoria, e a grande maioria do povo era barrada nos três censos: o censo de gênero, o censo literário e o censo pecuniário – portanto, não eram sequer considerados cidadãos (e sobretudo, cidadãs).

Quanto ao povo de “pé no chão” - expressão utilizada para se referir àquelas massas que boa parte do tempo não interfere nos negócios políticos – deveriam se satisfazer com o tempo. É possível identificar aí, como o faz Holanda (p. 347) o ranço retrógrado de um pensamento que se pretende progressista, a negação do princípio da soberania popular, e a ideia de que toda transformação social deva vir de cima pra baixo.

Resta evidente que republicanos revolucionários e positivistas oficiais estão em campos opostos, no que se refere à identidade de república construída como ideal. Todavia, nem mesmo os revolucionários conseguem escapar à influência de seus preceitos, como aquele predominante

da *inevitabilidade da república*. O fatalismo histórico, compartilhado por evolucionistas e revolucionários, era elemento tipicamente positivista que se impunha de forma comum à ambas tendências<sup>5</sup>.

O positivismo soa como uma versão extremada do evolucionismo, posto que comunga de seu pacifismo e de sua fé no “progresso inevitável” que será trazido pelo futuro. Por outro lado, renegando mesmo as formas mais básicas de representação e atuação política, tais como exercer um mandato eletivo ou mesmo ministrar aulas, afastavam-se da militância republicana. Divergiam, também, dos “evolucionistas” por sua intenção extremada em “eliminar o parlamentarismo”, uma vez que as figuras centrais do evolucionismo republicano exerciam atividade e em seu ideal de ditadura republicana abunda um poderoso elemento antiparlamentar.

A visão de mundo do positivismo oficial veio a se alastrar, sobretudo, nos meios militares. Deodoro da Fonseca e Benjamin Constant, conspiradores da república, mantinham laços próximos com o Apostolado e levavam em conta suas considerações. O repúdio ao Poder Legislativo, elevado a nível doutrinário, viria a fincar raízes nas Forças Armadas, que já possuíam seus motivos para se opor aos governos e ao regime. Seu apelo à ditadura, e o elitismo que permeia suas elaborações, viriam a servir de legitimação à república que estava por vir.

## 7 CONCLUSÃO

Para compreender a proclamação da república, é forçoso revisitar a história do movimento republicano. Para traçar uma compreensão científica da composição social deste movimento, é necessário, ainda dispensar concepções simplistas acerca de sua formação, tais como aquelas, mais ligadas à crítica da reação monarquista, que exageram sobremaneira na relevância de “estudantes” inconsequentes ou “escravocratas” ressentidos na composição social deste movimento.

O movimento republicano era composto, sobretudo, por profissionais liberais e empregados públicos, mas incorporava desde seu nascimento a participação de militares, bem como da crescente burguesia urbana (ligada ao comércio) e, de forma minoritária, de proprietários de terra. Decorriam desta relativa diversidade na composição social tanto a

---

<sup>5</sup> A ideia de que as leis científicas da humanidade haveriam de cumprir-se fatalmente era difundida “igreja positivista” que, através de seu Apostolado, difundia a doutrina comtiana no Brasil. Dentre esses *progressos inevitáveis* estavam inscritos a Abolição da Escravatura e a república. O lento e tortuoso processo da Abolição parecia corroborar com sua tese. Pregavam ainda, o abstencionismo político, o direito à propriedade, a aversão às insurreições e geral conservadorismo em relação à política, pois “apoiavam o poder, mesmo quando dissentissem dos poderosos”. Para efetuar as mudanças, a firme resistência passiva em defesa do que há por vir bastava (HOLANDA, P. 336-338)

variabilidade que as identidades de república viriam a assumir, quanto as estratégias e horizontes da militância republicana - no contexto dos anos finais da monarquia brasileira.

República democrática e igualitária, ou república aristocrática liberal – o fato é que os republicanos concordavam ao menos no paradigma da inevitabilidade histórica da república. Estando sua luta já estava vencida desde o início, portanto divergiam em como deveriam se portar até o fatídico dia. Meros propagandistas de um futuro inevitável ou agitadores das massas de um futuro que por elas seria realizado? A divergência que se encontra oculta aqui, no cerne do movimento republicano, é o papel que este povo “de pé no chão” haveria de cumprir na república brasileira. Trata-se, aqui, da afirmação de uma sonhada soberania popular e democrática, que contrastava com as soluções de “reformismo preventivo” que fermentavam os espíritos da classe dominante (que tanto temia e segue a temer a revolução).

Pregada ou temida, a verdade é que a revolução não se fez necessária para a instauração da república. O militarismo foi a aposta do movimento republicano: a crise revolucionária aberta em 1889 expôs o vazio institucional, ocasião em que o sabre se elevou como único e decisivo poder. Os militares, que desempenharam papel fundamental na militância republicana, tomaram o protagonismo desta transição de regime político com a anuência, e inclusive a fé, dos republicanos civis.

Os conspiradores de 1889, por sua vez, mesmo sem o perceber, estavam chocando o ovo da serpente. Os evolucionistas que viriam a ser conspiradores da república - representantes da elite intelectual do país, integrantes dos estratos médios ilustrados e dos setores reformistas da classe dominante – pensavam estar resolvendo os vícios de um regime político liberal. O que estavam fazendo, todavia, é abrir as portas do caudilhismo e o bonapartismo na tradição constitucional republicana brasileira. O espectro do autoritarismo e a aliança improvável da classe média com setores militares viriam a marcar todo o conturbado século XX da jovem república brasileira.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL, Joaquim Francisco de Assis. **A República federal**. São Paulo: Leroy King Bookwater, 1888.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *História Geral da Civilização Brasileira: do Império À República* - Tomo II, v.7. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- JARDIM, Antônio da Silva. **Propaganda republicana** (1888-1889). Brasília: Ministério da Educação e Cultura/Fundação Casa de Rui Barbosa/ Conselho Federal de Cultura, 1978.
- MELLO, Maria Thereza Chaves de. **A república e o sonho**. VARIA HISTORIA, Belo Horizonte, vol. 27, nº 45: p.121-139, jan/jun 2011.


MENDONÇA, Lúcio de. **A caminho (propaganda republicana)**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1905.

MELLO, Maria Thereza Chaves de. **A República Consentida**: cultura democrática e científica do final do Império. Rio de Janeiro: FGV/UFRJ, 2007.

SILVA, Eduardo (Org.). **Idéias políticas de Quintino Bocaiuva**. Brasília: Senado Federal; Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1986. v. 1

VIANNA, Oliveira. **O ocaso do império**. 3 ed. Rio de Janeiro: ABL, 2006

SÛSSEKIND, Edgard e Carlos. **Lúcio de Mendonça**. Ensaio bio-bibliográfico. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1934.



# SISTEMA DE JUSTIÇA E OUVIDORIAS EXTERNAS: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES A PARTIR DO CASO DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS

*Maurício Buosi Lemes*

(Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FDRP/USP)  
mauriciobuosilemes@gmail.com

*Fabiana Cristina Severi*

(Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FDRP/USP)  
fabianaseveri@usp.br

**RESUMO:** Esse texto pretende explorar, a partir dos debates sobre democratização do sistema de justiça, algumas características da instituição de ouvidorias externas nas Defensorias Públicas como mecanismo de interação com a sociedade civil.

**Palavras-chave:** Ouvidoria Externa. Sistema de Justiça. Defensorias Públicas.

## 1 INTRODUÇÃO: A PRESTAÇÃO DE CONTAS DO SISTEMA DE JUSTIÇA COMO UMA DAS DIMENSÕES DO ACESSO À JUSTIÇA

Um dos elementos que caracterizam as instituições de um Estado de Direito é a capacidade de seus agentes justificarem a racionalidade de suas decisões e de suas políticas perante a esfera pública, o que constitui uma exigência da promessa de legitimidade do poder contida na ideia de Estado de Direito (RODRIGUEZ, 2015, p. 100).

Entendendo o sistema de justiça como o conjunto amplo de instituições, agências, textos legais, atores e práticas responsáveis pela administração dos conflitos e pela efetivação de direitos formalmente reconhecidos via Estado (SEVERI, 2017, p. 45), além das garantias de autonomia e independência, indispensáveis à consecução das suas atribuições, as instituições jurídicas devem contar com mecanismos de justificação de seus atos junto à sociedade civil, capazes de conferir legitimidade às suas ações. Esses mecanismos adquirem ainda maior relevância em um regime democrático quando temos em mente que os agentes que atuam nessas instituições (Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública) ingressam na carreira por meio de concurso público e não pelo voto popular.

A Recomendação Geral nº 33 sobre o acesso das mulheres à justiça do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) traz importantes parâmetros para a ação das instituições do Estado na promoção do acesso à justiça. Embora essa Recomendação tenha sido elaborada no marco dos direitos humanos das mulheres, entendemos que o documento traz diretrizes mais concretas para pensarmos o significado de acesso à justiça em sentido amplo.

São eles: justiciabilidade, disponibilidade, acessibilidade, boa qualidade, provisão de remédios e prestação de contas. Em linhas gerais, a) a **justiciabilidade** refere-se ao acesso irrestrito à justiça, bem como à educação em direitos dos sujeitos, para que possam reivindicá-los; b) a **disponibilidade** exige o estabelecimento, a manutenção e o financiamento das estruturas físicas do sistema de justiça em áreas urbanas, rurais e remotas; c) a **acessibilidade** requer que o sistema de justiça seja seguro, acessível do ponto de vista físico e econômico e adaptado às necessidades das pessoas em situação de vulnerabilidade/discriminação; d) a **boa qualidade** estabelece que o sistema de justiça adeque-se aos padrões internacionais de competência, eficiência, independência e imparcialidade, e proporcione, em tempo oportuno, remédios apropriados e efetivos que levem à resolução de disputas. Além disso, busca que o sistema de justiça seja contextualizado, dinâmico, participativo, aberto a práticas inovadoras e leve em consideração as demandas por justiça social; e) a **provisão de remédios** solicita que o sistema de justiça ofereça aos sujeitos que o procuram proteção viável e reparação significativa por quaisquer danos que possam sofrer.

Já a **prestação de contas** do sistema de justiça prevê que o Estado desenvolva mecanismos efetivos e independentes para observar e monitorar se as políticas de promoção do acesso à justiça estão de acordo com os princípios de justiciabilidade, disponibilidade, acessibilidade, boa qualidade e provisão de remédios. Tais mecanismos incluem a auditoria e a revisão periódica da autonomia, eficiência e transparência das instituições do sistema de justiça.

Ainda, segundo a Recomendação Geral nº 33, o Estado deve assegurar que atos e práticas discriminatórias por parte de profissionais da justiça sejam devidamente apurados, além de criar uma entidade específica para receber denúncias, petições e sugestões sobre o pessoal de apoio ao trabalho do sistema de justiça, como peritos técnicos e trabalhadores sociais, de bem estar e de saúde.

Por fim, a prestação de contas também implica na realização de estudos e análises qualitativas sobre o sistema de justiça, em colaboração com organizações da sociedade civil e instituições acadêmicas, a fim de destacar práticas, procedimentos e decisões judiciais que promovam ou limitem o pleno acesso à justiça. Os resultados desses estudos e análises devem ser aplicados sistematicamente para o desenvolvimento de prioridades, políticas, legislação e procedimentos, facilmente utilizáveis e sujeitos à prestação de contas, capazes de garantir que os atores do sistema de justiça sejam sensíveis à temática de direitos humanos.

A capacidade de prestação de contas do sistema de justiça parece ser o componente do direito de acesso à justiça mais intimamente vinculado à construção da legitimidade pública das

instituições jurídicas contemporâneas e, por conseguinte, à própria legitimidade do poder, elemento central do Estado de Direito.

Nesse texto, considerando a prestação de contas do sistema de justiça como uma dimensão estruturante do acesso à justiça, buscaremos explorar, a partir dos debates sobre participação popular e controle social da justiça, algumas características da instituição de ouvidorias externas nas Defensorias Públicas como mecanismo de interação com a sociedade civil.

## **2 A DEMOCRATIZAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA E A AGENDA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR E CONTROLE SOCIAL DA JUSTIÇA**

Quando observamos o sistema de justiça no Brasil, percebemos que, historicamente, a sociedade civil não tem participado de qualquer espaço de intervenção nos modos de operação do Poder Judiciário, bem como não tem contado com formas de diálogo ou possibilidades de fiscalização das funções exercidas pelo Estado nesse âmbito (ZAFFALON L. CARDOSO, 2015, p. 88). Santos (2011, p. 17), ao introduzir o debate sobre o lugar reservado às classes populares no sistema judicial, argumenta que tais grupos, durante muito tempo, apenas tiveram contato com o sistema de justiça pela via repressiva, sendo alvos de processos judiciais compulsórios promovidos pelo Poder Público, seja na esfera criminal, como réus, seja na esfera cível, por exemplo, em remoções forçadas. Raramente os grupos populares utilizaram o sistema de justiça estatal na condição de mobilizadores ativos de direitos.

Sá e Silva (2011, p. 23-29), ao buscar analisar a qualidade democrática da justiça brasileira, ou seja, a sua permeabilidade às demandas e expectativas dos diversos grupos sociais, tomando como base narrativas de advogados populares<sup>1</sup> sobre sua relação com o sistema de justiça, sustenta a existência de três fontes de tensões reveladoras do *déficit* democrático da justiça. Uma primeira fonte de tensão diz respeito a um panorama ambíguo, no qual o arcabouço jurídico-normativo garantidor de direitos da Constituição Federal de 1988 (CF/88) convive com posturas e práticas arcaicas e conservadoras das instituições, o que acaba por negar efetividade aos princípios constitucionais, além de não recepcionar avanços político-jurídicos expressos em dispositivos próprios e específicos, os quais vão desde tratados internacionais até leis, portarias e outros instrumentos de política pública.

---

<sup>1</sup> Por advogados populares entendemos um segmento organizado da advocacia brasileira que se dedica ao apoio jurídico a movimentos sociais e à defesa das causas populares, ou seja, de setores pertencentes à base da pirâmide social brasileira (SÁ E SILVA, 2011, p. 5 e p. 10).

Uma segunda fonte de tensão refere-se aos vínculos e interesses diretos dos atores do sistema de justiça nas questões sociais que têm a missão de examinar, ou à relação próxima da justiça com as estruturas de poder. Aqui, o debate democrático apresenta forte convergência com o debate republicano, que reclama a criação de mecanismos voltados à garantia de uma justiça imparcial. Por fim, a terceira fonte de tensão presente nas histórias dos advogados populares está associada às relações de poder e de hierarquia que subsistem dentro das carreiras e das profissões jurídicas e que refletem em preconceito e discriminação contra os setores populares e defensores de direitos humanos (SÁ E SILVA, 2011, p. 28).

O *déficit* democrático da justiça no Brasil parece estar relacionado ao que Gargarella (2014, p. 16-18) nomeia de sala de máquinas da Constituição: embora a CF/88 tenha expandido a linguagem dos direitos, ela preservou uma organização hierárquica e autoritária do poder político, que apresenta forte resistência a modelos de democracia participativa.

O Fórum Justiça é um exemplo de articulação entre diferentes atores interessados em discutir política judicial e em elaborar ações estratégicas para a democratização do sistema de justiça. Constitui-se em uma livre iniciativa proveniente de um grupo de Defensores(as) Públicos(as) fluminenses, em parceria com a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) e o Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade (DHPJS), vinculado à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Como construção coletiva de espaço, assenta-se no tripé agentes do sistema de justiça (Estado), setor acadêmico e organizações e movimentos sociais.

Com o objetivo de implementar uma justiça dotada de funcionalidade democrática e que execute políticas, propostas e ações estratégicas de redistribuição, reconhecimento e participação popular que afirmem a transversalidade das diferentes demandas, o Fórum Justiça sistematizou as recomendações contidas nos documentos finais resultantes de diversos seminários relacionados à democratização do sistema de justiça.

O documento traz recomendações relativas a diferentes categorias e, ao tratar de mecanismos funcionais das agências do sistema de justiça, prevê a

Participação popular dos indivíduos e grupos em situação de vulnerabilidade no planejamento estratégico e financeiro das agências do sistema de justiça, incluindo e dialogando com suas perspectivas e demandas, por meio de ouvidorias externas, audiências, conferências públicas, estaduais e nacionais, e outros instrumentos, sendo realizados também processos de escuta nas comunidades, em dias e horários acessíveis (FÓRUM JUSTIÇA, 2015, p. 21).



Matos e Neves (2008, p. 2), ao realizarem uma análise comparativa de experiências de Orçamento Participativo<sup>2</sup> em três países (Espanha, Portugal e Brasil), argumentam que sistemas de *accountability* (prestação de contas), em contextos específicos, podem favorecer novas formas de conhecimento público e de capacitação no domínio da participação cidadã. Os autores ampliam o entendimento dos modelos de prestação de contas para além de uma concepção unidirecional (em que o Estado presta contas aos cidadãos, sem que estes possam transformar a ação do Estado), sustentando a participação de grupos sociais mais desfavorecidos e historicamente pouco envolvidos em processos de tomada de decisão e de definição de políticas públicas. Além da promoção de transparência ou da disponibilização pública de informações sobre as ações estatais, o engajamento ativo dos cidadãos, organizações cívicas e movimentos sociais nos percursos de construção das políticas públicas possibilita alargar a noção de prestação de contas, revelando situações que se enquadram no âmbito do que tem vindo a ser designado, em alguns contextos, *por controle social*.

Apesar de o Estado e de suas ações serem visados como objetos de controle social, a criação de espaços públicos que possibilitem à sociedade civil, diversa e conflituosa, encontrar meios de expressão, conflito e negociação, coloca-a no centro de um processo em que as ações públicas deixam de ser da exclusiva responsabilidade do Estado, passando a derivar de configurações de atores que assumem como objetivo central a promoção da democracia. O controle sobre as ações do Estado torna-se, nessas condições, um exercício coletivo de controle sobre a ação pública por parte de uma sociedade civil heterogênea que se articula com o Estado através de canais específicos (MATOS e NEVES, 2008, p. 4).

Em termos de política pública de promoção do acesso à justiça, de acordo com Zaffalon L. Cardoso (2015, p. 89; 2010, p. 14), a responsabilidade de identificar e protagonizar uma maior aproximação entre as necessidades das pessoas em situação de vulnerabilidade e o sistema de justiça restou, pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), a cargo da Defensoria Pública. Para tanto, e consolidando a experiência vivenciada inicialmente em São Paulo, a legislação federal<sup>3</sup> dotou formalmente a Defensoria de instrumentos de gestão democrática hábeis a promover uma maior interação e possibilidades de diálogo entre os sujeitos sociais. As inovações advindas da

---

<sup>2</sup> O Orçamento Participativo é um dispositivo criado para viabilizar que os cidadãos e as cidadãs exerçam o direito de participarem, de forma ativa e direta, nas decisões sobre o investimento público no território em que habitam, contribuindo, de modo consciente e construtivo, para alcançar decisões que melhor sirvam o território e sua população (MATOS e NEVES, 2008, p. 4).

<sup>3</sup> A Lei Complementar Federal nº 132/2009 reformou a Lei Complementar Federal nº 80/1994, que organiza e prescreve normas gerais relativas às Defensorias Públicas dos Estados, do Distrito Federal e da União.

criação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP) parecem representar uma *fenda* no inacessível universo das instituições do sistema de justiça, na medida em que se cria um novo paradigma democrático.

Com a criação da Defensoria Pública na CF/88, o Brasil consolidou a preferência por um modelo público e democrático de acesso à justiça, com um corpo profissional próprio dedicado à informação e consulta jurídicas, judicial e extrajudicial. No caso da DPESP, a democratização dos seus processos decisórios potencialmente implica na legitimação do exercício de sua função de garantidora da cidadania dentro do Poder Judiciário à medida que, através da participação social, passa a ser possível a compreensão do exato quadro de exclusão da ordem jurídica que precisa ser superado e do que precisa ser priorizado. A participação é um instrumento para que as desigualdades sejam visibilizadas na forma de questões prioritárias e de possíveis soluções coletivas para os problemas individuais, mas principalmente coletivos, vinculados ao acesso à justiça (ZAFFALON L. CARDOSO, 2010, p. 168).

A criação, a exemplo do ocorrido na DPESP, de mecanismos por meio dos quais a sociedade politicamente organizada tem a oportunidade de dialogar com as instituições jurídicas alinha-se com bastante nitidez às concepções vinculadas à democracia participativa, que, celebrada em outras esferas de poder, também se mostra crucial no campo da função jurisdicional do Estado. Nesse sentido, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, por meio do acesso igualitário ao Sistema de Justiça, implica a criação de novos espaços de deliberação e de minipúblicos, tendo em vista as implicações sociais das decisões judiciais para a sociedade como um todo (ZAFFALON L. CARDOSO, 2010, pp. 168-169).

O grande atraso na criação da Defensoria Paulista, efetivada apenas no ano de 2006, desencadeou um intenso processo de participação popular com o nascimento do *Movimento pela Defensoria Pública*, que congregou mais de 400 entidades politicamente organizadas que passaram a dialogar, propor e reivindicar dos Poderes Executivo e Legislativo os necessários encaminhamentos para a urgente observância do texto constitucional que, desde 1988, dispôs sobre a criação das Defensorias Estaduais. As inovações observadas na Lei Complementar Estadual nº 988/2006, que criou a Defensoria Paulista (e em parte consolidadas na Lei Complementar Federal nº 132/2009) constituem fruto de uma mobilização social que foi capaz de viabilizar a incorporação, no texto legal, das prioridades construídas pelos protagonistas do *Movimento pela Defensoria Pública*, em torno de uma instituição democrática, autônoma, descentralizada e transparente (ZAFFALON L. CARDOSO, 2015, p. 89).

Embora o foco desse texto seja a previsão de ouvidorias externas nas Defensorias Públicas, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo instituiu outros mecanismos de interação com a

sociedade civil: audiências públicas, conferências regionais e estaduais para a construção do plano anual de atuação institucional, momento aberto de manifestação no Conselho Superior etc.

### 3 A PREVISÃO DE OUVIDORIAS EXTERNAS NAS DEFENSORIAS PÚBLICAS

Na Lei Complementar Estadual nº 988, de 09 de janeiro de 2006, que organiza a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e institui o regime jurídico da carreira de Defensor Público do Estado, o artigo 37, parágrafo 4º, ao tratar da Ouvidoria-Geral, estabelece que o(a) ouvidor(a) geral será necessariamente uma pessoa externa à carreira e à instituição:

**Artigo 37** - O Ouvidor-Geral será nomeado pelo Governador do Estado, dentre os indicados em lista tríplice organizada pelo Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana - CONDEPE, para mandato de 2 (dois) anos, permitida uma recondução, respeitado o mesmo procedimento. (...)

**§ 4º** - Não poderá integrar a lista tríplice a que se refere o “caput” deste artigo membro da Defensoria Pública do Estado.

O artigo 39, parágrafos 1º e 2º, trata do Conselho Consultivo da Ouvidoria Geral:

**Artigo 39** - O Conselho Consultivo da Ouvidoria-Geral, composto por 11 (onze) membros e presidido pelo Ouvidor-Geral, terá como finalidades precípua acompanhar os trabalhos do órgão e formular críticas e sugestões para o aprimoramento de seus serviços, constituindo canal permanente de comunicação com a sociedade civil.

**§ 1º** - Os membros do Conselho Consultivo serão designados pelo Defensor Público-Geral do Estado, com base em indicação feita pelo Ouvidor-Geral, para mandato de 2 (dois) anos, permitida uma recondução.

**§ 2º** - A indicação de que trata o § 1º deste artigo recairá sobre pessoas e representantes de entidades notoriamente compromissadas com os princípios e atribuições da Defensoria Pública do Estado.

A existência de Conselhos Participativos nas próprias Ouvidorias permite o aprofundamento e a diversificação da participação social qualificada na Defensoria de forma permanente, assim como a criação de uma instância de fiscalização externa à própria Ouvidoria. Trata-se de colegiado formado, em regra, por pessoas e/ou representantes de entidades compromissadas com os princípios e atribuições da Defensoria que atuam voluntariamente, de forma propositiva e em conjunto com a Ouvidoria-Geral, empenhando-se na democratização dos espaços de participação e na defesa dos direitos de usuárias e usuários da instituição (ZAFFALON L. CARDOSO, 2015, p. 103).

No artigo 42, dentre as atribuições da Ouvidoria-Geral, estão:

- I - receber dos membros da Defensoria Pública do Estado ou do público externo reclamações relacionadas à qualidade dos serviços prestados pela instituição, bem como sugestões para o aprimoramento destes serviços;
- II - encaminhar as reclamações e sugestões apresentadas à área competente e acompanhar a tramitação, zelando pela celeridade na resposta;
- III - concluir pela procedência ou improcedência da reclamação de que trata o inciso II deste artigo, informando-a ao interessado;
- IV - propor aos órgãos competentes a instauração dos procedimentos destinados à apuração de responsabilidade administrativa, civil ou criminal, quando for o caso;

- V - estimular a participação do cidadão na identificação dos problemas, fiscalização e planejamento dos serviços prestados pela Defensoria Pública do Estado;
- VI - propor ao Defensor Público-Geral do Estado e ao Defensor Público do Estado Corregedor-Geral a adoção de medidas que visem ao aprimoramento dos serviços prestados pela Defensoria Pública do Estado;
- VII - manter contato permanente com os vários órgãos da Defensoria Pública do Estado, estimulando-os a atuar em permanente sintonia com os direitos dos usuários;
- VIII - publicar relatório semestral de atividades, que conterá também as medidas propostas aos órgãos competentes e a descrição dos resultados obtidos;
- IX - coordenar a realização de pesquisas periódicas referentes ao índice de satisfação dos usuários;

A Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, foi alterada pela Lei Complementar Federal nº 132, de 07 de outubro de 2009. Através dessa alteração, o modelo de ouvidoria externa foi expandido para todas as Defensorias Estaduais. Nela, o artigo 105-B, ao tratar da Ouvidoria-Geral da Defensoria Pública do Estado, dispõe que “o Ouvidor-Geral será escolhido pelo Conselho Superior, dentre cidadãos de reputação ilibada, não integrante da Carreira, indicados em **lista tríplice formada pela sociedade civil**, para mandato de 2 (dois) anos, permitida 1 (uma) recondução.”

Já o artigo 105-C, quando lista competências da Ouvidoria-Geral, menciona:

- I – receber e encaminhar ao Corregedor-Geral representação contra membros e servidores da Defensoria Pública do Estado, assegurada a defesa preliminar;
- II – propor aos órgãos de administração superior da Defensoria Pública do Estado medidas e ações que visem à consecução dos princípios institucionais e ao aperfeiçoamento dos serviços prestados;
- III – elaborar e divulgar relatório semestral de suas atividades, que conterá também as medidas propostas aos órgãos competentes e a descrição dos resultados obtidos;
- IV – participar, com direito a voz, do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado;
- V - promover atividades de intercâmbio com a sociedade civil;
- VI - estabelecer meios de comunicação direta entre a Defensoria Pública e a sociedade, para receber sugestões e reclamações, adotando as providências pertinentes e informando o resultado aos interessados;
- VII - contribuir para a disseminação das formas de participação popular no acompanhamento e na fiscalização da prestação dos serviços realizados pela Defensoria Pública;
- VIII – manter contato permanente com os vários órgãos da Defensoria Pública do Estado, estimulando-os a atuar em permanente sintonia com os direitos dos usuários;
- IX - coordenar a realização de pesquisas periódicas e produzir estatísticas referentes ao índice de satisfação dos usuários, divulgando os resultados.

Enquanto inovação institucional no âmbito do sistema de justiça, as ouvidorias externas nas Defensorias Públicas representam um importante mecanismo de controle e de participação social, além de um instrumento potencialmente facilitador do acesso dos cidadãos, cidadãs, organizações sociais, movimentos sociais e populares à justiça, em um contexto de crescente judicialização de conflitos e de busca por assistência jurídica gratuita no país. Esse modelo busca

incorporar as vozes dos usuários e usuárias da Defensoria na construção das suas diretrizes político-institucionais (ZAFFALON L. CARDOSO, 2015, p. 87 e p. 92).

#### 4 CONCLUSÃO

Nesse texto, buscamos discutir, a partir da Recomendação Geral nº 33 sobre o acesso das mulheres à justiça do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), a prestação de contas do sistema de justiça enquanto uma dimensão estruturante do acesso à justiça e da legitimidade do poder no Estado de Direito. A capacidade de prestação de contas vai além da promoção de transparência ou da disponibilização pública de informações sobre as ações estatais, abrangendo, também, novas formas de conhecimento público e de capacitação no domínio da participação cidadã.

As Defensorias Públicas e, em particular, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, inovaram, ao menos do ponto de vista normativo, no sistema de justiça brasileiro, ao preverem mecanismos de participação popular e de controle social em sua gestão político-administrativa. Dentre esses mecanismos, as ouvidorias externas e independentes têm favorecido canais de interlocução com a sociedade civil acerca de suas demandas para as políticas institucionais.

Esse aprendizado democrático, em processo de construção, gera um novo referencial para o Poder Judiciário e para o Ministério Público, dando outro suporte para as lutas sociais em torno da democratização do acesso à justiça e do sistema de justiça no Brasil.

#### REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Complementar Estadual nº 988, de 09 de janeiro de 2006. Organiza a Defensoria Pública do Estado e institui o regime jurídico da carreira de Defensor Público do Estado. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2006/lei.complementar-988-09.01.2006.html>>. Acesso em 01 de dez. de 2018.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm)>. Acesso em 01 de dez. de 2018.

COMITÊ SOBRE A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES. Recomendação Geral nº 33 sobre o acesso das mulheres à justiça da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres. 03 de agosto de 2015.

GARGARELLA, Roberto. **Constitucionalismo latino-americano**: a necessidade prioritária de uma reforma política. In: Constituinte exclusiva – um outro sistema político é possível. Organização de Luiz Otávio Ribas. São Paulo: Expressão Popular, 2014.

MATOS, Ana Raquel; NEVES, Daniel. **Participação pública, capacitação e sistemas de accountability**: experiências de orçamento participativo na América Latina e na Europa em comparação. In: Novos mapas para as ciências sociais e humanas, E-cadernos CES 02, 2008.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, 19, 37, p. 99-124, 2015.

SÁ E SILVA, Fabio de. **“É possível, mas agora não”**: a democratização da justiça no cotidiano dos advogados populares. Texto para Discussão 1567, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Rio de Janeiro, janeiro de 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Enfrentamento à violência contra as mulheres e à domesticação da Lei Maria da Penha**: elementos do projeto jurídico feminista no Brasil. 2017. Tese (Livre-Docência em Direitos Humanos). Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto.

ZAFFALON L. CARDOSO, Luciana. **Participação social**: inovações democráticas no caso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. 2010. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo). Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.

\_\_\_\_\_. **Sistema de justiça e democracia**: as Ouvidorias Externas das Defensorias Públicas como paradigma. In: Justiça e direitos humanos: perspectivas para a democratização da justiça. Organização de Antonio Escrivão Filho, Darci Frigo, Érica de Lula Medeiros, Fernando Gallardo Vieira Prioste e Luciana Cristina Furquim Privato. Curitiba: Terra de Direitos, 2015.



# CONSTRUÇÃO JURÍDICA DA SUBJETIVAÇÃO: O CONCEITO DE PESSOA E A DINÂMICA SOCIAL DAS IDENTIDADES

*Simone Schuck da Silva*

(Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS)

sschucksilva@gmail.com

**RESUMO:** o trabalho pretende esboçar a possibilidade de reconfiguração do conceito jurídico de pessoa para atender, de forma legítima, às reivindicações por uma regulação dinâmica das identidades. O trabalho parte da teoria crítica do direito para analisar o conceito de pessoa como fundamento da gramática jurídica, em razão do princípio da igualdade perante a lei e do direito como lugar de estruturação das demandas sociais. Também são examinadas, em dogmática jurídica, as contradições e os problemas da regulação do conceito de pessoa no direito. Por fim, o trabalho examina brevemente as lutas da sociedade sobre o nome, o sexo, a nacionalidade e o parentesco para refletir sobre a possibilidade de uma regulação mais dinâmica para os processos de subjetivação.

**Palavras-chave:** Pessoa. Identidade. Subjetivação.

## 1 INTRODUÇÃO

E se a crítica aos institutos jurídicos fosse elaborada de forma imanente às demandas da sociedade? A partir do exame dos movimentos sociais contemporâneos, o trabalho pretende esboçar a possibilidade de reconfiguração do conceito jurídico de pessoa para atender, de forma legítima, às reivindicações por uma regulação dinâmica das identidades. O fundamento está na teoria crítica do direito, segundo a qual as formulações jurídicas devem dar conta das demandas sociais com foco na democratização e na promoção de autonomia. Trata-se de uma reflexão teórico-prática para avaliar as diversas alternativas institucionais a partir de critérios normativos intrínsecos. Em outras palavras, a teoria crítica pretende “dizer o que é em vista do que ainda não é mas pode ser” (NOBRE, 2004, p. 9-10). Por isso, ela se baseia em dois movimentos simultâneos, o de identificação das potencialidades do existente, com os diagnósticos do tempo presente, e o de exame dos obstáculos para a realização dos potenciais identificados. Essa perspectiva, que “vê o que existe da perspectiva do novo que ainda não nasceu, mas se encontra em germe no próprio existente” (NOBRE, 2004, p. 10), funda seus critérios para emancipação em relação à dominação vigente em bases imanentes.

A partir da construção de um diagnóstico atual de um paradigma regulatório da identidade estático e restrito aos termos estatais, o trabalho propõe, em razão das demandas sociais, uma regulação aberta, em que a estrutura jurídica é criada a partir do que as pessoas já elaboram na sua vivência em sociedade. Trata-se de uma forma plural e processual de construção do direito, pela qual a regulação jurídica não é engessada em um conjunto normativo fechado, mas arquitetada a partir das reivindicações sociais por um processo democrático de construção e reconstrução social permanente. Em outras palavras, em vez de elaborar antecipadamente formas

regulatórias da identidade e impô-las à sociedade, o trabalho pretende analisar a possibilidade de se desenhar um espaço de regulação social aberto para o conceito de pessoa no direito, a fim de que ele seja feito a partir da própria revisão que os sujeitos elaboram sobre si mesmos e da expressão contínua de sua identidade e de seu modo de ser.

Analisar as disputas relativas à regulação jurídica da identidade é socialmente significativo por permitir uma pesquisa sobre a capacidade da forma regulatória de reduzir o sofrimento dos grupos sociais. Com a verificação do padrão de funcionamento atual das instituições e dos conceitos jurídicos, é possível projetar alterações em nome de um controle descentralizado e ativo da sociedade sobre a regulação das identidades, tendo em vista sua importância para a inteligibilidade dos sujeitos. O trabalho está relacionado, portanto, à investigação da mobilização política da sociedade e sustenta como tarefa central a consideração dos efeitos sociais de modificações nas estruturas dogmáticas e institucionais do direito, em razão da possibilidade de privatização do poder e de restrição na participação em processos decisórios.

O trabalho, assim, pretende analisar a viabilidade de reformulação do conceito jurídico de pessoa com o objetivo de elaborar uma regulação mais ativa e dinâmica das identidades, conforme os movimentos sociais têm expressado. Trata-se de examinar como o conceito de pessoa é regulado pelos institutos jurídicos do nome, do sexo, da nacionalidade e do parentesco. E então esboçar a possibilidade de construir, em dogmática jurídica, um conceito de pessoa a partir das demandas sobre a dinamicidade da identidade e do processo de subjetivação.

## **2 SUJEITO DE DIREITOS, PESSOA E FUNDAMENTO DA GRAMÁTICA JURÍDICA**

Para uma crítica à regulação jurídica das identidades, é necessário antes compreender o próprio fundamento do instituto jurídico do sujeito de direitos, do conceito de pessoa. Desde uma perspectiva crítica, é possível entender como princípio fundamental do Estado de direito a igualdade das pessoas perante a lei, ou seja, o reconhecimento da pessoa como um sujeito de direitos reivindicáveis em relação a outros sujeitos de direitos. Esse potencial de autonomia do indivíduo está inscrito na gramática jurídica pela generalidade das formulações normativas do direito. Parte-se do fundamento de igualdade entre as pessoas para estruturar a linguagem dos direitos em normas gerais, imputáveis e postuláveis por todos os sujeitos (NEUMANN, 2014).

Essa formulação de uma normativa universal possibilita a inclusão contínua de novas demandas. A forma direito constrói então um processo incessante de desintegração do estado das coisas que garante a liberdade em uma sociedade baseada na desigualdade (RODRIGUEZ, 2013a). Para Neumann (2013, p. 40), toda norma geral que limita a atividade do poder soberano



“contribui necessariamente para a desintegração do *status quo*. Qualquer norma desse tipo é uma faca de dois gumes”. Ou seja, as normas estruturam a forma direito e delimitam as relações da sociedade ao mesmo tempo em que tornam possível a elaboração de novas estruturas sociais. O direito viabiliza a construção dos sujeitos por eles mesmos e, por isso, “faz parte da definição dos termos em que a sociedade funciona” (RODRIGUEZ, 2009, p. 84).

As instituições jurídicas, compreendidas como o estabelecimento de relações entre pessoas, entre propriedades ou entre propriedades e pessoas, também são formuladas a partir das vontades dos sujeitos de direito na forma de reivindicações pela gramática jurídica. Elas possibilitam a regulação dos processos sociais e “pode[m] consistir simplesmente em possibilitar a junção entre homens” (NEUMANN, 2013, p. 89).

Porém, nem as normas nem as instituições jurídicas por si só não garantem necessariamente a autonomia das pessoas prometida pela forma jurídica. É necessário a existência de uma sociedade ativa, da qual emergem diversas reivindicações. Por essa razão, o potencial emancipatório do direito depende também da sociedade. Depende de uma esfera pública ativa, da existência de reivindicações e de demandas sociais. Para o próprio funcionamento da gramática do direito, é imprescindível uma efervescência da sociedade civil, que depende de um elemento de vontade. Sem a participação pública, as instituições são engessadas e impedidas de produzir efeitos emancipatórios (NEUMANN, 2013). Em outros termos, mesmo que se possa compreender o aspecto de estruturação social a partir de uma perspectiva de dominação da sociedade, o direito também é produto de forças sociais, “é produto da atividade humana” (NEUMANN, 2013, p. 72).

Esse é o motivo pelo qual “uma fundamentação racional dos poderes coercitivos do Estado e do direito é uma justificação baseada na carência e vontade dos homens” (NEUMANN, 2013, p. 72). As normas e as instituições jurídicas são legítimas quando são capazes de acolher e responder às reivindicações da sociedade sem destruir a própria forma direito, a qual possibilita essa estrutura de reivindicação contínua. E se essa demanda jurídica parte de um sujeito de direitos e é postulada em detrimento de outro ou outros sujeitos de direitos, está no cerne da racionalidade jurídica o conceito de pessoa. O sujeito é o centro de imputação de direitos e deveres e legitima a própria gramática do direito.

Ser sujeito de direitos é demarcar, antes de tudo, um lugar de existência na gramática jurídica. Também é produzir um centro de responsabilização jurídica, o qual incorpora o próprio processo de desenvolvimento. Mas o conceito de pessoa de direito também permite a responsabilização dos sujeitos nas relações sociais, ou seja, a imputação de responsabilidade pela

exploração e pela dominação. Em um nível ainda mais abstrato, a categoria de pessoa também garante uma liberdade em relação ao Estado para que os sujeitos possam se formar como sujeitos políticos, pois a necessidade de democracia, essa separação entre sociedade e Estado, também é uma necessidade de separação entre o indivíduo e o Estado (NEUMANN, 2014). O conceito de pessoa, portanto, parece fundamentar a própria gramática jurídica.

### 3 CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DO CONCEITO DE PESSOA E CONTRADIÇÕES REGULATÓRIAS

Em dogmática jurídica, o conceito de pessoa foi elaborado ainda no direito romano a partir dos institutos do *status*, como o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*. Os *status* ou estados registrariam posições jurídicas ocupadas pela pessoa na vida social. Seriam situações formais do sujeito no interior da gramática do direito, construídas em razão do interesse público para distinguir sua situação jurídica em relação à sociedade (PERLINGIERI, 2007; PONTES DE MIRANDA, 1971).

A dogmática jurídica italiana contemporânea refere um *status personae*, que seria a própria expressão da posição jurídica individual da pessoa, “valor primário e unidade de direitos e deveres fundamentais da pessoa, considerada seja singularmente, seja nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade” (PERLINGIERI, 2007, p. 134). Ou seja, o *status personae* expressa a posição jurídica unitária em uma sociedade civil. Esse estado é considerado “uma situação permanente de base, originalmente adquirida” (PERLINGIERI, 2007, p. 135), pela qual são representadas situações subjetivas relativas à satisfação das necessidades existenciais. Mesmo compreendido como imutável, o “*status personae* exprime um ser: ele representa a pessoa. Como situação, exprime a condição global da pessoa configurada em um momento histórico do seu desenvolvimento” (PERLINGIERI, 2007, p. 135). São também citados pela dogmática italiana o *status civitatis*, estado de cidadão de uma organização política estatal, e o *status familiae*, posição do indivíduo nas relações familiares. O instituto jurídico do sexo civil não é entendido como um estado da pessoa, pois é considerado resultado do ato de nascimento (PERLINGIERI, 2007).

Essa configuração dogmática do conceito de pessoa influenciou o direito brasileiro já nos trabalhos de Pontes de Miranda (1971), para quem direitos *de* personalidade não se confundiriam com os institutos do *status*. Nacionalidade e parentesco, por exemplo, não seriam direitos de personalidade, mas sim estados da pessoa, o *status civitatis* e o *status familiae* respectivamente. Para o autor, o principal motivo para não considerar os estados da pessoa como direitos de personalidade é a sua mutabilidade: “Não se muda de direitos de personalidade; muda-se de nacionalidade” (PONTES DE MIRANDA, 1971, p. 9). Pontes de Miranda (1971, p. 13) referia como

direitos de personalidade “todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas”. Desde então a personalidade era compreendida como a “possibilidade de ser sujeito de direito e de deveres, de pretensões, obrigações, ações e exceções” (PONTES DE MIRANDA, 1971, p. 68). O sexo civil não era citado pelo autor nem como estado da pessoa nem como direito de personalidade.

Já a dogmática brasileira atual pouco fala dos estados da pessoa, mas refere direitos *da* personalidade, como o direito ao próprio corpo e o direito ao nome (ANDRADE, 2013; MIRANDA, 2013; SCHREIBER, 2014). Enquanto um aspecto subjetivo da personalidade seria sua condição de sujeito de direitos e deveres, os direitos da personalidade refletiriam o aspecto objetivo da personalidade, em que ela representa “um conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto da proteção por parte do ordenamento jurídico” (TEPEDINO, 2004, p. 27). Mais recentemente também se destaca a relação dos direitos da personalidade com a proteção da dignidade da pessoa humana (MIRANDA, 2013; SCHREIBER, 2014).

O nome, como direito da personalidade, expressa uma realidade mais complexa que os estados da pessoa, pois sua regulação jurídica não revela uma compreensão dicotômica tão explícita pelo direito e permite um espaço maior de autonomia das pessoas. É uma regulação ambígua: se, por um lado, nacionalidade, parentesco e mesmo o sexo são institutos restritos às posições oferecidas pelo Estado, há uma liberdade para a escolha do nome, ainda que diante de uma exigência jurídica de sua determinação e registro (SCHREIBER, 2014). Mas o nome está imbricado na personalidade e no próprio processo de subjetivação de maneira mais relevante do que outros direitos da personalidade. Isso já estava explícito em Pontes de Miranda (1971, p. 10), para quem “personalidade e nome exurgem juntamente”. O nome individualiza a pessoa na sociedade de forma a responder a interesses públicos e individuais (MORAES, 2000), mas é principalmente espaço de autodeterminação da pessoa (SCHREIBER, 2014).

Direitos da personalidade e estados da pessoa, portanto, estruturam o conceito de pessoa em termos dogmáticos no direito. Nome, sexo, nacionalidade e parentesco impulsionam um processo de subjetivação, ou seja, um processo de compreender-se como sujeito no interior da gramática jurídica. O direito oferece as bases normativas e institucionais para uma pessoa entender-se como sujeito de direitos, por exemplo, compreender-se como uma pessoa *solteira*, como uma pessoa *do sexo feminino* ou como uma pessoa *brasileira*. Essa gramática do direito, fundamentada no conceito de pessoa, produz seu próprio sujeito, o sujeito de direitos. Produzir essa linguagem, portanto, é produzir-se como sujeito.

Judith Butler (2017) denomina atos como esse, que provocam processos de subjetivação, como impulsos interpelativos do sujeito. A pessoa é interpelada (“*Quem é você? Você é estrangeiro? Você é homem?*”) é chamada a produzir-se nos termos de uma gramática. Isso significa que essa gramática necessariamente precisa disponibilizar esses termos, mas não significa necessariamente que o sujeito construirá sua subjetividade restrita a eles. Ou seja, a interpelação desencadeia um processo ambíguo de legitimação dessa gramática e também de relação crítica com ela.

Segundo Butler (2017), a identidade é construída a partir da ideia de diferença em uma cena de reconhecimento, na qual ocorre a interpelação do sujeito. Ao retomar a fratura ontológica hegeliana, ela analisa a impossibilidade do ser se reconhecer senão pela relação. A interação social realizada a partir da interpelação transforma as relações em espaço de questionamento constante, já que os sujeitos passam a ser continuamente inquiridos sobre seu lugar de enunciação, sobre sua definição e identidade. Ao produzir os termos de compreensão dos sujeitos, o direito formula-se como uma tecnologia interpeladora. As normas e as instituições jurídicas constituem os sujeitos sem uma inteira possibilidade de escolha, pois são disponibilizadas à pessoa pela sociedade sem a sua participação. Mas elas também são, paradoxalmente, o recurso e o repertório para suas escolhas, o que constrói essa relação crítica com o processo de subjetivação.

Quando a forma direito interpela o sujeito, exige dele um processo de diferenciação em relação à sociedade. Em termos dogmáticos, trata-se dos procedimentos individualizantes realizados pelo nome e pelos estados da pessoa. O nome civil carregaria em si uma prática de reconhecimento, pela qual institucionaliza e na qual inscreve o exercício da autonomia do sujeito. Em sociedades fora da dinâmica jurídica-ocidental, como as indígenas, ou mesmo a sociedade ocidental da Idade Média, cujas estruturas sociais são diferenciadas da complexa sociedade moderna, o nome não figura como imposição do poder, pois não carrega em si a necessidade de imputação de direitos e deveres (LAPIERRE, 2006).

Compreender que a interpelação da pessoa é um ato necessário para possibilitar a formação do sujeito de direitos como centro de imputação jurídica, poderia demonstrar que a universalidade das normas e instituições do direito não são violentas por si só. Produz violência a estruturação de termos da gramática jurídica que impossibilitam ao sujeito a apropriação do preceito universal: “essa violência consiste em parte em sua indiferença para com as condições sociais sob as quais uma apropriação vital poderia se tornar possível” (BUTLER, 2017, p. 17).

Significa dizer que os termos disponibilizados pela gramática do direito precisam manter-se abertos às apropriações sociais de seus significados.

No Brasil, o nome civil é regulado juridicamente como imutável, conforme é possível observar pela Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973), responsável por determinar as regras do seu registro. A lei prevê explicitamente sua imutabilidade e especifica poucas exceções. O nome e o sexo civis não são institutos jurídicos categorizados dogmaticamente a partir de sua mutabilidade. Pelo contrário, o nome é considerado direito da personalidade justamente por ser permanente, e o sexo é naturalizado a ponto de sequer ser comentado entre os direitos da personalidade e os estados da pessoa. Mas é justamente a análise da regulação do nome que possibilita reformular o conceito jurídico de pessoa.

Há uma relação importante entre a regulação jurídica dos estados da pessoa e a regulação jurídica do nome e do sexo civis. Os estados são considerados situações da pessoa e, portanto, são regulados de forma dinâmica e passíveis de modificação (PERLINGIERI, 2007). São caracterizados, porém, por códigos legislativos restritivos e prescritivos, pelos quais a pessoa os adquire ao cumprir os estritos termos da lei. Por exemplo, no Brasil, a regulação constitucional da nacionalidade e a regulação civil do casamento, cujas normas prescrevem especificamente as condições e os sujeitos passíveis da atribuição dos estados da pessoa “nacional (brasileiro)” e “casado”, excluem casos de refugiados e de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Por outro lado, os estados da pessoa a personalizam, ou seja, provocam processos de subjetivação, tanto quanto o nome, cuja modificação é proibida, com estritas exceções, e cuja caracterização é marcada pela autonomia. Também o sexo, instituto sequer citado entre os direitos da personalidade e os estados da pessoa, provoca um processo de construção jurídica da subjetivação. Como regulações jurídicas tão distintas e contraditórias pretendem atender ao mesmo objetivo jurídico-dogmático de estruturar o conceito de pessoa, o seu processo de identidade e subjetivação?

#### **4 POR UMA REGULAÇÃO DINÂMICA PARA O PROCESSO DE SUBJETIVAÇÃO**

Uma tensão é produzida por essa regulação rígida de categorias que são a própria expressão da pessoa e do seu processo contínuo de subjetivação, pois elas envolvem a construção da inteligibilidade dos sujeitos na sociedade (BUTLER, 2003; BROWN, 2002) e a própria realização e desenvolvimento de sua personalidade (SCHREIBER, 2014; MIRANDA, 2013). Movimentos sociais recentes, como as demandas por retificação do registro civil de pessoas trans e as reivindicações pela possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, estão configurados em uma

relação crítica à regulação atual do conceito de pessoa. Esses movimentos são muitas vezes qualificados como *identitários* pela teoria social, pois estão relacionados aos processos de construção da identidade. Eles partem da compreensão dos discursos como expressões de práticas culturais, razão pela qual a elaboração de um coletivo difuso é analisada não como um seguimento linear, mas sim como resultado da interação, da negociação e da oposição às práticas e esquemas de compreensão sociais (GOHN, 2012; JOAS; KNÖBL, 2017).

Essas demandas sociais que afetam diretamente a regulação jurídica do conceito de pessoa preocupam-se especialmente em assegurar direitos sociais, mobilizar a opinião pública e “alterar situações de discriminação, principalmente dentro de instituições da própria sociedade civil” (GOHN, 2012, p. 125). Uma de suas características principais, além da própria pluralidade de ideias e valores, seja a tendência “para a busca de reformas institucionais que ampliem o sistema de participação de seus membros no processo de tomada de decisões” (GOHN, 2012, p. 127).

Reivindicações como as por cidadania e aquisição de nacionalidade (BAUBÖCK, 2006; 2018; MAGNO, 2012), por retificação do nome e do sexo no registro civil (SCHREIBER, 2014; SILVA, 2018) e por reconhecimento de uniões familiares entre casais formados por pessoas do mesmo sexo ou por mais de duas pessoas (BUTLER, 2003; CARSTEN, 2005; FONSECA, 2014) são demandas por uma construção dinâmica do conceito de pessoa. Elas provocam uma compreensão mais aberta da identidade, o que não é suprido por uma forma rígida de regular a pessoa na gramática do direito. Se as demandas sociais reconhecem essa dinâmica no processo de subjetivação e reivindicam maior controle na construção da própria identidade, seria possível elaborar, em dogmática jurídica, uma forma regulatória mais aberta para o conceito de pessoa?

Uma perspectiva crítica da dogmática jurídica compreende a necessidade de uma reformulação constante dos seus próprios conceitos, pois sua função de qualificação jurídica dos fenômenos sociais e de sistematização do material jurídico para a solução de casos concretos precisa acompanhar as mudanças e as reivindicações contínuas de uma sociedade pluralista (FERRAZ JUNIOR, 2015; RODRIGUEZ, 2013b). A dogmática jurídica é objeto para transformação, intervenção e rearticulação do direito pela sociedade. Nas demandas sociais inscrevem-se projetos de juridificação, ou seja, propostas de inserção na gramática jurídica construídas a partir da dogmática para realizar uma crítica às normas e aos institutos do direito. A dogmática jurídica materializa a interação do material jurídico com sua comunidade de intérpretes, não apenas juristas, mas toda a sociedade (RODRIGUEZ; PÜSCHEL; MACHADO, 2013).

Ao apropriarem-se da gramática do direito, os movimentos sociais disputam o seu sentido e transformam os significados jurídicos. A rearticulação das normas e dos institutos pelas lutas

sociais configura, portanto, o próprio processo de construção dos conceitos do direito: “Trata-se de decidir, via dogmática, a normalização que a sociedade deseja construir” (RODRIGUEZ; PÜSCHEL; MACHADO, 2013, p. 52)

A teoria crítica do direito procura avaliar essas propostas jurídico-institucionais das mobilizações sociais em razão de um critério imanente à forma direito. Significa dizer que o próprio discurso do direito permite a reivindicação de inclusão na sua gramática e que a única forma de excluir demandas da sociedade seria a sua perversão. Há, portanto, uma dimensão emancipatória na forma institucional do direito, pois ela impede a naturalização de conceitos e a imunização das instituições jurídicas aos conflitos sociais, além de manter a gramática jurídica aberta às demandas da sociedade. A democracia é verificada, assim, na possibilidade de disputa das instituições do direito (NEUMANN, 2013; RODRIGUEZ, 2009).

A partir de uma perspectiva normativa de autonomia e democratização, a teoria crítica do direito compreende também como tarefa da dogmática jurídica investigar e avaliar as formas regulatórias oferecidas pelo direito quando elas se mostram insuficientes para lidar com demandas sociais. O direito é concebido como gramática de expressão das mobilizações da sociedade em razão do modelo de racionalidade jurídica segundo o qual o direito será racional quando for capaz de acolher as reivindicações da sociedade sem destruir sua forma (NEUMANN, 2013).

Na perspectiva crítica, uma sociedade pluralista inviabiliza uma imagem substantiva de sociedade ou uma solução definitiva para os conflitos, mas possibilita sua gestão constante e a reconstrução institucional em função da permanente disputa social. Seria possível então pensar o direito como local procedimentalizado de luta pelos significados jurídicos, em que o objetivo seja ampliar as possibilidades de emancipação humana, sem cogitar a imposição de um conjunto de ideias homogêneas (RODRIGUEZ, 2009).

É necessário analisar, assim, se e como as demandas são acolhidas pelas instituições jurídicas, as quais não garantem por si só a autonomia da sociedade. Elas devem estar abertas às transformações pela luta social. Cada desenho institucional figura as demandas sociais de maneira diferente. As instituições do direito são mecanismos de escuta das insatisfações da sociedade com características específicas, porque determinam como a demanda será acolhida e como ela pode ser expressada. Os desenhos institucionais podem então ser transformados em função de determinados objetivos da sociedade. Garantir a racionalidade jurídica, ou seja, a expressão das demandas sociais, é analisar os seus projetos de juridificação e de reformulação das instituições jurídicas (NEUMANN, 2013; RODRIGUEZ, 2015).

No recorte do trabalho, essas análises dogmáticas enfocam o conceito de pessoa para analisa-lo como um sistema aberto às demandas por transformação do significado jurídico do nome, do sexo, da nacionalidade e do parentesco. Em vez de uma estrutura planificada, em que se pretenderia forjar uma determinada ordem, essa perspectiva de um sistema aberto pretende criar a estrutura jurídica a partir do que as pessoas já constroem em sociedade. É um modo de pensar não identitário, plural, dialógico e processual. Os institutos jurídicos não são compreendidos como conjuntos fechados, mas como processos que se reparando ao longo do tempo.

Se a identidade é entendida como um movimento, um processo de relação com o outro, sua regulação pelo instituto jurídico da pessoa deve enriquecer a experiência e manejar a sua complexidade, não a restringir. Em vez dos institutos determinarem antecipadamente os termos pelos quais o conceito de pessoa é formulado na gramática jurídica, como por exemplo “feminino” e “masculino”, o trabalho pretenderá construir uma regulação aberta. Uma regulação passível de revisão a partir do livre desenvolvimento da personalidade, da manifestação contínua do sujeito, expressão contínua de sua identidade, de seu modo de ser (MIRANDA, 2013).

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ser sujeito é um processo contínuo, um processo de subjetivação, e, por isso, é um movimento necessariamente dinâmico. No interior da gramática jurídica, formulada pelo conceito de pessoa, o sujeito de direitos é o próprio fundamento do direito. E o direito nada mais é do que a construção de uma subjetividade de reivindicação democrática de si perante a sociedade.

A partir dessa compreensão de que a pessoa como indivíduo e sujeito de direitos é o fundamento da gramática jurídica, o trabalho pretendeu examinar muito brevemente as contradições dogmático-regulatórias dos institutos jurídicos que conformam o conceito de pessoa no direito. Ao final, um rápido exame do conceito de interpelação e do próprio sentido da dogmática jurídica viabilizou a crítica à regulação atual, rígida e contraditória do conceito de pessoa. Foi esboçada então uma regulação mais dinâmica para o processo de subjetivação, conforme as demandas sociais contemporâneas.

Este artigo é apenas o primeiro rascunho de um projeto de trabalho maior, em que será necessário realizar um mapeamento teórico e empírico das demandas sociais por regulação dinâmica das identidades, especialmente as reivindicações relacionadas ao nome, ao sexo, à nacionalidade e ao parentesco. O objetivo final é formular uma perspectiva contemporânea, aberta e autônoma do conceito de pessoa no direito.



## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebenneichler. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 30, p. 93-124, jan./jun. 2013.

BAUBÖCK, Rainer. **Democratic inclusion**: In dialogue. Manchester: University Press, 2018.

BAUBÖCK, Rainer (Ed.). **Migration and Citizenship**: Legal Status, Rights and Political Participation. Amsterdam: University Press, 2006.

BROWN, Wendy. Suffering the Paradoxes of Rights. In: BROWN, Wendy; HALLEY, Janet (Ed.). **Left Legalism/Left Critique**. Durham; London: Duke University Press, 2002, p. 420-434.

BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? **Cadernos Pagu**, São Paulo, n. 21, p. 219-260, 2003.

BUTLER, Judith. **Relatar a si mesmo**: crítica da violência ética. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

BUTLER, Judith. What is Critique? An Essay on Foucault's Virtue. In: INGRAM, David (ed.). **The Political**: Readings in Continental Philosophy. Malden: Blackwell, 2002. p. 212-226.

CARSTEN, Janet. **After Kinship**. Nova Iorque: Cambridge, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FONSECA, Claudia. **Parentesco, Tecnologia e Lei na Era do DNA**. Rio de Janeiro: UERJ, 2014.

GOHN, Maria da Glória Marcondes. **Teorias dos movimentos sociais**: paradigmas clássicos e contemporâneos. São Paulo: Loyola, 2012.

JOAS; Hans; KNÖBL, Wolfgang. **Teoria social**: vinte lições introdutórias. Petrópolis: Vozes, 2017.

LAPIERRE, Nicole. **Changer de nom**. Paris: Folio, 2006.

MAGNO, Patrícia. Refugiado, cidadão universal: uma análise do direito à identidade pessoal. **Universitas Relações Internacionais**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 15-32, jan./jun. 2012.

MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, a. 2, n. 10, p. 11175-11211, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin. Sobre o Nome da Pessoa Humana. **Revista da EMERJ**, v. 3, n. 12, 2000.

NEUMANN, Franz. **O império do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 109, p. 13-83, jul./dez. 2014.

NOBRE, Marcos. **A Teoria Crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**: Parte Especial. Tomo VII. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

POUPART, Jean; DESLAURIERS, Jean-Pierre; GROULX, Lionel-H. et al. **A pesquisa qualitativa**: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Vozes, 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A desintegração do status quo: direito e lutas sociais. **Novos Estudos**, n. 96, p. 49-66, jul. 2013a.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. PÜSCHEL, Flávia Portela; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. (Org.). **Dogmática é conflito**: uma visão crítica da racionalidade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013b.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Fuga do direito**: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Utopias” institucionais antidiscriminação: as ambiguidades do direito e da política no debate feminista brasileiro. **Cadernos Pagu**, São Paulo, n. 45, p. 297-329, 2015b.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flávia Portela; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. O raciocínio jurídico-dogmático e suas relações com o funcionamento do poder Judiciário e a democracia. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. PÜSCHEL, Flávia Portela; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. (Org.). **Dogmática é conflito**: uma visão crítica da racionalidade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Simone Schuck da. **Fora da norma?** Conflitos dogmáticos nas demandas por retificação de nome e sexo no registro civil. 2017. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro**: Temas de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

# MATERNIDADE E DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL: O TRABALHO DA MULHER SOB UMA PERSPECTIVA MARXISTA-PACHUKANIANA

*Thamiris Evaristo Molitor*  
(DHCTEM - USP)  
thamiris.evaristo@gmail.com<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este artigo pretende abordar de maneira histórica a proteção à maternidade no direito do trabalho brasileiro e sua influência na transição da posição da mulher até ser considerada sujeito de direito, ou seja, livre, igual e proprietária. A análise foi feita pela revisão bibliográfica acerca do marco teórico escolhido, que é a análise pachukaniana do direito, e também acerca de reflexões sobre o trabalho da mulher na tradição marxista. Foi pesquisada, ainda, a normativa brasileira pertinente de acordo com cada momento histórico. Inicialmente o trabalho discute a pertinência do método de análise da forma jurídica escolhida para, após, analisar o percurso histórico jurídico brasileiro acerca da questão da maternidade no direito brasileiro.

**Palavras-chave:** Maternidade. Trabalho. Pachukanis.

## 1 INTRODUÇÃO

Tratará o presente artigo de uma breve investigação histórica sobre o surgimento da proteção da maternidade no direito do trabalho brasileiro para que se possa, então, analisar a especificidade do tratamento conferido ao trabalho das mulheres através do método materialista histórico-dialético. Ou seja, no percurso da pesquisa apresentada será possível perceber que a proteção conferida à maternidade da mulher trabalhadora foi a primeira norma jurídica a tratar as mulheres de maneira equiparada aos homens – e não mais às crianças.

Nesse sentido, entende-se que a conformação das mulheres enquanto sujeitos de direito, conceito entendido a partir das obras de Karl Marx e Evgeni Pachukanis, teve sua centralidade no processo de proteção da maternidade da mulher trabalhadora. Ou seja, mesmo a igualdade jurídica formal de gênero deveu-se, em grande medida, à centralidade do trabalho no capitalismo. Tal igualdade deu-se, de todo modo, de maneira tardia em comparação a conformação dos homens trabalhadores como sujeitos de direito, que passaram a ser livres e iguais aos proprietários dos meios de produção para firmar contratos.

Os objetivos são, nesse sentido, apresentar as circunstâncias históricas em que surgiram as normas trabalhistas de proteção à maternidade e analisar as próprias normas a partir do método de análise marxista-pachukaniano do direito. Através da recuperação histórica do contexto brasileiro do período, busca-se aplicar o método de crítica pachukaniana do direito às normas de direito laboral produzidas no Brasil no momento histórico em que se pode identificar como a passagem do nosso país para o modo de produção capitalista. Nesse momento, a forma jurídica

---

<sup>1</sup> Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Centralidade do Trabalho e Marxismo, vinculado ao Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo.

passa a fazer um esforço para que todos os membros da classe trabalhadora, passando a incluir as mulheres, sejam tratados como sujeitos de direito que podem livremente dispor de sua força de trabalho em troca de salário. A maternidade tanto teve importância nessa passagem que a aposentadoria com menor tempo de contribuição para as mulheres apenas surgiu décadas depois da proteção à maternidade pela seguridade social.

O método de investigação a ser utilizado, dessa maneira, será a revisão bibliográfica de obras acerca tanto da história brasileira quanto dos direitos das mulheres no âmbito laboral. Também serão analisadas obras sobre o método marxista-pachukaniano de investigação da forma jurídica. Por fim, os próprios instrumentos jurídicos de proteção da maternidade da mulher trabalhadora serão analisados.

## **2 A ANÁLISE MARXISTA-PACHUKANIANA DA FORMA JURÍDICA**

Na análise pachukaniana da forma jurídica, o direito é entendido como instrumento específico do capitalismo interdependente à forma valor. Por sua vez, para se falar em teoria do valor de Marx é essencial o entendimento sobre a forma mercadoria para esse autor: a mercadoria, no capitalismo, é produzida para compra e venda, e não para uso do próprio produtor. A objetividade de seu valor é social, ou seja, “só pode se manifestar numa relação social entre mercadorias” (MARX, 2013, p. 125) e na medida em que são expressões da mesma unidade: o trabalho humano. O processo de trabalho cria o valor, ou mais-valor, que se incorpora nas mercadorias:

Entretanto, conforme lição de Marx, "as mercadorias não podem ir por si mesmas ao mercado e trocar-se umas pelas outras" (MARX, 2013, P. 159), é necessário que as pessoas sejam entendidas como iguais, livres e proprietárias para que possam efetuar essas trocas. Essas pessoas são os sujeitos de direito, sobre as quais irá teorizar Evgeni Pachukanis em sua análise sobre a teoria geral do direito (PACHUKANIS, 2017), que portam as mercadorias e as trocam por outras que sejam consideradas equivalentes, a fim de que haja circulação de riquezas. Ocorre que a valorização da mercadoria, que permite a acumulação de capital, se dá no processo de produção através da compra da mercadoria força de trabalho, e não no de circulação – ou seja, na venda no mercado com preço acima do que o vendedor o adquiriu – como a ideologia capitalista deixa parecer.

Desse modo, o fetichismo da mercadoria, segundo Pachukanis, completa-se a partir da noção de fetichismo do sujeito de direito (PACHUKANIS, 2017, p. 146), considerando que o vendedor vai ao mercado trocar sua mercadoria “escondido” na relação social das coisas a serem

trocadas. Esses vendedores são, propriamente, os sujeitos de direitos, ou seja, são pessoas dotadas da subjetividade jurídica que foi desenvolvida na passagem do modo de produção feudalista para o capitalista, momento em que ocorre a dissolução das relações orgânicas patriarcais do feudalismo. Esse momento da transição entre modos de produção é essencial para a conformação da forma jurídica no capitalismo, principalmente no que se refere à questão da desigualdade de gênero, trazida para discussão nesse trabalho. Conforme pesquisa da historiadora Federici (FEDERICI, 2017), o momento da baixa Idade Média foi essencial para a desvalorização da figura da mulher e de seu trabalho, o que deve ser levado em consideração para análise da conformação da mulher como sujeito de direito no capitalismo. As relações sociais passaram, após essa transição, a serem baseadas na "autonomia da vontade" jurídica: todos passam a poder livremente negociar e firmar contratos, sendo considerados como iguais para tanto. Nas palavras do próprio Marx:

“(...) a força de trabalho só pode aparecer como mercadoria no mercado na medida em que é colocada à venda ou é vendida pelo seu próprio possuidor, pela pessoa da qual ela é a força de trabalho. Para vendê-la como mercadoria, seu possuidor tem de poder dispor dela, portanto, ser o livre proprietário de sua capacidade de trabalho, de sua pessoa. Ele e o possuidor de dinheiro se encontram no mercado e estabelecem uma relação mútua como iguais possuidores de mercadorias, com a única diferença de que um é comprador e o outro, vendedor, sendo ambos, portanto, pessoas juridicamente iguais. A continuidade dessa relação requer que o proprietário da força de trabalho a venda apenas por um determinado período, pois, se ele a vende inteiramente, de uma vez por todas, vende a si mesmo, transforma-se de um homem livre num escravo, de um possuidor de mercadoria numa mercadoria. Como pessoa, ele tem constantemente de se relacionar com sua força de trabalho como sua propriedade e, assim, como sua própria mercadoria, e isso ele só pode fazer na medida em que a coloca à disposição do comprador apenas transitoriamente (...).” (MARX, 2013, pp. 242-243).

Dessa maneira, o caráter misterioso da mercadoria se encontra com o caráter misterioso do sujeito de direito - livre, igual e proprietário - que não dispõe de nenhuma propriedade a não ser a sua capacidade de trabalhar mas que pode livremente pactuar contratos com os donos do meio de produção a partir do mesmo patamar jurídico, pois são iguais perante a forma jurídica, diferentemente de como ocorria com os servos e senhores no feudalismo. O direito, então, é entendido como uma forma de equivalência subjetiva que faz circular as próprias pessoas como mercadoria, submetendo os seres humanos a “um processo de espoliação de sua capacidade de trabalho sem, não obstante isso, perder a liberdade, a autonomia de sua vontade livre” (NAVES, 2014, p. 86).

Destarte, a classe trabalhadora apenas dispõe da mercadoria força de trabalho para trocar no mercado por um equivalente em salário, o qual usará para sua subsistência e de sua família. O contrato individual de trabalho se confunde com o próprio direito de propriedade, no sentido de que “o trabalhador não tem outro ‘direito’ que não seja o de vender sua força de trabalho e

receber o ‘preço’ sob a forma de salário” (EDELMAN, 2016, p. 29). Ou seja, o trabalhador e a trabalhadora possuem como propriedade apenas o próprio corpo, o qual precisam “alugar” ao capitalista (vender a força de trabalho) para prover sua sobrevivência. Segundo Edelman, nesse sentido, o contrato de trabalho reproduz a relação entre capital e trabalho e completa os direitos do trabalhador “sob a forma de salário” (EDELMAN, 2016, p. 29).

A questão é que essa, *em tese*, troca de equivalentes mediada pela forma jurídica encoberta o fato de que a força de trabalho é a mercadoria essencial para a produção de valor no capitalismo, já que o que cria valor é o processo de produção – incorporação do trabalho vivo nas mercadorias – e não a circulação. O preço pago pelo capitalista ao trabalhador pela sua jornada de trabalho (salário) é menor do que o valor que o trabalhador produz, com o auxílio dos meios de produção (MARX, 2013, p. 270). Esse é o segredo do capital: é pago ao trabalhador pela sua jornada inteira de trabalho apenas as horas que correspondam ao suficiente para mantê-lo vivo e a “sobra” produzida nas demais horas da jornada é apropriada pelo capitalista sendo denominada de “mais-valia” ou “mais-valor”. Ou seja, a “(...) taxa de mais-valor é, assim, a expressão exata do grau de exploração da força de trabalho pelo capital ou do trabalhador pelo capitalista” (MARX, 2013, p. 294). Por isso a indicação de que a troca de equivalentes é *em tese*, pois o trabalhador produz mais valor em sua jornada do que o que recebe em troca na forma de salário.

## **2.1 Análise de gênero a partir da metodologia apresentada**

Antes de encerrar a análise sobre as teorias pachukanianas e marxistas do direito, importante indicar que a discussão sobre marxismo e gênero vem sendo feita por diversas estudiosas e estudiosos do tema (exemplos: TOLEDO, 2008; SOUZA-LOBO, 2011; NOGUEIRA, 2011; SAFFIOTI, 2013; FEDERICI, 2015; FEDERICI, 2017; MOLITOR, 2018). As discussões feministas marxistas abarcam temas sobre a reprodução da classe trabalhadora, a passagem da idade média para o capitalismo, o trabalho produtivo da mulher, a forma jurídica etc.

A reprodução da família trabalhadora assume, nessa abordagem teórica, um nítido caráter de gênero. A mulher trabalhadora, além de estar no espaço produtivo, é responsável não só pela reprodução no sentido biológico – de aumentar a classe trabalhadora ao gerar filhos – mas também no sentido de executar os trabalhos domésticos para que as famílias sobrevivam – ao preparar os alimentos, lavar as roupas etc. As atividades realizadas no âmbito privado são feitas quase em sua totalidade pelas mulheres e reproduzem a principal mercadoria do capitalismo, a força de trabalho. Portanto, importante destacar que a mera relação de equivalência de compra e venda da força de trabalho não resolve a sobrevivência da classe trabalhadora. A essencialidade

do trabalho reprodutivo para a sobrevivência do modo de produção capitalista, em geral, não é analisada quando autores marxistas que não discutem a questão de gênero no capitalismo estão discutindo a relação de equivalência e forma jurídica.

Dessa forma, destaque-se que as mulheres não recebem pelo trabalho reprodutivo, ao menos de maneira “direta” como o salário, um equivalente pelo uso de sua força de trabalho no ambiente doméstico:

Não podemos esquecer, entretanto, que não existe a força de trabalho sem a existência do trabalhador(a), o(a) qual foi gerado(a) e mantido(a) por uma mulher. Portanto, a venda da força de trabalho do proletário(a) é garantida pelas atividades domésticas realizadas, na grande maioria das vezes, pela mulher, quer ela seja uma trabalhadora produtiva ou não. (NOGUEIRA, 2011, p. 169).

O equivalente pago aos trabalhadores e às trabalhadoras na esfera vista como tipicamente produtiva considera a quantia de salário necessária para reprodução da força de trabalho no sentido de possibilitar a compra dos meios de subsistência, e não considera, ao menos de maneira clara, o trabalho doméstico necessário para que tais meios de subsistência possam ser preparados (por exemplo: ALTHUSSER, 1996, p. 107).

Importante, então, indicar a discussão existente sobre o trabalho da mulher na tradição marxista e, principalmente, na teoria acerca da forma jurídica. Apesar de não ser um assunto discutido diretamente por Pachukanis, este autor forneceu instrumentais para que outros estudiosos e estudiosas do tema o fizessem. Indicamos, ainda, que a metodologia materialista histórico dialética se mostra uma importante ferramenta para a discussão da forma jurídica e das diferenciações operadas dentro da classe trabalhadora, como de gênero e de raça (que provoca queda nos salários de todos).

### **3 HISTÓRIA DO BRASIL E PROTEÇÃO À MATERNIDADE DA MULHER TRABALHADORA**

A primeira norma brasileira que faz referência à questão da maternidade é a lei estadual nº 1.596<sup>2</sup>, de 29 de dezembro de 1917, do estado de São Paulo. Tal lei previa que as mulheres durante o último mês de gravidez e o primeiro do puerpério não poderiam trabalhar em estabelecimentos industriais. Essa regulamentação ainda é bem incipiente, tendo em consideração que proíbe o trabalho das gestantes apenas nas indústrias e silencia sobre o pagamento de auxílio às mães. Ou seja, a mulher não podia trabalhar nesse período, mas não

---

<sup>2</sup> SÃO PAULO (Estado). Lei n.º 1.596, de 29 de dezembro de 1917. Reorganiza o Serviço Sanitário do Estado. *Secretaria dos Negócios do Interior*, São Paulo, SP, 7 jan. 1918. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1917/lei-1596-29.12.1917.html>>. Acesso em 10 nov. 2018.

contava com salário para tornar possível sua própria subsistência enquanto força de trabalho e também a reprodução da classe.

A análise do contexto histórico brasileiro em 1917 nos fornece algumas pistas sobre a motivação para o surgimento dessa regulamentação. A abolição oficial da escravatura, a Lei Áurea de 1888, houvera sido assinada há menos de trinta anos após décadas de declínio da utilização dessa forma de exploração de trabalho. Ou seja, a força de trabalho brasileira ainda estava sendo “moldada” ao trabalho livre (KOWARICK, 1994).

É das sobras da força de trabalho resultante do processo de importação de mão de obra estrangeira que a nascente indústria brasileira se aproveitou para expandir o capital fabril. Nesse contexto, os espaços reservados às mulheres nesse processo, principalmente das mulheres negras no mercado de trabalho brasileiro pós-escravidão, eram de “trabalho desqualificado e mal pago, que compreendia as atividades de subsistência desvalorizadas na economia de exportação que produzia para o lucro.” (TELLES, 2013, p. 47). Ao final do século XIX, o povo brasileiro, no geral, era pobre e rural (MOTA; BRAICK, 2003, p. 402).

Nesse curto tempo entre a proclamação da república e a industrialização brasileira, ocorreu um período conturbado e instável politicamente da história nacional, tendo inúmeras revoltas e manifestações populares como a revolta da armada, canudos etc. Inclusive, não só o Brasil, mas também o resto do mundo, passava por intensa crise econômica. Com o esforço empreendido para o desenvolvimento da indústria brasileira, as cidades passaram a crescer e a população foi deixando o campo em busca de trabalho nas cidades. Entretanto, as cidades brasileiras não tinham, nesse momento, estrutura para receber toda a população rural que estava migrando (SCHWARCZ; STARLING, 2018, 325-337). A constituição brasileira de 1891, em vigor à época, não garantia nenhum direito social aos trabalhadores e às trabalhadoras e somando as péssimas condições de vida às deploráveis condições sanitárias do meio urbano, haviam temores com relação à reposição populacional da classe trabalhadora: é nesse contexto que surge essa norma.

Após, já na década de 1920 é editado o decreto federal nº 16.300/1923<sup>3</sup>, o qual passa a vincular todos os estados da federação, que estabelece, dentre outros dispositivos, que seria facultado às mulheres “o repouso de trinta dias antes e trinta dias depois do parto”, que as empresas facultariam “o ensejo necessario” (sic) para que as empregadas pudessem amamentar

---

<sup>3</sup> BRASIL. Lei n.º 16.300, de 31 de dezembro de 1923. Approva o regulamento do Departamento Nacional de Saude Publica. *CLBR*, Rio de Janeiro, RJ, 1923. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/D16300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D16300.htm)>. Acesso em 10 nov. 2018.



os bebês e que organizariam “caixas a favor das mães pobres” para que “as operarias possam, sem prejuízo, dispensar cuidados aos filhos” (sic), e que haveria “crèches, ou salas de amamentação, situadas próximo da sede dos trabalhos” (sic) para que as mães pudessem amamentar os filhos de duas a três vezes entre intervalos regulares.

Ainda nesse momento não havia sido estabelecido o salário-maternidade, entretanto, começa a aparecer certa preocupação da classe capitalista em socializar os custos com a reprodução da classe trabalhadora, visando a garantir meios de subsistência para que as mulheres trabalhadoras tivessem algum nível de proteção econômica à maternidade. Para o desenvolvimento da mulher enquanto sujeito de direito esse decreto foi importante visto que foi um primeiro passo para que as mulheres passassem a receber o equivalente em salário pelo seu trabalho reprodutivo. Ou seja, para se tornar igual ao homem trabalhador é necessário, nesse sentido, que a mulher receba salário no período em que para de trabalhar para exercer os cuidados com a prole da classe explorada.

No momento da edição de tal ato normativo, também é necessário registrar, a população brasileira estava passando por uma transição de alta taxa média de crescimento populacional para o nível mais baixo do século (IBGE, 2006). A convenção nº 3 da Organização Internacional do Trabalho foi elaborada em 1919, ao final da Primeira Guerra Mundial e em período próximo à normativa citada acima, e ratificada pelo Brasil em 1934 – tendo sido promulgado o decreto nº 423/1935 para que tal convenção vigorasse em território nacional –, já previa que seriam os cofres públicos que pagariam as licenças maternidade. Essa convenção foi depois denunciada e passou a valer, sobre esse assunto, a convenção nº 103, aprovada em 1952. Por fim, ela foi revista e hoje vigora a convenção nº 183, não ratificada pelo Brasil pois alarga o conceito de trabalhadora para incluir as mulheres que trabalham na “informalidade”, sem carteira assinada. Foram feitas, também, as recomendações sobre proteção à maternidade nº 12, em 1921, e nº 95, em 1952.

Quando o decreto federal supracitado foi formulado já existia recomendação da OIT no sentido de o estado assumir o pagamento do salário-maternidade. Pode-se indicar que os países do centro do capitalismo perceberam a importância do incentivo à natalidade e estavam em posição de recomendar aos países mais pobres que também assim o fizessem. Além de incentivar a proteção da maternidade como forma de proteger o próprio capitalismo, tais países ainda iriam contar com vantagem na própria concorrência capitalista mundial, pois seria mais penoso para os países de capitalismo mais atrasado arcarem com os custos dessa proteção.

Prosseguindo, em 1929 se inicia grande crise econômica mundial, motivada pelo *crash* da bolsa de valores de Nova York. Com a quebra da bolsa ocorre redução do investimento estrangeiro

nos países periféricos do capitalismo, inclusive no Brasil, reduzindo, assim, a atividade industrial. A queda nos investimentos provoca desaceleração da nascente indústria brasileira, ocasionando desemprego e queda nos salários da classe trabalhadora. No contexto do Brasil, com o fim da república oligárquica em 1930 é provocada uma ruptura institucional em meio à recessão econômica levando Getúlio Vargas a assumir a presidência nesse cenário. Uma das principais características desse governo é o controle das relações trabalhistas pelo estado, inclusive o controle dos sindicatos. Nesse momento começa a haver regulamentação de várias questões ligadas ao trabalho e, dentre elas, estava a questão do trabalho da mulher.

Assim, é promulgado o decreto federal nº 21.417A/1932<sup>4</sup>, que estabeleceu que “sem distinção do sexo, a todo trabalho de igual valor correspondente salário igual” e várias novas medidas para proteção de gestante. Foi um passo importante, a nosso ver, para o reconhecimento da mulher como sujeito de direito no Brasil as duas medidas serem estabelecidas no mesmo instrumento normativo:

No mesmo momento em que a mulher é reconhecida como sendo diferenciada em relação ao homem enquanto força de trabalho – pelo tratamento especial concedido à maternidade – também se passa a considerar como não sendo permitida, ao menos formalmente, a diferenciação salarial entre homens e mulheres para a mesma função na produção capitalista, o que “eleva” o *status* do trabalho da mulher ao ser equiparado ao trabalho dos homens, e não mais ser considerado como similar ao trabalho das crianças.

Em 1943, então, é promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho, que sistematizou as normas esparsas produzidas ao longo do século XX, em uma tentativa de pacificar o conflito entre trabalho e capital. Tal sistematização ocorreu em meio à Segunda Guerra Mundial, momento em que a “ameaça comunista” rondava o mundo. A revolução russa de 1917 – a União Soviética – estava se consolidando e o “espectro” do comunismo ameaçava os países capitalistas. Com o fim da Segunda Guerra Mundial e início da Guerra Fria, período de embate sem violência direta entre os mundos capitalista e socialista, que durou aproximadamente até o ano de 1989, os governos latino americanos “adotaram um comportamento paternalista e autoritário: ao mesmo tempo em que concediam direitos aos trabalhadores, mantinham-nos sob estreita vigilância e controle permanente” (MOTA; BRAICK, 2003, p. 495).

---

<sup>4</sup> BRASIL. Decreto n.º 21.417, de 17 de maio de 1932. Regula as condições do trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 mai. 1932. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>>. Acesso em 10 nov. 2018.

No contexto brasileiro, durante a Guerra Fria assume o presidente João Goulart, que propõe as chamadas reformas de base e em 1959 houve, então, a reação conservadora que levou ao Golpe Militar no Brasil em 1964 (e em outros países latino-americanos no mesmo período). Logo no início da ditadura foi adotada uma política econômica deflacionária, provocando congelamento de salários e diminuição no poder de compra dos trabalhadores.

É nesse contexto que surge a lei federal nº 6.136/1974, que transferiu para o INSS o salário-maternidade, a fim de retirar todo e qualquer ônus do empregador para proteção à maternidade das trabalhadoras (BARROS, 1995, pp. 55-56), não se olvidando a importância das lutas feministas que reivindicavam acesso a métodos contraceptivos, equiparação salarial etc. O salário-maternidade passa, então, a ser benefício previdenciário, o que aumenta a segurança das trabalhadoras, em alguma medida, para que possam engravidar enquanto estão contratadas, não olvidando que o Brasil não é signatário da convenção nº 183 da OIT conforme indicado acima.

Já ao final desse período de autoritarismo, a insatisfação popular se agravou, grandes greves foram organizadas pela classe trabalhadora, como as grandes greves ocorridas entre 1978 e 1980, além da greve geral de 1983. Com grande oposição popular, chegou ao fim a ditadura empresarial-militar. Inicia-se, assim, o período denominado de redemocratização do país.

Enquanto o governo federal implementava diferentes planos para tentar controlar a economia, foi promulgada a Constituição Federal de 1988. Seu artigo 6º estabeleceu que “trabalho” e “proteção à maternidade e à infância” seriam direitos sociais. O artigo 7º previu os direitos mínimos dos trabalhadores urbanos e rurais, entretanto, em seu parágrafo único criou uma exceção aos trabalhadores domésticos. Até 2013, quando foi aprovada a emenda constitucional n.º 72, essas trabalhadoras (pois são em sua maioria mulheres) não tinham assegurados todos os direitos previstos nos incisos do artigo 7º. Essa emenda constitucional, e a lei complementar nº150/2015 que a regulamentou, são simbólicas no sentido de que ainda nessa década algumas trabalhadoras não eram consideradas nem formalmente como sujeito de direito pela forma jurídica brasileira.

Importante, também, destacar que apenas após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que foi revogado expressamente o artigo 446 da CLT, pela lei 7.855/1989. Entende-se que tal artigo já havia sido revogado tacitamente a partir da promulgação da lei 4.121/1962 (o Estatuto da Mulher Casada), que deixou de considerar as mulheres como relativamente incapazes. Esse é um marco para se considerar a mulher como proprietária da sua própria força de trabalho. Veja-se o dispositivo:

Art. 446. Presume-se autorizado o trabalho da mulher casada e do menor de 21 anos e maior de 18. Em caso de oposição conjugal ou paterna, poderá a mulher ou o menor recorrer ao suprimento da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único: Ao marido ou pai é facultado pleitear a rescisão do contrato de trabalho, quando a sua continuação for suscetível de acarretar ameaça aos vínculos da família, perigo manifesto às condições peculiares da mulher ou prejuízo de ordem física ou moral para o menor.

No governo de Fernando Collor de Mello foi editada a lei federal nº 8.213/1991, que dispôs sobre os planos de benefícios da previdência social. Tal lei manteve a previsão de que o salário-maternidade seria de responsabilidade do estado, assim como o fato de que é necessário ter algum vínculo de emprego ou ser contribuinte individual para fazer jus a essa proteção, contrariando o que foi estabelecido pela OIT em 2000 na Convenção nº 183, não ratificada pelo Brasil.

Já no governo de Fernando Henrique Cardoso é promulgada a lei federal nº 9.029/1995. Tal lei estabeleceu a proibição de prática discriminatória para contratação de força de trabalho, classificando como discriminatória, por exemplo, a prática de “exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez”, assim como controle de natalidade, sendo tal conduta tipificada como crime por essa lei. Apesar de não termos encontrado dados concretos sobre a efetividade de tal lei, visto que trata de uma situação pré-contratual em que uma das partes é muito mais vulnerável, ela demonstra preocupação governamental no tratamento formal da mulher enquanto sujeito livre e igual, conforme vimos demonstrando, visto que a gravidez não é uma questão quando se está contratando trabalhadores (nem com relação às esposas deles).

Por fim, em 2003, iniciaram-se os governos petistas. A lei federal nº 12.873/2013 alterou a lei federal nº 8.213/1991 para inserir um dispositivo determinando que o(a) segurado(a) da Previdência Social que adotasse uma criança deveria receber o salário-maternidade. Assim, a partir dessa disposição os pais e mães adotivos também puderam contar com a proteção à maternidade e paternidade. Mesmo que a criança não seja filha biológica do trabalhador ou da trabalhadora, o capital passou a proteger essa relação.

Em 2017, então, é aprovada a reforma trabalhista, a qual altera a Consolidação das Leis do Trabalho e traz novidades com relação ao trabalho da gestante e proteção à maternidade. Trata-se da lei federal nº 13.467/2017. O artigo 394-A foi alterado para que a empregada gestante pudesse trabalhar em atividades insalubres em grau médio ou mínimo, a menos que haja atestado médico em sentido contrário. O artigo 396 passou a prever que os horários para amamentação seriam previstos em acordo individual entre empregador e empregada. Em ambos os casos essas

alterações podem significar que o empregador decidirá como será feito, visto que é a parte com mais poder nessa relação e a trabalhadora temerá perder o emprego.

Também foi estabelecido no artigo 611-B os direitos dos trabalhadores e trabalhadoras que não podem ser objeto de negociação por parte dos sindicatos. No inciso XIII consta a “licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias”. Assim, é previsto explicitamente que a licença-maternidade, como direito constitucional, não pode, a partir da forma jurídica brasileira, ser negociada entre sindicato e empregadores. Essa proibição tem coerência interna no sistema jurídico discutido considerando que tal negociação poderia contrariar toda a construção feita pela forma do contrato no capitalismo brasileiro de não deixar a proteção da reposição populacional da classe trabalhadora sob a responsabilidade de capitalistas individuais.

Assim, feita essa breve análise da história do Brasil relacionada aos dispositivos que tratam da proteção à maternidade das trabalhadoras pelo direito do trabalho, entendemos que fica demonstrada a contribuição desse histórico para se refletir acerca da construção do sujeito de direito das mulheres em nosso país. O tratamento das trabalhadoras enquanto sujeitos livres e iguais aos homens, além de proprietária de sua própria força de trabalho, apenas foi possível a partir da preocupação da classe exploradora com a proteção da reposição populacional da classe trabalhadora.

#### **4 CONCLUSÃO**

O presente artigo pretendeu, a partir do método pachukaniano de pesquisa do direito, fazer um breve histórico de como se deu no Brasil a conformação da mulher enquanto sujeito de direito livre, igual e proprietária ao analisar as normativas editadas em cada período histórico com relação à proteção da mulher trabalhadora. O tratamento dispensado à maternidade das trabalhadoras é central, nesse sentido, para uma análise de gênero no direito do trabalho.

Ao se comparar os institutos jurídicos de proteção à maternidade com o período histórico e os dados acerca da natalidade no país, pode-se concluir que havia uma preocupação de conservação da reposição populacional, para que o capitalismo brasileiro não entrasse em ruína, maior do que em proteger, de fato, as mulheres da classe trabalhadora. Além disso, a partir dessas normas visando à proteção da maternidade, que começaram a surgir com mais frequência e força normativa no século XX, as mulheres foram paulatinamente sendo “elevadas” à condição de sujeitos de direito, com revogação, inclusive recente, de normas que não as tratavam como sujeitos livres, iguais e proprietárias de sua própria força de trabalho (capazes de ir ao mercado e vendê-la sem autorização do marido ou do pai).

Para se chegar a tais conclusões inicialmente foi feito um resumo acerca da metodologia marxista-pachukaniana de estudo da forma jurídica. Essa matriz teórica vem sendo utilizada por pesquisadores e pesquisadoras para análise do direito e do capitalismo, considerando que entende o direito enquanto forma específica desse modo de produção que regulamenta as trocas comerciais, ou seja, está intimamente ligado à forma valor e à forma mercadoria. A forma jurídica, nesse contexto, é responsável principalmente por entender os trabalhadores e as trabalhadoras enquanto sujeitos de direito que podem livremente dispor de sua única mercadoria, a força de trabalho. Ocorre que para que seja efetuada a troca da força de trabalho por salário é essencial que, conforme análise do presente trabalho, as trabalhadoras sejam vistas não só como capazes de vender sua força de trabalho como também que fossem livres para assim o fazer sem a permissão de um homem, como o pai ou o marido.

Nesse sentido, é essencial o estudo da forma jurídica através de uma perspectiva que considere gênero. Ou seja, a mulher trabalhadora enfrenta e enfrentou obstáculos específicos em sua luta por reconhecimento. Acima disso, é de suma importância o reconhecimento das diferenças entre trabalhadores e trabalhadoras para que estes possam, inclusive, entender-se enquanto da mesma classe através da centralidade do trabalho.

## REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. Ideologia e aparelhos ideológicos de Estado. In: ZIZEK, Slavoj. **Um mapa da ideologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BARROS, Alice Monteiro de. **A Mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1995.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística; Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Estatísticas do Século XX**. Rio de Janeiro: IBGE, 2006. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv37312.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2018.

EDELMAN, Bernard. **A legalização da classe operária**. São Paulo: Editora Boitempo, 2016.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. São Paulo: Elefante, 2017.

KOWARICK, Lúcio. **Trabalho e vadiagem: A origem do trabalho livre no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1994.

MARX, Karl. **O Capital: crítica da economia política, livro 1**. São Paulo: Editora Boitempo, 2013.

MOLITOR, Thamiris Evaristo. **O sujeito de direito a partir da proteção da maternidade pelo direito do trabalho brasileiro: Uma análise materialista histórico-dialética na perspectiva de gênero**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

\_\_\_\_\_. Forma jurídica e gênero: uma análise pachukaniana. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, vol. 5, p. 132-156, 2018.

MOTA, Myriam Becho; BRAICK, Patricia Ramos. **História das cavernas ao terceiro milênio: programa completo de: pré-história e de história antiga, medieval, moderna, contemporânea, da América e do Brasil**. 2 ed. São Paulo: Moderna, 2003.

NAVES, Márcio Bilharinho. **A questão do direito em Marx**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014.

NOGUEIRA, Claudia Mazzei. **O trabalho duplicado – a divisão sexual no trabalho e na reprodução: um estudo das trabalhadoras do telemarketing**. 2ª Edição. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

PACHUKANIS, Evgeni. **A Teoria Geral do Direito e o Marxismo e Ensaios Escolhidos (1921-1929)**. São Paulo: Sundermann, 2017.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **A mulher na sociedade de classes: mito e realidade**. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. **Brasil: uma biografia**. 2 ed. São Paulo: Cia das Letras, 2018.

SOUZA-LOBO, Elisabeth. **A classe operária tem dois sexos**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011.

TELLES, Lorena Féres da Silva. **Libertas entre sobrados: mulheres negras e trabalho doméstico em São Paulo (1880-1920)**. São Paulo: Alameda, 2013.

TOLEDO, Cecília. **Mulheres: o gênero nos une, a classe nos divide**. 2 ed. São Paulo: Sunderman, 2008.

**RESUMO:** Trata-se de pesquisa bibliográfica, pela qual se pretende abordar o conceito de movimentos sociais em rede, bem como tratar de seu papel de expressão de contrapoder na sociedade contemporânea (informacional ou em rede). Propõe-se a realização de uma reconstrução teórica sumária acerca do tema, utilizando-se da perspectiva sociológica desenvolvida por Manuel Castells. Parte-se da hipótese de que essa nova espécie de movimentos sociais, em suas demandas por direitos desencadeadas pela emoção negativa do medo, pode fazer uso da internet e de suas ferramentas para mobilizar suas ações e maximizar sua eficácia, atingindo um número maior de pessoas em menor espaço de tempo. O ciberespaço, portanto, pode ser utilizado como campo favorável para conquistas reais (do virtual para o real).

**Palavras-chave:** Movimentos sociais. Sociedade em Rede. Contrapoder.

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo, resultado de pesquisa bibliográfica, tem como objeto o estudo dos movimentos sociais e de suas demandas por direitos num ambiente específico: o ciberespaço. Utiliza-se, como referencial teórico primário, a perspectiva sociológica desenvolvida por Manuel Castells, na trilogia da *Era da Informação* (1996; 1997; 2000) e em sua obra de divulgação sobre o tema, *Redes de Indignação e Esperança* (2012).

Parte-se do pressuposto de que o ciberespaço proporciona novas possibilidades de engajamento social, visto que oferece campo para expressão de visões políticas, ação civil e mobilização por reconhecimento de direitos, além de facilitar o surgimento de novos debates, que muitas vezes não encontram amparo no processo político formal. Nesse contexto, ativistas de qualquer causa podem usar as tecnologias de informação do ambiente online para pressionar por uma pauta que encontra dificuldades ou resistências offline.

Propõe-se, por meio de uma abordagem bastante despretensiosa, com base na leitura da obra de Manuel Castells, reflexões sobre conceitos como formação de redes, ação coletiva, movimentos sociais e ocupação do espaço, entendidos como formas de expressão de *contrapoder* frente ao poder instituído. Para fins de apresentação de seus resultados, este texto se divide em duas seções:

Na primeira seção, realiza-se uma breve reconstrução da perspectiva de Castells sobre a sociedade contemporânea, a fim de contextualizar e introduzir a abordagem dos movimentos sociais aqui adotada, bem como de seu papel frente a opressão das redes de poder da sociedade

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Desenvolve pesquisas relacionadas a movimentos sociais, direito e política. É membro do Comitê de Pesquisa "Social Movements, Collective Action and Social Change", da Associação Internacional de Sociologia (ISA), pesquisador do Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS) e Diretor Jurídico do Instituto Social e Cultural "Luz do Faroeste".



informacional. Na segunda seção, examina-se o processo de formação dos movimentos sociais em rede e de suas características distintivas. Trabalha-se com a hipótese de que o *medo*, entendido como emoção negativa, pode eventualmente ser superado pela expressão coletiva da indignação, que se dá pelo compartilhamento e pela identificação de uns com outros num processo de ação comunicativa em rede, desencadeando a *esperança* da possibilidade de mudança.

## 2 MOVIMENTOS SOCIAIS E CONTRAPODER

Este primeiro tópico trata, muito sinteticamente, do papel dos movimentos sociais diante das relações de poder constituídas na sociedade contemporânea, a fim de se construir um panorama geral para apresentação do argumento principal deste artigo, qual seja, a importância da construção e do uso de redes para os movimentos sociais e suas demandas relacionadas a direitos. Parte-se da premissa da qual as relações de poder são constitutivas da sociedade porque aqueles que o detém constroem e atuam nas instituições sociais segundo seus próprios valores e interesses.

Inicialmente, discute-se o próprio conceito de sociedade, a partir da perspectiva oferecida por Manuel Castells em *A Sociedade em Rede*<sup>2</sup> para depois abordar o papel contestador dos movimentos sociais em tempos de “sociedade em rede”.

### 2.1 A Sociedade Informacional: a transformação do espaço e do tempo

Segundo Manuel Castells (2016, p. 61), no fim do século XX, o cenário social da vida humana passou por uma intensa remodelação, cujo núcleo das transformações se deu pela revolução tecnológica, concentrada nas tecnologias da informação e da comunicação. Um novo sistema de comunicação digital e o crescimento exponencial das redes de computadores emolduram uma nova base material da sociedade.

Devido a sua capacidade de infiltração em praticamente todas as esferas da atividade humana, a revolução da tecnologia da informação é o ponto de partida para Castells analisar a complexidade da nova sociedade, a qual dá o nome de Sociedade Informacional, em substituição à sociedade industrial. O termo *informacional* indica uma forma de organização no qual a geração, o processamento e a transmissão de informação são fontes fundamentais de produtividade e poder (CASTELLS, 2016, p. 77).

---

<sup>2</sup> Primeiro livro da trilogia da “Era da Informação”, originalmente publicado em 1996.

De acordo com Castells (2016, p. 88), o que caracteriza a atual revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimentos e informação, mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento/comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso.

Considerando a rapidez do ciclo de realimentação entre a introdução de uma nova tecnologia, seus usos e seus desenvolvimentos em novos domínios, a difusão da tecnologia amplifica seu poder, à medida que os usuários dela se apropriam e a redefinem.

O surgimento da sociedade em rede resulta da interação dessas duas forças relativamente autônomas: desenvolvimento de novas tecnologias e a tentativa da sociedade de reaparelhar-se com o uso do poder da tecnologia (CASTELLS, 2016, p. 115). Há, portanto, a formação de um novo paradigma social, identificado por Castells como o paradigma da tecnologia da informação. Abrangência, complexidade e disposição em forma de rede são seus principais atributos. Os atributos desse novo paradigma representam a base material da sociedade da informação.<sup>3</sup>

Nesse contexto, a internet é, nas palavras de Castells (2016, p. 430), a espinha dorsal da comunicação global. Seu processo de formação e de difusão moldou, de forma definitiva, a estrutura comunicacional das redes. Segundo o autor, o que caracteriza o novo sistema de comunicação é a sua capacidade de inclusão e abrangência de todas as expressões culturais.

Esse novo “sistema de comunicação” transforma, de forma radical, o espaço e o tempo, as duas dimensões fundamentais da vida humana. Localidades ficam despojadas de seu sentido cultural, histórico e geográfico, e se reintegram em redes funcionais que ocasionam um espaço de fluxos que substitui o espaço de lugares. O tempo também é transformado, já que passado, presente e futuro podem ser programados para interagir entre si na mesma mensagem. “O espaço de fluxos e o tempo intemporal são as bases principais de uma nova cultura” (CASTELLS, 2016, p. 458).

Castells (2016, p. 463) observa que tanto o espaço quanto o tempo estão sendo transformados sob o efeito combinado do paradigma da tecnologia da informação e das formas e processos sociais induzidos pelo atual processo de transformação histórica.

Em cada país, sustenta Castells, a arquitetura de formação de redes reproduz-se em centros locais e regionais, de forma que todo o sistema fique interconectado em termos globais, acabando por engendrar, em última instância, um processo denominado pelo autor como *espaço de fluxos*, conceituado como “a organização material das práticas sociais de tempo compartilhado

---

<sup>3</sup> Para uma análise mais detida das características do paradigma da tecnologia da informação, ver Manuel Castells (2016, pp. 123-128).

que funcionam por meio de fluxos” (2016, p. 494). Fluxos de capital, fluxos da informação, fluxos de tecnologia etc., fluxos esses que representam a expressão dos processos que dominam a vida humana. Ainda que as pessoas vivam em determinados lugares, diante da reconfiguração em fluxo, o significado e a dinâmica dos lugares são profundamente alterados na sociedade em rede.

O tempo, por sua vez, é radicalmente transformado sob o paradigma da tecnologia da informação, irremediavelmente relacionado ao surgimento do espaço de fluxos. Segundo Castells (2016, pp. 515-516), as sociedades contemporâneas ainda estão, em grande parte, dominadas pelo conceito de tempo cronológico, mas esse tempo linear, irreversível, mensurável e previsível está sendo fragmentado na sociedade em rede, na qual o tempo passa a ser percebido como fonte de valor, processado e gerenciado como recurso.

Castells (2016, p. 543) propõe a ideia de *tempo intemporal*, que “ocorre quando as características de um dado contexto, ou seja, o paradigma informacional e a sociedade em rede, causam confusão sistêmica na ordem sequencial dos fenômenos sucedidos naquele contexto”. O autor exemplifica: transações financeiras realizadas em frações de segundo, jornada de trabalho flexível, guerras instantâneas e cultura do virtual, todos são fenômenos característicos da sociedade em rede, que sistematicamente mistura a ocorrência dos tempos.

O autor conclui que o *tempo intemporal*, pertencente ao *espaço de fluxos*, estrutura e desestrutura materialmente nossa sociedade. Além disso, todas as funções e processos dominantes na era da informação estão cada vez mais organizados em torno de redes: “redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades, e a difusão lógica de redes modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura” (CASTELLS, 2016, p. 553).

O novo paradigma da tecnologia da informação fornece, portanto, a base material para a expansão da forma de organização em redes, penetrante em toda a estrutura social. A presença na rede ou a ausência dela e a dinâmica de cada rede em relação às outras são fontes cruciais de dominação e transformação da sociedade: uma sociedade apropriadamente denominada de sociedade em rede (CASTELLS, 2016, p. 553).

Todo o processo de transformação da sociedade em rede, entretanto, não é neutro. Para Castells (2016, p. 560), a construção social das novas formas dominantes de espaço e tempo desenvolve uma metarrede que ignora as funções ditas como não essenciais, os grupos sociais subordinados e os territórios desvalorizados. Com isso, gera-se uma distância entre a metarrede e um sem número de pessoas, atividades e lugares do mundo.

Esse “número” de pessoas, muitas vezes marginalizado ou ignorado pelas instituições sociais, pode, entretanto, organizar-se e envolver-se em ação coletiva para defender suas demandas e até mesmo mudar as regras que moldam suas vidas. Essas expressões coletivas do contrapoder e suas relações com o poder instituído são melhor exploradas no tópico seguinte.

## **2.2 Poder e contrapoder: o papel dos movimentos sociais**

Na perspectiva adotada como referencial para este artigo, extraída da obra de Castells intitulada como *Redes de Indignação e Esperança*<sup>4</sup>, o poder é compreendido como multidimensional e se organiza em torno de redes programadas em cada domínio da atividade humana, de acordo com os interesses e valores de atores habilitados. Existem redes das finanças, da mídia, da política, da ciência etc. Essas redes são, conceitualmente, autônomas (não se fundem), mas envolvem-se em estratégias de parceria e competição, em torno de projetos específicos.

A rede de poder construída em torno do Estado desempenha um papel fundamental no estabelecimento de uma rede geral de poder. Isso porque, primeiramente, a operação estável do sistema depende, em última instância, das funções de coordenação e regulação do Estado.<sup>5</sup> É por meio do Estado que as diversas formas de exercício do poder relacionam-se ao monopólio da violência como a capacidade de, em última instância, impor o poder. Assim, enquanto as redes de comunicação processam a construção de significado em que se baseia o poder, o Estado constitui a rede-padrão para o funcionamento adequado de todas as outras redes de poder (CASTELLS, 2013, p. 17).

De acordo com Castells (2013, p. 14), o poder pode ser exercido pela coerção (monopólio estatal da violência) ou mediante mecanismos de manipulação simbólica. As relações de poder estão embutidas nas instituições sociais, particularmente nas do Estado. O sistema jurídico, por exemplo, reflete essas relações de poder e define seus limites, tal como negociados por um interminável processo histórico de conflito e de barganha. Uma vez que as sociedades são contraditórias e conflitivas, onde existe poder existe também contrapoder – considerado como a capacidade de os atores sociais desafiarem o poder embutido nas instituições com o objetivo de reivindicar a representação de seus próprios valores e interesses. A configuração do Estado e de

---

<sup>4</sup> No original, *Networks of Outrage and Hope*, de 2012, publicado no Brasil em 2013.

<sup>5</sup> CASTELLS (p. 17) usa o exemplo do colapso dos mercados financeiros em 2008, quando os governos foram chamados para efetuar o resgate no mundo todo.

suas instituições reguladoras, como as do direito, depende dessa constante interação entre poder e contrapoder.

Segundo o autor (CASTELLS, 2013, p. 15), a forma como as pessoas pensam determina o destino de instituições, normas e valores sobre os quais a sociedade se organiza. Quando a maioria das pessoas pensa de forma contraditória em relação aos valores e normas institucionalizadas em leis e regulamentos aplicados pelo Estado, o sistema pode vir a mudar, embora não necessariamente para concretizar as esperanças de agentes da mudança social, como movimentos sociais.

Nessa perspectiva, os movimentos sociais muitas vezes são desencadeados por emoções derivadas de algum evento significativo, que ajuda os manifestantes a superar o *medo* e desafiar os poderes constituídos, apesar do perigo inerente a suas ações (CASTELLS, 2013, pp. 161-162). Esse é um comportamento arriscado, pois a manutenção da ordem social e a estabilidade das instituições políticas expressam relações de poder exercidas, se necessário, pela intimidação e, em último recurso, pelo uso da força.

Para Castells (2013, p. 18), os movimentos sociais são produtores de novos valores e objetivos em torno dos quais as instituições da sociedade se transformaram a fim de representar esses valores criando novas normas para organizar a vida social. Eles exercem o contrapoder, especialmente mediante um processo de comunicação autônoma, livre do controle dos que detém o poder institucional, uma vez que o espaço público institucional – constitucionalmente designado para a deliberação – está ocupado pelos interesses das elites dominantes. Assim, os movimentos sociais são capazes de exercer influência utilizando de mecanismos de construção do contrapoder.

Aqueles que detém o poder na sociedade em rede são capazes de elaborar cada uma das principais redes de que dependem a vida das pessoas (finanças, mídia, direito, ciência) e de operar as conexões entre diferentes redes. O poder é exercido pela programação e pela alteração das redes. O contrapoder, por outro lado, é desempenhado através da reprogramação de redes em torno de outros interesses e valores, numa tentativa deliberada de alterar as relações de poder (CASTELLS, 2013, pp. 17-18).

Toda essa *reconstrução* teórica, ainda que breve, é importante para se compreender o papel dos movimentos sociais na sociedade atual. Na perspectiva aqui adotada, movimentos sociais têm a função de se contrapor às relações de poder formalmente instituídas, a fim de defender e propor novas demandas. Resta investigar como se formam essas redes de contrapoder e como são utilizadas pelos movimentos sociais.

### 3 REDES E MOVIMENTOS SOCIAIS

Até aqui, falou-se do papel dos movimentos sociais em tempos de sociedade em rede. Para os movimentos sociais nada é imutável. O próprio *processo democrático* é, muitas vezes, questionado pela ação coletiva, em razão da crise de representatividade observada em muitos regimes. Repetidas vezes, os movimentos sociais contemporâneos, em escala global, têm lutado por uma nova forma de exercício democrático, na qual seja possível deliberar sobre assuntos que, em geral, são negligenciados pelo poder instituído.

Esta segunda seção examina o próprio processo de criação/consolidação desses movimentos sociais, no contexto da sociedade atual, e discute ainda a importância da formação de redes para os movimentos, aliadas ao uso de recursos oriundos das tecnologias de informação e de comunicação. Esta análise tem por base teórica as formulações apresentadas por Manuel Castells no livro *O Poder da Comunicação*<sup>6</sup>. Por fim, propõe-se uma espécie de aproximação do conceito de movimentos sociais em rede daquilo que Arjun Appadurai (2009) considera como ativismo de raiz, que indica para maneiras de se utilizar de redes transnacionais para demandar por direitos, num contexto global.

#### 3.1 A formação dos movimentos sociais em rede: a importância das tecnologias de informação e de comunicação

Segundo Castells (2013, p. 22), movimentos sociais são constituídos de indivíduos, que formam uma rede, conectando-se a outros indivíduos, num processo de comunicação que, em última instância, leva à ação coletiva.

Para o autor, os seres humanos criam significado ao interagir com seu ambiente, conectando suas redes neurais com as redes da natureza e com as redes sociais. O ato da comunicação opera a constituição de redes. Para a sociedade em geral, a fonte primordial de produção social de significado é o processo da comunicação socializada. A transformação contínua e progressiva da tecnologia da comunicação ampliou o alcance dos meios de comunicação para praticamente todos os domínios da vida social, em uma rede que é, ao mesmo tempo, local e global, num constante padrão de mudança (CASTELLS, 2013, p. 15).

A internet oferece um espaço fértil para a construção e constituição de redes sociais de contrapoder. O ciberespaço possibilita deliberação e coordenação de ações de forma muito mais

---

<sup>6</sup> Livro publicado pela primeira vez no ano de 2009, no qual o autor revisita e relaciona conceitos desenvolvidos na trilogia "A Era da Informação", como tecnologia, poder e comunicação.

desimpedida do que os espaços tradicionais designados institucionalmente para a deliberação, visto que estes últimos estão, muitas vezes, tomados pelos interesses das elites dominantes e de suas próprias redes de poder.

As raízes dos movimentos sociais formados em rede não são muito diferentes dos tradicionais: normalmente se relacionam a questões de injustiça, a variar em cada contexto específico: desigualdade, exploração, repressão, racismo, xenofobia, censura, violência, fanatismo religioso, degradação do meio-ambiente, violação às liberdades pessoais, sexismo, homofobia e outras dimensões da dominação social. Formam-se a partir da conexão em rede entre indivíduos, e por essa conexão passam a direcionar seus interesses para um conjunto de objetivos comuns.

Castells (2017, pp. 200-204) chama atenção para o fato de que, num plano individual, os movimentos sociais são impulsionados pela *emoção*.<sup>7</sup> Num primeiro momento, a emoção é negativa, representada pelo medo, no sentido mais essencial da autopreservação. É preciso que os indivíduos superem a emoção negativa do medo. Isso acontece por meio de uma espécie de ativação emocional na qual indivíduos conectam suas emoções pessoais a outros indivíduos, através de um processo que comunique a experiência individual para outras (empatia). A empatia é determinada por experiências semelhantes às que motivaram o acesso emocional inicial.

O medo é superado pela expressão da indignação, que se dá pelo compartilhamento e pela identificação com outros num processo de ação comunicativa em rede. Quando se desencadeia o processo de ação comunicativa que induz a ação e a mudança coletivas, prevalece o entusiasmo, que reforça a mobilização societária intencional. Indivíduos entusiasmados, conectados em rede, superam o medo e transformam-se em ator coletivo consciente. Outra emoção que desempenha um importante papel no processo de um movimento social é a esperança. A esperança envolve o comportamento voltado para o futuro, ingrediente fundamental para motivação do comportamento orientado para a conquista do bem-estar no futuro como consequência de uma ação no presente.

Assim, a mudança social resulta da ação comunicativa que envolve a conexão entre redes de redes neurais dos cérebros humanos estimulados por sinais de um ambiente comunicacional formado por redes de comunicação. “A tecnologia e a morfologia dessas redes de comunicação dão forma ao processo de mobilização e, assim, de mudança social, ao mesmo tempo como processo e como resultado” (CASTELLS, 2013, p. 162).

---

<sup>7</sup> Castells (2017, pp. 199-204) faz essa análise com base na teoria da inteligência afetiva e estudos em neurociência.

Na era da informação, há uma intrínseca relação entre velocidade comunicacional e eficácia da ação: quanto mais rápido e interativo for o processo de comunicação, maior será a probabilidade de formação de um processo eficiente de ação coletiva.

Segundo Castells (2017, p. 467), a tecnologia da comunicação tem consequências importantes para o próprio processo de transformação social. Quanto maior for a autonomia do ambiente comunicativo, tanto maiores são as chances para a introdução de mensagem que questionam os valores dominantes na sociedade. O surgimento da autocomunicação de massa permite, por intermédio da internet, “novas oportunidades para a mudança social, em todas as esferas da atividade, em torno de uma metarrede de redes de comunicação eletrônica.”

As novas tecnologias permitem, pois, que cidadãos se engajem e se organizem sua resistência em uma comunidade insurgente quase que instantânea, formando novas redes de representação democrática, que se dão por meio do uso do potencial desses novos modos de informação e de comunicação.

De acordo com o autor (CASTELLS, 2017, p. 468), essas novas redes de comunicação de massa podem alavancar processos de mudança social, inclusive exercendo influência até mesmo sobre os canais mais tradicionais de comunicação. A grande mídia, por exemplo, colocada em xeque pelos múltiplos novos canais de comunicação que a rodeiam, pode se ver acuada a ponto de alterar o enfoque de suas mensagens.<sup>8</sup>

Assim, tem-se que as tecnologias de informação e de comunicação reforçam as oportunidades para novas mensagens e novos mensageiros, a fim de povoar as redes de comunicação da sociedade como um todo, no intuito de reprogramar essas redes em torno de novos valores, interesses e projetos.

Importante ressaltar que isso não significa que a tecnologia, por si só, produz as mudanças almejadas pelos movimentos sociais, ou que esses coletivos precisam, de alguma forma, se refundar a fim de absorver práticas digitais em seu cotidiano. Pelo contrário: o potencial tecnológico tão somente fornece *meios* e *ferramentas* para atuação, num espaço virtual *ainda* não dominado pelas redes de poder tradicional. Ideal seria que as redes sociais, potencializadas pelo ambiente virtual, crie e cultive seus vínculos com espaços e práticas da vida material.

---

<sup>8</sup> A cobertura das manifestações de junho de 2013, no Brasil, exemplifica bem esse processo: o discurso inicial da grande mídia foi uníssono ao desqualificar o Movimento Passe Livre e suas pautas. Contraditado por midiativistas, que agiram no interior dos protestos, com câmeras amadoras de celular, o discurso de criminalização deu lugar a uma narrativa de legitimação dos protestos.



### 3.2 Uma espécie de um gênero: as características dos movimentos sociais em rede e seu potencial de ação global

Feita a contextualização sobre o papel e a formação dos movimentos sociais na sociedade em rede, resta tratar de suas características peculiares, que os colocam como nova uma espécie (em rede) de um gênero (movimentos sociais).

Nas palavras de Castells:

As características dos processos de comunicação entre indivíduos engajados em movimentos sociais determinam as características organizacionais do próprio movimento: quanto mais interativa e autoconfigurável for a comunicação, menos hierárquica será a organização e mais participativo o movimento. É por isso que os movimentos sociais em rede da era digital representam uma nova espécie em seu gênero (CASTELLS, 2013, pp. 24-25).

É nesse novo contexto da comunicação digital e interativa na internet que se constituem os movimentos sociais em rede. Cada movimento, certamente, apresentará algumas particularidades e diferenças específicas relacionadas ao seu modo de atuação. Há, entretanto, algumas características que constituem um padrão comum dos movimentos sociais na era da internet.<sup>9</sup> São elas:

*Conexão multimodal:* as redes de comunicação da internet são essenciais aos movimentos, mas a forma de conexão é multimodal, incluindo redes on-line e off-line, bem como redes preexistentes e outras formadas durante as atuações do movimento, que podem inclusive se conectar a outras redes de movimentos, utilizando, para tanto, plataformas e aplicativos digitais. Essa multimodalidade de conexão traz consigo duas outras características, que envolvem a noção de espaço e tempo na era da informação, como mencionado na primeira seção deste artigo.

*Espaço local/global:* os movimentos, em geral, se iniciam em um contexto local específico, por motivos próprios, mas ao mesmo tempo são globais, pois estão conectados globalmente pela internet. Os debates locais podem ser reproduzidos em âmbitos globais, gerando participação simultânea em manifestações globais por meio de redes de espaços locais.

*Tempo atemporal:* ao mesmo tempo que os movimentos sociais em rede vivem e sentem o tempo de forma cronológica, de acordo com a experiência prática do cotidiano, eles também organizam suas atuações orientados para um horizonte de possibilidades ilimitado, projetando, por antecipação, seu tempo no futuro do processo de construção histórica.

---

<sup>9</sup> Castells (2013) não sumariza as características nessa ordem, mas as apresenta de forma não-sistematizada em seu livro (capítulo 6). Este artigo reorganiza essas características e as apresenta de forma sumarizada, privilegiando a praticidade didática da exposição em detrimento a um tratamento teórico mais refinado, que exigiria um estudo mais aprofundado e com eventual suporte empírico.

*Espontaneidade:* os movimentos sociais em rede são originalmente desencadeados por conta de um evento específico de indignação, com aspecto de apelo à ação, no intuito de se criar uma comunidade instantânea de prática insurgente, na qual o impacto da mensagem é mais relevante que a própria fonte do apelo.

*Viralidade:* a ação coletiva em rede pretende tornar sua atuação viral, na lógica das redes da internet. A mobilização é inspirada e potencializada por meio do compartilhamento de atos e protestos, ainda que distantes ou em outros contextos, porque desencadeia a esperança da possibilidade de mudança.

*Autonomia e autorreflexividade:* os movimentos em rede ocorrem, idealmente, sem liderança definida. A tomada de decisões é horizontal e passa necessariamente pela deliberação coletiva, baseada no princípio do companheirismo. Os movimentos se questionam frequentemente e refletem sobre si mesmos em um processo de deliberação aberto e compartilhado em redes sociais.

*Não programáticos:* os movimentos sociais que surgem no contexto da sociedade em rede raramente têm seus objetivos bem definidos. Suas pautas costumam ser múltiplas e porosas a outras reivindicações. Essa característica pode ser vista tanto como uma força, pelo amplo poder de atração de um movimento, quanto como uma fraqueza, em razão da dificuldade de se atingir algo concreto a partir de objetivos indefinidos.

Essas características, aqui tão brevemente elencadas, evidenciam a especialidade do tipo de movimentos sociais em rede, que pode ser entendido como uma espécie do gênero dos movimentos sociais em sentido lato.

Relevante apontar, ainda, neste momento da apresentação, para a necessidade de que esses movimentos sociais adotem uma característica última, capaz de permear todas as demais, com potencial decisivo para o sucesso das demandas por mudanças sociais reais: a característica da *multidimensionalidade*. Mesmo que se organizem de forma predominantemente virtual, no ciberespaço, o horizonte de mudança de um movimento em rede não deve ignorar a realidade prática e concreta da vida humana. É desejável que atuação do movimento seja híbrida, numa espécie de simbiose entre virtual e real.

Ainda em relação a essa última característica, sugere-se de forma certamente despretensiosa, uma aproximação da ideia de movimentos organizados em rede

multidimensionais daquilo que Arjun Appadurai aborda sobre a globalização de raiz, em *Medo ao Pequeno Número*<sup>10</sup>.

O argumento central de Appadurai (2009, pp. 13-14) passa pela compreensão de que nem sempre os efeitos da chamada “alta globalização” do capitalismo tardio são positivos. O autor sustenta que, nesse período de liberdade econômica, fluxo de capitais entre nações e integração de mercado, a violência contra as minorias também se estabeleceu em grade escala, em um amplo leque de sociedades e diferentes regimes políticos (e não somente em estados totalitários, como até então se podia intuir).

As majorias numéricas, de acordo com Appadurai (2009, p. 17), podem se tornar predatórias e etnocidas em relação aos *pequenos números*, “precisamente quando algumas minorias lembram àquelas majorias a pequena brecha que existe entre a sua condição de majorias e o horizonte de um todo nacional imaculado”. Essa sensação de incompletude é capaz de levar majorias a paroxismos de violência contra minorias, impulsionadas pelo aspecto deformativo do processo da globalização.

Nesse processo de globalização, observa o autor, emergiram codificações inteiras de legislação internacional, protocolos de informação tecnológica usados quase que exclusivamente para regulação de formas complexas de tráfico econômico global (APPADURAI, 2009, p. 27).

O mesmo cenário, entretanto, também possibilitou o nascimento de cibercomunidades (que funcionam por cima dos limites nacionais). As tecnologias de informação e comunicação altamente velozes, indispensáveis aos novos instrumentos financeiros, permite o surgimento das coalizações de raiz pela mudança e equidade numa base mundial, com vistas à discussão sobre cidadania, justiça, participação política e igualdade (APPADURAI, 2009, pp. 39, 54).

Essa percepção da globalização vinda de baixo, de raiz, permite revelar o esforço de ativistas de movimentos sociais, por todo mundo, para apreender e dar forma à agenda global em assuntos relacionados aos direitos humanos. Appadurai (2009, p. 100) chama atenção para o fato de que esses movimentos se coordenam sem uma centralização massiva, e reproduzem-se sem mandato determinado, alavancando recursos para seus fins próprios e perseguindo visões de equidade e acessibilidade, que não se encaixam em modelos formais da democracia institucional.

É possível, portanto, fazer com que as redes globais desses movimentos sociais trabalhem para aqueles que dela mais necessitam e que menos proveito dela retiram: os pobres, os fracos,

---

<sup>10</sup> Datado de 2006, editado e publicado no Brasil em 2009. Não há, pelo menos inicialmente, qualquer vínculo entre as obras de Appadurai e Castells. Tal aproximação se dá exclusivamente em razão da proposta de relação entre o conteúdo programático da disciplina e a pesquisa pessoal do aluno.

os sem-teto e as populações marginais do mundo. Nesse horizonte utópico, em especial, as perspectivas de Castells e de Appadurai se convergem.

#### 4 CONCLUSÃO

Em síntese, foi dito que as tecnologias de informação e de comunicação têm importância fundamental para a vida em sociedade. Em tempos de sociedade em rede, a internet foi capaz de alterar substancialmente as formas de relações pessoais entre as pessoas. Sua utilização impacta também no âmbito das necessidades sociais dos cidadãos, em suas demandas por direitos e nas formas de lutar.

O uso das ferramentas tecnológicas e da interconexão possibilita o processamento e o compartilhamento de informações quase automaticamente, de forma muito rápida e em grande escala quantitativa. Os avanços tecnológicos provocaram uma verdadeira reestruturação do tempo físico e espacial nas formas de organização dos movimentos sociais. O ciberespaço favorece relações sociais que independem de lugares geográficos definidos e de tempos estabelecidos.

As tecnologias de informação e de comunicação podem ser utilizadas por coletivos e movimentos sociais globais. O uso dessas novas tecnologias como possibilidade de ampliação do exercício da cidadania e como espaço para a reivindicação por direitos é o horizonte de atuação do ativismo em rede, que pode funcionar como verdadeiro exercício do contrapoder, diante das injustiças e inequidades perpetradas pelas instituições permeadas pelo poder formalmente constituído.

A ação comunicativa em rede pode fornecer meios para superação da emoção negativa do medo e por sua conseqüente expressão em indignação, orientadas pelo sentimento positivo da esperança de mudança. A formação de redes, entretanto, não devem se limitar ao espaço virtual. Importante apontar para uma atuação *multidimensional*, que seja virtual, mas também voltada para impactos reais sobre as demandas por direitos dos movimentos sociais.

#### REFERÊNCIAS

APPADURAI, Arjun. **O medo ao pequeno número: ensaio sobre a geografia da raiva**. São Paulo: Iluminuras: Itaú Cultural, 2009.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 1 - A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer. 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

\_\_\_\_\_. **A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 2 - O poder da identidade.** Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2018.

\_\_\_\_\_. **A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 3 - Fim de Milênio.** Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

\_\_\_\_\_. **O poder da comunicação.** Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. São Paulo: Paz e Terra, 2017.

\_\_\_\_\_. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet.** Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

SLOTERDIJK, Peter. **O desprezo das massas.** São Paulo, Estação Liberdade, 2002.



# GP21

## **A (DES)CONSTITUIÇÃO DE GÊNERO NO PÓS-88**

Coordenação:

Prof. Dr. Lúcio José Dutra Lord (UNEMAT)

Profa. Dra. Luísa Helena Marques de Fazio (UNIP)

Prof. Dr. Plínio Antônio Britto Gentil (PUC-SP/UNIP)

Profa. Dra. Priscila Silveira Duarte Pasqual (UNIP)

# ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO EM DECISÕES JUDICIAIS

*Ana Luiza Rodrigues*

(Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP – Mestrado acadêmico)

al.rodrigues@usp.br

**RESUMO:** Com este trabalho pretendo apresentar noções básicas sobre estereótipos e os processos estereotipação, com enfoque específico para os estereótipos de gênero, e de que modo estes estereótipos são reproduzidos em decisões judiciais e geram efeitos limitantes nas vidas dos sujeitos. A problemática gira em torno de como a estereotipação ocorre nos processos de tomada de decisão judicial, paradoxalmente à ideia de que o juiz deve ser neutro e imparcial, e quais prejuízos essa prática pode acarretar àqueles que estão suscetíveis a atividade jurisdicional para a resolução de conflitos. Para tanto utilizarei de bibliografia interdisciplinar notadamente sobre estudos de gênero e psicologia social, e adotarei o marco teórico de Rebeca J. Cook e Simone Cusack.

**Palavras-chave:** Decisão judicial. Gênero. Estereótipos.

## 1 INTRODUÇÃO

Estereótipos são atalhos mentais no processo de tomada de decisão e de acordo com Cook & Cusack (2010, p. 11) fazem pressupor que as pessoas de um determinado grupo possuem atributos ou características particulares, ou desempenham determinados papéis sociais.

Os processos ativados para a tomada de decisões, mesmo as cotidianas e mais banais, exigem o empenho de recursos mentais que são limitados, e por isso a procura por atalhos torna o processo mais eficiente.

A tomada de decisão judicial também ativa processos cognitivos e, ainda que inconscientemente, utiliza de heurísticas como mecanismo de economia mental. Daí que, apesar do discurso legislativo, e mesmo do que tradicionalmente tem se afirmado no estudo do direito, o dever de imparcialidade e neutralidade do juiz não são capazes de afastar a utilização, por exemplo, dos estereótipos para a decisão.

Surge então a necessidade de se avaliar como e quais impactos a estereotipação produz no sistema de justiça, especificamente na tomada de decisão judicial, que gera impactos diretos e indiretos na vida daqueles que são parte no processo e dos que estão submetidos aos efeitos do poder judiciário por serem parte de grupo social.

Como se verá, os trabalhos de Simone Rebeca J. Cook e Simone Cusack que tratam especificamente sobre vieses de gênero e os respectivos estereótipos, embasam este trabalho.

## 2 PROCESSOS NA TOMADA DE DECISÃO: ESQUEMAS MENTAIS

Nem tudo o que está ao nosso redor é apreendido conscientemente. Apenas o que retoma à consciência se torna a denominada representação mental. Para uma infinidade de decisões e atitudes que vivenciamos cotidianamente agimos de forma automática, sem perceber ou trazer à

consciência o estado do eu, da ação e do entorno. O contexto de nosso cotidiano cada vez mais bombardeado de informação, nos impinge ainda mais a automação dos processos mentais. Quando bebês choramos pelo auxílio, mas não pensamos para depois chorar, este é um processo automático, que nos permite sobreviver. Por exemplo, ao vermos uma mobília sabemos se podemos sentar ao reconhecermos uma cadeira. Sozinhos em uma rua escura nos colocamos em alerta à presença de um homem estranho. Mas e se no lugar do homem nos deparássemos com uma mulher acompanhada dos filhos? Continuaríamos em alerta?

Viver não nos permite trazer a consciência cada movimento, escolha ou decisão, mas quando o fazemos, ao tomar consciência do nosso entorno, do meio em que estamos inseridos, do outro e das relações, desenvolvemos as chamadas representações mentais, que a despeito de serem produzidas, são limitadas pelo indivíduo, percebedor. Há uma retroalimentação do consciente para o inconsciente. Aquilo que nos permite ter medo do homem e não da mulher na rua escura limita a construção das nossas representações mentais, do significado simbólico que conferimos ao mundo que tomamos consciência, esse mesmo mundo que nos fez temer ao homem e não a mulher. São esquemas, estruturas mentais constituídas de conhecimento e expectativas gerais sobre o mundo. São anteriores à percepção, pois já estão alojadas na memória, e por isso a influenciam. Ao entrar em contato com o objeto (homem na rua escura) o esquema é automaticamente ativado, e as reações ou pensamentos seguintes respeitam seu conteúdo. São atalhos mentais, processos heurísticos, que servem para simplificar nossa visão de mundo, evitando perda desnecessária de tempo e energia (KRÜGER, 2004, p. 25-32).

Os esquemas são ativados para responder rapidamente aos estímulos, e interpretamos esses estímulos com base nesses esquemas, reforçando-os. Assim, à ativação do esquema faz identificar a mobília como cadeira, e poder sentar ratifica o esquema ativado, a despeito do *designer* afirmar que se trata de uma mesa.

We build explanations in line with our schemas, in part because they are the only ones for which we are looking and ignore alternatives or more appropriate causes. The schema filters how we view events, and how we interpret and utilize information. Thus, once created, schemas are stubbornly resistant to change. (BROWNER, 2007, p. 7) <sup>1</sup>.

Estereótipos são um tipo de esquema cognitivo que representa o conhecimento e expectativas gerais sobre determinado grupo. Essas informações, que são anteriores à consciência, são acessadas automaticamente diante de seu objeto. Assim, na rua escura, ao

---

<sup>1</sup> Tradução livre: Nós construímos explicações de acordo com nossos esquemas, em parte porque eles são aquilo que vislumbramos, e ignoramos alternativas ou explicações mais apropriadas. O esquema filtra como nós vemos os acontecimentos, e como nós interpretamos e utilizamos a informação. Desse modo, uma vez criados, os esquemas são teimosamente resistentes à mudança.



veremos um homem, as informações sobre medo e perigo que sua figura representa são acessadas por um processo heurístico, um atalho para decidirmos rápido. O mesmo não acontece com a mulher acompanhada dos filhos porque essa figura representa algo que não nos amedronta, e o conteúdo dessa estrutura cognitiva é um estereótipo, que representa o conhecimento e expectativas gerais sobre a figura do homem e da mulher com as crianças, e ignora o indivíduo, caracterizando-o pelas informações sobre o grupo ao qual pertence. O homem pode não representar perigo efetivo, ao passo que a mulher com as crianças pode ser uma ameaça. Os estereótipos ignoram a idiosincrasia. Generalizam os indivíduos esperando similaridade com o grupo ao qual estão alocados (RODRIGUES; ASMAR; JABLONSKI, 2009, p. 137-141).

### **3 ESTEREÓTIPOS**

Cook e Cusack (2010, p. 12) definem estereótipo como uma visão preconcebida e generalizante a respeito das características e papéis que se espera que os membros de um determinado grupo desempenhem apenas por pertencerem a este grupo. Nesse sentido, porque se generalizam os comportamentos ou características, diz-se que um grupo “X” age de determinada maneira, de modo que se espera o mesmo comportamento de um indivíduo “Y” pertencente a este grupo “X”, ignoradas suas particularidades. Ressalte-se que, por vezes, tais generalizações, embora difundidas, são enganosas, enviesadas e carregadas de julgamentos morais.

Por sua vez, se uma crença sobre algum “atributo, característica ou traço psicológico, moral ou físico atribuído extensivamente a um agrupamento humano, formado mediante a aplicação de um ou mais critérios, como por exemplo, idade, sexo, inteligência, moralidade, profissão, estado civil, escolaridade, formação política e filiação religiosa”, é coletivamente compartilhada, temos um estereótipo social (KRÜGER, 2004, p. 37).

#### **3.1 Estereótipos sociais e estereótipos de gênero**

Os estereótipos sociais podem se voltar para o grupo a que se pertença, o auto estereótipo, ou para um grupo distinto, o hétero estereótipo. Podem, ainda, ser positivos, com um conteúdo que reflita acertadamente dados comprovados; ou negativos, descrevendo algo não verificado ou verificável. Contudo, como asseveram Cook e Cusack (2010, p. 13-14) mesmo os estereótipos positivos geram efeitos negativos, ao limitar a construção da identidade e cercear a capacidade de as pessoas construírem e decidirem sobre suas vidas.

As interações sociais são atingidas por efeitos gerados pelos estereótipos. Primariamente, as percepções sociais geram categorizações que implicam a atribuição de nomes ou expressões às experiências de estimulação social, de conseguinte, por se tratar de um esquema, a memória, pensamento, motivação e tomada de decisão passam a corresponder ao esquema, reforçando-o (KRÜGER, 2004, p. 37).

Outra classificação possível diz respeito aos estereótipos de gênero. A definição de Cook e Cusack (2010, p. 23), embora seja limitadora ao reduzir o gênero à binariedade homem e mulher, didaticamente conceitua estereótipo de gênero como aqueles que

se refieren a la construcción social y cultural de hombres y mujeres, en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales. Más ampliamente, pueden pensarse como las “convenciones que sostienen la práctica social del género”. “Estereotipo de género” es un término general que se refiere a “un grupo estructurado de creencias sobre los atributos personales de mujeres y hombres”. Dichas creencias pueden implicar una variedad de componentes incluyendo características de la personalidad, comportamientos y roles, características físicas y apariencia u ocupaciones y presunciones sobre la orientación sexual<sup>2</sup>

#### 4 ESTEREÓTIPOS NA TOMADA DE DECISÃO JUDICIAL

Notadamente sobre a implicação dos estereótipos na tomada de decisão, não está a atividade decisória judicial isenta de seus efeitos. Os estereótipos são atalhos (heurísticas) nos processos cognitivos que objetivam a tomada de decisão, e todos os seres humanos estão sujeitos a decidir por esses atalhos e aos vieses deles decorrentes. Com os juízes, seres humanos que são, em sua atividade laboral que é eminentemente decisória, não seria diferente. A pretensa imparcialidade e neutralidade das decisões judiciais não impede ou minimiza a ativação de heurísticas nos processos mentais, mas ao contrário, tendem a aumentar a ocorrência de decisões enviesadas, como aponta Brower (2007, p. 57) “perhaps counterintuitively, empirical studies have shown that believing we are objective increases the risk that we will behave non-objectively”<sup>3</sup>.

Para Cusack (2014, p. 2-19) quando um juiz, no exercício de sua função estatal, atribui essas características ou papéis generalizantes ao indivíduo apenas porque este faz parte de determinado grupo, ou ainda, quando um juiz aplica, faz cumprir ou perpetua um estereótipo, por

---

<sup>2</sup> Tradução livre: Se referem à construção social e cultural de homens e mulheres, em razão de suas diferenças físicas, biológicas, sexuais e sociais. Mas amplamente, podem ser pensados como “as convenções que sustentam a prática social do gênero”. “Estereótipo de gênero” é um termo geral que se refere a “um grupo estruturado de crenças sobre os atributos pessoais de mulheres e homens”. Tais crenças podem implicar uma variedade de componentes incluindo características da personalidade, comportamentos e regras, características físicas e aparência, ou profissões e presunções sobre a orientação sexual.

<sup>3</sup> Tradução livre: Talvez contraintuitivamente, estudos empíricos mostraram que acreditar que somos objetivos aumenta o risco de nos comportarmos de forma não objetiva.

exemplo, fracassando ao desafiar um estereótipo reproduzido em uma decisão de instância inferior, estamos diante de um estereótipo judicial.

O estudo dos estereótipos judiciais é particularmente relevante considerando que o Judiciário é uma instância legítima de poder e de representação estatal, e as decisões dali emanadas são “instrumentos importantes para fundar e consolidar paradigmas jurídicos” (COACCI, 2013, p. 103). O discurso do juiz representa a fala do Estado, e ao reproduzir estereótipos no conteúdo de suas decisões, reforça e perpetua os estereótipos enquanto instância estatal. É o Estado reproduzindo estereótipos.

Retomando a admoestação de Cook e Cusack (2010, p. 13-14), os prejuízos são inerentes a estereotipação, e ainda mais perniciosos se provenientes dos tribunais que devem a guarda e materialização dos ideais de justiça. Não me refiro aqui às normas positivadas, porque também elas contêm estereótipos limitadores do desenvolvimento individual. A Constituição da República que confere a proteção do Estado à união civil entre o homem e a mulher, excluindo dessa proteção a união daqueles que não se enquadram nesse binômio de gênero e sexualidade<sup>4</sup> (art. 226, §3º), ou que impinge à mulher o cuidado dos filhos conferindo ao homem apenas cinco dias de licença-paternidade (art. 7º, XIX e art. 10, §1º, ADCT).

## **5 A PESQUISA COM DECISÕES JUDICIAIS: DISCURSO DE DOCUMENTO**

A pesquisa com decisões judiciais, sob um de seus possíveis aspectos, é considerada uma pesquisa documental. Não se pode confundir o documento com seu meio de registro. Essa afirmação, aparentemente óbvia, se faz importante principalmente no contexto da pesquisa em direito, em que, como bem asseverado por Reginato (2017), os documentos são inseridos no cotidiano do estudante sem que se incite a reflexão do que são ou do que representam. Sob essa ótica, meu objeto de pesquisa não é o papel nem o arquivo eletrônico em que se registra a decisão judicial, mas seu conteúdo, o que representa socialmente, e seus desdobramentos. Tais meios de registro (papel ou documento eletrônico), não são o documento, mas o contêm, porque seu conteúdo quer nos dizer algo, e como conceitua Reginato (2017, p. 194), documento é um artefato cuja principal característica é o registro intencional de algo.

As decisões judiciais podem ser classificadas, para o que utilizo as categorias de Reginato (2017, p. 195- 199) e May (2004, p. 208- 211) combinadas. Quanto a sua criação, são documentos públicos e documentos oficiais; em relação a fonte, os percebo como predominantemente

---

<sup>4</sup> Não ignoro a decisão de 2011 da ADI 4.277 e da ADPF 132 pelo STF que reconheceu a união civil entre pessoas do mesmo sexo, mas indico que no contexto da edição e positivação da norma restou consagrado este estereótipo.

secundários, visto que se distanciam temporal e espacialmente do autor (aquele que vivenciou não é o mesmo que produz o documento) e dos fatos; de forma multidimensional, característica constatada cada vez mais nos documentos contemporâneos, que significa o uso de linguagens complexas e multi-símbolos, como imagens, gráficos, carimbos, logos. Um exemplo é o significado que pode ser atribuído à utilização de determinada fonte ou efeito em softwares processadores de texto.

May (2004, p. 212- 215) apresenta algumas perspectivas teóricas sobre o conceito de documento. Partindo de uma visão positivista um documento seria reflexo da realidade, um meio de descrição dos eventos à que o pesquisador se refere. Outras abordagens tomam o documento como um produto da ordem social, uma representação dos requerimentos práticos para os quais foram produzidos.

Adoto a mesma posição de May, que guarda consonância com os referenciais que até então utilizei na construção do marco teórico, a perspectiva segundo a qual um documento é meio de expressão do poder social. Nesse sentido, o contexto social é muito importante na produção do documento, que não apenas reflete uma “realidade” dada, mas está para o processo de construção dessa realidade. É um processo de interação entre os fatos e documentos que constrói uma realidade, no qual estão inseridos múltiplos fatores e atores determinantes.

O documento diz mais do que aquilo que está explicitamente visível, não é um objeto neutro que registra a realidade com independência. Diz sobre o contexto social, político e econômico de sua produção, sobre costumes e as pessoas envolvidas na sua confecção ou nele referidas. Diz sobre o que foi escolhido registrar, mas também sobre a decisão do que foi deixado de fora: “os documentos podem ser interessantes pelo que deixam de fora” (MAY, 2004, p. 213), e estas decisões também dizem muito sobre o contexto.

Por este paradigma um documento não diz só sobre um fato, mas sobre uma sociedade, seu autor e leitor. Há lugar então para tratar com sinceridade a figura do pesquisador ativo, que admite que sua leitura do documento interfere no documento e em seu significado. À leitura do documento o pesquisador não deve apenas buscar seu significado, mas suspeitar. Esse trabalho investigativo em busca do significado complexo do documento, ao colocar o pesquisador na posição de sujeito de, e, para a pesquisa, admite e mesmo valoriza suas peculiaridades, sua sensibilidade, sua visão que enriquece o trato com o objeto, que aqui passa também a assujeitar, como uma experiência única.

May indica que “o ato de ler um texto pode se tornar a revisão de suas premissas”. A leitura que faço pretende ignorar meu lugar de fala, que envolve minha formação enquanto

indivíduo e pesquisadora e que me faz ler o documento de um modo único. A pesquisa documental, que adota a premissa do pesquisador como parte do mundo social no qual o documento está inserido, exige que esta vá além do que a leitura em primeira instância proporciona, mas que busque os significados "suspeitando".

May (2004, p. 215), citando Giddens, categoriza três níveis de interpretação do significado, que indicam a complexidade de significados incutidos em um documento. O primeiro nível é dos significados que o autor pretendia produzir; o segundo dos significados recebidos pela coletividade em diferentes situações sociais; e por fim, os significados internos da linguagem do documento, em que tudo diz alguma coisa, até mesmo a escolha da fonte, um logo, assinatura.

Para análise das decisões judiciais (gênero no qual se inserem os acórdãos) observo algumas premissas: Se inserem no conceito de May (2004, p. 210), para quem os documentos são “meios através dos quais se expressa o poder social”. O discurso contido nas decisões judiciais é um discurso indireto, que filtra e é filtrado, a medida que, especialmente em nível recursal, o magistrado busca sintetizar o que ocorreu no processo, escolhendo o que narrar e recontando a seu modo o que foi dito pelas partes, é o Estado-juiz falando. Como o magistrado é o Estado-juiz, institucionalizado no Poder Judiciário, o seu discurso é filtrado, em uma espécie de autocensura, no esforço para a utilização de uma “linguagem jurídica” que pretende objetividade e afastamento, com o fim de justificar a decisão, que é exercício de poder sobre a vida do outro, materializado no documento. O que o magistrado escolhe narrar diz muito sobre suas crenças e valores, mas diz também sobre sua institucionalização e sobre a instituição Poder Judiciário (COACCI, 2013, p. 102).

Nesse sentido acrescenta Schritzmeyer, se referindo à decisão judicial do tipo “acórdão” (2004 como citado em COACCI, 2013, p. 103- 104):

Pelo duplo esforço de síntese e embasamento que sua redação exige, o juiz relator costuma destacar no texto do acórdão algumas características que compõem um estereótipo dos envolvidos. E como tratando-se de jurisprudência, tais características ganham a força de clichês a serem buscados em novos casos, é importante uma análise cuidadosa desses retratos padronizados e padronizadores.

Nesse contexto, os estereótipos podem não estar evidentes, e a leitura do discurso judicial deve levar em conta além das palavras. A análise de conteúdo, entendida como “técnica de investigação que tem por finalidade a descrição objetiva, sistemática e quantitativa do conteúdo manifesto da comunicação” (BERELSON In GIL, 2009, p. 98), tem entre seus objetivos “auxiliar na identificação das intenções e outras características dos comunicadores”; “identificar o status de pessoas ou grupos”; e “revelar atitudes, interesses, crenças e valores dos grupos”, e por isso se revelaria pertinente para o objetivo proposto no ensaio (GIL, 2009, p. 98).

Gil aponta que o uso tradicional da análise de conteúdo como técnica de pesquisa quantitativa, negligencia aspectos como: “o contexto dos componentes do texto”, “as estruturas latentes do sentido”, “casos individuais distintos” e “as coisas que não aparecem no texto”. Todos aspectos que considero relevantes para o enfoque epistemológico que proponho.

## 6 CONCLUSÃO

Estereótipos são esquemas mentais, um tipo de esquema cognitivo que representa o conhecimento e expectativas gerais sobre determinado grupo. Estereótipos, por ignorar idiosincrasias, podem gerar prejuízos ao limitar a construção da identidade e cercear a capacidade de as pessoas construírem e decidirem sobre suas vidas. Conforme admoestação de Cook e Cusack (2010, p. 13-14), os prejuízos são inerentes a estereotipação, e ainda mais perniciosos se provenientes dos tribunais que devem a guarda e materialização dos ideais de justiça, e por isso merecem ser combatidos.

Brower (2007), indica um caminho para combater os vieses cognitivos gerados pela estereotipação. Dados demográficos que não refletem os estereótipos comumente atribuídos a população LGBTQ norte americana, são instrumento para mudar o pensamento intuitivo porque fornece aos juízes dados necessários para produzirem uma decisão informada. Informações contra intuitivas fazem com que os esquemas deixem de ser funcionais, porque não se prestam mais a resolver o problema:

Once judges receive this unanticipated LGBT parenting geography lesson, they are forced to confront the disconnect between what they thought they knew about LGBT people versus what the data actually show. Their schema is disrupted, their curiosity piqued, and they seek better, alternative explanations for the data. This provides an opportunity for schema change.<sup>63</sup> The desire for additional information to harmonize that new data with their old intuitive thinking creates an opportunity for schema alteration. (BROWER, 2007, p. 15).

O combate a estereotipação nos julgamentos também perpassa a educação judicial, que envolve mais do que a tomada de consciência da sobre os esquemas cognitivos. Para que o esquema deixe de funcionar deve haver uma educação judicial pragmática que inclua o uso de cenários-problemas reais que deliberadamente desmascarem os esquemas e os tornem disfuncionais, o que definitivamente não inclui “Mélvio e Tício”.

Diferentemente do que a prática do ensino jurídico nacional propõe, a auto convicção do juiz como decisor objetivo, neutro e imparcial, aumenta o risco de que ele se comporte de maneira enviesada. O esforço consciente para mudar o esquema cognitivo, que implica a admissão da imparcialidade, aumenta a capacidade de evitar o pensamento enviesado. (BROWER, 2007, p. 52-58).

## REFERÊNCIAS

- BROWER, T. What Judges Need to Know: Schemas, Implicit Bias, and Empirical Research on LGBT Parenting and Demographics. **DePaul Journal of Women, Gender and the Law**, v. 7, n. 1, 2018. Disponível em: <<http://via.library.depaul.edu/jwgl/vol7/iss1/1>>. Acesso em: 2 jun. 2018.
- COACCI, T. A Pesquisa com Acórdãos nas Ciências Sociais: Algumas Reflexões Metodológicas. **Mediações – Revista de Ciências Sociais**, 18 ed., v. 2, p. 86- 109. 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5433/2176-6665.2013v18n2p86>. Acesso em: 25 jul. 2018.
- COOK, R. J; CUSACK, S. **Estereótipos de Género: Perspectivas Legales Transnacionales**. (A. Parra, Trad.). Bogotá: Profamilia. 2010.
- CUSACK, S. **Eliminating Judicial Stereotyping**: Equal access to justice for women in gender-based violence cases. 2014. Disponível em: <<https://rm.coe.int/1680597b20>>. Acesso em: 15 jul. 2018.
- GIL, A. C. **Estudo de Caso**. São Paulo: Atlas. 2009. p. 98- 100.
- KRÜGER, H. Cognição, estereótipos e preconceitos sociais. In: LIMA, N.O. e PEREIRA, M.E. (Org). **Estereótipos, Preconceitos e Discriminação: perspectivas teóricas e metodológicas**. Brasil: EDUFBA, 2004, p. 23- 41.
- MAY, T. **Pesquisa Social: Questões, métodos e processos**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed. p. 205-230.
- REGINATO, A. D. de A. Uma introdução a pesquisa documental. In. ROCHA, M. M. (Org.) **Pesquisar Empiricamente o Direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 189- 204.
- RODRIGUES, A.; ASSMAR, E. M. L.; JABLONSKI, B. **Psicologia Social**. 27. ed. rev. amp. Petrópolis: Vozes. 2009.
- VEÇOSO, F. F. C.; et al. A Pesquisa em Direito e as Bases Eletrônicas de Julgados dos Tribunais: matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 1 n. 1, 2013, p. 105–139. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.19092/reed.v1i1.10>>. Acesso em: 18 maio 2018.



# RETIFICAÇÃO DE NOME E GÊNERO: UMA REFLEXÃO SOBRE A INCAPACIDADE DE SER DOS TRANSEXUAIS

*Bruna Nogueira Machado Morato de Andrade*  
(Mestranda em Direito - FCHS/UNESP)<sup>1</sup>

*Plínio Antônio Britto Gentil*  
(Doutor em Direito - PUC-SP)  
pabgentil@pucsp.br<sup>2</sup>

*William Albano Rocha*  
(Mestrando em Direito - FCHS/UNESP)  
pabgentil@pucsp.br<sup>3</sup>

**RESUMO:** Trata-se de análise da possibilidade de retificação de nome e gênero de transexuais, a partir de quatro acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo e sua evolução para o julgamento da ADI n. 4275, que, supostamente, pôs fim à discussão acerca do tema. Este foi pesquisado por meio de consulta aos termos “transexual”, “retificação” e “nome”, cumulativamente. Optou-se pela pesquisa no âmbito do judiciário paulista por estar em andamento no Supremo Tribunal Federal, à época, a questão em sede de repercussão geral - recurso extraordinário n. 670422, em que se discutia a possibilidade de alteração do gênero feminino para o masculino no assento de registro civil de pessoa transexual, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização - e os autores serem de São Paulo. Buscou-se análise social e jurídica acerca da temática envolvendo os transexuais e as variadas formas de liberdade – de escolha, de ser, de pertencer, dentre outras. Deu-se atenção à questão da retificação do nome e do gênero no registro civil dos transexuais.

**Palavras-chave:** Transexual. Retificação de nome. Direito de ser.

## 1 INTRODUÇÃO

*“Foste chamado na condição de escravo?  
Não te preocupes com isso; mas, se também podes tornar-te livre, faz uso”  
(1, Coríntios, 7, 21)*

Permeia o presente escrito o respeito à dignidade humana, protegida, em essência, pelos direitos humanos fundamentais, esses sendo motivo de luta por sua efetivação a todas e a todos, sem exceção. Entende-se, ainda, que a liberdade, elemento crucial à vida humana, deva ser elemento fundante da personalidade da pessoa.

Este trabalho tem por fim analisar questões concernentes à dificuldade das pessoas transexuais em conseguir a alteração em seus registros civis de seus nomes e gêneros. Não é

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito (FCHS/UNESP), pós-graduada em Terapia e orientação sistêmica de famílias (FAMERP). Graduada em Direito (UNIP) e Design Gráfico (INFNET). Advogada.

<sup>2</sup> Doutor em Direito (PUC-SP) e em Fundamentos da Educação (UFSCar). Professor universitário de Direitos Humanos (PUC-SP) e Direito Penal (UNIP-SJRP). Membro do Grupo de Pesquisa Educação e Direito (UFSCar). Procurador de Justiça no Estado de S. Paulo.

<sup>3</sup> Mestrando em Direito (FCHS/UNESP), pós-graduado em Direito Constitucional (Complexo-CERS) e membro dos grupos de pesquisa CNPq “As novas vertentes dos direitos da personalidade” e “Políticas públicas e direitos sociais - uma abordagem de direito comparado e de direito internacional”. Advogado.



objeto desse feito buscar soluções mágicas para os problemas relatados; entretanto, não passarão despercebidas algumas hipóteses aventadas pelos autores.

Serão analisados alguns dos direitos relativos à personalidade, ramificados pelo direito constitucional e pelo direito civil, tais quais o direito ao nome, à liberdade, da autonomia da vontade.

Os motivos que levam à burocracia ou negação da alteração do registro civil são, em geral, a suposta falta de segurança jurídica que o ato causaria, já que poderia a alteração ser feita com vistas a aplicações de golpes no mercado, por exemplo, além de não existir norma pertinente a essas solicitações e de atentar, ainda, contra o princípio da veracidade.

## 2 ALGUNS TERMOS INICIAIS

É necessário que se conceituem alguns termos visando esclarecimento dos diversos vocábulos que estão em voga, talvez sendo de fato necessários, mas quiçá burocratizando mais ainda a essência do ser humano ao tentar enquadrá-lo numa ou outra categoria.

Assim, tem-se por *transgênero* a pessoa que se identifica com sexo diverso do biologicamente atribuído, têm-se, assim, *homens trans* e *mulheres trans*; e por *cisgênero* aquelas que se identificam com o gênero que nasceram. A partir desses termos surgem diversas outras ideias, como a mulher trans que é homossexual, por exemplo, sendo, então, uma mulher que nasceu com a genitália masculina cuja atração sexual – dentro de sua orientação – dá-se por mulheres.

## 3 SOBRE TER OU NÃO AUTONOMIA

Ao que casa é facultado acrescentar ou retirar sobrenomes – nesta última hipótese a depender do cartório; ao ter nome que cause constrangimento, seja exótico, exponha a pessoa ao ridículo ou a situações vexatórias, também; se há algum erro de grafia, outro motivo; inclusão de apelido ou *alteração prenome* público notório, mais um. Há, ainda, a possibilidade de entre os 18 e 19 anos a pessoa alterar imotivadamente seu nome. Enfim, diversas são as possibilidades que mitigam a inicial mutabilidade dos prenomes e apelidos de uma pessoa (ver, dentre outros, do artigo 56 ao 58 da Lei n. 6.015/73). Daniel Sarmento, nesse sentido, explica que:

A autonomia privada [...] significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses, [...], e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. Ela importa o reconhecimento de que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que

isto não implique lesão a direitos alheios. Esta é uma ideia essencial ao princípio da dignidade da pessoa humana [...] (SARMENTO, 2006. p.154).

Se alguém se chama Manuella, assim terá que ser chamada a vida toda. Se ela não gostar, é verdadeiro problema dela, a menos que entre seus 18 e 19 anos mude-o voluntariamente. Se tem 19 anos e um dia, não pode mais. A heteronomia, essa se tratando como a imposição de uma lei à vontade de alguém, é a constante nesse assunto. Mais drástica se torna a situação de alguém que é registrada com um nome de determinado gênero e não se vê como pertencendo a tal grupo. Ser chamada de Manuella, sendo que não se vê como do gênero feminino é, no mínimo, aprisionador.

O contrário da heteronomia é a autonomia, que, segundo Érico de Pina Cabral (CABRAL, 2004. p. 90-1), é “o poder de se autogovernar”.

O poder exercido pela sociedade a um bebê que nasce tem seu lado positivo, que o protege de parte das mazelas constantes em nosso mundo, bem como seu lado perverso, que impõe que se seja alguém que outras pessoas determinaram. É certo que ao nascer não se tem autonomia de vontade, mas tão certo quanto isso é que com determinada idade – muitas vezes quando se aprende a falar – já se é capaz de se expressar e agir conforme deseje.

De acordo com a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (Organização das Nações Unidas para a Educação Ciência e Cultura. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Brasília; 2005), “deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos para tomar decisões, quando possam ser responsáveis por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais. Devem ser tomadas medidas especiais para proteger direitos e interesses dos indivíduos não capazes de exercer autonomia”.

Em análise foucaultiana, o poder é uma relação de forças. Entretanto, ao se determinar como alguém deve ser, agir, ser chamada, já não há relação, e sim imposição. Assim é em relação aos nomes e gênero, em que há imposição – ainda – estatal para que haja grande burocracia ao tentar se trocar um nome e um gênero que simplesmente não cabe em uma pessoa, ou, pode conseguir parcialmente, alterando o nome, mas não o gênero, ou, na melhor hipótese, conseguindo a plena alteração desejada. Mas nunca sem processos, pareceres, laudos, análises. Se não parecer que realmente não há identificação com o sexo biológico, não há alteração. A quem é designado tal poder?

Torna-se verdadeira violência contra uma pessoa impô-la a ser chamada, ridicularizada por um nome que não *quer* – pouco importa o motivo. Se consegue ser chamada por um nome social, em geral, inicialmente, os documentos civis ainda a relembram que não é esse bem o seu *real* nome. Não consegue chegar e dizer quem é e como se sente. Aliás, tudo sempre a depender de

validade pela sociedade, mas é outro assunto. *Provar ser, ter que ser, dever ser.* Palavras que têm força de matar tantos que sofrem por não serem aceitos como são. Maria Berenice destaca o assunto, no que concerne à retificação de nome e gênero sem a necessidade cirúrgica:

[...] É vetado, salvo prova de erro ou falsidade, vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento (CC 1.064). Tais restrições legais sempre serviram de obstáculo à pretensão dos transexuais de alterar o nome e a identidade sexual. No entanto, vem a jurisprudência, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, admitindo a adequação do registro e autorizando tais mudanças. Mesmo antes da realização da cirurgia, é possível a alteração do nome e da identidade sexual [...] (DIAS, 2009, p. 136).

A dignidade humana é esfacelada quando alguém tem que provar que é para obter direitos. Assim com todas as populações marginalizadas: pobres, negros, mulheres, velhos, os trans. Se não se é, talvez seja metade de um ser humano, ou ainda, talvez não seja, e não mereça ser.

O direito deve ser meio de sustentação de um ser humano, para que desenvolva todo o seu ser. Mas o outro – aquele que é deferente do eu – não merece a benesse do eu. Enquanto não se cuidar do outro, não se poderá ser plenamente o eu, e isso parece escapar das pessoas que são *cidadãos de bem*.

#### **4 OS DIRETOS DA PERSONALIDADE**

Pessoa é o ser humano que possui diversas emoções, com vontades e desejos, desta forma, surge em nosso direito a teoria dos direitos da personalidade, que têm como objeto os próprios bens da personalidade das pessoas, ou seja, a vida, a integridade física e psíquica, a imagem, a privacidade, a honra, a autonomia; sendo os direitos da personalidade uma categoria especial de direitos, pois protegem a essência da pessoa e as suas principais características (BORCAT; ALVES, 2013, p.6).

No que tange a personalidade, esta nem sempre foi reconhecida e inerente a todos os seres humanos, possuindo variações conforme a evolução humana. Elisa Scheibe (SCHEIBE, 2008, p.119-120) ressalta que os direitos da personalidade acabam se confundindo com os direitos humanos, como acontece com a proteção à dignidade da pessoa humana, pois são movimentos de caráter constitucionalizador e de repersonalização que têm orientado o atual estudo no que concerne aos direitos da personalidade, contudo as pessoas transexuais possuem inúmeros empecilhos a fim de efetivarem seus direitos básicos da personalidade à sua identidade pessoal e sexual. A roborar tal entendimento, explica-se que:

O direito à busca do equilíbrio corpo-mente do transexual, ou seja, à adequação de sexo e prenome, ancora-se no direito ao próprio corpo, no direito à saúde (art.196 da Constituição Federal), principalmente, no direito à identidade sexual, a qual integra um poderoso aspecto da identidade pessoal (VIEIRA, 2004, p.117).

Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Souza retrata com a expressão “homem consigo mesmo”, na qual relaciona à identidade do indivíduo, como este se reconhece e como ele verdadeiramente é:

O bem da identidade reside assim na própria ligação de correspondência ou identidade do homem consigo mesmo e está ligado a profundas necessidades humanas, a ponto de o teor da convivência humana depender da sua salvaguarda em termos de reciprocidade. [...] reconhecendo-lhe o seu particular modo de ser e de se afirmar e impondo aos outros o reconhecimento da sua identidade de modo a que as referências a cada homem respeitem a sua identidade ontológica. O bem da identidade está na ligação de correspondência entre o homem e ele mesmo, e mais, esta correspondência está ligada às profundas necessidades do ser humano, ao ponto de a boa convivência do indivíduo com seus pares depender da preservação deste direito, e direito este de modo recíproco, entre um indivíduo e outro (SOUZA, 1995, p.245).

Carlos Alberto Bittar (BRITTAR, 1989, p.128.), por seu turno, frisa que o direito à identidade, é “um elo [...] entre o indivíduo e a sociedade em geral”, pois se tornam elementos basilares numa relação, seja familiar e social, individualizando e identificando cada pessoa a fim de se evitar qualquer confusão com os demais indivíduos.

Analisando o direito ao nome como um direito da personalidade, e, assim sendo, um direito fundamental, previsto no ordenamento jurídico, torna-se inviável submetê-lo à discricionariedade do Poder Judiciário, vez que se corre o risco de ser ele recusado/negado a seu titular. Neste sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald entendem que os direitos da personalidade são

[...] aquelas situações jurídicas reconhecidas à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Isto é, são os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica. [...] Compõem, em verdade, um conjunto de prerrogativas jurídicas reconhecidas à pessoa, atinentes aos seus diferentes aspectos em si mesma e às suas projeções e aos seus prolongamentos (FARIAS e ROSENVALD, 2012, p. 173).

Tereza Rodrigues Vieira relata que a identidade sexual independe do sexo biológico imposto ao nascimento, pois o reconhecimento de cada indivíduo está na maneira que este se apresenta perante a sociedade e a si mesmo:

Para que um indivíduo seja considerado homem ou mulher não há necessidade de possuir o aparelho genital completo e perfeito. O sexo não é mais considerado apenas como um elemento fisiológico, portanto geneticamente determinado e, por natureza, imutável. A jurisprudência acolhe uma nova visão de conceito de sexo. A identidade sexual vai além da genitália, ela está conforme a forma com que se apresenta socialmente. Em seu amplo marco referencial, ao livre desenvolvimento da sua personalidade, inclui-se o direito à identidade no plano sexual e o Registro Público deve espelhar essa realidade (VIEIRA, 2009, p.187).

Adriano de Cupis (DE CUPIS, 2004, p. 249), compreende o direito à identidade sexual de modo amplo sendo “[...] o direito de aparecer extremamente igual a si mesmo em relação com a

realidade do próprio sexo, masculino ou feminino, ou seja, o direito ao exato reconhecimento do próprio sexo real, antes de mais nada na documentação contida no registro do estado civil.” .

Ressalta-se a importância de refletir sobre a vulnerabilidade social e jurídica da população trans, sendo necessário demonstrar que mesmo com toda fundamentação que integra as questões dos direitos da personalidade e o exercício de sua cidadania, os transexuais ainda ocupam uma posição marginalizada na sociedade, em razão do estigma a que são diariamente submetidos.

## **5 A ILUSÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA**

Quando se analisam os julgados sobre a temática em análise, vê-se as mesmas necessidades de laudos, pareceres ministeriais, decisões que às vezes em primeiro grau suprem as necessidades, mas muitas indo a um segundo julgamento, tudo a título da *segurança jurídica* que um nome supostamente traz a uma pessoa, como se não existissem estelionatos ou outros meios para se burlar tal segurança.

Aqui se vislumbra uma hipótese, a de que uma pessoa já possa ser registrada desde o nascimento com dois prenomes – um para cada gênero –, ou que possa acrescentar um prenome quando queira, a partir, talvez, da adolescência. A ideia é simples, e talvez ingênua, merecendo análises mais aprofundadas, é claro, mas se há tantas outras formas de identificação – como CPF, digitais, íris, dentre diversas outras, por que o nome, tão famigeradamente podendo ser falseado, deve ter tanta relevância? É muito mais seguro, inclusive, outros meios de identificação que não o próprio nome.

Desse modo, vê-se que na realidade, talvez não seja a alardeada segurança jurídica a música de fundo do concerto, mas sim o moralismo, o poder exercido contra um vulnerável. Mas, provavelmente, quando o capital descobrir mais um mercado a ser explorado com afinco, talvez revejamos a atualidade. Como exemplo, cita-se as campanhas publicitárias de cerveja, que tradicionalmente continham cenas explícitas de machismo, mas que agora se curvam a outras possibilidades, empoderando, inclusive, as mulheres que antes só eram vistas seminuas e boas apenas quando meros objetos de prazer masculino. É bom, sem dúvidas, mas o fim é realmente bom? E assim retornamos a Aristóteles (em seu *Ética a Nicômaco*).

## **6 ANÁLISE DE CASOS**

Optou-se por analisar quatro casos concretos julgados em segunda instância no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Dos resultados obtidos, são trazidos os quatro últimos acórdãos

que têm em seu escopo a retificação de nome (há alguns casos referentes ao Direito Penal, mas não foram utilizados aqui).

Pesquisou-se pelos termos “transexual”, “retificação” e “nome”, cumulativamente, no sistema eletrônico da corte paulista.

### **6.1 Caso 01 – “Questão que tem a ver com o gênero, e não com o sexo” - Apelação n. 1001343-55.2016.8.26 (BRASIL, 2016a)**

Cau nasceu Cláudia e tentou pela via judicial a alteração do nome constante em seu assento de nascimento sem a cirurgia de redesignação sexual. A sentença do juízo de origem julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, por carência da ação, já que não houve a aludida intervenção cirúrgica.

É mencionado no acórdão parte do voto da ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi, de 2009, que em parte diz que “(...) em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de *salvaguardar o bem supremo e foco do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual*” (BRASIL, 2016a, p. 03, grifos nossos). Mais à frente, outro trecho relevante: “*Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada (...)*” (BRASIL, 2016a, p. 03-04).

O próprio Judiciário tem se atentado aos conceitos ora em questão, relativos a sexo e gênero, sendo no julgado também utilizadas as explicações pertinentes. É dito, em suma, que sexo é analisado sob a ótica da biologia, enquanto o gênero, sob a dos papéis sociais.

Relembra a desembargadora relatora que “o que interessa para o registro público é a forma pela qual dada pessoa apresenta-se na sociedade, ou seja, o gênero, porque daí surgirão consequências àqueles que com ela convivem” (BRASIL, 2016a, p. 05).

Cuidou, ainda, a magistrada, ao final de seu voto favorável à alteração do registro de Cau, de não constar no assento qualquer menção discriminativa, mas tão somente anotação em livro próprio que a alteração se deu por ordem judicial.

Em contrapartida houve voto divergente de outro desembargador, vencido, entretanto, em síntese dizendo-se favorável à retificação do nome, mas não à de gênero, a menos que houvesse a cirurgia de redesignação sexual fosse realizada. Embasada fundamentação traz o seguinte trecho:

De nada adianta falarmos em coibir preconceitos e discriminações, se não damos instrumentos concretos para que o transexual possa lidar socialmente com suas diferenças e evitar que venha a ser vítima da *incompreensão alheia por sua aparência*.

Ademais, na prática, a equivalência nome-aparência-sexo constitui medida eficaz de inibição direta de conduta discriminatória, evitando a exposição desnecessária do transexual. Cabe ressaltar, aqui, que a alteração de nomes tidos como vexatórios, por pessoas cisgêneras, tem sido admitida pelo Judiciário corriqueiramente (BRASIL, 2016a, p. 14, grifos nossos).

Prossegue outra parte do voto parcialmente vencido para justificar o entendimento da não possibilidade de alteração do gênero:

E, frise-se, é certo que o sexo do Registro Civil é o sexo biológico, pois não existe outro sexo, ou é masculino ou é feminino, tanto que o transexual, em regra, não quer ser reconhecido como transexual, muito menos pelo gênero, mas como homem ou como mulher, conforme o caso, daí a razão da inteligência dos estudos que embasam ou qualificam a expressão social ou a aparência social ou a forma pela qual a pessoa se apresenta à sociedade, como gênero (BRASIL, 2016a, p. 16).

Deste modo, tiveram-se no acórdão deste caso cinco votos, três favoráveis às duas retificações – de gênero e de nome -, um parcialmente favorável, a fim de que se autorizasse apenas a retificação do nome, e um desfavorável no todo, ao argumentar que para tais mudanças deveria ocorrer a cirurgia.

## **6.2 Caso 02 – “Necessidade de dilação probatória” – Apelação n. 1031670-74.2016.8.26.0100 (BRASIL, 2016b)**

Neste caso houve apelação pela Justiça Pública, pois entendeu o órgão ministerial ter sido prematura a decisão de mérito em primeira instância que julgou procedente o pedido de C. para retificar seu nome e sexo no registro civil. Pleiteou anulação da sentença, já que não houve perícia médica por equipe multidisciplinar.

O acórdão deu provimento ao apelo ministerial, pois precisaria de maior cautela do julgador ao proferir sua decisão favorável ao pedido de C., que, segundo a maioria dos desembargadores, não existiu, já que *não houve laudos detalhados da situação do apelante*.

No voto divergente do desembargador Eduardo Sá Pinto Sandeville, em que negaria provimento ao apelo do Ministério Público, é narrado que o caso cuida de pessoa que desde a infância se identificava como do sexo feminino, apesar de biologicamente ter nascido do sexo masculino, e que já tem alguns documentos públicos e particulares com seu nome feminino. Desde 2015 era acompanhada por equipe multidisciplinar do Programa Transcidadania, da Secretaria de Direitos Humanos e Cidadania da Prefeitura de São Paulo, sendo então considerada travesti com identidade de gênero feminina.

Existiu parecer psicológico anexado aos autos, em que afirmou que C. vivia como mulher há oito anos, datando o laudo de 2016. Reiterou que foi psicóloga competente a parecerista do suficiente a se constatar a condição de C., tal parecer sendo idôneo e digno de confiabilidade.

Reforçou que C. era acompanhada por mais de um ano por especialistas multidisciplinares, tudo a corroborar a sentença proferida em primeiro grau.

Ressalta-se parte do voto do mencionado desembargador: “Portanto, questiona-se inclusive a necessidade e possibilidade de se obter o ‘diagnóstico’ buscado pelo apelante, uma vez constatada a posse de estado de mulher” (BRASIL, 2016b, p. 07).

### **6.3 Caso 03 – “Sobre o demasiado apego às regras estanques” – Apelação n. 0001354-94.2015.8.26.0435 (BRASIL, 2015)**

A ementa do acórdão deste caso traz à baila que:

*O demasiado apego às regras estanques da imutabilidade e indisponibilidade do nome e do sexo, imperativos de segurança jurídica quanto à identificação da pessoa natural, não podem e nem devem servir de arrimo para limitar direito fundamental do indivíduo transexual à fruição de sua plena cidadania, em violação à sua dignidade humana. Estabelecer como requisito à alteração do sexo no assento civil a realização de cirurgia de transgenitalização, importaria condicionar o respeito à dignidade humana à violação da própria integridade física e ignorar por completo a identificação sexual psicológica do transexual. O gênero não deve ser condicionado à morfologia da genitália, e sim à autoidentificação psicológica, apresentação e reconhecimento social da pessoa (BRASIL, 2015, p. 01, grifos nossos).*

A sentença inicial dizia que, apesar do comportamento e da aparência de K. serem típicos de mulher, biologicamente era pessoa do sexo masculino, e que, por força do princípio da veracidade, não caberia alteração de seu gênero em seu registro civil, pois causaria *verdadeira insegurança jurídica* (BRASIL, 2015, p. 02). A juíza de origem atentou-se a um princípio jurídico, ainda que laudos psiquiátricos e ginecológicos dissessem sobre o físico e psicológico da pessoa, como, por exemplo, no seguinte excerto:

[...] afirmo que não há nenhum impedimento médico nem ressalva técnica aos procedimentos que possam lhe trazer ajustamento ao sexo feminino tais como a mudança de dados em seu registro civil e o emprego de terapias hormonais e cirúrgicas referendadas pela prática médica. Pelo contrário, qualquer uma dessas possibilidades apresentara importante auxílio à adequação psicossocial do paciente à vida em comunidade e imenso benefício à sua saúde psíquica (BRASIL, 2015, p. 04).

A embasar o acórdão foi trazida parte do parecer ministerial, em que de um modo pragmático explica a desnecessidade da cirurgia de redesignação sexual para assentamento do registro civil:

[...] *não se transforma um homem em mulher apenas amputando-lhe o pênis. Afinal, se assim fosse, um paciente que tivesse seu pênis extraído em razão de alguma doença ou extirpado em virtude de um acidente, viraria, automaticamente, mulher.* O que o indivíduo necessita para ser homem é uma mente normal masculina, comportamento masculino, aceitação social como homem pelos seus pares, e reconhecimento legal. Portanto, se partirmos do equivocado princípio da imprescindibilidade da cirurgia para alteração do gênero, teremos que, obrigatoriamente, concluir que uma transexual masculino nunca poderá ingressar com ação semelhante a que ora se aprecia. Afinal, seria inimaginável



exigir que o transexual se submetesse à neofaloplastia, cirurgia ainda em fase experimental (BRASIL, 2015, p. 04-05, grifos nossos).

#### **6.4 Caso 04 – “A sociedade democrática não tem interesse genérico em impedir a integração do transexual” – Apelação cível 1000439-08.2016.8.26.0301 (BRASIL, 2016c)**

Mais um caso em que a ação foi julgada inicialmente parcialmente procedente, para que houvesse a retificação do nome no registro civil, mas não a do gênero. O parecer ministerial de segunda instância foi pelo provimento do recurso de A., que buscou a refiticação também de seu gênero.

Citou-se no presente acórdão parte do parecer do procurador de justiça, que frisa que

é de se ver, ainda, que a própria Constituição Federal, no art. 5º, inciso X, elenca entre os direitos individuais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, o que respalda a mudança do sexo jurídico de transexual, ainda que não tenha se submetido a cirurgia de mudança de sexo, visto que plausível que sofra constrangimento quando se apresenta como pessoa de gênero diferente daquele que apresenta ser o seu e com o qual se identifica (BRASIL, 2016c, p. 05-06).

Deste modo, é de se notar que neste acórdão houve fundamentação basicamente por outros acórdãos proferidos pelo judiciário bandeirante, bem como pelo próprio parecer ministerial.

### **7 CONCLUSÃO**

É fundamental e necessário optarmos, escancaradamente, pelas garantias das minorias, independentemente de quais sejam elas, principalmente no que concerne aos direitos da personalidade, visto que cada pessoa detém como garantia os direitos ao nome, à integridade, à honra, que juntos confluem na efetiva jurisdição e observância dos princípios da pessoa humana.

É notório que, no cotidiano, as pessoas transexuais – pois é a minoria aqui analisada – ainda passam por sérios problemas e muitas vezes acabam não efetivando tais direitos.

Importante trazer à baila que questões que atinam com a garantia dos não favorecidos – sem eufemismos como, por exemplo, ‘menos favorecidos’ – devem ser o principal objeto de proteção dos juristas. Não se pode, a título de segurança jurídica, por exemplo, minimizar o outro. O tão importante *ni una a menos* deve ser e estar presente em nosso dia a dia, afinal, direito também é luta, das árduas.

Necessita, como exposto, resgatar o tema da dignidade da pessoa humana, hoje entendida como condutor de uma sociedade democrática. A cirurgia de redesignação sexual ou o direito de autodeterminação – esta como autonomia pelo próprio corpo – da transexual, bem como a

alteração de nome e gênero no registro público civil, devem ser facilitados pelo direito, pois é um viés pelo reconhecimento de um direito humano de inclusão social.

Assim, buscou-se uma análise principalmente do direito de ser, pertencer e de se ter autonomia. A questão das trans é mais um capítulo dentro dos vulnerabilizados, marginalizados por uma *democracia* brasileira.

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BORCAT, Juliana Cristina; ALVES, Alinne Cardim. **Os direitos da Personalidade como direitos fundamentais e manifestação da dignidade**. Disponível em: <<http://www.univem.edu.br/file/artigo01.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 0001354-94.2015.8.26.0435** – São Paulo. Relator: Piva Rodrigues. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 13 jun 2017. Disponível em: <[https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/523505920/andamento-do-processo-n-0001354-9420158260435-apelacao-23-11-2017-do-tj-sp?ref=topic\\_feed](https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/523505920/andamento-do-processo-n-0001354-9420158260435-apelacao-23-11-2017-do-tj-sp?ref=topic_feed)>. Acesso em: 26 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 1000439-08.2016.8.26.0301** – São Paulo. Relator: Augusto Rezende. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 16 maio 2017. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/459425729/apelacao-apl-10004390820168260301-sp-1000439-0820168260301/inteiro-teor-459425764>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação n. 1031670-74.2016.8.26.0100** – São Paulo. Relator: Eduardo Sá Pinto Sandeville. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 19 nov 2017. Disponível em: <[https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/524052552/andamento-do-processo-n-1031670-7420168260100-apelacao-24-11-2017-do-tj-sp?ref=topic\\_feed](https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/524052552/andamento-do-processo-n-1031670-7420168260100-apelacao-24-11-2017-do-tj-sp?ref=topic_feed)>. Acesso em: 26 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 1001343-55.2016.8.26.0001** – São Paulo. Relatora: Monica de Carvalho. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 30 agosto 2017. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/506805194/10013435520168260001-sp-1001343-5520168260001/inteiro-teor-506805232#>> Acesso em: 14 nov. 2017.

CABRAL, Érico de Pina. **A “autonomia” no direito privado**. In: Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas, SP: Romana, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. Rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 10. Ed. Ver., ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2012.

ONU. **Organização das Nações Unidas para a Educação Ciência e Cultura**. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Brasília; 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHEIBE, Elisa. **Direito de personalidade e transexualidade**: a promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio do Sinos. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2008.

SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. São Paulo, SP: Coimbra, 1995.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Aspectos psicológicos, médicos e jurídicos do transexualismo**. Psicólogo Informação, 2004.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Identidade sexual**: aspecto éticos e jurídicos da adequação de prenome e sexo. In *Identidade Sexual e Transexualidade*. Tereza R. Vieira e Luiz A. S. De Paiva (orgs). São Paulo: Roca, 2009.



# A MULHER NOS CARGOS DE FORMAÇÃO DO DIREITO, DIREITOS DAS MULHERES E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

*Carolina Viana de Barros*  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivo analisar a ocupação pela mulher nos cargos de formação do Direito quanto aos Direitos da Mulher e à Constituição Federal brasileira de 1988. O problema de pesquisa estudado é de compreender como foi a ocupação da mulher nos cargos de formação do Direito e se esta ocupação se evidencia em cargos de liderança no Poder Judiciário. A hipótese é de que existe pouca participação das mulheres em cargos de chefia e liderança ainda nos cargos de formação de Direito. Este artigo utiliza a metodologia de pesquisa bibliográfica e documental. O marco teórico desta pesquisa são pesquisas feitas principalmente por Bertolin (2017) e Bandeira (2014). Este artigo iniciará introduzindo o panorama das mulheres e aspectos constitucionais, tratando, em seguida, do panorama da situação das mulheres nos cargos de Direito e finaliza com suas considerações finais sobre as melhorias e diferenças em cargos de chefia.

**Palavras-chave:** Mulheres no Direito. Direitos das Mulheres. Constituição de 1988.

## 1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a população brasileira em 2010, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2010)), era composta por 190.755.799 pessoas, sendo que 97.348.809 desta população era composta de mulheres- totalizando aproximadamente 51 % da população- uma nítida maioria populacional feminina que não deve ser ignorada (IBGE, 2010).

Esta pesquisa tratará sobre a ocupação pela mulher nos cargos de formação do Direito quanto aos Direitos da Mulher e à Constituição Federal brasileira de 1988, fazendo uma análise, sob um prisma crítico. A metodologia de pesquisa utilizada é de pesquisa de revisão bibliográfica e documental. O objetivo da pesquisa é analisar a progressão da ocupação pela mulher nos cargos de formação do Direito quanto aos Direitos da Mulher e à Constituição Federal brasileira de 1988. O problema de pesquisa estudado é de compreender como é a ocupação da mulher nos cargos de formação do Direito e se esta ocupação se evidencia em cargos de liderança no Poder Judiciário. A hipótese é de que necessitam avanços ainda em ocupação das mulheres em cargos de liderança nas formações de Direito.

É inegável que o desenvolvimento da igualdade não só no Poder Judiciário, mas em todas as instâncias de poder é sempre um dos principais desafios contemporâneos dos países em desenvolvimento ou mesmo em países desenvolvidos. Importa, desta forma, compreender a importância da mulher no mercado jurídico para um melhor desenvolvimento do país.

Não é possível esgotar completamente um tema sobre mulheres nos cargos de formação do Direito, Direitos das Mulheres e Constituição Federal de 1988, contudo, esta pesquisa mostra-se relevante para compreender o estado atual da mulher no cenário econômico-jurídico para que

pesquisas futuras possam propor soluções para um melhor desenvolvimento e melhor cumprimento dos Direitos Constitucionais garantidos às mulheres no setor jurídico.

O marco teórico desta pesquisa são pesquisas feitas principalmente por Bertolin (2017) e Bandeira (2014). Este artigo iniciará introduzindo o panorama das mulheres e aspectos constitucionais, tratando, em seguida, do panorama da situação das mulheres nos cargos de Direito e finaliza com suas considerações finais sobre as melhorias e diferenças em cargos de chefia.

## **2 DIREITOS DAS MULHERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988**

Claudia Costa (2010, p. 85) trata que a Constituição Brasileira de 1988 teria trazido verdadeiro pacto para a sociedade brasileira, repercutindo conquista de direitos e evolução do constitucionalismo ocidental após a última Guerra Mundial. O Estado Brasileiro, fundar-se-ia, para a professora, de forma inédita, na dignidade da pessoa humana (ademais de outros princípios), revelando sentido a afirmação de novos direitos econômico- sociais (COSTA, 2010, p. 85). A trajetória constitucional do Brasil, para Costa (2010, p. 85), estaria conectada à evolução da proteção dos Direitos Humanos, mas a inclusão, para ela, das reivindicações das mulheres durante o processo constituinte deve-se à ampla participação das mulheres com a “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes”, fruto do movimento feminista no Brasil e que contribuiu para a redação de dispositivos constitucionais, como a igualdade geral entre homens e mulheres (art. 5, I), a proteção contra a discriminação no trabalho por sexo ou estado civil (art. 7, XX), a licença-maternidade de 120 dias (art. 7, XVIII), título de domínio e concessão de usucapião à mulheres ou homens, seja em terreno rural ou urbano, (arts 183, parágrafo terceiro e art. 189), além de os direitos da sociedade conjugal serem considerados iguais para homens e mulheres (art. 226, parágrafo quinto) e ser concedido o direito ao planejamento familiar (art. 226, parágrafo sétimo).

Segundo Carla Noura Teixeira (2010, p. 86), a Constituição Brasileira de 1988 é pioneira em consagrar vários princípios, norteados o Brasil no sentido da legislação internacional, fixando valores e metas buscados internacionalmente, como no exemplo da inserção do parágrafo segundo do artigo quinto da Constituição. A dignidade humana, como pilar primeiro de uma ordem jurídica estruturante da vida humana, tornou-se princípio de norma-origem, observando o binômio liberdade do indivíduo e limitador da atuação do indivíduo (TEIXEIRA, 2010). Igualmente a professora ressalta que os textos de compromissos internacionais vêm sendo adotados na

Constituição brasileira, e inserindo-se neste âmbito está a inserção da igualdade jurídica entre homens e mulheres (TEIXEIRA, 2010, p. 681).

O primeiro artigo da Constituição evidencia os fundamentos do Estado brasileiro. Para os estudos de desenvolvimento econômico e direitos das mulheres, resta evidentemente importante destacar os fundamentos de cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como garantidores do desenvolvimento econômico associado aos direitos das mulheres. A cidadania confere a mulher o acesso e o direito de participação a todos os espaços do Estado brasileiro, podendo, por exemplo, a mulher participar do espaço político (portanto de tomada de decisão) e participar no mercado econômico, o que influi no desenvolvimento – ocorre que, desafortunadamente a mulher não consegue exercer sua plena cidadania por influência de exercício de dominação histórico pelos homens, gerando entraves tanto ao pleno desenvolvimento da mulher na sociedade, como principalmente ao desenvolvimento econômico, que seria extremamente maior com uma melhoria de condições para a atuação feminina.

A cidadania da mulher como ser humano deve, por exemplo ter como pauta o empoderamento como processo de conquista efetiva da cidadania feminina (LISBOA, 2008). A cidadania para a mulher aqui possui aspecto diferenciado, porque deve considerar a situação de exclusão social que a mulher se insere (LISBOA, 2008).

De igual modo, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa são parte essencial para o pleno desenvolvimento econômico, altamente atrelado ao desenvolvimento dos Direitos das Mulheres. A dignidade individual e coletiva das mulheres deve ser almejada em todos os seus campos de atuação, sendo atentatório a sua dignidade a diferença salarial no exercício dos mesmos trabalhos e funções, atentatório também existência de uma dupla jornada de trabalho da mulher (não havendo divisão justa de trabalho em tarefas domésticas, dentre as quais o cuidado com os filhos, entre homens e mulheres), entre uma série de outros problemas, como o assédio sexual e moral no trabalho que inibe a plena produtividade feminina nos mais diversos trabalhos. Igualmente deve-se destacar o valor social do trabalho e da livre-iniciativa, uma vez que somente com a plena liberdade de exercício profissional e de livre empreendimento concedido a mulheres e homens é que deverão haver verdadeiros impulsos ao desenvolvimento econômico.

A Constituição Federal continua seu texto fixando os objetivos fundamentais da República Federativa brasileira. Os objetivos são intrinsecamente relacionados ao desenvolvimento econômico atrelado ao desenvolvimento dos direitos das mulheres. Uma sociedade livre, justa e solidária somente se verifica com igualdade de gênero e política que promove igualdade real de

direitos entre gêneros, o que permite igualmente o melhor desenvolvimento econômico de todos. A promoção do desenvolvimento nacional somente ocorre com esforços conjuntos de todos de uma nação e as mulheres, como metade da nação brasileira são força motriz do desenvolvimento, que de igual maneira, só deverá ocorrer com erradicação da pobreza, redução das desigualdades e promoção do bem de todos, sem preconceitos ou qualquer forma de discriminação. O que é importante é que todos os brasileiros, sem distinção possam trabalhar livremente, com condições dignas e com igualdade de salários para atividades iguais e de oportunidades iguais sem utilizações de critérios culturais (como de que a mulher é “naturalmente” mãe, que a mulher “rende menos”, entre outros conceitos pré-concebidos) que estagnam a economia brasileira.<sup>1</sup>

O artigo 5º da Carta Magna brasileira é extremamente claro em evidenciar que todas as pessoas são iguais perante a lei e que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. A igualdade que a lei confere não foi concedida por mero acaso, sendo fruto de um longo processo de batalhas e conquistas sociais que marcaram os últimos séculos da humanidade, por isso importante a observação de Carla Noura Teixeira (2010, p. 660 a 674) ao tratar dos textos de legislação internacional que influenciam a Constituição brasileira de 1988. Os esforços para a plena igualdade entre homens e mulheres, como verifica-se nesta pesquisa, infelizmente ainda não renderam real igualdade nas condições concretas de vida de homens e mulheres. A igualdade não deve ser apenas meramente formal, devendo ser também material. A Constituição proporciona diretrizes para o modelo de sociedade que devemos alcançar e a igualdade de gênero demonstra-se como um fator de desenvolvimento econômico e social de um país, razão pela qual a mera igualdade formal não resolve as implicações práticas da discriminação em razão do sexo que assola o Brasil, gerando altos custos para sua população. O artigo, ao verbalizar homens e mulheres em seu texto, lado a lado, endossa e reconhece o necessário avanço que deve ocorrer em termos de concretização de esforços para que todos sem distinção sejam parte da construção do país da parte de suas forças produtivas.

Claudia Costa (2010, p. 81 a 96) sobre os princípios constitucionais, igualdade e mulheres na Constituição de 1988, elucida que a Constituição não é somente Lei Maior, mas seria

---

<sup>1</sup> Do texto da Constituição:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

principalmente o limite do poder, o exercício de direitos e o pacto social que representa por meio da organização do poder político para manutenção e efetividade dos direitos de todos da sociedade. A Constituição de 1988 seria a primeira a trazer em título específico os princípios constitucionais, o que não significa que outros capítulos, como da Ordem Econômica (Título VII) não exordiem princípios (COSTA, 2010, p. 81 a 96).

### **3 A MULHER NOS CARGOS DE FORMAÇÃO DE DIREITO**

Em 2014 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) celebrava a primeira vez em sua história com o maior número de integrantes do gênero feminino em sua composição. Um terço do colegiado, 5 (cinco) mulheres, integravam essa composição (BANDEIRA, 2014). De acordo com levantamento do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), do CNJ, aproximadamente 20% dos tribunais brasileiros eram presididos, em 2014, por juízas (BANDEIRA, 2014). Os dados representam evidente minoria das mulheres em posições de liderança e, por consequência, verifica-se nítida manutenção de desigualdade de gênero, que possivelmente corrobora com o retrocesso do Direito. Os dados demonstravam que: na Justiça do Trabalho o percentual era de 29% dos tribunais com mulheres na presidência (sete de 24 tribunais), na Justiça Estadual, composta por 27 tribunais, sete também seriam comandados por magistradas (26%), e, enfatizando desigualdade em questões políticas, entre os 27 tribunais eleitorais, apenas quatro (15%) eram presididos por juízas (BANDEIRA, 2014). Existiria um grande número de servidoras, mas seria preciso investigar se elas estariam conquistando cargos de chefia (BANDEIRA, 2014).

Nos tribunais superiores, ainda existem menos mulheres do que homens em sua composição (BANDEIRA, 2014). Estes apenas começaram a contar com integrantes mulheres a partir do início da década de 1990 (BANDEIRA, 2014). Cnéa Cimini Moreira, nomeada para integrar o Tribunal Superior do Trabalho (TST) em 1990, foi a primeira ministra mulher em um tribunal superior do Brasil (BANDEIRA, 2014). A ministra Eliana Calmon, apenas assumiria uma vaga como ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 1999 (BANDEIRA, 2014). Em 2010, foi primeira a ser alçada corregedora nacional de Justiça do CNJ, sendo única mulher a ocupar essa vaga até hoje (BANDEIRA, 2014). Em 2000, Ellen Gracie foi indicada para a corte mais alta do país, o Supremo Tribunal Federal (STF) (BANDEIRA, 2014). Somente assumiu presidência sete anos depois (BANDEIRA, 2014).

A progressão, em que pese exista, ainda não é satisfatória para um judiciário mais igualitário: até o fim de 1960, apenas 2,3% dos magistrados eram mulheres – que se tornou a 11% na década de 1990 e quase triplicou para mais de 30% em 2000 (BANDEIRA, 2014).



Em pesquisa sobre a feminização da advocacia e as dificuldades femininas em ascensão na carreira advocatícia, a professora Patrícia Tuma Martins Bertolin (2017, p. 16-42) verifica que a partir dos anos 2000, as mulheres passaram a ser maioria de inscritas na seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, cenário que se repete em diversas outras seccionais (BERTOLIN, 2017, P. 16-42). Contudo, em que pese um suposto aumento cada vez maior de mulheres na advocacia não se constata um aumento necessário de mulheres em cargos de chefia como sócias em escritórios de advocacia, representando muitas vezes, no máximo 30% dos sócios em grandes escritórios de advocacia, conforme a pesquisa (BERTOLIN, 2017, P. 16-42). Observa-se o fenômeno denominado como teto de vidro, que seria uma expressão quanto a barreiras invisíveis impostas à grupos considerados minorias tais qual as mulheres, que exclui as mulheres da ascensão na carreira como advogada (BERTOLIN, 2017, P. 16-42). Na pesquisa, constata-se que as mulheres que conseguem transpor a barreira invisível e ascender, são tidas como as poucas excepcionais, mulheres estas que, muitas vezes, tendem a incorporar o modelo masculino de negócio e abandonando seu pertencimento ao grupo feminino (BERTOLIN, 2017, P. 16-42). A ideia da diferença entre as mulheres e homens seria evidenciada nos espaços de trabalho pelo próprio vestuário como a utilização do *tailleur* (BERTOLIN, 2017, P. 16-42).

No ambiente de trabalho advocatício, destaca-se o problema das mulheres sofrerem por permanecerem responsáveis pela maior parte das atividades realizadas em âmbito doméstico (BERTOLIN, 2017, P. 16-42). Por outro, em entrevistas com profissionais de grandes escritórios, a atividade doméstica do homem é vista como “ajuda”, o que transparece a naturalidade de uma situação de dupla jornada feminina que vem se apresentando danosa a atividade econômica da mulher (BERTOLIN, 2017, P. 16-42). Ademais, conclui-se que o tempo dedicado pelas mulheres ao trabalho reprodutivo é relevante fator de sua inserção mais precária no mercado de trabalho (BERTOLIN, 2017, P. 16-42).

Para as advogadas, a licença-maternidade torna-se preocupação pela possibilidade de preenchimento da equipe na ausência da advogada gestante, além do medo da licença ser um custo para o escritório, ou do medo que o escritório inclua o afastamento no cálculo da produtividade da profissional (BERTOLIN, 2017, P. 16-42). Todas estas situações relatadas em pesquisa podem vir a ser causa de estagnação da carreira das advogadas, que preenchem grande parte da base de trabalho dos grandes escritórios, mas que raramente ascendem ao topo da hierarquia das grandes sociedades (BERTOLIN, 2017, P. 16-42). Alternativas como maior flexibilidade, home office e trabalho em tempo parcial não são muitas vezes opções dadas às mulheres gestantes e com filhos pequenos, e quando são, também parecem desprestigiar o

trabalho da mulher, uma vez que um grande número de escritórios considera o trabalho o grande número de horas despendidos dentro do escritório (BERTOLIN, 2017, P. 16-42).

Conclui-se que a feminização da advocacia é evidente no Brasil a partir de 1980 e que nas últimas décadas o ingresso de mulheres na Ordem dos Advogados do Brasil tem superado o de homens, estando próximo de 52% (BERTOLIN, 2017, P. 16-42). Contudo, as mulheres permanecem concentradas em cargos de base de carreira, muitas vezes não ascendendo dado a uma barreira invisível relacionada fortemente à maternidade, que é parte do discurso profissional de ambos os sexos que incompatibiliza ter família e carreira em escritórios (BERTOLIN, 2017, P. 16-42). Portanto, não teria havido adequação da profissão ao ingresso feminino, havendo muita abdicção de mulheres avançarem na advocacia (BERTOLIN, 2017, P. 16-42). Igualmente, muitas advogadas assimilam e reproduzem como natural as dificuldades vivenciadas, não produzindo soluções e melhorias para as advogadas que queiram avançar profissionalmente, conforme o pesquisado (BERTOLIN, 2017, P. 16-42).

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Esta pesquisa conclui que, se por um lado há um aumento da participação das mulheres nos cargos de formação do Direito, por outro lado verifica-se que não há um aumento tão grande de mulheres em cargos de chefia e liderança nas carreiras do Direito.

Em que pese a Constituição de 1988 tenha trazido uma série de avanços para a efetivação de igualdade de gênero, ainda são necessárias diversas mudanças que proporcionem a efetiva igualdade entre mulheres e homens em seus empregos, em especial no setor jurídico, em que os cargos de liderança ainda são de maioria masculina.

Pesquisas futuras deverão aprofundar mais o tema pesquisado, pesquisando soluções e possíveis efeitos destas dificuldades profissionais das mulheres formadas em Direito verificadas.

#### **REFERÊNCIAS**

BANDEIRA, Regina. **Mulheres ocupam presidência em 20% dos tribunais brasileiros**. Brasil: Agência CNJ de Notícias, 11/03/2014 - 08h45. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61410-mulheres-ocupam-presidencia-em-20-dos-tribunais-brasileiros>>. Acesso em: 25/11/2016, 01:00.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. Feminização da advocacia e ascensão das mulheres nas sociedades de advogados. **Cadernos de Pesquisa**, v. 47, n. 163, p. 16-42, 2017.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan (Organizadoras). **Mulher, Sociedade e Direitos humanos**. São Paulo: Rideel, 2010. Princípios Constitucionais, igualdade e mulheres na Constituição de 1988.

BRASIL. **Constituição Federal brasileira de 1988**. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 09/05/2017, 01:01.

IBGE. **Censo 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/>>. Acesso em: 22/10/2018, 13:00.

LISBOA, Teresa K. O Empoderamento como estratégia de inclusão das mulheres nas políticas sociais. **Seminário Internacional Fazendo Gênero: Corpo, Violência e Poder**, v. 8, 2008.

# A NECESSIDADE DO ATENDIMENTO PSICOLÓGICO DE PLANTÃO DENTRO DAS DELEGACIAS DE DEFESA DA MULHER

*Eduarda Lacerda Bordão*

(Universidade Paulista – Campus JK de São José do Rio Preto/SP)  
duda\_lacerda03@hotmail.com

*Maicoul de Souza Alves*

(Universidade Paulista – Campus JK de São José do Rio Preto/SP)  
maicoulpreto@hotmail.com

**RESUMO:** Este trabalho pretende discutir a necessidade da implantação do atendimento psicológico nas Delegacias de Defesa da Mulher (DDM) e sua importância para a vítima de violência por meio da vivência dos pesquisadores durante o estágio de conclusão do curso de psicologia que se resume ao atendimento realizado como plantão psicológico (PP). A violência doméstica se manifesta de diferentes formas e traz malefícios físicos, psicológicos e sociais. As DDM surgem em resposta à necessidade de um atendimento individual e humanizado frente ao atendimento mecanizado que era oferecido a tal demanda nas delegacias comuns. No decorrer do PP, a vítima é ouvida e acolhida buscando junto ao psicólogo, maneiras de diminuir o sofrimento causado pela violência sofrida. Durante a pesquisa foram atendidas 14 mulheres. Através deste estudo, conclui-se que é imprescindível que as delegacias ofereçam atendimento psicológico para as vítimas que à procuram e os funcionários que ali trabalham.

**Palavras-chave:** Delegacia da mulher. Violência contra a mulher. Atendimento psicológico.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo descrever e analisar o funcionamento da Delegacia de Defesa da Mulher, além de buscar compreender como a Psicologia e o atendimento psicológico, em forma de plantão, é oferecido dentro de uma delegacia que atende mulheres vítimas de violência. Esse tipo de intervenção pode trazer maior esclarecimento sobre o fenômeno da violência de gênero, de forma que o olhar técnico-científico para esse tipo de atenção psicossocial dado às mulheres e crianças em órgãos especializados possa trazer contribuições para o manejo técnico tanto na condução dos atendimentos e ampliação do trabalho, bem como na eficácia e efetividade das intervenções, para que a mulher vítima deixe de ser vista apenas como sujeito passivo da situação de violência, mas consiga desenvolver habilidades e resiliência para lutar por seus direitos. A questão chave inicial consistiu em responder: Qual a importância do oferecimento de atendimento psicológico às vítimas de violência doméstica para que essas consigam se enxergar como um sujeito de direitos? A pesquisa, de caráter quantitativo e qualitativo, foi desenvolvida com base nos dados obtidos através da observação da rotina de trabalho e dos casos atendidos na Delegacia de Defesa da Mulher de uma cidade do interior paulista. Os pesquisadores realizaram atendimentos semanais, no primeiro semestre do presente ano, onde realizaram intervenções breves, baseadas no método do plantão psicológico, que consistiram na escuta, acolhimento, suporte emocional e orientação à vítima e à família.

## 2 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define violência como qualquer ato de agressão ou negligência à pessoa que produz ou pode produzir dano psicológico, sofrimento físico ou sexual, incluindo as ameaças, coerção ou privação arbitrária de liberdade, tanto em público como em privado. E se estabelece quando há uso intencional de força ou poder em uma forma de ameaça ou efetivamente, contra si mesmo ou outra pessoa, grupo ou comunidade, que gera ou tem grande probabilidade de gerar lesão, morte, dano psíquico, alterações do desenvolvimento ou privações (OLIVEIRA; VIEGAS; SANTOS; SILVEIRA; ELIAS, 2015).

O conceito “violência contra a mulher” é frequentemente utilizado como sinônimo de violência doméstica e violência de gênero. A utilização do termo no Brasil teve seu início no final dos anos 70 e difundiu-se rapidamente em função das mobilizações feministas contra o assassinato de mulheres e impunidade dos agressores, frequentemente os próprios maridos, comumente absolvidos em nome da “defesa da honra” (GROSSI, 1998).

A Lei Maria da Penha – como ficou conhecida a Lei 11.340/2006 – recebeu este nome em homenagem à cearense Maria da Penha Maia Fernandes, que foi agredida pelo marido durante seis anos e lutou por 19 anos e meio até que o país tivesse uma lei que protegesse as mulheres contra as agressões domésticas. Essa lei é a maneira mais eficaz para enfrentar a violência contra a mulher no Brasil. A norma é reconhecida pela Organização das Nações Unidas - ONU como uma das três melhores legislações do mundo no enfrentamento à violência de gênero. Além da Lei Maria da Penha, a Lei do Feminicídio, sancionada pela presidenta Dilma Rousseff em 2015, colocou a morte de mulheres no nível de crimes hediondos e diminuiu a tolerância nesses casos. O feminicídio, como é chamado o assassinato de uma mulher pela condição de ser do gênero feminino, consiste em assassinato de mulheres por homens motivados pelo ódio, desprezo, prazer ou sentimento de propriedade. (BRASIL, 2015)

O que não é do conhecimento da maioria é que a violência doméstica vai muito além da agressão física ou do estupro. A Lei Maria da Penha classifica os tipos de abuso contra a mulher nas seguintes categorias: violência patrimonial, violência sexual, violência física, violência moral e violência psicológica. Outras formas de agressão que são consideradas no contexto da violência doméstica no Brasil incluem: humilhar; xingar; e diminuir a auto estima; tirar a liberdade de crença; fazer a mulher acreditar que está ficando louca; controlar e oprimir a mulher; expor a vida íntima; atirar objetos, sacudir e apertar os braços; forçar atos sexuais; impedir a mulher de

prevenir gravidez ou obriga-la a abortar; controlar o dinheiro ou retenção de documentos; quebrar objetos da mulher. (BRASIL, 2015)

Em vista dos acontecimentos, viu-se a necessidade da criação de um local que tivesse o devido acolhimento e tratamento às mulheres vítimas de violência doméstica. Assim surgiu a ideia da delegacia especializada para o atendimento à mulheres.

## **2.1 Delegacia de Defesa da Mulher**

As Delegacias de Defesa da Mulher surgem em resposta às demandas feministas, embora a primeira delegacia não tenha sido uma ideia do movimento, senão do próprio governo, teve sua primeira sede criada em 1985 na cidade de São Paulo.

O feminismo surgiu como um movimento libertário, que ansiava pelo espaço para a mulher em todos os âmbitos e luta por uma nova forma de relacionamento entre homens e mulheres, em que esta última alcançasse liberdade e autonomia para decidir sobre sua vida e seu corpo. (PINTO, 2010)

As mobilizações feministas buscaram denunciar espancamentos e maus tratos conjugais no início nos anos 80, pois essas eram formas muito comuns de “violência contra a mulher” e foi assim que o termo passou a ser usado como sinônimo de violência doméstica em função da maior incidência deste tipo de violência ocorrer no espaço doméstico e/ou familiar (Azevedo, 1985).

Como resultado dessa luta houve a criação de vários serviços de atendimento a mulheres vítimas de violência, dentre eles as Delegacias de Defesa da Mulher, conquistas importantes no combate à violência de gênero.

## **3 PLANTÃO PSICOLÓGICO**

Segundo Balbuena (2011), o atendimento psicossocial para mulheres vítimas de violência doméstica está tomando maior vulto no Brasil, pois ela tem sido uma grande preocupação social e de interesse de investigação científica, dada a gravidade do problema. O olhar técnico-científico para esse tipo de atenção psicossocial dado às mulheres e crianças em instituições habilitadas pode trazer contribuições para o manejo técnico na condução dos atendimentos, na ampliação do trabalho, bem como na eficácia e efetividade do mesmo.

O Plantão Psicológico é uma modalidade de intervenção que busca atender o sujeito no exato momento de sua urgência. É necessário que o psicólogo se encontre disponível para o outro, num determinado momento, tempo, lugar e que esteja preparado para lidar com o não planejado. Segundo Tassinari (2009, p. 156) o Plantão Psicológico é “[...] realizado em uma ou mais consultas

sem duração predeterminada, objetivando receber qualquer pessoa no momento exato (ou quase exato) de sua necessidade [...]”. O profissional necessita ser acessível do ponto de vista afetivo e temporal para receber o outro a partir de escuta qualificada e ação de prestimosidade junto ao sujeito que pede ajuda, ocorrendo o encontro de acordo com a necessidade do sujeito e pela disponibilidade do psicólogo, tendo como foco o “aqui-agora” (BRAGA; MOSQUEIRA; MORATO, 2012).

Dessa forma, o aconselhamento psicológico se configura pela abertura do conselheiro para acolher qualquer demanda que se apresente. A ideia é receber o cliente e facilitar para que este se posicione diante de seu sofrimento e decida se o atendimento será um aconselhamento, uma orientação ou uma psicoterapia. O conselheiro ao acolher o cliente pode, junto com este, explorar não só a queixa, mas outras possibilidades diante desta. O aconselhamento psicológico, então, constitui-se pela disponibilidade e flexibilidade em propor alternativas de ajuda (REBOUÇAS; DUTRA, 2010).

A escuta feita pelo profissional da psicologia dá-se pela postura de respeito e pela receptividade frente à situação existencial, as vivências do sujeito atendido e ao contexto sociocultural em que está inserido, evitando julgamentos e preconceitos perante as escolhas firmadas. Nesse sentido, a escuta não se refere à postura passiva por parte do psicólogo; na contracorrente dessa concepção, é por meio do diálogo que novos sentidos podem ser criados já que o profissional tem possibilidades de fazer questionamentos e apontamentos. Vale lembrar que a partir das falas ouvidas pelo plantonista abre-se espaço para a interrogação e reflexão buscando pelo sentido das experiências, possibilitando descobrir as condições e relações humanas por meio da escuta clínica (BRAGA; MOSQUEIRA; MORATO, 2012).

#### **4 MÉTODO**

Os pesquisadores realizaram atendimentos de mulheres vítimas de violência, em situação de risco e vulnerabilidades, em dupla, semanalmente, contabilizando 12 visitas de 3 horas cada à Delegacia de Defesa da Mulher (DDM) de uma cidade do interior de São Paulo, onde foram realizados o total de 17 atendimentos. As intervenções se efetivaram na forma de Plantão Psicológico e se sucederam de forma breve consistindo na escuta, acolhimento, suporte emocional e orientação à vítima e a família.

Os atendimentos seguiram um protocolo estabelecido pelo local de estágio, que consistia em oferecer atendimento psicológico à população que procurava a delegacia de forma breve, oferecendo uma escuta acolhedora.

Os pesquisadores se direcionavam até a sala de espera e ofereciam ajuda psicológica aos que aguardavam ser atendidos. Outras vezes a demanda eram encaminhada pelos próprios funcionários da DDM.

## **5 RESULTADOS**

Durante os dias de estágio dentro da Delegacia de Defesa da Mulher, 14 casos foram atendidos pelos pesquisadores onde 10 foram mulheres entre 19 e 55 anos e quatro atendimentos foram com idosas entre 60 e 70 anos, e que entre as demandas oito resultaram em registros de Boletim de Ocorrência e seis em pedidos de Medida Protetiva.

Mediante pesquisa averiguou-se a necessidade da implantação de um serviço psicológico às vítimas de violência que chegam fragilizadas ao local e acabam, por sua vez, devido a grande demanda de atendimentos, deixando o local sem receber o acolhimento e encaminhamento necessário para que seu sofrimento psíquico seja reduzido e, a partir de então, receba o acompanhamento adequado.

Cabe ressaltar aqui que, segundo Monteiro & Souza (2007), os maus-tratos sofridos pela mulher geram perdas significativas em sua saúde física e mental. O Ministério da Saúde tem implementado políticas e normatizando ações de prevenção e tratamento dos danos decorrentes da violência contra as mulheres, uma vez que estes são de alta frequência e que causam sérias repercussões no contexto biopsicossocial do indivíduo, sendo determinantes no processo de saúde e adoecimento (Januário et al., 2010).

## **6 CONCLUSÃO**

Percebe-se que há dificuldade por parte das mulheres que recorrem à delegacia especializadas de combate à violência em reconhecerem-se como sujeitos em contexto de violência. Os relatos obtidos revelaram que a dinâmica da violência compõe o dia-a-dia das mulheres e é elemento que perpassa a intergeracionalidade. Esse fenômeno contribuía para a retirada das queixas em virtude de sentirem medo de repressões e retaliações dos parceiros, bem como de suas famílias e da sociedade (FARINHA; SOUZA, 2016).

Nota-se que os dispositivos da Lei, muitas vezes, encontram-se impossibilitados de serem atendidos em sua integralidade. Dentre os entraves à efetividade das medidas protetivas está a morosidade em sua concessão, que se dá pela ausência de auxílio à polícia e ao Judiciário, onde o baixo efetivo, seja de agentes, servidores, juízes e promotores, não comportam a demanda volumosa de procedimentos e processos que a cada dia se acumulam nas delegacias e tribunais.



Além disso, outro impedimento à efetividade das medidas protetivas está na ausência de mecanismos necessários à concretização dessas medidas, ou seja, faltam instrumentos que possibilitem o acompanhamento efetivo do acusado, impedindo-o de aproximar-se de sua vítima, resultando, assim, no impedimento de novos delitos contra a ofendida (JARA, 2014)

Para enfrentar esta cultura machista e patriarcal são necessárias políticas públicas transversais que atuem modificando a discriminação e a incompreensão de que os Direitos das Mulheres são Direitos Humanos. Modificar a cultura da subordinação de gênero requer uma ação conjugada. Para isso é fundamental estabelecer uma articulação entre os programas dos Ministérios da Justiça, da Educação, da Saúde, do Planejamento e demais ministérios. Exemplo dessa desarticulação está na proposta de criação de mais Delegacias de Defesa da Mulher, instrumento muito importante mas que tem de ser aparelhado em sua estrutura física, equipamento e ligação com as demais delegacias, com a Secretaria de Segurança, da Justiça, da Educação e demais órgãos do governo estadual e federal. Assim como o pessoal desta importante instituição precisa ser treinado permanentemente, as Delegacias pouco podem fazer se não estiverem inseridas em um programa de transformação da cultura da força e da violência de gênero. Nos programas (BLAY, 2003).

Durante a pesquisa, os principais obstáculos enfrentados foram: a recusa ao atendimento psicológico, o que nos pareceu decorrer do desconhecimento por parte das mulheres atendidas quanto à importância de vivenciarem esse atendimento para esclarecimentos sobre o ciclo de violência e; a falta de participação de outros profissionais que compõem a equipe da Delegacia, já que o atendimento psicológico oferecido não foi colocado no protocolo de atendimento, o que fazia com que várias pessoas desconhecessem sua existência. Isso nos leva a pontuar a necessidade da implantação do atendimento psicológico a mulheres vítimas de violência, como algo que deveria ocorrer apenas em forma de plantão, mas como atendimento oficial e diário nas delegacias especializadas, além da necessidade de profissionais melhor preparados do ponto de vista emocional, para que possam acolher as vítimas de uma forma menos mecanizada, levando em consideração as consequências psicológicas que a violência traz, garantindo ainda um local específico para esse atendimento, que era realizado em uma sala pequena, perto da porta de entrada da Delegacia, o que comprometia o sigilo necessário para tal situação.

Deve-se observar que a falta de um auxílio psicológico para os profissionais da Delegacia parece também comprometer o ambiente de trabalho, resultando num tratamento menos cuidadoso com as vítimas. Dessa forma, faz-se de extrema importância o oferecimento do atendimento psicológico dentro das delegacias, de forma que a mulher possa entender a situação

de violência em que se encontra e com a ajuda do profissional psicólogo, desenvolver recursos emocionais para que não seja mais revitimizada, buscando soluções tanto psicológicas quanto legais, para sair do ciclo de violência.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, M. A. **Mulheres espancadas**: a violência denunciada. Rio de Janeiro: Cortez. 1985.

BALBUENO, B. Investigação sobre atendimento psicossocial oferecido em delegacias de defesa da mulher. **Psicólogo informado**, n. 15. 2011. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/psicoinfo/v15n15/v15n15a05.pdf>> Acesso em: 01 jun 2018.

BLAY, E.A. Violência contra a mulher e políticas públicas. **Estudos Avançados**, v. 49, n. 17. 2003. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ea/v17n49/18398.pdf> > Acesso em: 08 jun 2018.

BRAGA, T.B.M; MOSQUEIRA, S.M.; MORATO, H.T.P. Cartografia clínica em plantão psicológico: investigação interventiva num projeto de atenção psicológica em distrito policial. **Temas em Psicologia**, v. 20, n. 02. Ribeirão Preto, 2012. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-389X2012000200020](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2012000200020)> Acesso em: 08 jun 2018.

FARINHA, M.G.; SOUZA, T.M.C. Plantão psicológico na delegacia da mulher: experiência de atendimento sócio-clínico. **Rev. SPAGESP**, vol.17, n.01. Ribeirão Preto, 2016. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1677-29702016000100007](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-29702016000100007)> Acesso em: 15 jun 2018.

GROSSI, M.P. Rimando Amor e Dor: reflexões sobre violência no vínculo afetivo-Conjugal, 1998. In PEDRO, J.M. & GROSSI, M.P. (orgs.) **Masculino, Feminino, Plural**. Santa Catarina: Editora Mulheres.

JANUÁRIO, I. S. et al. Violência doméstica contra a mulher: diretrizes legais para a assistência de enfermagem. In **Congresso Brasileiro dos Conselhos de Enfermagem**, 2010. Disponível em: <<http://189.75.118.67/CBCENF/sistemainscricoes/arquivosTrabalhos/I19725.E8.T3054.D4AP.pdf>> Acesso em: 15 jun 2018.

JARA, J.M.V. **Os entraves à efetividade das medidas protetivas de urgência da Lei n.11.340/2006**. 2014. Dissertação (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6037/1/21009773.pdf>> Acesso em: 08 jun 2018.

MONTEIRO, C.F.S.; SOUZA, I.E.O. Vivência da violência conjugal: Fatos do cotidiano. **Texto Contexto Enferm**, v.16, n.1. Florianópolis, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/tce/v16n1/a03v16n1.pdf>> Acesso em: 22 jun 2018.

OLIVEIRA, P.P.; VIEGAS, S.M.F.; SANTOS, W.J.; SILVEIRA, E.A.A; ELIAS, S.C. Mulheres vítimas de violência doméstica: Uma abordagem fenomenológica. **Texto & Contexto – Enfermagem**, v. 24, n. 01. Florianópolis, 2015. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-07072015000100196&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072015000100196&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)> Acesso em: 22 jun 2018.

PINTO, C.R.J. Feminismo, história e poder. **Rev. Sociol. Polít.**, v. 18, n. 36, p. 15-23. Curitiba, 2010. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n36/03.pdf> > Acesso em: 01 jun 2018.

REBOUÇAS, M.S.S.; DUTRA, E. Plantão Psicológico: Uma prática clínica da contemporaneidade. **Revista da Abordagem Gestáltica**, v. 16, n. 1, 2010. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rag/v16n1/v16n1a04.pdf>> Acesso em: 01 jun 2018.

# A OPRESSÃO E DISCRIMINAÇÃO DO GÊNERO FEMININO

*Filipe Galatti Marchiori*

(Universidade Paulista (UNIP - Campus JK em São José do Rio Preto)

filipegalatti7@gmail.com

**RESUMO:** Este trabalho tem como objetivo mostrar que desde o início da civilização a mulher sofreu com a opressão e discriminação em razão do seu gênero e forma como a sociedade (machista) entendia seu papel, que estava relacionado com os afazeres domésticos e a procriação, submetendo-a à vontade do homem ou chefe da família. Muitos preconceitos sobre o papel feminino se perpetuam devido à falta de indignação e conformismo do ambiente e diversos aspectos são analisados para entender como e porque esses pensamentos incompatíveis com o século XII ou XXI, ainda prevalecem e dificultam a vida das pessoas envolvidas, diretamente ou indiretamente, afetando a sociedade como um todo. A sociedade sofreu evoluções, contudo não suficientes para acabar com moldes enraizados e distorcidos sobre a figura feminina, que aparece moldada na literatura infantil e nas cantigas populares, por exemplo.

**Palavras-chave:** Mulher. Sociedade. História.

## 1 INTRODUÇÃO

Em pleno século XXI, no auge da civilização humana, ainda temos que conviver com notícias e costumes que desrespeitam o próximo e agridem a ideia e a necessidade de convivência em sociedade do ser humano. Através da história, é sabido que esses costumes são herdados do início da sociedade. Com isso, levanta-se o questionamento: por que ainda carregamos isso até hoje? Sendo que para os padrões atuais o ontem já é ultrapassado.

Nesse artigo trataremos sobre um desses costumes que tem interferência até na Constituição de 1988 da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), que é considerada a Constituição Cidadã brasileira. Discutiremos sobre como a personificação da mulher compromete a vida social e pessoal das atingidas e da sociedade como um todo.

Durante anos a mulher vem lutando pelos seus direitos a fim de conquistar sua evolução no mercado de trabalho, por direitos iguais aos dos homens e também segurança e respeito.

Posteriormente, a criação da CLT (BRASIL, 1943) acarretou em maiores oportunidades trabalhistas ao público feminino. Ademais, no ano seguinte, houve especializações com relação a esses direitos tais como: trabalho noturno da mulher em algumas atividades desde que maior de 18 anos; ampliação do período de descanso, melhor cuidados médicos, locais de trabalho, proteção da maternidade etc.

## 2 PERSPECTIVA HISTORICA

Nos primórdios da sociedade, quando eram formadas por famílias nômades, não existia uma hierarquia propriamente dita. Entretanto existia uma "divisão de funções", pois entendia-se que o homem era responsável por trazer a comida e defender o clã enquanto que a mulher era

responsável por cuidar da sociedade, ou seja, das provisões e das crias. O ser humano não é dotado de agilidade, força ou resistência equiparada a outros animais. Entretanto desenvolveu ferramentas artificiais e estratégias de persistência que o colocou no topo da cadeia alimentar.

## **2.1 Divisão das perspectivas de mundo**

Quando o homem ia à caça, mantinha-se focado vários dias na missão de conseguir uma presa, ou por meio de armadilha ou por meio do cansaço da mesma. A técnica da caça consistia em perseguir a presa até abatê-la e levá-la para “casa” com a finalidade de aprovisionar alimentação, vestimenta e futuramente auxiliar na construção de abrigos para os membros da “família”. Enquanto os homens caçavam as mulheres permaneciam no ambiente em que foram deixadas com a função de colher frutos, cuidar dos filhos e prestar atenção em tudo à sua volta, pois a qualquer momento um predador poderia ser avistado e todas deveriam ser alertadas para proteger seus filhos e a si próprias.

Com esta divisão de tarefas o homem e a mulher desenvolveram diferentes visões de mundo, levando a constatações por parte da Neurociências que identificou o nível de testosterona recebido no córtex cerebral em relação também o nível de testosterona recebido no córtex cerebral, podendo-se citar como exemplo a variação de cores na perspectiva feminina: Azul ardósia, Azul ardósia claro, Azul ardósia escuro, Azul ardósia médio, Azul areado, Azul aço, Azul aço claro...; enquanto que para os homens as mesmas cores classificam-se como Azul, simplesmente, ou no máximo suas variantes de claro e escuro. (ROMANZOTI, 2012).

## **2.2 O começo do rebaixamento**

Quando o ser humano deixou de ser nômade as coisas tomaram rumos diferentes. As primeiras sociedades fixas eram governadas por mulheres, pois associavam a imagem feminina à uma semideusa já que somente em seu ventre podia ser gerada uma vida. Entretanto, o homem passou a impor-se perante a mulher, pois a atividade do homem girava em torno da dependência do deslocamento da sociedade e assim o homem começou a prática do ócio.

Na Grécia antiga valorizava-se o ócio em detrimento ao trabalho, principalmente entre os atenienses (segundo Aristóteles), já que os espartanos eram guerreiros. O ócio era uma condição ou estado – o estado de estar livre da necessidade de trabalhar. Aristóteles se referia à falava vida ociosa em contraposição à vida de ação, entendendo por ação as atividades dirigidas para obtenção de fins materiais. O ócio não era considerado como diversão ou recreio, pois estas eram atividades diretamente relacionadas ao descanso do trabalho e a capacidade de viver

devidamente o ócio era a base do homem livre e feliz. O cotidiano do povo grego acontecia fundamentalmente nos ginásios esportivos, nas termas, nos fóruns ou em outros lugares de reuniões públicas. Quer dizer, os nomes dados aos lugares destinados à educação significavam ócio para os gregos. Assim, eles consideravam o ócio como algo a ser alcançado e desfrutado. (STORITA ,2009).

Com a evolução da agricultura e da agropecuária o homem não necessitava mais ir à caça para obter seu sustento. Passou assim a fixar-se em um lugar, desfrutando de mais tempo livre e conseqüentemente a prática da filosofia, exercitando o seu pensamento, privilégio esse que cabia somente aos homens, ficando a mulher presa em suas funções limitadas.

Com o passar do tempo ficou subentendido que a mulher não era merecedora do conhecimento e por isso não podia estar à margem do Poder, logo a sociedade a encarava como se fosse um objeto. Isso ocorreu até o período pós Segunda Guerra Mundial (1945), quando a oferta de homens era muito pouca para o mercado de trabalho, necessitando- se empregar mulheres para suprir às necessidades do mercado e da sociedade.

### **3 ENTRE PERSPECTIVAS**

Compreendendo essa perspectiva histórica entende-se o porquê de, ainda em pleno século XXI, a necessidade da discussão desse tema em nosso país, o Brasil: a mulher apenas conseguiu seu direito à cidadania há mais ou menos 40 anos, visto que o Brasil tem 518 anos. Pela visão da história esse acontecimento é como se houvesse acontecido “ontem”, já que a humanidade tem cerca de 200 mil anos.

O segundo ponto a ser tratado é o porquê de a mulher ter uma personificação de estar relacionada a localidade e a sexualidade que não consegue desvincular-se até os dias atuais.

### **4 A PERSONIFICAÇÃO DA MULHER**

Uma vez que a mulher brasileira somente conseguiu mostrar sua voz e ser respeitada há 40 anos, pois antes não tinha representatividade, ela foi vista como a perfeita dona de casa, como uma representante verdadeira de Amélia (LAGO, 2018)

Naquele tempo, se fosse perguntado a uma menina o que gostaria de ser quando crescer ela diria "quero casar com um marido rico e ser uma ótima mãe". Profissões em cargos públicos, como empresárias e trabalhadoras braçais provavelmente não seriam cogitadas por elas, pois não cabia à mulher o direito de almejar ou assumir atividades de exigência intelectual ou físicas antes reservadas às figuras masculinas.

Como se não bastasse “um manual do que fazer” a mulher trouxe consigo “um manual de como ser”, com critérios de exigência como: ser fina, delicada, amorosa, amável, “fitness”, etc. Para livrar-se desse molde é muito difícil, pois é necessário encarar a reprova de boa parte da sociedade e o apoio de poucos.

#### 4.1 Implantação desde criança

Essas ideias são internalizadas desde a infância, através de condicionamentos que se estabelecem quando ainda crianças começam a ouvir histórias de princesas em perigo e à espera de um príncipe encantado, capaz de resolver os problemas, com desfecho marital e promessa de felicidade eterna. Da mesma forma, as cantigas populares trazem em suas melodias a personificação da mulher, como é o caso da música O Cravo brigou com a Rosa, descrito a seguir:

**“O Cravo brigou com a Rosa”:**

*“O cravo brigou com a rosa  
Debaixo de uma sacada  
O cravo saiu ferido  
E a rosa despedaçada  
O cravo ficou doente  
E a rosa foi visitar  
O cravo teve um desmaio  
E a rosa pôs-se a chorar  
A rosa fez serenata  
O cravo foi espiar  
E as flores fizeram festa  
Porque eles vão se casar”*

A cantiga retrata uma briga de casal, uma certa divergência no desejo de ambas as partes, o que pode ter sido o motivo para a discussão. A melodia dá a impressão que ficaram afastados por um tempo, a Rosa quando soube que o cravo estava doente decidiu fazer – lhe uma visita, mesmo que a briga tenha deixado marcas em ambos (a Rosa saiu despetalada e o cravo saiu ferido), quando ele a viu, teve um desmaio (fazendo o papel do homem que está sofrendo pela presença da mulher amado depois da brigou ou um meio para fazê-la se sentir culpada pelo ocorrido). Ao fazer isso a Rosa se sensibiliza com o estado do Cravo e com isso se derramar em lágrimas, achando que é culpada? (V.,2008).

A partir de uma outra letra de música popular, aparentemente doce e inocente, podemos formular diversas interpretações, por exemplo:

**“Terezinha de Jesus”**

*“Terezinha de Jesus  
De uma queda, foi ao chão  
Acudiram três cavalheiros  
Todos os três, chapéu na mão  
O primeiro foi seu pai  
O segundo, seu irmão*

*O terceiro foi aquele  
Que a Tereza deu a mão  
Terezinha levantou-se  
Levantou-se lá do chão  
E sorrindo disse ao noivo  
Eu te dou meu coração”*

Esta cantiga trata – se da fragilidade e fraqueza da Terezinha de Jesus que “de uma queda foi ao chão” e que precisava de alguém que a cuidasse deixando a mulher em situação de desprestígio ou fragilidade em relação ao homem.

Na segunda estrofe fala da figura masculina, o primeiro foi seu pai (senhor e chefe da família), onde a mulher tem respeito e obediência incondicional. A segunda figura masculina é a do irmão, uma extensão da figura paterna. E, por fim, o “Príncipe Encantado”, o homem que a mulher sempre espera, dando a mão. (PEREIRA, 2018)

A figura da mulher é a de um ser frágil, passível a “quedas”, sempre necessitava da presença masculina a seu lado onde estenda a mão para ajudá-las. Cabe ainda uma atenção na estrofe em que Teresinha diz ao noivo “Eu te dou meu coração”, nesta estrofe aparece o casamento como uma solução para que as mulheres alcancem o destino natural, seguindo o estereótipo da mulher Amélia e do seu marido.

O conteúdo dessa cantiga mostra uma realidade heterossexual com sua perversidade hierárquica, suas relações de poder e o seu processo de elevação do homem e atrofiação da mulher.

#### **4.1.2 As influências infantis modernas**

Os filmes clássicos da Disney também retratam muito bem essa personificação, contudo vêm aos poucos adaptando os filmes e quebrando esses estereótipos. Um exemplo disso é "Shrek", onde tudo acontece em um reino encantado, mas os personagens principais são ogros que vivem de uma maneira não muito elegante. Quando Fionna decide pelo Shrek ela se transforma definitivamente em um ogro, e cada filme que passa a quebra de estereótipos vem se intensificando.

Outro tipo de moldagem que recebemos na infância são os brinquedos. Além de servirem para diversão da criança, eles também são uns dos fatores que definiram a identidade do indivíduo, uma vez que esse tipo de interação fica estereotipada, o desenvolvimento da criança é “manipulado”. Basta entrar numa loja de brinquedos para perceber que existe a divisão de meninos e de meninas. Note-se que na seção de meninos se encontra muito mais brinquedos relacionados à solução de problemas e estimulação da criatividade, enquanto o das meninas está



relacionada à beleza, à maternidade e à vida doméstica. Também tem um padrão de cor em relação ao gênero, o azul e/ou tons escuros seriam para os meninos e o rosa e/ou tons claros para as meninas, sendo que nenhum “pode gostar da cor do gênero oposto”. (JUNGES, 2014, p.28).

E esquece-se que num passado não muito distante os príncipes eram retratados com uma cor masculina, o rosa, e as princesas com uma cor feminina, o azul.

Outro tipo de estereotipação é voltada para o sexismo. No universo dos “games” fica fácil perceber isso: uma olhada rápida nos personagens de "Batman Arkham Knight" da "WB games" percebe-se para quem os decotes foram reservados (para as personagens femininas) enquanto Batman está cada vez mais forte e equipado. Outro exemplo que pode ser citado é a personagem "Lara Croft" da série "Tomb Raider", onde só recentemente teve as curvas reduzidas para agradar o público feminino. Mas isso acontece porque são personagens femininas feitas por homens para os homens, já que “vídeo game” é coisa de menino.

#### **4.1.3 Propagação da corrente**

Como é de se observar, para quem tem convívio com crianças, as pessoas que giram em torno delas são grandes influenciadoras para o bem ou para o mal, já que as crianças e os adolescentes estão buscando entender o mundo e para isso elas observam o que acontece ao seu redor e o imitam dentro do possível, e muitas vezes o questionamento não é feito, já que as pessoas que a tomam como exemplo tem atitudes e comportamentos que serão copiados e adaptados, para se integrar ao meio.

Isso se dá porque o córtex frontal, responsável pela boa parte do controle corporal e também pela medida em longo prazo as consequência dos atos e planejamentos futuros, com isso e juntamente com a necessidade “genérica” do ser humano se socializar e viver em sociedade, uma pessoa dificilmente consegue transformar uma sociedade de acordo com os seus costumes e ideologias, então o indivíduo aprender e absorve os valores do ambiente onde vivem. (SIGMAN, 2017)

Juntando a necessidade o ser humano que tem em se agrupar com a idade e momentos certos e pelo tempo necessário, qualquer indivíduo pode se apegar a qualquer ideologia ou ideia se propaga-las. Isso explica porque que ideias que foram criadas a muito tempo atrás, sobre outras circunstâncias e por motivos que não fazem sentido nos dias atuais ainda são perpetuadas até hoje, sendo que o acesso a informação estão literalmente na mão de todos a alguns cliques. E enquanto esse ciclo vicioso não for quebrado pelo ambiente externo ou interno essas ideias ainda serão levadas a frente mesmo não fazendo sentido

## 5 O PESO DA LAPIDAÇÃO DA SOCIEDADE

Além disso o "teto de vidro" que é imposto sobre elas, pois existem alguns concursos, vestibulares ou até hierarquias em empresas que dificultam propositalmente o ingresso de mulheres devido ao estereótipo de que elas não têm tempo ou capacidade para tais posições, pois são mulheres, um mesmo currículo enviado sobre o nome de um homem tem mais propostas e salários melhores do que com o nome de uma mulher. (CARDOSO, 2018)

Um exemplo recente é o caso do concurso da Polícia Militar do Paraná no qual masculinidade era critério de inclusão na avaliação psicológica e o edital chegou a definir masculinidade como: *"a capacidade do indivíduo em não se impressionar com cenas violentas, suportar vulgaridades, e não se emocionar facilmente, tampouco demonstrar interesse em histórias românticas e de amor"* como se isso fosse se tornar um policial melhor. Levando em consideração a seguinte situação imaginária, fica-se o seguinte questionamento: se esse teste não tivesse sido reformulado, e o critério da "masculinidade" tivesse seguido adiante, o mulher que passa-se neste concurso, ela seria ridicularizada pela "masculinidade que teve" para passar, e o homem que não passa-se no concurso também seria ridicularizado pela "falta de masculinidade" necessária.

### 5.1 Problemas na Lei Maior

Do mesmo modo que há dificuldade de crescimento no ramo Empresarial, pois há empregador que acreditam que, por ser mulher terá um filho e segundo a Constituição Brasileira de 1988<sup>1</sup>, artigo 7º, inciso XVIII, a mulher tem 120 dias para cuidar da criança e o homem são 5 dias, contratante, devido a esta ilusão de que a mulher tem que cuidar da criança que eventualmente vai ter, "calcula" o "prejuízo" que teria ao contratar mulheres, acaba não as contratando. Sendo que a genética já mostra que é necessário o gameta feminino e o masculino para que começa a geração da vida, a mulher encarrega-se de gerar a vida e não de fabricar. Pai tem responsabilidade sobre a criança e também sobre o seu processo de formação, pois o que se observa muitas vezes é que a criança é muito mais apegada a mãe e ela começara a ter um bom vínculo com o pai no começo da adolescência, o que ocasiona problemas familiares ou também sociais com a criança. Uma das soluções mais democrática seria ter um processo de revezamento com o número de dias iguais pra ambos, assim a criança desenvolve um bom convívio com os dois.

Outra diferença encontrada na Carta Magna Brasileira (CONSTITUIÇÃO, 1988) artigo 201º, § 7, inciso II é com relação à aposentadoria. Na aposentadoria por idade o homem se aposenta com 65 anos de idade e a mulher com 60, e que tenha pelo menos 180 meses de contribuição no meio

urbano. Já no meio rural tanto o homem quanto a mulher aposentam por idade, ele com 60 e ela com 55. O fato de a mulher aposentar-se antes que o homem deve-se à dupla jornada de trabalho, ou seja, o emprego formal, fora de casa e o “emprego informal” em sua residência. Mais uma vez se encontra a ideia de que a função da mulher está relacionada ao ambiente domiciliar.

O quadro eleitoral apresentado em 2018, pode se entender como a mulher ainda é separada da figura política apesar de ser boa parte da representação da sociedade, como se pode conferir com o gráfico abaixo. Fazendo com que o padrão dos candidatos dessas eleições seja composta de homens, hétero, casados e com idades que em outras profissões estaria próximo ou já aposentado. (TSE, 2018)

## 5.2 Problemas em números

Entramos agora em nossa terceira pauta que seria a mulher no mercado de trabalho. Como já foi falado anteriormente, nossa história é predominantemente machista, e a sociedade impõe um manual de como ser uma mulher e isso afeta a vida profissional da mulher e econômica/social do país. No ensino médio a taxa de frequência de mulheres é de 73,5%, a de homens é de 63,2%. No ensino superior completo chega a 23,5% de mulheres e 20,7% de homens. Nas gerências de empresas é de 37,8%

Para onde vão as mulheres que se formam? De acordo com a porcentagem de tempo dedicado aos afazeres domésticos, as mulheres dedicam (em horas semanais) cerca de 18,1%. Quase o dobro dos homens.

Tem ainda o agravante do rendimento médio de salário; as mulheres ganham R\$ 1.764, todavia os homens ganham R\$ 2.306. (LUIZA, 2018)

E levando em consideração que a Carta Magna de 1988 (CONSTITUIÇÃO, 1988) brasileira tem tipificado no artigo 7º (sétimo) inciso XXX (trinta) que implica “proibição de diferença de salário, de exercício de função e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” ou no artigo 3º (terceiro) inciso IV (quarto) que cabe à República Federativa do Brasil: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Dentre esses e outros exemplos percebe-se claramente que assim como boa parte da Constituição brasileira de 1988 (CONSTITUIÇÃO, 1988), que é uma das melhores no que se refere ao direito formal, é lastimavelmente não aplicada, o pois direito material é lamentável.

Um outro exemplo de como o estereótipo prejudica a evolução da nação é em relação as mulheres que fizeram doutorado na área de STEM (ciência, tecnologia, engenharia e matemática)

em todas as universidades públicas de Ohio com dados do projeto UMETRICS (que fornece informações sobre estudantes ajudados por verba federal de pesquisa e que conseqüentemente aponta quantos alunos desistem do curso) e foram as únicas na sala, tem uma probabilidade de 12% de desistirem do curso. (GRANDA, 2018)

Pois estar em um ambiente cercado por homens diminui a inclusão da pessoa com a turma e conseqüentemente com o curso. A desistência das calouras acontece mais no primeiro ano, as alunas que eram únicas na sala tinham 10% a mais de chance de desistirem.

Essa diferença de gênero é tão relevante que para cada 10% a mais de mulheres em uma sala, a diferença de gênero reduz em mais de 2% o índice de desistência. (GALILEU, 2018)

## 6 CONCLUSÃO

O Brasil não vive uma situação como a de alguns países do Oriente Médio, onde por motivos de cultura e religião a mulher está submissa, em todos os sentidos, ao homem. Como exemplo disso temos a Arábia Saudita que só recentemente foi permitido a elas o direito de dirigir. Outra discriminação é que se a mulher pratica adultério ela é enterrada até o pescoço e depois apedrejada em praça pública. Para um cidadão de lá é normal essa situação é normal, o “desumano” é o que acontece no Ocidente com toda a liberdade que a mulher tem em comparação a eles.

Com isso fica o questionamento, será possível que a humanidade consiga alcançar o bom entendimento com todos, tornarmos unidos definitivamente? Sendo que só o motivo de diferença de ideias é motivo para o ódio do outro nos dias de hoje.

Pode-se propor que como solução para começar a alcançar a igualdade entre todos os humanos é a educação e o respeito. Essa proposta pode ajudar a refletir que nenhuma diferença fisiológica, psicológica ou ideológica é motivo para o ódio ou de desrespeito, desonra ou rebaixamento. Afinal, se a humanidade não conseguir atingir esse nível de convivência, estamos caminhando para o fim.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Consolidação das leis Trabalhistas** (CLT) (1943). Consolidação (das) Leis do Trabalhador. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)> da data de 01 de mai. 2018. Acesso em 5.nov.2018

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 4. nov. 2018

CARDOSO, Vanessa Teixeira. **O fenômeno Teto de Vidro e a ocupação da mulher no mercado de trabalho**. Disponível em: <[www.administradores.com.br/artigos/carreira/o-fenomeno-teto-de-vidro-e-a-ocupacao-da-mulher-no-mercado-de-trabalho/61094/](http://www.administradores.com.br/artigos/carreira/o-fenomeno-teto-de-vidro-e-a-ocupacao-da-mulher-no-mercado-de-trabalho/61094/)> da data de 21 de jan. 2018. Acessado em 20 nov. 2018

GALILEU, Redação. **Quanto menos mulheres, mais elas desistem de carreiras nas ciências**. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2018/09/quanto-menos-mulheres-mais-elas-desistem-de-carreira-nas-ciencias.html>> da data de 17 de out. 2018. Acesso em: 14 nov. 2018

GANDRA, Alana. **IBGE: mulheres ganham menos que homens mesmo sendo maioria com ensino superior**. Disponível em: <[agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-03/ibge-mulheres-ganham-menos-que-homens-mesmo-sendo-maioria-com-ensino-superior](http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-03/ibge-mulheres-ganham-menos-que-homens-mesmo-sendo-maioria-com-ensino-superior)> da data de 07 de mar. 2018. Acesso em 15 nov. 2018.

JUNGES, Rafaela. **MENINOS QUE BRINCAM COM BONECAS VIRAM MENINA? DIFERENÇAS DE GÊNERO NAS BRINCADEIRAS DE CRIANÇAS DE 4 A 5 ANOS**. Disponível em: <<https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/712/1/2014RafaelaJunges.pdf>> da data de nov. 2014. Acessado em 24 de nov. 2018.

LAGO, Mário. **Ai que Saudades da Amélia**. Disponível em: <<https://www.vagalume.com.br/mario-lago/ai-que-saudades-da-amelia.html>>. Acesso em 20 nov. 2018.

LUIZA, Calegari. **A desigualdade de Gênero no Brasil em um Gráfico**. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/a-desigualdade-de-genero-no-brasil-em-um-grafico/>> da data de 7 de mar. 2018. Acesso em: 14 nov. 2018

PEREIRA, Roberto da Costa. **Teresinha de Jesus – Interpretação da Cantiga de roda**. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/educacao/terezinha-de-jesus-uma-interpretacao-da-cantiga-de-roda/58299>>. Acesso em 17 nov. 2018

ROMANZOTI, Natasha. **Homens e mulheres enxergam o mundo de maneira diferente?** Disponível em: <<https://hypescience.com/homens-e-mulheres-enxergam-o-mundo-de-maneira-diferente/>> da data de 09 de out. de 2012. Acessado em 23 de nov. 2018

SIGMAN, M. **A Vida Secreta da Mente** – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2017

STORITA. **Os conceitos de trabalho e de ócio**. Disponível em: <[areaintegracao.blogspot.com/2009/03/os-conceitos-de-trabalho-e-de-ocio.html](http://areaintegracao.blogspot.com/2009/03/os-conceitos-de-trabalho-e-de-ocio.html)> da data de 4 de mar. 2009. Acessado em 23 de nov. 2018.

TSE, Redação. **Estatísticas eleitorais**. <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>> da data de 29 de out. 2018. Acessado em 24 nov. 2018

V., Anna. **A canção infantil em debate (II)**. Disponível em: <[terapiazero.blogspot.com/2008/02/cano-infantil-em-debate-ii.html](http://terapiazero.blogspot.com/2008/02/cano-infantil-em-debate-ii.html)> da data de 12 de fev. 2008. Acesso em: 17 nov. 2018.



# DIREITO E GÊNERO NA ACADEMIA: DESAFIOS ENFRENTADOS POR MULHERES NO ENSINO JURÍDICO

*Jéssica Ronconi Fernandes*

(Escola de Filosofia, Letras e Ciências Humanas - Universidade Federal de São Paulo)

jessica.ronconi.fernandes@gmail.com

**RESUMO:** A presente pesquisa analisou a presença feminina no universo do ensino jurídico por meio do estudo de duas faculdades tradicionais – uma pública e uma particular – no Estado de São Paulo. Tendo em vista que estudos contemporâneos sobre as carreiras jurídicas mostram que as mulheres estão conseguindo ingressar nessas profissões, embora elas estejam em cargos inferiores aos dos homens, investigamos se esse processo de feminização também ocorre no ensino jurídico. Para tanto, investigamos o recrutamento social, as aspirações profissionais e as áreas jurídicas preferenciais dos corpos discentes por meio da aplicação de questionários em turmas ingressantes de 2016 e levantamento de TCCs entregues ao final de 2015. O exame do corpo docente, por sua vez, foi feito por meio dos Currículos *Lattes* e pela realização de algumas entrevistas a fim de apreender as trajetórias de vida e de carreira, bem como as percepções que eles possuem das mulheres no ensino jurídico.

**Palavras-chave:** Direito. Academia. Feminização. Corpo discente. Corpo docente.

## 1 INTRODUÇÃO

Se o tema central desta pesquisa articula Direito e Gênero para compreender o lugar da mulher nos cursos jurídicos, o primeiro questionamento que devemos fazer é: por que estudar gênero? Antes de mais nada, entende-se gênero a partir da perspectiva da autora Joan Scott (1995), isto é, como fruto das relações sociais que se baseiam na diferença entre os sexos e como modo de significar as relações de poder; ou seja, nessa perspectiva o gênero não é uma propriedade biológica, mas sim cultural<sup>1</sup>.

Dito isso, o objeto desta pesquisa se fundamenta sociologicamente pelo caráter histórico segundo o qual as mulheres vêm ocupando um espaço de poder dominado pelos homens – embora já exista um forte movimento de agência feminina que busca uma mudança social que tende à diminuição da desigualdade de gênero (CAMPOS, 2015). Dessa forma, antes de investigarmos o cenário atual das mulheres no ensino jurídico, deve-se fazer uma breve reconstituição histórica da sua passagem do espaço doméstico ao espaço público e, posteriormente ao ensino superior até chegarem nas profissões jurídicas, pois só assim é possível conhecer a estrutura social que de alguma forma se reproduz hoje.

Desde o século XIX, com a ascensão dos valores burgueses, a função social de cuidar do status da família foi designada à mulher, que deveria ser uma boa esposa e mãe. Com a ascensão da burguesia, a educação também passou a ser valorizada, pois havia necessidade de se afastar dos valores coloniais e aristocráticos anteriores. Ela era, porém, diferente para homens e

---

<sup>1</sup> Ao longo do trabalho o termo sexo também será usado como sinônimo de gênero, porém, aqui os dois possuem conotação cultural e nunca biológica.

mulheres, pois deveria se adequar ao destino social deles – ao mundo público para os homens e à vida doméstica para as mulheres – sendo assim, a educação feminina atendia às necessidades do que era considerado a “essência feminina”: a maternidade.

Se o papel social das mulheres era educar os filhos, o magistério foi uma oportunidade para que elas migrassem do espaço privado para o espaço público a fim de desenvolverem suas habilidades maternas. Dessa forma, muitas mulheres passaram a ser professoras, o que resultou na feminização do magistério – afinal, os homens tinham outras possibilidades de carreira e não precisariam se contentar com essa profissão. Tendo em vista que o afeto e a docilidade eram considerados facilitadores do ensino, as mulheres não eram vistas como competentes para lidar com atividades burocráticas, pois seriam muito sentimentais, razão pela qual os homens eram os diretores das escolas públicas, reforçando assim a “hierarquia doméstica” (LOURO, 2018, p. 460): as mulheres ficavam na sala de aula e os homens dirigiam as escolas em uma instância superior com poder decisório sobre o sistema de ensino.

Essa representação de professora como mãe afetuosa foi substituída por outras representações sucessivas, ao mesmo tempo em que todas elas concorriam entre si. Cada representação mostra-se como um princípio ativo na construção do “jeito professora” de ser e da sua posição no mundo social. Não é possível pensar essas representações sem as relações de poder que envolvem a sua construção; na medida em que os homens são socialmente dominantes, eles detêm o poder de falar sobre as mulheres, e o que é dito é muitas vezes incorporado e reproduzido por elas. Como foi dito anteriormente, um dos estereótipos foi o da “professora mãe”, que é afetuosa e dócil, “cheia de sentimento”, mas também tinha a “professora solteirona”, que era severa e pouco atraente, também nesse sentido havia a “professora-homem”, principalmente quando a mulher era considerada inteligente, pois a ignorância era uma característica tipicamente feminina, portanto, quanto mais instruída menos se é mulher. Depois de muito lutar, as mulheres se identificaram enquanto categoria profissional e conquistaram a imagem da “profissional do ensino”.

Todas essas representações das professoras coexistiram, concorriam e se transformaram ao longo do tempo e da história do Brasil. Muitas delas se mantêm até hoje visto que foram incorporadas pela sociedade, constituindo a estrutura dessa profissão e por isso persistem e se reproduzem até os dias atuais sendo parte da construção da própria subjetividade dessas mulheres, o que faz delas professoras “ajustadas” ou “desviantes”. Esses estereótipos não são restritos às escolas, como veremos a seguir, eles existem também na docência de cursos jurídicos,

o que amplia os desafios específicos impostos a essas professoras, pois além de tudo o Direito é uma área tradicionalmente masculina.

O estudo sobre a criação dos primeiros cursos de Direito no Brasil mostra que eles deveriam formar um corpo burocrático nacional, e por isso eram direcionados aos filhos das elites dirigentes do país. Por meio da educação e da carreira promovida pelo curso de Direito, os primeiros bacharéis puderam implantar o modelo de dominação política que favorecia as classes superiores, mantendo a ordem e impedindo ameaças ao poder (ROSEK; SATIN). Na visão de Sérgio Adorno (1988), não existiu ensino jurídico dentro da sala de aula no Brasil Império, pois a formação política teria sido privilegiada em lugar da formação jurídica.

Diante desse cenário, os primeiros cursos de Direito não eram receptivos às mulheres, que deveriam continuar com a função doméstica. Porém, posteriormente, a expansão do ensino superior permitiu que elas ingressassem primeiramente nos cursos ditos “femininos” – como a Pedagogia, Enfermagem etc, que pressupõe a entrega e cuidado do outro, e que correspondem ao “instinto maternal”. Com o tempo, essa expansão atingiu o curso de Direito, que passou a receber perfis diversificados e, dessa forma, houve uma pluralização das carreiras jurídicas que passaram a ser ambicionadas por bacharéis dos dois gêneros.

Atualmente, estudos realizados sobre as mulheres em carreiras jurídicas, como na Advocacia (BERTOLIN, 2017) e na Magistratura (BONELLI, 2013), mostram que as barreiras simbólicas impõem a elas um esforço maior para galgar posições superiores na hierarquia dessas carreiras. Na magistratura, o número de mulheres aumentou, mas apenas na primeira instância, quando os requisitos de entrada são mais objetivos. Já na Advocacia, elas são quase metade das estagiárias e advogadas júnior, mas dificilmente são sócias dos escritórios. Há, portanto, uma hierarquização sexual nessas carreiras, sendo o topo ocupado por homens brancos e a base ocupada por mulheres e agentes de camadas sociais inferiores. Diante disso, nosso objetivo foi compreender se esse fenômeno também existe na docência jurídica de duas universidades tradicionais do Estado de São Paulo em matéria de ensino de Direito.

## **2 O RECRUTAMENTO SOCIAL DO CORPO DISCENTE**

### **2.1 Divisão sexual dos estudantes e seu perfil socioeconômico**

Apesar de ter sido um curso direcionado aos homens quando da sua criação, a análise do perfil dos estudantes ingressantes de Direito das duas instituições demonstrou que hoje a proporção de homens e mulheres no nível discente é muito mais equilibrada. Segundo os 237 questionários aplicados – 100 na universidade privada e 137 na universidade pública –, as



mulheres representam 58% dos ingressantes no curso de Direito privado e 46,7% dos ingressantes do curso de Direito público. Ao observar os TCCs entregues ao final de 2015, verificou-se que entre os 426 TCCs da universidade pública 45% é feito por mulheres, ao passo que na universidade privada, dos 497 TCCs entregues, 59,5% é realizado por mulheres.

Esses dados mostram um cenário muito diferente daquele descrito por Sérgio Adorno visto que há um equilíbrio na divisão sexual do corpo discente de ambas as instituições. A fim de enriquecer a análise de gênero proposta no presente trabalho, viu-se a necessidade de avaliar também outros atributos econômicos, sociais e culturais dos discentes das duas instituições para então desenhar o perfil atual dos estudantes de Direito. Os questionários mostram que esses estudantes são predominantemente brancos, com idade modal entre 17 e 19 anos, seus pais são os que mais contribuem para a renda mensal familiar e apenas cerca de 20% deles desenvolve atividade remunerada no ingresso do curso. Ao analisar seu capital econômico, vimos que cerca de 40% dos alunos possuem renda acima de 15 salários mínimos e por volta de 30% tem a renda entre 9 e 15 salários mínimos, ao passo que menos de 10% tem a renda até 3 salários mínimos. Ou seja, o público estudantil ainda possui alto volume de capital econômico e pertencem majoritariamente às classes média-alta e alta.

Tendo em vista que o capital econômico é insuficiente para identificar as propriedades sociais e culturais dos estudantes, analisamos também o volume de capital cultural por meio da escolaridade de seus pais e mães. Verificou-se que mais de 70% dos pais possuem ensino superior completo e as mães também são altamente escolarizadas, mais de 75% em ambos os cursos possui ensino superior completo. Além disso, a fim de analisarmos o capital escolar dos alunos, verificou-se que nos dois cursos a maioria fez Ensino Médio em escola particular, apenas 10% cumpriu essa etapa escolar em escola pública na faculdade particular e, graças às políticas de ampliação de acesso na universidade pública, 23,5% de seus estudantes cursaram o ensino médio em escolas públicas.

A partir da análise dessas propriedades sociais, pode-se dizer que houve maior diversificação do recrutamento social dos estudantes de Direito na faculdade privada, pois apesar do público de ambos os cursos pertencerem às classes dominantes, parece que o público da faculdade privada constitui uma fração dominada de uma classe dominante, pois possuem sensivelmente menos capital econômico e cultural, além disso é lá que está a maior porcentagem de mulheres, que ocupam uma posição dominada na hierarquia sexual.

Isso não quer dizer que a seleção dos ingressantes seja feita em razão do gênero ou da estrutura de capitais, mas parece que os homens e os agentes das camadas dominantes possuem

disposições ajustadas à posição de estudante de Direito da universidade pública, pois fazer um curso tradicional em uma das melhores faculdades do país está no seu universo de possibilidades, tanto na forma como se é socializado como também pela maior representatividade de seus iguais nessa posição, fazendo com que essa ambição seja quase naturalizada e muito mais palpável, por ser mais próxima de sua realidade.

## **2.2 Áreas do Direito: quais domínios jurídicos atraem as estudantes?**

O levantamento dos TCCs entregues ao final de 2005 nos permite perceber quais são as áreas preferências dos alunos e alunas dos cursos de Direito das faculdades pública e privada aqui analisadas. Antes de fazer essa análise é preciso considerar que no universo jurídico, há áreas temporalmente dominantes e outras culturalmente dominantes (BOURDIEU, 2001, p. 294): as primeiras formam agentes de execução, têm aplicação prática e direta na estrutura social, como o Direito do Estado, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial e Direito Tributário; as segundas preocupam-se não só em pensar o Direito como ciência e estudam as possibilidades de torná-lo mais justo e mais acessível, como é o caso dos Direitos Humanos. Como veremos, a posição dos agentes na hierarquia social muitas vezes corresponde à posição da área do Direito na hierarquia das áreas jurídicas.

Em relação às áreas que mais atraem as estudantes, o levantamento dos TCCs revela que quase 20% das mulheres do curso privado elegeram temas dos Direitos Humanos para fazer o Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), ao passo que menos de 10% dos homens dessa mesma faculdade elegeram temas dessa área. Na faculdade pública a diferença é mais sutil, mas ainda assim, o dobro de mulheres (13%) escreveu sobre os Direitos Humanos e apenas 7% dos homens fez o mesmo. Na faculdade privada, Direitos Humanos é a terceira área com maior número de TCCs produzidos, estando atrás apenas do Direito do Estado e do Direito Civil, contudo, diferentemente dessas duas últimas, os Direitos Humanos possuíam, na época, uma carga horário muito pequena no curso jurídico privado e é nulo na grade obrigatória do curso público (FERNANDES, 2017, p. 317). O número relativamente alto de trabalhos realizados numa área marginal aos programas curriculares dos dois cursos nos faz pensar que pode estar acontecendo certa redefinição da hierarquia das áreas legítimas do Direito e, mais, que essa transformação está acontecendo “de baixo para cima”.

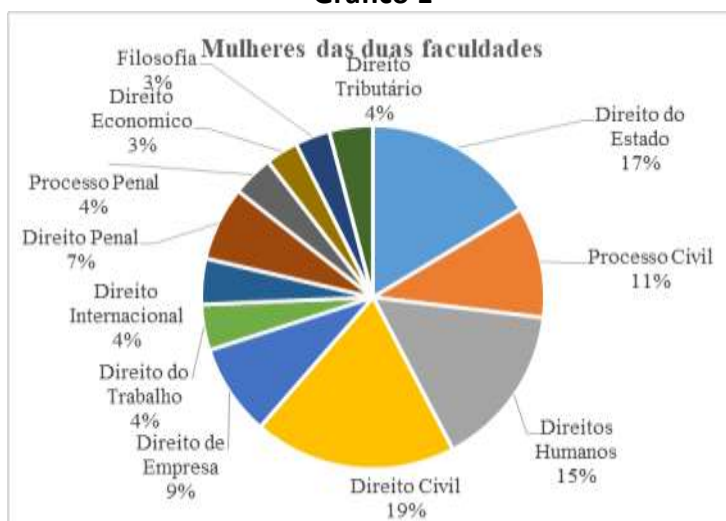
Além dos Direitos Humanos, muitas mulheres também produzem seus trabalhos em áreas tradicionais, como Direito Civil, mas nesses casos elas costumam tratar de temas que integram o Direito de Família – adoção, guarda compartilhada, abandono afetivo, gravidez por substituição,

parentalidade socioafetiva, por exemplo –, que é um subcampo considerado mais feminino e que, portanto, ocupa uma posição inferior na hierarquia das áreas jurídicas.

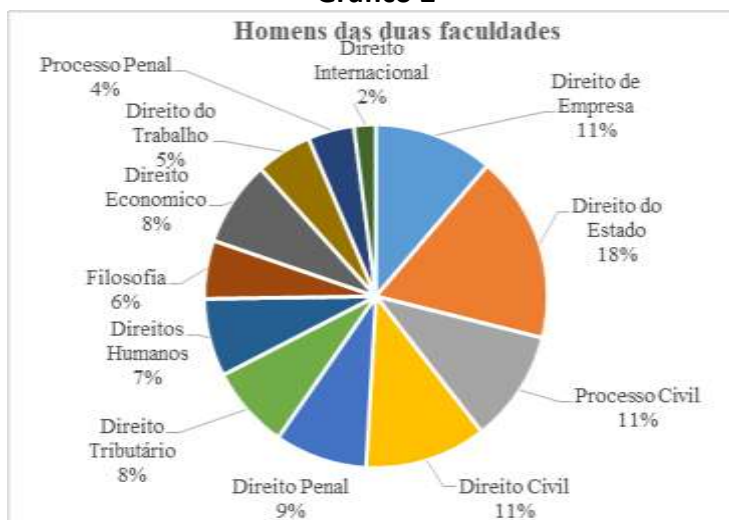
Nesse sentido, Bourdieu (2001) demonstra que há homologia entre os campos, e que no campo jurídico essa homologia pode ser percebida entre a posição hierárquica dos cargos jurídicos e a clientela atendida por eles. Estudos sobre o campo jurídico no Brasil (ALMEIDA, 2010) mostram que a divisão sexual do trabalho coloca as mulheres, principalmente nas Defensorias Públicas, na defesa de interesses de menores, incapazes e pessoas com baixo ou nenhum poder aquisitivo. Ou seja, se as mulheres ocupam posições dominadas na carreira jurídica, elas atendem às camadas dominadas da sociedade.

A seguir são apresentados os gráficos 1 e 2, que mostram a distribuição dos TCCs por área do Direito segundo a divisão por gênero.

**Gráfico 1**



**Gráfico 2**



A observação desses gráficos demonstra a forte adesão ao Direito de Estado tanto pelas mulheres como pelos homens. No caso desses últimos, o Gráfico 2 mostra que há uma grande concentração de trabalhos na área do Direito de Estado, seguido pelas áreas em que a distribuição é mais equilibrada: Direito de Empresa, Processo Civil e Direito Civil. No caso das mulheres, o Gráfico 1 revela que sua adesão ao Direito Civil é expressamente significativa – principalmente pelas razões anteriormente apresentadas – seguida pela área de Direitos Humanos. Essa constatação nos permite afirmar que há uma homologia entre a posição dominada da mulher no campo social e a posição dominada da disciplina escolhida na hierarquia temática do Direito. Em outras palavras, para que se compreenda de fato a eficácia simbólica do Direito, é necessário considerar que os “efeitos do ajustamento da oferta jurídica à procura jurídica” (BOURDIEU, 2001, p. 251) deve-se principalmente a mecanismos estruturais, mais ou menos inconscientes de modo que aqueles que ocupem as posições dominadas no campo jurídico tendem a se dirigir aos clientes dominados no campo social, colaborando para que ambas as posições continuem inferiores.

[...] os ocupantes das posições dominadas no campo (como o Direito social) tendem a ser mais propriamente destinados às clientelas de dominados que contribuem para aumentar a inferioridade dessas posições (o que explica terem os seus manejos subversivos menos probabilidade de inverter as relações de força no seio do campo do que de contribuir para a adaptação do corpus jurídico e, deste modo, para a perpetuação da estrutura do campo) (BOURDIEU, 2002, p. 251)

Sendo assim, a análise das áreas jurídicas eleitas para a produção do TCC indica que as mulheres continuam se direcionando às áreas “sociais” que demandam preocupação com o outro, com a sociedade e com os menos privilegiados. Isso não se deve ao essencialismo de gênero, mas ao processo histórico que se insere também na estrutura do campo jurídico e que é incorporado por seus agentes. Não se sugere um determinismo em relação ao destino de homens ou mulheres, até porque não se constatou áreas hegemonicamente femininas ou masculinas, mas não se pode negar que há áreas historicamente associadas às características atribuídas a um gênero ou ao outro.

### **3 AS MULHERES NO CORPO DOCENTE DO CURSO DE DIREITO**

#### **3.1 Perfil e trajetória acadêmica dos docentes**

Ao contrário do corpo discente, a docência no Direito não sofreu o mesmo processo de democratização de gênero nessas duas universidades. Juntos, os corpos docentes das duas faculdades de Direito analisadas totalizam 315 professores, sendo 154 da faculdade privada, 155 da faculdade pública e 6 de ambas as faculdades. Verificou-se que o número de homens é muito superior ao de mulheres nos dois casos, na faculdade privada elas representam 28% do corpo

docente e na faculdade pública elas são apenas 17,4% do grupo professoral, muito abaixo da média nacional que é de 38,4%, segundo o levantamento feito pela FGV em 2012 (BONELLI, 2017, p. 99).

Esses primeiros dados já revelam que, assim como outras carreiras jurídicas, a carreira acadêmica no Direito também sofre um processo de feminização uma vez que há em sua base uma proporcionalidade entre homens e mulheres, porém o topo continua sendo predominantemente masculino. Diante disso, percebe-se que gradativamente as mulheres encontram barreiras, ou “tetos de vidro”, que as impedem de galgar posições mais altas na hierarquia das carreiras jurídicas, não se isentando desta regra a própria carreira acadêmica. Essa situação se agrava principalmente no caso da faculdade pública, onde as mulheres ainda são minoria no corpo docente e são menos de um quinto do corpo docente.

Além da diferença quantitativa entre professores e professoras, por meio dos currículos *lattes* nós investigamos a trajetória acadêmica dos professores. Contudo, não há uma diferença notável em relação às instituições pelas quais esses docentes passaram na graduação; a maioria fez Direito em faculdades renomadas, como USP, PUC, Mackenzie etc. No que tange ao título acadêmico, como era de se esperar, na universidade pública todos possuem doutorado, já que é requisito obrigatório para o concurso; na faculdade privada mais da metade dos docentes obtém esse título, embora ainda haja docentes que possuem apenas o mestrado ou uma especialização. De modo geral, não há que se falar em discrepância entre a trajetória acadêmica de homens e mulheres ao observar os currículos desses docentes, contudo não sabemos em que condições esses caminhos foram trilhados, por isso as entrevistas buscaram apreender as dificuldades e os percursos dos agentes para que eles chegassem em sua posição atual.

### **3.2 Atuação profissional e comprometimento acadêmico**

A fim de investigar qual é a posição ocupada pelos professores de ambas as faculdades, buscou-se conhecer suas áreas jurídicas de atuação, assim como foi feito em relação ao corpo docente quando da análise dos TCCs. Como se pode observar na Tabela 1<sup>2</sup>, a divisão sexual das áreas jurídica é muito mais sutil no nível docente, mas não deixa de existir.

---

<sup>2</sup> Os valores de cada coluna referem-se ao total de docentes de cada gênero, pois se expuséssemos os dados em relação à totalidade dos docentes seria mais evidenciada a divisão sexual do que a divisão por área jurídica.

**Tabela 1**

Área do Direito	Homens	Mulheres
Direito Civil	13%	14%
Direito de Empresa	11%	13%
Direito do Estado	13%	11,8%
Filosofia e TGD	9,5%	13%
Processo Civil	9%	6,5%
Processo Penal	5,5%	6,5%
Direito Penal	8,5%	10,8%
Direito Econômico	<b>7,6%</b>	<b>1%</b>
Direito do Trabalho	6,3%	3,2%
Direito Internacional	3,8%	4,3%
Direito Tributário	4%	3,2%
Direitos Humanos	<b>2,5%</b>	<b>7,5%</b>
Prática Jurídica	3,5%	3,2%
Formação Geral	2,8%	2%

A diferença mais notável entre as áreas jurídicas aparece no Direito Econômico, quase exclusivamente masculino – apenas uma mulher leciona nesta área – e nos Direitos Humanos, hegemonicamente feminino – uma vez que há três vezes mais mulheres que homens. Apesar disso, as professoras também estão muito presentes em áreas como Direito Civil, Direito de Empresa, Filosofia do Direito e Direito do Estado, que são tradicionais e, portanto, mais masculinas. Dessa forma, a distribuição das mulheres segundo as áreas do Direito nas duas instituições revela que, se por um lado elas conseguem ultrapassar algumas barreiras simbólicas que restringem as áreas jurídicas hierarquicamente superiores aos homens, por outro lado, ainda são elas as principais integrantes das áreas menos legitimadas juridicamente e socialmente. Em outras palavras, as docentes mulheres até podem estar vinculadas à área de Direito Empresarial – que seria considerada tipicamente masculina por estar mais próxima do poder temporal –, desde que haja mulheres atuando no Direito de Família e nos Direitos Humanos; ou seja, desde que suas colegas continuem atuando em áreas dominadas e que os homens não tenham que deixar o seu espaço.

Além das áreas jurídicas, buscamos conhecer também as carreiras jurídicas que os docentes exercem, caso tenham outra função profissional. Nesse sentido, percebemos que há mais professores e professoras da faculdade pública que se dedicam unicamente à atividade acadêmica do que na faculdade privada. Mesmo assim, é interessante notar que nos dois cursos de Direito, as mulheres são as que menos exercem outra atividade profissional: elas são metade das professoras da faculdade pública e 35,5% das professoras da faculdade privada; já os homens exclusivamente acadêmicos são apenas 26,7% e 35,3% dessas respectivas instituições. Além disso, apesar de minoritárias, as professoras são cerca de 60% do corpo administrativo das duas

faculdades, o que significa acumular a função administrativa com a docência, demonstrando maior comprometimento com as funções universitárias.

Para verificar se de fato as mulheres são mais comprometidas com a atividade acadêmica, verificamos as publicações dos docentes em periódicos classificados como Qualis A1 e A2, assim pode-se apreender o valor atribuído à pesquisa científica. Em geral, o corpo docente da faculdade pública tem o dobro de publicação que o da faculdade privada, mas nota-se que no curso privado as professoras são responsáveis por 23% das publicações em periódicos de alta qualidade; no curso público, apenas 8,8% das professoras são responsáveis por essas publicações. Na verdade, se verificarmos o número bruto de publicações nessas revistas, há 36 publicações feitas por professoras da faculdade pública e 25 feitas por professoras da faculdade privada. Isso quer dizer que as professoras da faculdade privada investem mais que seus colegas homens em capital cultural e simbólico, não só para elas, mas também para a instituição. Em outras palavras, essa constatação revela que os homens desta faculdade não são tão comprometidos com a atividade de pesquisa como são os da faculdade pública, pois eles não acompanham o volume e a qualidade da produção acadêmica nem dos professores da instituição pública e nem das colegas mulheres da sua própria faculdade.

#### **4 BARREIRAS SIMBÓLICAS E A REPRESENTAÇÃO DA MULHER NA DOCÊNCIA JURÍDICA**

No primeiro semestre de 2018, foram realizadas 20 entrevistas com os docentes dos dois cursos de Direito, entre elas 10 foram realizadas na faculdade privada, com sete homens e três mulheres; na faculdade pública seis homens e duas mulheres foram entrevistados e, por fim, um professor e uma professora de ambos os corpos docentes foram entrevistados.

Em relação à origem social dos entrevistados, os depoimentos indicam que eles são oriundos no mínimo de uma classe média, pois não relataram dificuldades financeiras durante a infância e adolescência, estudaram em colégios particulares e, em geral, relatam uma vida confortável, mas não luxuosa. Além disso, eles demonstraram grande incentivo e investimento dos pais para que estudassem e tivessem uma boa educação: *“Chegava em casa, aí tinha uma regra muito interessante: primeiro a obrigação depois a diversão [...] toda a lição antes”* (Professor, faculdade particular, entre 30 e 35 anos).

No que se refere à trajetória acadêmica, nenhum deles considera que passou por grandes dificuldades durante o curso. Além disso, quase metade dos entrevistados tiveram alguma experiência com a monitoria ou com a iniciação científica logo no início da graduação, por essa razão muitos consideram a docência como uma trajetória natural – quase todos (16) disseram que

decidiram seguir a carreira acadêmica durante o curso –, embora muitos também tenham se decidido por seguir outra função profissional concomitantemente. Nesse caso, os docentes não se queixaram sobre a conciliação das duas profissões, pelo contrário, eles defendem que a carreira jurídica enriquece a docência e vice-versa.

Até aqui não parece haver desigualdade entre homens e mulheres, contudo ao analisar as representações das professoras e as percepções sobre a mulher na carreira acadêmica, é notável que se exige delas um esforço muito maior que o dos homens para se chegar ao mesmo lugar, como será apresentado adiante.

#### **4.1 Interpretações da baixa representatividade feminina no corpo docente**

A questão do número tão reduzido de mulheres no corpo docente apareceu em 18 das 20 entrevistas como um problema. Dez entrevistados (nove homens) disseram que esse cenário é fruto da estrutura social e da história, ou seja, haveria uma conjuntura social de discriminação de gênero que se reproduz no Direito. Nesse sentido, alguns acreditam que apenas o tempo é capaz de resolver essa situação: *“Então eu acho que com relação à quantidade de mulheres, assim, acho que isso é uma herança, mas isso tá mudando”* (Professor, faculdade particular, entre 45 e 50 anos). Outros acreditam que apesar da conjuntura social, a falta de políticas públicas agrava essa situação: *“você tem estruturas profundas que às vezes que operam naturalmente sem necessariamente atos deliberados intencionais né... Por um lado é produto disso, por outro lado é produto da falta de incentivo, da falta de.. políticas públicas que removam os obstáculos que essas mulheres enfrentam né”*. (Professor entre 40 e 45 anos)

Outros sete entrevistados (três mulheres) atribuem a baixa representatividade feminina na docência à própria estrutura do Direito, que repele as mulheres por ser historicamente masculina e machista. Nesse sentido, a universidade estaria reproduzindo a discriminação de gênero presente no campo jurídico: *“O Direito é um ambiente muito machista e (nome da instituição) é especialmente machista”* (Professora, faculdade pública, entre 40 e 45 anos), *“Eu acho que isso talvez faz parte da tradição da própria universidade, talvez isso tenha a ver com o campo Direito”* (Professora, faculdade particular, entre 45 e 50 anos). Essas duas professoras acreditam que é preciso batalhar pelo espaço das mulheres na docência jurídica, assumindo o marcador social de gênero que até então era necessariamente apagado.

Uma pequena minoria, que conta com três entrevistados (2 mulheres), justificou a ausência de mulheres com o argumento de que essa situação depende da época ou que é uma opção da mulher: *“é muito uma questão de opção também, talvez a mulher não queira fazer parte da*



*acadêmica porque você precisa estar sempre investindo, sempre estudando então, [...] mas assim, nunca senti nenhum tipo de problema pelo fato de ser mulher”* (Professora, faculdade particular, entre 45 e 50 anos). Segundo Bertolin (2017) e Bourdieu (2002), essa postura é comum entre as mulheres que conseguiram ascender na hierarquia da sua profissão, pois elas passam a relativizar os efeitos da dominação masculina e da discriminação de gênero, dessa forma elas naturalizam sua posição, o que favorece a reprodução do padrão masculino.

Entre as dificuldades enfrentadas pelas mulheres na carreira acadêmica, a maternidade foi a mais mencionada por mais da metade dos entrevistados. Na representação desses docentes ser mãe e seguir a carreira acadêmica são dois trajetos que não se ajudam, uma vez que a gravidez implica a redução da produtividade, freando, assim, a carreira acadêmica ou exigindo muito mais esforço para que ela seja bem-sucedida.

*“Quem é que vai rejeitar convite pra congresso porque a criança não tem com quem ficar? Quem é que vai rejeitar marcar reunião ou dar palestra no período noturno porque agora tem filho? Quem é que vai ter a sua produtividade diminuída e não vai conseguir produzir artigo porque chega em casa à noite e ainda tem que [...] Então o sujeito chega lá e tem três filhos pequenos, com 38 anos de idade, cê vai olhar o currículo dele, a vida dele não mudou nada [...] chega em casa já tá todo mundo de banho tomado, dormindo, limpinho, né?”* (Professor, faculdade pública, entre 35 e 40 anos).

Além da maternidade, o espaço da universidade já impõe obstáculos às mulheres, pois, no caso das duas faculdades analisadas, há referências hegemonicamente masculinas em seu espaço físico: as salas de aula e auditórios têm nomes de homens, os retratos nas paredes são de homens, as bancas muitas vezes são masculinas etc. Todos esses aspectos são incorporados pelos agentes do campo e delimitam até onde eles podem ou não seguir: *“As bancas de concursos são majoritariamente masculinas, existem estudos que mostram que a falta de representatividade numa banca isso impacta a própria capacidade do candidato se ver naquela posição um dia”* (Professora, faculdade pública, entre 30 e 35 anos). Sendo assim, além das estruturas sociais, as práticas culturais e simbólicas também são eficientes para manter a mulher em sua posição dominada e o homem na posição dominante.

*É reflexo do machismo, [...] eu atribuo muito isso à necessidade que nós mulheres temos de ser melhor, a gente tem que provar não só que a gente é boa, a gente tem que provar que a gente é melhor que os homens, isso é um inferno na vida. Você tem o mesmo que um homem, você não é igual a um homem, você tem que provar que você é 10 vezes melhor do que ele pra você tá junto com ele* (Professora, faculdade pública, entre 40 e 45 anos)

Esse trecho revela aquilo que Bourdieu (2002) dizia sobre as mulheres que passam a exercer funções anteriormente masculinas, pois além da sua força de trabalho ser considerada inferior, exige-se delas os pré-requisitos masculinos daquela carreira, fazendo com que a normalidade do homem equivala ao duplo esforço da mulher.

## 4.2 Os estereótipos das professoras

Além de todas as dificuldades que são colocadas às mulheres pelo fato de que o homem é a medida para ambos os sexos, elas também aprendem a lidar com os estereótipos construídos em torno da sua imagem. Diante disso, uma das estratégias femininas é lutar pelo reconhecimento e apropriação dos espaços masculinos por meio da afirmação do marcador social de gênero, enaltecendo e visibilizando o que antes precisava ser apagado.

Na introdução deste artigo foram apresentados alguns estereótipos atribuídos às mulheres no magistério, que continuam existindo, mesmo no ensino jurídico. Por um lado, há professoras que incorporam alguma representação, como pode-se perceber na fala de uma docente que revela preocupação inclusive com a felicidade dos seus alunos: *“Eu espero que eles gostem da profissão, que eles gostem, que eles tenham uma experiência boa na faculdade, que eles aprendam, [...]e que possam... ser felizes né”* (Professora, faculdade privada, entre 40 e 50 anos). Por outro lado, há professoras que buscam se desvincular desses estereótipos, que funcionam como medidores do bom e do mau professor em função do gênero.

*“A gente tem os estereótipos né, ou você sobreviveu de favor sexual, chegou onde você chegou porque você teve alguma coisa com alguém, porque é influente. Ou você é a louca, a que grita, que não sei o que, ou você é a famosa, eu vou falar palavrão, mas enfim, a mal comida, aquela masculina [...] Aí cada uma vai se encaixar num deles conforme as características pessoais né, mas sempre você tá em algum deles, você não foge disso.”* (Professora, faculdade pública, entre 45 e 50 anos).

Além desses estereótipos, há outros que se relacionam à suposta “natureza feminina”. É com “elogios” a esses atributos que cinco entrevistados – quatro homens e uma mulher – justificam o aumento da presença feminina no corpo docente e contam as “vantagens” de tê-las no campo acadêmico. As mulheres são consideradas organizadas, dedicadas e meticolosas, como se essas características fossem predisposições inerentes ao seu gênero: *“as mulheres conseguem administrar muitas coisas até por conta de jornada de trabalho, com filhos e tudo mais, então eu acho que elas têm uma organização muito boa, isso ajuda muito”* (Professora, faculdade particular, entre 40 e 45 anos). Percebe-se então que as mulheres não são tidas como iguais aos homens, mas como um ser diferente que possui características próprias e por isso ocupam um papel específico no universo jurídico e acadêmico.

## 5 CONCLUSÃO

Se é verdade que as mulheres conquistaram seu espaço no mercado de trabalho e no universo jurídico, ao longo deste artigo pudemos evidenciar como essa conquista ainda não foi

integralmente bem-sucedida. O presente trabalho lançou luz sobre duas faculdades de Direito de alto prestígio no Estado de São Paulo a fim de verificar qual espaço é destinado às mulheres nesses cursos jurídicos originalmente voltados para atender aos filhos (homens) das elites dirigentes do país. Nesse sentido, verificou-se que ocorre o processo de feminização do ensino jurídico, pois a sua base é equilibrada entre homens e mulheres, contudo o topo da carreira, isto é, a docência continua sendo predominantemente masculina. Além disso, as estudantes continuam se dirigindo às áreas jurídicas menos consagradas, enquanto os homens se distribuem por todas elas e monopolizam as áreas mais reconhecidas socialmente.

Essas barreiras e “tetos de vidro” (BERTOLIN, 2017) são gradativamente enfrentados por mulheres dificultando a ascensão das professoras às posições mais altas na Academia. Nesse sentido, percebeu-se certo grau de incompatibilidade entre a vida privada e a vida profissional das professoras uma vez que a carreira acadêmica implica uma busca incessante e necessária por títulos acadêmicos mais altos, exigindo um volume de produção acadêmica quase incompatível com as obrigações familiares e maternas. Para agravar essa situação, as representações presentes na estrutura social recaem sobre as mulheres e são incorporadas não só pelas professoras, mas também pelos alunos e pelos colegas de profissão que esperam delas certas condutas associadas à sua posição social.

Diante do que foi apresentado, o presente artigo procurou demonstrar que, se por um lado as mulheres vêm conquistando mais direitos em busca da igualdade de gênero, por outro lado essa igualdade ainda não foi de fato alcançada. Ocorre que a conquista de direitos às mulheres costuma servir ao argumento de que não há mais desigualdade de gênero (CAMPOS, 2015, pp.14-15). Entretanto, como foi desvelado ao longo desta pesquisa, há mecanismos simbólicos e estruturais que mantêm as mulheres em posições hierarquicamente inferiores às posições dos homens, uma vez que sua trajetória rumo ao topo da consagração de uma carreira – neste caso, a carreira docente – parece impor muito mais dificuldades a elas do que aos homens.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do Poder: o bacharelismo liberal na política brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra S/A, 1988.

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil**. São Paulo. 2010. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

BERTOLIN, Patricia Tuma Martins. **Mulheres na Advocacia: padrões masculinos de carreira ou teto de vidro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

BONELLI, Maria da Gloria e outros. **Profissões jurídicas, identidades e imagem pública**. São Carlos: EdUFSCAR, 2006

BONELLI, Maria da Gloria. Profissionalismo, gênero e significados da diferença na justiça estadual e federal em São Paulo. In: **Profissionalismo, gênero e diferença nas carreiras jurídicas**. São Carlos: EdUFSCAR, 2013, pp. 13-35.

BONELLI, Maria da Gloria. **Docência do direito**: fragmentação institucional, gênero e interseccionalidade. São Paulo, v. 47, n. 163, p. 94-120, Mar. 2017. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-15742017000100094&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742017000100094&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 07 de maio de 2018.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. \_\_\_\_\_ . “A força do direito”. In: BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p.209-254.

LOURO, Guacira Lopes. Mulheres na sala de aula. In: PRIORE, Mary Del. **História das Mulheres no Brasil**. 10. Ed. São Paulo: Contexto, 2018, pp. 443-481

CAMPOS, Veridiana P. Parahyba. **A chegada das Meritíssimas: um estudo sobre as relações entre agência individual, ocupação feminina de um espaço de poder e mudança social**. 2015. Tese (Doutorado em Sociologia) – UFPE, Recife, 2015.

FERNANDES, Jéssica Ronconi. “Definições de excelência jurídica da Universidade de São Paulo e da Universidade Presbiteriana Mackenzie”. **Revista Arcadas**. São Paulo, 2017, pp. 301-326.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**. Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez. 1995.

ROSEK, Marli & SATIN, Janaína Rigo. **As primeiras faculdades de direito e seu papel na formação das instituições jurídico-políticas brasileiras**: uma escola para manutenção do poder. Funjab. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro> Acesso em: 03 de maio de 2015.

# ACEITAÇÃO DAS DIFERENÇAS É O CAMINHO PARA A PAZ

*João Vitor de Almeida Gouveia*  
(Universidade Paulista – UNIP/ Campus JK)  
joaovitor\_algo@hotmail.com

**RESUMO:** O trabalho consiste em demonstrar a evolução dos movimentos feministas e LGBT's ao longo da história, analisando o comportamento de povos antigos, como os gregos, e também marcos históricos que contribuíram para o aumento do destaque às mulheres, como é o caso da Primeira Guerra Mundial. Também são mostradas as mudanças que ocorreram nas legislações para que o respeito prevalecesse, como é o caso da lei Maria da Penha. São analisados casos atuais de atentados à mulheres e LGBT's demonstrando que ainda há ódio contra essa parcela da população e casos de movimentos radicais que, numa busca desesperada por respeito, acabam por desrespeitar. Conclui-se que para se atingir a paz é necessário o respeito entre todos. A Revolução Indiana, em especial, foi usada como exemplo de que o respeito pode mudar o pensamento das pessoas.

**Palavras-chave:** História. Movimento. Respeito.

## 1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história, a humanidade vem se desenvolvendo cada vez mais, passando a viver em comunidade, fazendo descobertas científicas que revolucionaram a forma de viver, adotando diferentes formas de pensar que foram capazes de derrubar impérios, entre outras coisas. Ainda hoje é possível ver o quanto formas diferentes de pensar podem acabar por mudar uma sociedade, como é o caso de movimentos feministas e movimentos LGBT, que, felizmente, já conquistaram muito, pois em séries, novelas, filmes e até mesmo livros o tema é abordado, porém ainda tem o que conquistar.

## 2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, *caput*, sobre o princípio constitucional da igualdade, perante a lei, nos seguintes termos:

**Artigo 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”. (NERY JUNIOR, 1999, p. 42).

Considerando este aspecto legal, devemos procurar o máximo empenho para tornar esse princípio da igualdade uma realidade presente, na qual a conquista da mulher não seja mais

notícia de uma grande vitória, mas, sim, um cotidiano de nossas cidadãs, incorporado às relações do trabalho.

### **3 CONQUISTAS AO LONGO DA HISTÓRIA**

No passado, as mulheres eram vistas como propriedade dos homens, era extremamente comum que os pais arranjasse casamentos usando as filhas para unificar sua família com uma família mais poderosa. Na Esparta antiga, as meninas perdiam a virgindade com seu pai ou irmão, a mãe ficava presente para orientar a filha quanto o que fazer para satisfazer o homem durante o ato sexual, caso a garota engravidasse, a criança era morta, sendo oferecida como sacrifício para os deuses.

Ainda se tratando da Grécia, a homossexualidade não chegava a ser malvista por alguns povos, algo que geralmente acontecia, era um homem adulto se relacionar com um garoto jovem, com a finalidade de ajudar na sua formação, o ato leva o nome de pederastia. Os espartanos acreditavam que o amor entre os soldados fortalecia o exército.

Alguns povos antigos condenam o homossexualismo, como é o caso dos hebreus (que influenciaram no cristianismo), dos muçulmanos, entre outros povos, considerando esses homens como fracos e indignos.

O tempo passou, e aos poucos, mulheres e LGBT's começaram a conquistar seus direitos como seres humanos. No século XX, depois das grandes guerras mundiais, dos avanços científicos e tecnológicos, surge irrevogavelmente a possibilidade de outro espaço para a mulher. Por volta da década de 40, o feminismo dá seus primeiros passos, e com isso começa a pensar na possibilidade de um futuro diferente daquele que lhe reservaram culturalmente e historicamente. As mulheres já vinham em um processo, lento e gradual de conquistas sociais, econômicas e jurídicas, mas é a partir de então que se intensificam as discussões e lutas pela superação da situação das mulheres, pois eram proibidas de praticar esportes, votar, escolher seu parceiro ou possuir sua independência financeira.

A Primeira Guerra Mundial foi um grande marco para a questão do poder feminino, pois com os maridos na guerra, as mulheres precisaram assumir o trabalho dos parceiros, passando a trabalhar nas empresas, sendo possível encontrar a propaganda utilizada para encorajar mulheres a trabalhar como seus maridos na internet, através de uma figura que mostra uma mulher exibindo o bíceps (demonstrando força) e dizendo a frase "we can do it" ("nós podemos fazer isto", em uma tradução literal).

Também ocorreram mudanças expressivas no comportamento feminino. As mulheres alcançaram a liberdade de poder sair sozinhas e dirigir automóveis, passaram a usar roupas mais

confortáveis e aderiram ao uso de cosméticos. Tais atitudes não agradaram alguns homens, que passaram a agir com violência contra as mulheres. Acho que esta frase pode ser incluída junto a este parágrafo.

Se comparados a milênios de inferiorização, submissão e desqualificação, os avanços conquistados, arduamente, nas últimas décadas são pequenos, mas fundamentais para a consolidação do processo histórico e cultural da mulher ao lado do homem com as mesmas possibilidades de ser na sociedade.

Quando se fala em violência doméstica contra a mulher, depara-se com um fenômeno histórico e cultural aterrorizante e invisível, por ser uma violência velada, uma vez que chega ao conhecimento público parte da realidade existente.

#### **4 O POSICIONAMENTO DA SOCIEDADE EM RELAÇÃO AOS MOVIMENTOS FEMINISTAS E LGBT'S**

A sociedade muda, e o direito muda com a sociedade. Foram criadas leis, como a Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006) e o Femicídio (lei nº 13.104, de 9 de março de 2015), são exemplos que o direito vem se moldar para suprir as necessidades de uma sociedade.

Lei Maria da Penha, a lei que leva o nome de uma mulher, agredida por seu marido constantemente, quase morreu duas vezes ficando paraplégica, lutou para que seu marido fosse condenado, hoje a lei faz, o que ela teve coragem de fazer anos atrás, lutar pela condenação de agressores de mulheres. Já a lei do feminicídio (lei nº 13.104, de 9 de março de 2015) age em prol de mulheres que foram assassinadas pelo simples fato de serem mulheres.

Recentemente o Brasil tomou conhecimento do caso da advogada Tatiane Spitzner, assassinada brutalmente pelo marido, e do atentado a uma boate gay em Orlando, que deixou aproximadamente 50 mortos, mostrando que a sociedade não mudou o suficiente ao ponto de perceber que o próximo, como ser humano, deve ter os mesmos direitos e deveres de alguém que sempre os teve, fatos estes que demonstram o quanto a sociedade percebe a mulher como um objeto.

Os movimentos feministas e LGBT surgiram com finalidade demonstrar que não há diferença entre nós *Homo sapiens*, e que o simples fato de termos que criar movimentos de tal natureza, isso nos revela o quanto a humanidade precisa evoluir. Pode-se dizer que tais movimentos cumpriram bem seu papel na sociedade, muitos homens aprenderam que as mulheres não foram geradas para servi-los, e muitas pessoas aprenderam que homossexuais são, antes de tudo são cidadãos que merecem todo respeito como qualquer outro.

Infelizmente ainda existem pessoas que pensam de maneira diferente, tratando o que não é espelho de maneira discriminatória, como os gays e as mulheres, apesar de serem a minoria conseguem propagar pensamentos radicalistas e discriminatórios a ponto de cometerem atos de violência muitas vezes levando até a morte.

## **5 O RESPEITO DEVE SER RECÍPROCO**

Por outro lado, é possível notar que há uma parcela radical nos grupos de mulheres e LGBTs, que, numa busca desesperada por respeito, acabam por desrespeitar. As mulheres radicais pensam que homens são inferiores a elas, taxando todos como estupradores e desrespeitando diversas pessoas que não compartilham de seus ideais, são as chamadas “femistas”, termo derivado da palavra “machista” que quer dizer “superioridade do homem”.

Esse caso não se aplica somente às mulheres, visto que LGBTs também acabam desrespeitando parcelas da população em seus protestos. Em alguns protestos realizados, é possível ver mulheres nuas com um crucifixo no ânus, quebrando imagens de santos católicos, enfrentando a polícia e agindo com violência física e verbal.

Levando em consideração que mulheres não devem ser agredidas física ou verbalmente, elas também não devem agredir a outrem.

## **6 CONCLUSÃO**

Conclui-se, que o que deve ser feito pela sociedade, de fato, é enxergar no próximo um ser humano, que tem capacidade de raciocínio lógico, que sabe se organizar em sociedade, que tem autoconsciência de sua existência, que tem propósitos e sentimentos. O mais incrível da humanidade é que ninguém tem a mesma interpretação sobre todas as coisas, aceitar interpretações diferentes é a melhor maneira de chegar à tão sonhada paz mundial.

verifica-se que existe um grande canal entre a lei e a vida. No entanto, mais difícil do que mudar a lei é mudar as mentalidades.

Quanto à Lei Maria da Penha, observa-se que é uma proposta inovadora e polêmica em diversos pontos. Há quem a critique assim como que acredite que a lei será inexecutável. Entretanto, somente o tempo poderá nos mostrar o que foi acertado e onde se errou

Um grande exemplo de aceitação de diferenças em busca de um objetivo maior é a Revolução Indiana. Mahatma Gandhi liderou a revolução que libertou a Índia do colonialismo inglês, unificando hindus, muçulmanos e católicos (três povos que entravam em conflitos entre si



constantemente) em busca de um único objetivo: a independência da Índia. E sem o uso de violência, esse homem mudou O rumo da história da Índia

## REFERÊNCIAS

GARCIA, Lucelene. [espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/1944790/a-mulher-e-a-evolucao-dos-seus-direitos](http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/1944790/a-mulher-e-a-evolucao-dos-seus-direitos). Acesso em: 10 de agosto 2018.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jaqueline. **O que é feminismo?** São Paulo: Abril Cultural: Brasiliense, 1991.

SCHMIDT, Simone Pereira. **O feminismo nas páginas dos jornais: revisitando o Brasil dos anos 70 aos 90**. Rev. Est. Fem. 8 (2000/2).

BRASIL. Constituição Federal de 1988.

\_\_\_\_\_. ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**.

\_\_\_\_\_. LEI MARIA DA PENHA. **Lei N.º11.340, de 7 de Agosto de 2006**.

SARTORI, Ugo. **IML diz que a advogada Tatiane Spitzner morreu por asfixia**. Disponível em: <https://noticias.r7.com/cidades/iml-diz-que-a-advogada-tatiane-spitzner-morreu-por-asfixia-20092018>. Acesso em: 10 de agosto de 2018

Atirador abre fogo em boate gay em Orlando e deixa mortos e feridos. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/atirador-abre-fogo-dentro-de-boate-e-deixa-feridos-nos-eua.html> Acesso em: 10 de agosto de 2018

# SOBRE SAIAS, BECAS E TOGAS: UMA ANÁLISE DA PARTICIPAÇÃO FEMININA NOS CURSOS E NA PRODUÇÃO DO DIREITO

Luísa Helena Marques de Fazio  
luisahelenamarques@gmail.com

**RESUMO:** O trabalho analisa os impactos das transformações nas relações de gênero no Direito, debatendo suas variações no campo da construção das normas jurídicas. A grande presença de mulheres nos cursos de Direito altera a forma como o Direito vem sendo aplicado e as mulheres passaram a ser mais respeitadas em seus campos de trabalho no âmbito forense? Toma por elemento de pesquisa as estatísticas escolares que revelam o aumento quantitativo do número de mulheres nas Faculdades e o crescente número de mulheres aprovadas em concursos públicos. As mulheres tomaram consciência da causa feminina e se tornam mais libertárias? Ao analisar álbuns de formatura de vários anos consecutivos, nota-se o aumento no número de mulheres e as mudanças sociais, perceptíveis nas vestimentas e comportamentos. Indaga-se: teriam essas mudanças no mundo jurídico de fato contribuído para um Direito mais emancipado e emancipador, que busca a igualdade de gênero e a justiça social?

**Palavras-chave:** Mulheres. Direito. *Empowerment*.

## 1 INTRODUÇÃO

O período democrático brasileiro representa uma conquista dos diversos movimentos e segmentos da sociedade, que culminou na promulgação da Constituição Federal há 30 anos. A redemocratização foi fruto de uma mudança de paradigmas em toda a sociedade, em especial o de gênero.

Como preleciona Karl Marx em seu método histórico-dialético, a história se desmancha no ar e o devir sempre se repete em ciclos, ora mais conservadores e reacionários, ora mais revolucionários e progressistas. O artigo parte desta premissa e, utilizando a metodologia crítica, assume a tese de que assim também ocorre com o Direito. A sociedade contemporânea é fluída, se transforma com grande rapidez, refletindo no Direito.

Vivemos atualmente um período mais conservador, após uma onda progressista mundial. Em todos os cantos do planeta vivencia-se o endurecimento das sociedades e governos. Estamos em um momento de transição, de construção de novos valores. Os princípios da Modernidade – liberdade, igualdade e fraternidade – têm sido redimensionados, ganhando diferentes contornos. No entanto, a sociedade ainda não conseguiu estabelecer suas bases Pós-Modernas. Neste sentido, há uma crise de identidade social e em vários aspectos da vida humana, que recai também sobre os relacionamentos familiares (BITTAR, 2009).

No presente ano três grandes marcos da sociedade ocidental e brasileira aniversariam: a Declaração Universal de Direitos Humanos (Organização das Nações Unidas – ONU/1948), a Revolução de Maio de 1968 (que tem por lema a frase “*Il est interdit d’interdire!*”) e a Constituição Federal de 1988 no Brasil. Eles colaboraram para uma mudança profunda na sociedade e no Direito, sobremaneira no que tange aos Direitos das Mulheres.

A sociedade hodierna, altamente complexa, é denominada, por muitos pensadores contemporâneos<sup>1</sup>, de “Pós-Modernidade” ou “Modernidade Líquida” (BAUMAN, 2001). Não há que se negar que as formas de sociabilidade neste contexto são diversas daquelas de pouco menos de um século atrás. As relações sociais hoje são fluídas, ou seja, se transformam com muita rapidez, gerando também uma grande fragilidade dos laços humanos. E isto se reflete no mundo jurídico.

O Direito é, por excelência, um *locus* de poder masculino, “andro” e “heteronormativo”. A análise da construção do Direito revela-o como uma instituição conservadora, usada para dominação de um poder dominante em detrimento de outros grupos, que são subjulgados. A esfera pública – do Estado e do Direito – é histórica e culturalmente pertencente ao mundo masculino.

O trabalho visa debater como a sociedade lida com estas variações, cabendo discutir questões tais como: se as mudanças sociais modificaram a construção das normas jurídicas, se a grande presença de mulheres nos cursos de Direito alterou a forma como o Direito vem sendo aplicado e, ainda, se as mulheres passaram a ser mais respeitadas em seus campos de trabalho no âmbito forense. Houve um salto no “empoderamento” (*empowerment*) das mulheres?

Destarte, tomamos por elemento de pesquisa as estatísticas escolares que nos dão conta do aumento do número de mulheres nos bancos das Faculdades de Direito – ocupando nos dias atuais mais de 50% das vagas nos cursos –, assim como o crescente número de mulheres aprovadas em concursos públicos para cargos nos Tribunais de Justiça, Ministério Público, Procuradorias, Defensorias e Delegados de Polícia, em algum deles superando o número de homens, além cada vez mais mulheres no Poder Legislativo.

Além do aumento quantitativo, percebe-se, também, um pequeno avanço em termos qualitativos, no sentido de cada vez mais mulheres tomando consciência da causa feminina e se tornando mais libertárias. O discurso feminista e de ruptura com o paradigma de gênero é lentamente incorporado às salas de aulas das universidades e posteriormente às carreiras jurídicas.

Ao analisar álbuns de formatura de vários anos seguidos, nota-se que, juntamente com o significativo aumento no número de mulheres, essas acompanham as mudanças sociais, perceptíveis nas vestimentas e comportamentos. As saias estão mais curtas e os decotes mais ousados. Em contrapartida, os formandos do sexo masculino permanecem trajando o mesmo

---

<sup>1</sup> Tais como Zygmunt Bauman, Jean-François Lyotard, David Harvey, Stuart Hall, Jürgen Habermas, Gilles Lipovetsky, Anthony Giddens, dentre outros, cada qual com sua diferente concepção sobre o atual período histórico.

terno preto, camisa, sapato social e gravata. Alguns ainda se atrevem a algumas pequenas alterações de cores e modelos.

Além disso, nas fotos percebe-se a mudança notória nos comportamentos: do contrário da sisudez presente nos anos 70 e 80, paulatinamente os formandos de ambos os sexos revelam maior espontaneidade, desinibição e alegria nos anos 2.000 e seguintes. O tom descontraído dos álbuns faz o contraponto com a austeridade do curso de Direito, que por sua vez também se modernizou.

O quadro docente, outrora composto por uma quase totalidade de professores homens, hoje conta com a participação de professoras e coordenadoras mulheres. Este salto ocorreu no período de 30 anos, apesar de ainda, em grande parte das faculdades, a maioria ser masculina.

Neste artigo buscar-se-á analisar a forma como essas transformações impactaram a participação feminina nas profissões jurídicas e se houve, com a maior participação das mulheres, efetiva mudança na chave de pensamento. Assim, será estruturado da seguinte forma:

Na primeira parte será feito um panorama histórico introdutório sobre a evolução do conceito de gênero, das lutas feministas e das normas jurídicas.

Em um segundo momento será realizada a análise quantitativa dos dados estatísticos da participação das mulheres nas faculdades de Direito e seu impacto nas carreiras jurídicas, sobremaneira na Advocacia, Ministério Público e Magistratura.

Conclui-se traçando a correlação entre as estatísticas e o pensamento ainda vigente no mundo jurídico. Não é pelo simples fato de que se trata de uma pessoa do sexo feminino que será feminista ou que conseguirá romper com o patriarcalismo presente na história da humanidade. As mulheres que ocupam cargos de poder e que exercem atividades relacionadas ao Direito reproduzem o mesmo discurso presente na sociedade?

Indaga-se, por fim: teriam todas essas mudanças na sociedade e no mundo jurídico de fato contribuído para um Direito mais emancipado e emancipador, que busca a igualdade de gênero e a justiça social?

O artigo trata de responder a questão: mais mulheres nos bancos universitários significa um Direito menos androcêntrico?

## **2 A (DES)CONSTRUÇÃO DO PARADIGMA DE GÊNERO**

Para que se transformem as mentalidades também é necessário que haja um arcabouço normativo que estruture e sustente o novel corpo social que surge. Certo é que a norma jurídica, *de per si*, não modifica a realidade social. Entretanto, quando acompanhada de engajamento

social e quando preveja nortes educacionais, investimentos em políticas públicas e soluções que visem garantir a eficácia da norma, a lei irá transformar a realidade. É o que podemos notar, por exemplo, com a Lei Maria da Penha, que completou 12 anos de vigência.

Passaremos a abordar as implicações que as mudanças sociais dos séculos XX/XXI, em especial a desconstrução dos gêneros, vêm trazendo ao Direito:

## 2.1 O paradigma de gênero

Gênero pode ser conceituado como “o princípio que transforma as diferenças biológicas entre os sexos em desigualdades sociais, estruturando a sociedade sobre a assimetria das relações entre homens e mulheres” (BRUSCHINI, 1998, p. 89).

Essa concepção de poder submete a mulher a uma condição de permanente subordinação, que se expressa na falta de acesso às oportunidades, benefícios, tomadas de decisões e exercício do poder. O que é masculino tem mais valor do que é feminino, estabelecendo-se uma relação desigual de poder e de prestígio.

Para que se possa compreender o que é gênero, se faz necessário que sejam decifradas as relações de poder que permeiam todas as relações sociais, ou seja, as de classe, raça e etnia. Sobre as relações de poder baseadas no sexo, Joan Scott (1994, p. 16) ressalta: “Gênero é o campo primeiro no seio do qual e por meio do qual o poder é articulado. O gênero não é o único campo, mas ele parece ter constituído um meio eficaz e recorrente de tornar eficaz a significação do poder no Ocidente”.

Mais modernamente a filósofa americana Judith Butler – autora das obras *Gender Trouble* (publicado em 1990 e com título em português *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*) e *Bodies that Matter*<sup>2</sup> (1993) – desenvolveu a Teoria *Queer*, na qual gênero é uma *performance*.

Importante, ainda, citar o feminismo decolonial, que rompe as categorias impostas pelo mundo ocidental capitalista. Assim, “descolonizar o gênero é necessariamente uma *práxis*. É decretar uma crítica da opressão de gênero racializada, colonial e capitalista heterossexualizada visando uma transformação vivida do social”. (LUGONES, 2014, p.940). Continua a autora, professora da *University of New York*:

A modernidade organiza o mundo ontologicamente em termos de categorias homogêneas, atômicas, separáveis. A crítica contemporânea ao universalismo feminista feita por mulheres de cor e do terceiro mundo centra-se na reivindicação de que a intersecção entre raça, classe, sexualidade e gênero vai além das categorias da

---

<sup>2</sup> Em tradução livre: “Corpos que importam”. Ainda sem versão completa em língua portuguesa.

modernidade. Se mulher e negro são termos para categorias homogêneas, atomizadas e separáveis, então sua intersecção mostra-nos a ausência das mulheres negras – e não sua presença. Assim, ver mulheres não brancas é ir além da lógica “categorial”. Proponho o sistema moderno colonial de gênero como uma lente através da qual aprofundar a teorização da lógica opressiva da modernidade colonial, seu uso de dicotomias hierárquicas e de lógica categorial. Quero enfatizar que a lógica categorial dicotômica e hierárquica é central para o pensamento capitalista e colonial moderno sobre raça, gênero e sexualidade. Isso me permite buscar organizações sociais nas quais pessoas têm resistido à modernidade capitalista e estão em tensão com esta lógica. (*op. cit.*, p. 935)

Portanto, este novo paradigma representa um avanço no conhecimento, sendo, talvez, a maior ruptura dos modelos até então vigentes, mudando a forma de se perceber o masculino e o feminino, e a distribuição desigual de poder.

Destarte, adotar uma perspectiva de gênero é distinguir o que é natural e biológico, o que social e culturalmente construído. Por mudança no paradigma, significamos: uma nova percepção entre o masculino/feminino e a distribuição desigual de poder.

## **2.2 O Direito na sociedade**

Consoante os ensinamentos de SABADELL (2017, p. 100 e ss.), a Sociologia do Direito visa medir o impacto do Direito na sociedade, considerando o Direito como fato social. Analisa as repercussões sociais (efeitos da norma, eficácia da norma e sua adequação interna ou capacidade em atingir a finalidade social) das previsões legais que podem influenciar, condicionar e transformar o comportamento da população.

O Direito é o conjunto de princípios jurídicos aplicados pelo Estado em busca da ordem legal da vida, exercendo um duplo papel dentro da sociedade, como fator determinante da realidade social, influenciando o comportamento dos indivíduos numa sociedade (idealista, ativo) e como elemento determinado pela realidade social (realista, passivo). Ele pode ser utilizado como um instrumento de governo conservador, atuando como freio para as mudanças sociais, impedindo-as; ou como um propulsor de transformações sociais, com função educadora, papel progressista do Direito.

Pode-se dizer, então, que o Direito é uma variável dependente, que muda historicamente em função de outros fenômenos, podendo ser considerado como produto de interesses sociais, mas sendo, também, influenciado por elementos de ordem física e por valores ético-culturais. Possui uma autonomia relativa, podendo induzir a mudanças sociais de modo direto, impondo-se por sanções, ou indireto, orientando os indivíduos, educando-os.

Teoricamente, o Direito apresenta-se como instrumento neutro apto a resolver conflitos sociais, prometendo tratar as pessoas de modo igual. Contudo, o que podemos verificar é que “o

direito é masculino”, e podemos constatar tal discriminação em vários ramos do Direito e nas profissões jurídicas.

### **2.3 Evolução normativa**

Existe vasto corpo de leis que garante, hoje, os direitos das mulheres. Traremos um brevíssimo panorama geral do salto legislativo dos diplomas de maior destaque ocorrido no século XX, sabendo que em todos os ramos do Direito, tanto público quanto privado, as mulheres conquistaram inúmeros direitos e garantias.

O Código Civil de 1916, focado na propriedade privada e no patrimônio, previa em seu artigo 233 que o marido era o chefe da sociedade conjugal, a “cabeça do casal”, e mulher era apenas sua colaboradora. A mulher casada era relativamente incapaz.

No Código Eleitoral de 1932 a mulher conquista o direito a voto, direito político confirmado pela Constituição de 1934.

Com o Estatuto da Mulher Casada (Lei 1.421/1962) a mulher casada se torna capaz, mas mantém a ideia de família patriarcal, com o homem sendo o chefe da família, visão esta que perdura até a Constituição Federal de 1988.

Na nova Constituição, tem-se como fundamento da república a dignidade da pessoa humana. É finalmente reconhecida a igualdade entre homens e mulheres em todos os âmbitos, inclusive na administração da família e na vida pública.

### **3 SOBRE SAIAS, BECAS E TOGAS**

Da mesma forma como o Direito se transformou profundamente sob os auspícios de gênero, nas últimas décadas ocorreu a feminização das carreiras jurídicas. Observou-se um aumento expressivo da participação das mulheres, tanto na esfera acadêmica quanto no mercado de trabalho. As mulheres passaram a frequentar mais as universidades, e conseqüentemente, ampliaram sua participação no mercado profissional.

Ao analisarmos os álbuns de formaturas dos egressos dos cursos de Direito, facilmente se nota que atualmente nas faculdades de Direito mais de 50% dos alunos é composta por mulheres. Os dados do Ministério da Educação (MEC) nos dão conta que 53,88% dos estudantes de Direito no Brasil são mulheres. Eram 355.020 homens contra 414.869 mulheres, em um total de 769.889 estudantes no total no ano de 2014 (GIESELER, 2014).

Se as universidades lançam no mercado de trabalho anualmente enorme número de bacharéis em Direito, para qual carreira se dirigem as mulheres? É o que passaremos a abordar a seguir:

### **3.1 Mulheres advogadas**

Na advocacia a expansão feminina também se confirmou com o aumento dos registros profissionais das mulheres:

Os últimos registros da Ordem dos Advogados do Brasil contabilizam 1.142.326 advogados (agora – às 12h do dia 5/3 – pois este número é constantemente atualizado no Quadro de Advogados da OAB). Desse total, 545.765 são mulheres, ou seja, um percentual de 48%. Tomando como base os dados e a evolução da participação feminina no Direito, a estimativa é que, até o ano de 2020, o número de advogadas mulheres seja superior ao de homens advogados. (JURÍDICO CERTO, 2018)

O Conselho Federal da OAB disponibiliza o quadro atualizado diariamente do número de advogados no país. Em pesquisa no dia 30 de novembro de 2018, totaliza-se 1.193.623 advogados inscritos, sendo 576.019 mulheres (Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>).

De acordo com GUIMARÃES e FERREIRA (2009, p.141), a primeira mulher a exercer a advocacia no Brasil foi Myrthes Gomes de Campos. A advogada concluiu a graduação em 1898, na Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro, atual Faculdade Nacional de Direito. Sua atuação profissional só foi legitimada em 1906, quando o Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil (IOAB) aprovou o seu ingresso na carreira. Anteriormente, na Faculdade do Recife, três mulheres já haviam concluído o curso de Direito em 1888, porém nenhuma chegou a exercer o ofício.

No Estado de São Paulo, a primeira mulher bacharel em Direito foi Maria Augusta Saraiva, que ingressou na Faculdade de Direito do Largo São Francisco em 1897, formou-se em 1902, conforme Portal da Memória da OAB/SP.

### **3.2 Magistradas, Desembargadoras e Ministras**

Embora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP) exista desde 1874 e o primeiro concurso para a magistratura tenha sido realizado em 1922, as primeiras mulheres ingressaram apenas no 146º concurso, em 1980 (FOLHA, 2005).

A primeira desembargadora, Luzia Galvão da Silva, chegou ao Tribunal de Justiça em 1997 pelo quinto constitucional – parcela de um quinto dos membros de cada tribunal (segunda



instância) reservada para membros do Ministério Público e para advogados. Em 2005 o TJ/SP era composto por 332 desembargadores: 324 homens e 8 mulheres. (*idem*)

Um levantamento realizado no ano de 2017, pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) – órgão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) –, dá conta que dos 17.670 magistrados em atividade no Brasil, 37,3% são mulheres (CNJ, 2017).

De acordo com a mesma pesquisa, o Rio de Janeiro é a unidade da federação com maior participação de mulheres na magistratura: 48,6% do total. O levantamento inclui magistrados de todos os segmentos de Justiça (tribunais superiores, estaduais, federais, do Trabalho, eleitorais e militares).

No que tange à Justiça comum estadual, na direção dos tribunais como presidente, há apenas quatro mulheres do total de 27 Tribunais de Justiça (conforme informações disponíveis nos *sites* de cada Tribunal estadual).

Entretanto, a participação de mulheres na presidência dos tribunais é maior nos outros ramos de Justiça (CNJ, 2017):

Na Justiça Eleitoral, são presididos por mulheres os Tribunais Regionais Eleitorais do Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Rio Grande do Sul, Roraima, Rio de Janeiro e Tocantins. Também são comandados por mulheres os Tribunais Regionais do Trabalho da 4ª Região (Rio Grande do Sul), 5ª Região (Bahia), 7ª Região (Ceará), 8ª Região (Pará), 11ª Região (Amazonas), 21ª Região (Rio Grande do Norte) e 23ª Região (Mato Grosso). Na Justiça Federal, dos cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs) apenas o da 3ª Região tem uma mulher na Presidência, a desembargadora federal Cecília Marcondes. O tribunal exerce sua jurisdição nos estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul.

As estatísticas ainda nos dão conta da situação nos Tribunais superiores: “no Superior Tribunal de Justiça (STJ), dos 33 ministros que compõem o Plenário, seis são mulheres, o mesmo número existente no Tribunal Superior do Trabalho (TST). No Tribunal Superior Eleitoral (TSE), há duas mulheres entre os sete ministros que compõem o colegiado.” No Supremo Tribunal Federal (STF) são ainda apenas duas Ministras.

### **3.3 Mulheres no Ministério Público**

Zuleika Sucupira Kenworthy, a primeira mulher a ingressar no Ministério Público no Brasil e na América Latina. Após três tentativas em concursos públicos, foi aprovada em 1948, tornando-se pioneira em um universo que, até então, era exclusivo dos homens. Até 1964, o Ministério Público tinha apenas oito mulheres (VALENTE e CONRADO, 2017).

De acordo com o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP, 2018), o *Parquet* brasileiro é, atualmente, composto por 5.114 membros do sexo feminino e 7.897 membros do sexo masculino, o que revela a proporção de 39% de mulheres para 61% de homens.

Complementa: “Desde a Constituição de 1988, 52 mulheres e 240 homens ocuparam cargos de procurador-geral, o que representa cerca de 18% de lideranças femininas *versus* 82% de lideranças masculinas no MP”.

Quanto aos cargos de chefia, o cenário é ainda mais cruel para as mulheres:

Nos cargos de confiança de chefe de gabinete, secretário-geral e assessor de procurador-geral, correspondentes aos últimos dois mandatos, em relação aos quais se verificou a prevalência na escolha de profissionais do sexo masculino. Há uma distorção na proporção de 76% para 24% nos cargos de secretários-gerais; 70% para 30% nos cargos de chefes de gabinete; e 70% para 30% entre assessores. (CNMP, 2018)

### 3.4 O “telhado de vidro” e a (in)satisfação com a carreira

Embora as estatísticas indiquem um crescente aumento da presença feminina em todas as carreiras jurídicas, as mulheres ainda encontram resistência e dificuldades em várias esferas desse espaço profissional. Há uma imensa dificuldade feminina em chegar ao topo da carreira:

Dificuldades de ingresso a posições mais elevadas dentro da carreira ocupada, o que é denominado ‘telhado de vidro’, *glass ceiling*, (Mossman, 2006) uma referência à barreira invisível que dá uma enganosa aparência de igualdade de oportunidades de ascensão na carreira, mas que inibe o acesso delas aos cargos mais elevados na hierarquia profissional. (BARBALHO, 2008, p. 15).

O chamado “telhado de vidro” está presente em todas as profissões. Na advocacia e na magistratura, por exemplo, BARBISAN (2015, p. 30) assevera:

Também há uma incidência maior de mulheres atuando nas áreas do direito familiar e trabalhista, que são áreas que estão ligadas à questão do cuidado e da mediação de conflitos. Já na Magistratura, a maior concentração de juízas se dá nos Juizados Especiais, onde o objetivo principal é a conciliação entre as partes.

Para Barbalho, é como se a vida profissional da mulher fosse encarada como uma extensão da vida doméstica, ou seja, as habilidades desenvolvidas no espaço doméstico são trazidas para o ambiente profissional. O direito penal, por exemplo, é associado ao “mundo do crime”, e por isso é considerado inapropriado para mulheres.

Enquanto na advocacia as mulheres padecem com a desigualdade de remuneração e estagnação nos cargos ocupados, na magistratura e Ministério Público o “telhado de vidro” manifesta-se no acentuado desnível nas instâncias superiores, haja vista as carreiras públicas fornecerem rendimentos equitativos para homes e mulheres.

Nos Estados Unidos, houve um esvaziamento de mulheres na advocacia, apesar de mais mulheres se matricularem nos cursos de Direito. As causas deste fenômeno são pesquisadas pela ABA (*American Bar Association*), que visa perquirir se há alguma razão específica na cultura da advocacia que explique a separação das mulheres por alguma incompatibilidade ou se há uma

“certa masculinidade tóxica” da advocacia americana. A presidente da ABA, Hilarie Bass, elenca algumas hipóteses:

As corriqueiras são as que mais afetam as mulheres em qualquer campo de trabalho: discriminação (número um), assédio sexual, desequilíbrio insuportável na relação vida/trabalho, cuidado com as crianças e com o casamento, fadiga do sucesso etc.. (...) As teorias menos comuns se referem, por exemplo, a um estado de invisibilidade que a mulher é relegada no escritório, à necessidade de trabalhar muito mais arduamente do que seus colegas homens para alcançar a mesma posição na banca ou a mesma renda, ao fato de lhes sobrarem os trabalhos menos interessantes e, ao final, a exaustão por tanta luta. Em última análise, em desilusão. (MELO, 2018)

Apesar disso, no Brasil, de acordo a pesquisa advinda de tese de Doutorado (CALDAS, 2013, p. 85), o grau de satisfação de homens e mulheres com o curso de Direito não é tão discrepante: respectivamente, 18,2% e 13,8% apresentam o grau “muito alto”; 30,5% e 36,5% consideram um grau “médio” de satisfação.

Pode-se, da mesma forma como a Associação Americana de Advogados supracitada, arrolar, via de regra, hipóteses idênticas que justifiquem o menor índice de satisfação feminina com o curso e as carreiras jurídicas.

### **3.5 Percepção dos papéis sociais**

Entendemos que ser feminista hoje é lutar pela efetivação dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos. É um dever de todos os seres humanos. É buscar a concretização das lutas que há séculos engendradas pelo movimento de mulheres, em especial nos XX/XXI, e do que a Constituição Federal de 1988 prevê há 30 anos.

Entretanto, há forte incompreensão, inclusive entre as próprias mulheres, sobre o que seja o feminismo. Nenhuma corrente do chamado novo feminismo defende a anulação das diferenças entre homem e mulher. Equivocadamente há mulheres que dizem não ser feministas porque "defendem a diferença entre homens e mulheres" ou porque "acreditam na convivência pacífica entre homens e mulheres".

A pesquisa da Fundação Perseu Abramo (*in* VENTURINI, 2013, anexo), que foi repetida no intervalo de uma década, revela que houve um aumento na percepção de melhoria na situação das mulheres em comparação com a vida há 20 ou 30 anos (tabela 5): 65% em 2001 e 74% em 2010 acreditam que a situação “está melhor”. Ao realizar o recorte etário e por escolaridade, percebe-se que, quanto mais tempo de estudo, maior é a crença positiva, chegando a 87% das mulheres que tem ensino superior, em oposição aos 64% das que cursaram até a 4ª série.

Nesta mesma pesquisa (a tabela 7) foi perguntado, para homens e mulheres, se existe machismo no Brasil, sendo a resposta afirmativa para ambos os sexos, com 90% e 94%,

respectivamente. Interessante que apenas 22% dos homens se assumem machistas. Quando perguntado às mulheres se se consideram feministas, 21% declarava que sim em 2001, comparando-se com 31% em 2010 (Tabela 8).

Não há notícia de que pesquisa semelhante tenha sido realizada apenas dentre aplicadores do direito, mas, com base em outras pesquisas e em movimentos de mulheres dentro dos próprios órgãos de classe e instituições, pode-se dizer que a percepção de gênero e das desigualdades é algo crescente.

Se tomarmos como exemplo a Ordem dos Advogados do Brasil, órgão combativo e progressista, revela-se a organização das mulheres em todos os níveis através das comissões das mulheres advogadas, priorizando atualmente a inserção de mulheres também nos órgãos diretivos da classe.

Somam-se experiências como a Rede Feminista de Juristas, que congrega juízas, defensoras, promotoras, advogadas, professoras e pesquisadoras, no intuito de lutar contra as desigualdades. A Rede tem participado, inclusive, da elaboração de normas jurídicas, julgamentos (como *Amicus curiae*) e de audiências públicas.

#### **4 CONCLUSÃO**

À guisa de conclusão, escolhemos este tema em um ensaio de lançar novas luzes à questão da participação das mulheres como sujeitos do Direito, principalmente como atores da aplicação da Justiça e de mudança social.

Conforme já dito, apesar de os dados revelarem um salto no número de mulheres que escolhem o curso de graduação em Direito, que concluem a faculdade e que ingressam nas profissões da área, não é possível afirmar que o mundo jurídico olhe com equidade para homens e mulheres.

O patriarcalismo ainda perdura nas mentalidades, refletindo-se na elaboração e aplicação das normas jurídicas, em todas as instâncias.

Não há correlação direta entre o aumento do número de mulheres nas faculdades e carreiras jurídicas e a conscientização das mesmas, trazendo melhorias no que tange aos direitos das mulheres. Entretanto, é um primeiro passo nesta direção.

Sugerimos, para próximos trabalhos que visem interligar Sociologia Jurídica das Profissões e Gênero, nos moldes das pesquisas de campo que perquiriram a percepção da situação da mulher na sociedade, como pensam as mulheres operadoras do Direito sobre as questões de gênero e como elas aplicam as normas jurídicas neste sentido.

Ainda é preciso que as mulheres se apropriem efetivamente da perspectiva de gênero e dos ganhos conquistados por séculos de lutas feministas, tomando consciência de seus papéis enquanto sujeitos históricos e sociais na busca de um mundo menos desigual e mais justo para todos, inclusive para as mulheres.

## REFERÊNCIAS

BARBALHO, Rennê Martins. **A feminização das carreiras jurídicas: construções identitárias de advogadas e juízas no âmbito do profissionalismo**. 2008. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade Federal de São Carlos, São Carlos.

BARBISAN, Carolina Callegari. **Mulheres advogadas: atuação na cidade de São Paulo**. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Direitos Humanos no século XXI: cenários de tensão**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BRUSCHINI, Cristina; ARDAILLON, Danielle; UNBEHAUM, Sandra G. **Tesouro para estudos de gênero e sobre mulheres**. São Paulo: Editora 34: Fundação Carlos Chagas, 1998.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.

CALDAS, Tania Alencar de. **Egressos de cursos de direito: visão dos aprovados no exame da ordem**. 2013. Tese (Doutorado em Educação). Universidade Estadual de Campinas, Campinas.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Mulheres representam 37,3% dos magistrados em atividade em todo o país**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84432-percentual-de-mulheres-em-atividade-na-magistratura-brasileira-e-de-37-3>. Acesso em 18 nov. 2018.

CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. **CNMP apresenta dados relativos à desigualdade de gênero no Ministério Público**. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/noticias-cddf/11327-cnmp-apresenta-dados-relativos-a-desigualdade-de-genero-no-ministerio-publico>. Acesso em 18 nov. 2018.

GIESELER, Maurício. **53,88% dos estudantes de Direito no Brasil são mulheres**. Disponível em: <https://blogexamedeordem.com.br/5388-dos-estudantes-de-direito-no-brasil-sao-mulheres>. Acesso em 18 nov. 2018.

GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; FERREIRA, Tânia Maria Tavares Bessone da Cruz. **Myrthes Gomes de Campos: pioneirismo na luta pelo exercício da advocacia e defesa da emancipação feminina**. Revista Gênero, Niterói, v.9, n.2, 2009.

Jornal Folha de São Paulo. **Primeira mulher chegou ao TJ-SP apenas em 1997**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1303200521.htm>. Acesso em 20 nov. 2018.

JURÍDICO Certo. **Mulheres na advocacia**: dados atualizados. Disponível em: <https://blog.juridicocerto.com/2018/03/mulheres-na-advocacia-dados-atualizados.html>. Acesso em: 18 nov. 2018.

LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, n. 22 (3), p. 935-952, 2014.

MELO, João Ozorio de. "**Masculinidade tóxica**": ABA quer saber por que as mulheres estão abandonando a advocacia. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-06/aba-saber-mulheres-abandonando-advocacia>. Acesso em: 25 nov. 2018.

OAB/SP (Ordem dos Advogados do Brasil - São Paulo). **Portal da Memória**: Maria Augusta Saraiva. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/portaldamemoria/vultos-da-advocacia/maria-immaculada-xavier-da-silveira/>. Acesso em 18 nov. 2018.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica**: introdução a uma leitura externa do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SCOTT, Joan Wallach. **Prefácio a Gender and politics of history**. Campinas: Cadernos PAGU, n. 3, 1994, p. 11-27.

VALENTE, Fernanda e CONRADO, Hysabella. **Morre primeira mulher a ingressar no Ministério Público**. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/12/14/morre-primeira-mulher-ingressar-no-ministerio-publico/>. Acesso em 18 nov. 2018.

VENTURINI, Gustavo; GODINHO, Tatau (orgs). **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado**: uma década de mudanças na opinião pública. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013.



# HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E O INSTITUTO DO CASAMENTO CIVIL: AS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS E O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO CASAMENTO HOMOAFETIVO

*Marina de Oliveira Jardim Pedrosa*  
Pós-Graduada pela Universidade Cândido Mendes  
marinapedrosa\_4@hotmail.com

*Mateus Siqueira Pacheco*  
Pós-Graduando pela Universidade Católica de Pernambuco  
mateussiqp@gmail.com

**RESUMO:** O gênero e a sexualidade são indissociáveis da história da humanidade. Através do tempo e nos diversos contextos culturais, as questões ligadas à identidade do sujeito não se desprendem do viés político, pois, entrelaçados no discurso, os corpos se produzem. Na modernidade, erigiu-se uma vegetação de sexualidades, que hierarquizadas constituíram as “sexualidades periféricas”, e entre essa diversidade sexual, encontramos a forma de vida homoafetiva. Tal identidade, fruto das relações disciplinares de poder, passou a constituir uma cultura própria e afirmativa, modificando o panorama social de arraigada exclusão. O impacto dessas lutas sociais também culminou em modificações nos paradigmas do direito de família, em processo de transformação hermenêutica do direito positivado, em cumprimento dos desígnios constitucionais. Nas relações de parentalidade, a afetividade passou a ser valorizada no ordenamento jurídico brasileiro, sendo o amor erótico pela pessoa do mesmo sexo observado como realização de afetividade à mesma maneira do desejo heterossexual.

**Palavras-chave:** Sexualidade. Homoafetividade. Casamento civil.

## 1 INTRODUÇÃO

O âmbito afetivo é fugaz à insidiosa e insistente pretensão cultural de enquadrá-lo em estilos de corpo, gesto e essência. É que o amor e o desejo suplantam as normas limitativas e constroem relações plúrimas e imprevisíveis de concretizar esses vínculos. O afeto não tem forma única. Com base nessa premissa, pautamos este ensaio na busca igualitária pelas formas de realizar o amor. Para tanto, elencamos pertinente a análise do instituto do matrimônio e das relações homoafetivas em face do princípio da dignidade humana, na conjuntura brasileira contemporânea.

Inteiramente imbricado na tessitura cultural, o Direito não pode se furtar às emergências sociais, e, atuando ora em resposta às demandas sociais, ora em tom prospectivo, tutela os fatos relevantes da vida em sociedade com o fito de promover-lhes o bem-estar.

Deste modo, o casamento, instituto por excelência destinado a resguardar o plano de vida em comunhão de desejos e realizações entre as pessoas, não é um imperativo, um caminho único ao alcance da felicidade, mas uma, entre diversas escolhas, que deve ser proporcionada a todos de forma isonômica.

Destarte, para que se alcance uma efetiva tutela jurisdicional dos ideais deste ordenamento, em termos de família e casamento, é preciso desconstruir os binarismos essencialistas heterossexual-homossexual e masculino-feminino, insuficientes por traduzir a

diversidade das composições de gênero e sexualidade dos corpos. Outrossim, é mister alçar a uma perspectiva capaz de abarcar a ampla gama de interpretações corpóreas que expressam a exuberância da vida na constituição do sujeito e da forma de se relacionar com o outro, frente aos seus desejos.

Tal desconstrução hierárquica de gênero solapa a ideia de que a identidade homossexual é um desvio de conduta, um gênero defeituoso ou um aspecto pertencente à seara patológica do ser humano. Outrossim, essa desnaturalização persegue a diversidade sexual nas suas múltiplas nuances, no contornar mais belo de seus desdobramentos. Implica, pois, no deslinde da genealogia dos corpos, bem como, no extirpar da perspectiva heterossexista tida como ideal e parâmetro de normalidade, em detrimento das “sexualidades periféricas”.

Portanto, o percurso normativo fundamental, perpassa os princípios constitucionais, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, além de transitar por entre o embasamento filosófico relacionado, dispostos à perquirição protetiva que melhor contemple os caros valores da igualdade e da dignidade humana albergados na Carta Maior e nos diplomas afins.

## **2 AS DIVERSAS FORMAS DE PERCEPÇÃO DO SER HUMANO EM RELAÇÃO AO DESEJO SEXUAL - UMA GENEALOGIA DA SEXUALIDADE**

Para o estudo do reconhecimento do casamento homoafetivo e seus efeitos no direito brasileiro, é necessário, de antemão, compreender a diversidade sexual relacionada à identidade de gênero, e o entendimento de como esses conceitos são ressignificáveis através do tempo e entre as sociedades.

Tal intuito, baseado na perspectiva foucaultiana, suscita o entendimento de que os corpos são atravessados culturalmente pelas relações de poder,<sup>1</sup> estas que longe de atuarem sobre sua materialidade natural, pronta e acabada, o constituem. Da mesma forma a origem do gênero é

---

<sup>1</sup> A acepção ‘relações de poder’ refere-se à definição iniciada por Foucault e depois apreendida por outras (os) pensadoras (es) como Judith Butler. Para Foucault, o poder não é algo que um indivíduo possua e exerça quando desejar, podendo cedê-lo ou aliená-lo. Tampouco é algo em função de uma infraestrutura econômica. As relações econômicas fazem parte do exercício do poder, mas não o determinam. Para o pensador francês, a análise do poder se dá sob a ótica de seu exercício. No lugar onde suas relações se exercem. E não pela perspectiva do soberano ou de seus mandamentos e leis. O poder perpassa o social e seu exercício se dá em rede. Os indivíduos não estão permanentemente em posições de assujeitamento, mas colaboram com o próprio exercício de poder, além de propiciarem formas de resistência. O poder é relacional, por isso é possível que determinada relação de forças se altere criando novas formas de exercê-lo, possibilitando inovações, subversões e resistências. No caso, a heteronormatividade é o exercício de uma determinada forma de poder na qual predomina a hegemonia heterossexual. Essa relação se irradia por todo o corpo social perpassando os sujeitos e moldando corpos e atitudes. Construindo os desejos. As forças estão em constante instinto de apropriação, numa busca por subjugação. Contudo, elas não são capazes de eliminar umas às outras, possibilitando formas de resistência e novas maneiras de exercício de poder, sejam estes exercícios heterossexistas ou não (FOUCAULT, 2010, p. 3-36).



social, histórica e situacional. Desponta de características das pessoas, num elaborado constructo cultural valorativo baseado em concepções de masculino e feminino (LOURO, 1997, p. 24-26).

Assim, desde que nasce, o sujeito é objeto de uma série de relações de poder que atribuem determinado gênero ao seu corpo. O sujeito é interpelado, isto é, chamado a assumir um conjunto de normas sociais constantemente reiteradas, a fim de cristalizar no corpo uma aparência estável, de fixidez natural. (BUTLER, 2015, p. 37-56).

No entanto, essas classificações a que os sujeitos são chamados a assumir, não abarcam toda a vegetação de identidades existentes, pois as formas de vivência da sexualidade e do gênero se demonstram tão diversas que transcendem às possibilidades de rotulações. As categorizações são, portanto, incapazes de conformar os arranjos identitários e impedir as possibilidades de os sujeitos transitarem entre os padrões de gênero e sexualidade.

Por conseguinte, para demonstrar a instabilidade das concepções de sexualidade e de gênero contemporâneas, seu caráter construído, se faz necessário recorrer ao método genealógico. Um método de análise histórico-filosófico iniciado por Friedrich Nietzsche e retrabalhado por Michel Foucault<sup>2</sup> em suas pesquisas no decorrer do século XX. Para a genealogia, a história não é um objeto para a busca de uma origem imaculada das coisas, algo que ao ser observado em todas as épocas poderia se dizer essencial. Tampouco é o método genealógico um procedimento que procura um fim, para o qual todos os acontecimentos, coisas e corpos se dirigiriam, uma evolução cujo o término poderia ser perscrutável.<sup>3</sup>

Com efeito, por este método, percebemos que até aquilo que dizemos não possuir história, como o corpo, os sentimentos, a moral, o bem, o mal, os desejos, o homem e o sexo se encontram submetidos a esse devir. Tudo estaria em discurso<sup>4</sup> e sujeito a modificações por novas formas de relações de poder. Então, o genealogista

[...] deve ter apenas a acuidade de um olhar que distingue, reparte, dispersa, deixa operar as separações e as margens – uma espécie de olhar que dissocia e é capaz ele mesmo de se dissociar e apagar a unidade deste ser humano que supostamente o dirige soberanamente para seu passado (FOUCAULT, 2012, p. 71).

---

<sup>2</sup> Para um aprofundamento da genealogia em Nietzsche consultar “Genealogia da Moral” (NIETZSCHE, 2009). Já para uma compreensão ampla da genealogia de Foucault consultar “Nietzsche, a genealogia e a história” (FOUCAULT, 2012, p. 55-86).

<sup>3</sup> Procura-se através da história, deixar aparente que por traz de toda identidade, de toda essência existiria a diferença, um devir que modifica aquilo que se dizia natural e imutável. O devir histórico descortina toda permanência, não para demonstrar um aprimoramento patente às transformações. As coisas não se dirigem a um fim previsto, pois no devir subjaz o acaso.

<sup>4</sup> O termo discurso aqui adotado se refere ao caráter político das coisas, que tudo seria modulado de acordo com determinadas maneiras de enunciados que pautam nossas falas, ações e corpos. Logo o caráter linguístico do discurso demonstraria a possibilidade de resignificação de concepções tais como a sexualidade (SALIH, 2015, p. 69).

Deste modo, utilizando do método genealógico, passaremos à análise das concepções de sexualidade e gênero na Antiguidade Clássica, especificamente nas cidades-estado gregas, para constatar a disparidade desses aspectos entre as culturas. Dessa forma, explicitaremos como a noção de identidade sexual (homoafetivo, bissexual e heteroafetivo) só surgiu no final do século XIX.

Assim, na antiga Grécia, as práticas de sexo entre iguais eram rotineiras, adotando a forma da pederastia. Neste modelo, um homem mais velho e de formação completa (erasta) se relacionava com seu amado (eromeno), que deveria ser um homem jovem. O erasta tinha a incumbência pedagógica de ensinar ao seu amado como se tornar um homem melhor e de incluí-lo em âmbitos sociais mais valorizados, dos quais fazia parte. Esta atividade pedagógica também envolvia relações sexuais entre ambos, nas quais o erasta deveria ocupar a posição sexual ativa, enquanto o eromeno a passiva.

Destaque-se que, além dessas diferenças de valores ínsitas ao relacionamento amoroso na Grécia, as relações deveriam se dar entre homens de idades distintas para que se caracterizasse o fim pedagógico. Não havia a preocupação com o fato de a relação sexual ser exercida entre pessoas do mesmo sexo ou não. Portanto, o homem poderia ter a relação que desejasse. Importava sim, a relação adotada (ativo ou passivo) ou com quem se relacionava (jovem ou velho). Logo, o sexo praticado entre iguais não formava a identidade do indivíduo, nem descaracterizava por si só a masculinidade dos praticantes (FOUCAULT, 2015B, p. 231-238).

Sobreleve-se ainda, a positividade do sexo entre iguais, no qual o amor verdadeiro somente poderia ocorrer entre homens, decorrente da valorização das atividades éticas ante as orgânicas, uma vez que o sexo com mulheres era relegado à seara estritamente reprodutiva, sem o qualificativo pedagógico, era, pois, hierarquicamente inferior. O amor entre homens, contudo, por traduzir o aprimoramento do cidadão, reveste-se de superioridade e é compreendido como única forma de amor verdadeiro.

Essa ótica pode ser vislumbrada no texto “O Banquete” do filósofo grego Platão, nele é narrada uma história onde um grupo de convivas decide fazer um panegírico ao deus Amor. No discurso de Pausânias ele declara a existência de dois amores da seguinte forma:

Nem todo o Amor é em si mesmo louvável e bom, senão só o que nos incita a amar belamente. O amor da Vênus Vulgar é realmente por demais vulgar para inspirar ações que não sejam inferiores: é o amor que nutre os homens comuns, os que se apaixonam tanto pelas mulheres como pelos mancebos. Em seu amor afeiçoam-se só ao corpo jamais à alma. E, como não têm em vista viver, senão só gozar, ou antes, viver sem beleza, são capazes de se afeiçoar às mais grosseiras criaturas. Acontece por isso, aos que se entregam ao acaso dos encontros, apegarem-se tanto ao que é bom como ao que é mau. É que seu amor procede dessa deusa muito mais nova que a outra, da Vênus Vulgar, em cujo nascimento participaram igualmente o macho e a fêmea. Mas a Vênus Celeste não

teve origem na fêmea. Nasceu só do macho e por isso só aos mancebos se dirige o amor que ela inspira. Servidor de uma deusa mais idosa e sem ardores, o Amor, em lhes fazendo amar um sexo naturalmente mais inteligente e robusto, conduz aos machos os que dêle se inspiram. E' por êsse amor aos mancebos que se reconhecem os que verdadeiramente são estimulados por Vênus Celeste (PLATÃO, 1962, p. 26).

Neste elogio, percebemos que o Amor da Vênus Celeste, considerado o único verdadeiramente belo, é dirigido apenas aos mancebos, ou seja, aos homens jovens. Em contrapartida, o Amor da Vênus Vulgar, que é apenas capaz de inspirar ações inferiores, por ser um amor que decorre da afeição ao corpo e não à alma, é aquele “que nutre homens comuns, que se apaixonam tanto pelas mulheres como pelos mancebos.” Portanto, resta claro o lugar privilegiado que é dado na Grécia ao Amor entre homens, sendo o mesmo mais valorizado que as relações entre pessoas de sexo distinto.

Semelhante perspectiva também se encontra novamente na obra “O Banquete” de Platão, na qual Fedro discorre sobre as virtudes propiciadas pelo amor entre os homens componentes de um exército (PLATÃO, 1962, p. 22).

Não obstante, a situação entre as mulheres não gozava do mesmo reconhecimento social. No âmbito das carícias, elas sequer tinham suas realizações carnavais enquadradas na categoria sexual. Assim, não havia maiores implicações nos afagos de uma mulher à outra, pois na concepção grega, ante a ausência de penetração, uma mulher fazia às vezes de instrumento à outra, assinalando o ato de masturbação.

Diversamente, se dessas práticas houvesse o ato de penetração, o conhecimento de tal gesto era desprezado, não pela relação erótica ou de afeto entre ambas, mas por referir-se à uma ação permitida apenas aos homens. Tais práticas das amantes, receberam o estigma do antinatural (ENDJSO, 2014, p. 161-168).

Destarte, percebemos que as concepções de virilidade, gênero e sexualidade são completamente diversas das atuais, com positivities próprias e maneiras singulares de manutenção dentro das relações de força da sociedade grega antiga.

Assim, quando a filosofia socrático-platônica é englobada pela moral judaico-cristã, essas relações se modificam. Nesta filosofia, através do dualismo entre mundo sensível e suprassensível,<sup>5</sup> é instituída uma nova concepção de verdade [Sim! Até mesmo as verdades são

---

<sup>5</sup> A filosofia platônica erige dois mundos, um sensível e outro suprassensível. O primeiro é caracterizado por sua finitude, onde todas as coisas perecem, sendo o mundo em que vivemos. Já o mundo suprassensível ou das ideias seria perfeito, no qual todas as coisas não perecem e são imutáveis. As coisas sensíveis seriam apenas reflexo das formas perfeitas suprassensíveis. Logo para Platão todas as coisas teriam uma essência decorrente do mundo das ideias, mas essa só poderia ser conhecida pela razão, cabendo ao filósofo impedir que as coisas do mundo sensível se afastem de sua essência e se degenerem.

construídas por distintas formas de vida!], uma verdade única e imutável que só poderia ser alcançada pela razão (SOUZA, 2012, p. 29-37).

A moral judaico-cristã, cujo auge se encontra no cristianismo da Igreja Católica Apostólica Romana, incorpora essa filosofia essencialista e através da exegese anacrônica do episódio bíblico de Sodoma e Gomorra, da abominação do Levítico<sup>6</sup> e da Epístola de Paulo aos Romanos, estabelece um padrão supostamente “natural” do ser humano (VECCHIATTI, 2012, p. 19-25). Dessa forma, os atos dissonantes das estritas normas do matrimônio eram taxados de contra natureza.

No final do século XIX, essa forma de exercício de poder se modifica, a partir daí emerge a questão da identidade sexual. Na contemporaneidade, o poder se exerce incisivamente sobre o corpo dos indivíduos, impondo condutas, hábitos e moldando os corpos.<sup>7</sup>

Entretanto, é imprescindível compreender neste modelo, o desvirtuamento do discurso sobre a sexualidade. Em vez de serem omitidas, as “sexualidades periféricas” foram, ao revés, ensejadas. A nova alocação sobre a sexualidade não reprime as diversas formas do desejo, mas sim, indaga cada vez mais esses atos. Sobre eles teoriza-se. Incita-os e definem-se os sujeitos. O poder é produtivo: controla mais que reprime.

Assim, o homossexual passa a ser visto como gênero defeituoso além de romper as relações padronizadas de gênero. Nos dizeres de Butler (apud LOURO, 2003, p. 28):

... é crucial manter uma conexão não-causal e não redutiva entre gênero e sexualidade. Exatamente devido ao fato de a homofobia operar muitas vezes através da atribuição aos homossexuais de um gênero defeituoso, de um gênero falho ou mesmo abjeto, é que se chama os homens gay de “feminino” ou se chama as mulheres lésbicas de “masculinas”.

Pela genealogia da sexualidade realizada por Foucault e Butler, podemos perceber a criação das formas de sexualidade contemporâneas e como se estabelecem hierarquias entre elas através de uma perspectiva essencializante. Culturalmente, no binômio heterossexual-homossexual, o primeiro termo ganha primazia, ao passo que o segundo é alvo de um controle patologizante.

A partir dessas constatações, compreende-se que as formas de gêneros e sexualidade são erigidas socialmente, e não pertencentes à escolha do sujeito. Imbricado na tessitura relacional do poder, onde as identidades sexuais e de gênero são construídas, deflagra-se o sujeito. Não existe o

---

<sup>6</sup> “Não te deitarás com homens, como fazes com mulheres: é abominação” (Levítico, 18.22).

<sup>7</sup> Faz-se uma etiologia das formas periféricas de sexualidade, o ato praticado é visto como componente do indivíduo formando sua identidade, ao sodomita se inquirirá o motivo da prática do ato, suas influências, se psíquicas, biológicas ou sociais. Em face do ranço essencialista, as ciências sociais (medicina, psicologia e sociologia) passarão a observar essas “sexualidades periféricas” como doentias. Uma subespécie degenerativa do ser humano, por não se enquadrarem aos padrões criados de sexualidade e gênero (FOUCAULT, 2015A, p. 44-46).

livre-arbítrio por parte do indivíduo para “existir” sua sexualidade e seu gênero.<sup>8</sup> O poder é o produtor de subjetividades. Ele exige determinados gestos, hábitos, condutas.

O indivíduo resiste às relações de poder, podendo escapá-las e subvertê-las. Um sujeito pode ainda, transitar entre formas de sexualidade; todavia, não de forma plenamente consciente, como se suas vivências e influências relevantes pudessem ser determinadas por ele mesmo ou terceiros.

Interessa a este ensaio, por fim, através da análise do estudo genealógico, destacar que os dualismos masculino-feminino, heterossexual-homossexual, macho-fêmea, são insuficientes para abranger as formas de gênero e sexualidade ínsitas à pluralidade dos corpos humanos. Nas ciências jurídicas, essa compreensão é indeclinável, ante a necessária relação com a emergência de formas de vida nas diversas sociedades. É preciso, pois, considerar o devir, inerente às emergências sociais.

Na esfera jurídica, ainda que existam institutos que possibilitem ao Direito lidar com o devir intrínseco aos fatos, a exemplo da mutação constitucional, da interpretação conforme a Constituição e do aumento gradual da força da jurisprudência, desde que preservada a possibilidade de *overruling*<sup>9</sup>, comumente deparamo-nos com inclinações naturalizantes embasando posturas judiciais e impedindo a efetivação destes institutos.<sup>10</sup>

Acertada é a afirmativa de que a lei possui lacunas, o ordenamento jurídico não. Por isso, somente comprometidos no estudo da diversidade sexual em toda sua pluralidade, e na aplicação sistemática do Direito a esses fatos, poderemos efetivamente regular essas situações, garantido a aplicação dos valores propugnados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Tal questão ganha relevo

---

<sup>8</sup> Apesar de possuir certa margem de agenciamento, ninguém escolhe a sexualidade que exerce. Entre tantas forças que moldam a forma de sexualidade, a vontade é a menor delas. Ao ponderar acerca da construção da sexualidade, não afirmamos que ela poderá ser modificada por terceiros ou pelo próprio indivíduo através da simples vontade. Não se pode determinar, de forma apriorística, as séries de interpelações e influências pertinentes à vivência de um sujeito; tampouco podemos estabelecer qual delas foi a mais relevante para sua constituição identitária.

<sup>9</sup> Em síntese, é a superação de uma jurisprudência por um Tribunal. Logo existe a possibilidade de uma mudança de entendimento das cortes devido a emergência de novos fatos.

<sup>10</sup> É imprescindível ao Direito a compreensão e afirmação do devir. Quando a imprevisibilidade dos fatos sociais toca o Direito, tais como o gênero e a sexualidade, é dever jurídico tutelar essas emergentes formas de vivência. A omissão não é permitida ao Direito, que se compromete em acompanhar a fluidez social e, reciprocamente, incentivar o potencial criador da sociedade, desde que essas inovações se coadunem aos valores pregados pelo ordenamento. Ante o devir não há essência, tudo se torna acidente. O Direito tem a faculdade de moldar a si mesmo, através do relacionamento com o social, regulando aspectos que lhes sejam pertinentes (ASSIER-ANDRIEU, 2000, p. XXII-XXVIII). Por uma série de técnicas, o Direito apreende aquilo que lhe escapa. Não poderá, portanto, o juiz justificar a inexistência de lei específica para se eximir de seu dever de julgar, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Deve, contrariamente, instrumentalizar-se das outras fontes do Direito para dirimir o caso que lhe for apresentado, reconhecendo o aspecto plástico do social, e, por conseguinte do Direito.

no empreendimento do estudo da possibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo no direito pátrio.

#### **4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO BALIZADOR DA EXEGESE JURÍDICA DO CASAMENTO HOMOAFETIVO**

A Constituição Federal de 1998 declara no *caput* do seu art. 5º a inviolabilidade do direito à vida. Tal prescrição decorre da concepção de que a vida é o mínimo necessário para a aquisição de uma série de direitos, pois, sem a sobrevivência, nem mesmo haveria o sujeito para exigir estes direitos. Entretanto, percebendo-se que a vida vai muito além da mera sobrevivência a Carta Magna erige o princípio da Dignidade da Pessoa Humana a fundamento da República Federativa do Brasil, que garante a todo ser humano, pelo simples fato de sua existência, o direito à dignidade que lhe é inerente.

Como asseverado pelo filósofo alemão Friedrich Nietzsche, “não há vontade senão na vida; mas essa vontade não é querer viver; na verdade ela é vontade de potência (NIETZSCHE, 2011, p. 58). Logo, podemos entender que a vida é bem mais que mera sobrevivência, a vida é vontade de potência, uma obstinação pela experiência da vida, elevada magnificência que ela pode oferecer. Uma vez garantida a sobrevivência, a manutenção, a vida pede mais: requer exuberância. Neste processo de expansão, a vida acumula, cria, gera experiências inovadoras. Dessa forma, é patente o devir, pois no ato de criar a vida inova tanto em relação ao que foi criado, quanto em relação a si mesma (DIAS, 2011, p. 32-39).

O Direito não declina deste mister, visto que supre a percepção da vida humana como simples sobreviver e passa a tutelar as maneiras de garantir a dignidade das pessoas existentes. Logo, pelo princípio da dignidade da pessoa humana é necessário ao Estado e a sociedade garantir subsídios possibilitadores dessa atividade criativa para a qual o ser humano é voltado.<sup>11</sup> É dessa forma que entendemos o entrelace entre a filosofia nietzschiana e a referida dignidade da pessoa humana: a ideia de vida como aumento de potência.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Deste fato, propomos não a busca de um fundamento absoluto para o supracitado princípio, vez que este possui diversos fundamentos, que se evidenciam no enfrentamento de cada caso concreto submetido à apreciação jurisdicional. No tocante ao princípio da dignidade, o comando fundamental a ser observado é a garantia e promoção do desenvolvimento das potencialidades do indivíduo, o aprimoramento de seus potenciais criativos. Mas as formas de garantir a dignidade aferem-se casuisticamente. Esse é um compromisso estatal ao mesmo passo que social.

<sup>12</sup> Em reiteração, não se deseja impor um conteúdo universal e atemporal ao princípio da dignidade humana, uma vez que não é possível uniformizar o que indiscutivelmente é volátil, a saber: a conjuntura histórica, social, econômica, psicológica, inerente à própria compreensão da substancialidade daquilo que se entende por digno (BOBBIO, 2004, p. 14-24).

Conforme ênfase anterior, a homossexualidade não pode ser entendida sob o parâmetro da anomalia, isto porque na própria etimologia, o sufixo (-idade) atrela-se à forma de vida, explica-se por um modo de ser. À evidencia, estamos abordando uma forma de afeto: o amor entre pessoas do mesmo sexo. Como rechaçar as formas plurais de manifestação da afetividade se, ao revés, favorecer esses laços, avigora as positivities desses indivíduos e expande a todos o direito à diversidade?

Pautado no princípio da dignidade humana, por fim, devem essas relações ser asseguradas pelo Estado, em razão da homoafetividade representar um modo de afirmação da vida, que a despeito de não acarretar qualquer ônus social, contrariamente, concretiza o direito de conviver com a diferença e ampliar as percepções da realidade ao avivar a positividade inscrita no outro.

## **5 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E A VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO EM RELAÇÃO AO SEXO**

Para o reconhecimento do casamento civil homoafetivo, o arcabouço principiológico não dispensa o tratamento da isonomia. O princípio da igualdade, apresenta dois aspectos, o formal e o material.

No primeiro, postula a aplicação idêntica da lei a todos a que a ela se submetem. Essa maneira de efetivar a isonomia mostrou-se insuficiente ao agravar desigualdades nas hipóteses em que se destinava o mesmo tratamento legal aos jurisdicionados que possuíam realidades díspares. As diferenças materiais não eram, portanto, consideradas, e, a prestação jurisdicional uniforme, o que culminava por reafirmar privilégios de uns em prejuízo de outros, sob o manto da legalidade.

A fim de superar esses impasses que retiravam a efetividade do princípio da igualdade, o princípio passou a requisitar um aspecto material, que se traduz na ideia de dar um tratamento igual àqueles em uma situação idêntica (ou semelhante), e, entre os que se encontrem em situação diversa, seja oferecido tratamento jurídico distinto, na medida dessa diferença. Assim, viabiliza-se o tratamento simétrico entre os jurisdicionados, extirpando os abusos<sup>13</sup> e a perversão finalística do instrumento jurídico-constitucional, efetivando a igualdade material.

---

<sup>13</sup> Em combate ao supracitado abuso, o jurista Celso Antônio Bandeira de Melo cunhou um método trifásico para que o legislador ou o aplicador do Direito pudesse consolidar a necessária discriminação. Desse modo, na fase inicial desse procedimento, propõe-se o critério distintivo entre o grupo discriminado e as demais pessoas. Na segunda fase é mister a correlação entre a distinção demonstrada e o tratamento jurídico diferenciado, sobrelevando neste momento a comprovação de um critério lógico-racional para o estabelecimento da diferenciação. Por fim, a discriminação erigida, baseada numa diferença real, correspondente a um tratamento jurídico diferenciado, terá de guardar conexão com os valores prestigiados na Constituição. Preleciona o jurista que apenas no exaurimento dessas três fases, se dá o alcance almejado pelo princípio da igualdade. Destaque-se que o critério lógico-racional não pode se desprender dos valores constitucionais. É imprescindível a exegese sistemática do ordenamento jurídico-

Amparado na Constituição, nos termos do artigo 5º, I e do artigo 3º, IV, encontra-se a vedação a qualquer tipo de preconceito quanto ao sexo, isto é, o legislador coíbe a instituição de qualquer forma de discriminação negativa, sem conteúdo lógico-racional. A compreensão do sexo, gênero e sexualidade, como aspectos construídos, onde o primeiro adquire significação a partir dos dois subsequentes, nos permite entender que tal vedação encampa a diversidade sexual e as diversas formas de construção do gênero.

Desse modo, ao declarar objetivo da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, o dispositivo estende para diversas formas de sexualidade e gênero a proteção Constitucional, solapando qualquer tentativa de interpretação que contrarie esse preceito. Na possibilidade de entender que o sexo represente, restritivamente, os padrões de homem e mulher, não se coadunaria essa pretensa discriminação da diversidade em razão da proibição constitucional de qualquer outra forma de discriminação.

Ressalte-se ainda, que quando o princípio da igualdade é solapado pelo legislador infraconstitucional ao discriminar sem atender aos requisitos supramencionados, não se deve buscar a declaração da inconstitucionalidade da lei, retirando assim a possibilidade da realização do Direito, tanto para quem recebeu o tratamento jurídico diferenciado, quanto para os dele excluídos. Em casos tais, deverá o juiz recorrer a exegese conforme a constituição, e, através da interpretação extensiva (para aqueles que na verdade se demonstram iguais) ou da analogia (na qual existe uma diferença, porém o núcleo essencial da lei, o valor protegido se encontra de forma idêntica na situação daqueles excluídos do tratamento jurídico privilegiado) aplicar o direito às pessoas excluídas de seu exercício pela discriminação inconstitucional do legislador (VECCHIATTI, 2012, p. 93-101).

Logo, partindo da ideia de que a homossexualidade enseja relações caracterizadas por um amor conjugal, apto a levar a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, mediante mútua assistência material e espiritual, não resta dúvida quanto ao cumprimento dos requisitos essenciais ao instituto jurídico do casamento no contemporâneo direito das famílias trazido pela Constituição de 1988.

Nesta nova forma de entendimento da família e inclusive do casamento, o fator fundamental para instituir uma relação familiar é o afeto; tendo grupo familiar por escopo a busca

---

constitucional que comprove de forma racional a utilidade do tratamento jurídico diferenciado para a persecução dos fins previstos na Carta Magna (MELO, 2003, p. 23-25).



do desenvolvimento individual de cada um de seus membros. Logo, percebemos que tanto o requisito fundamental para a constituição do casamento, quanto a sua teleologia estão presentes nas relações de homoafetividade.

Portanto, com base no art. 3º, IV, CF que veda o preconceito com base no sexo, neste caso envolvido tanto a identidade sexual quanto a de gênero, e partindo também da impossibilidade de discriminação lógico-racional do casamento como um instituto apenas para heterossexuais devido aos seus traços essenciais também estarem presentes nas relações homossexuais percebemos a obrigatoriedade de aplicar-se a interpretação conforme a constituição e se utilizando da analogia estender as uniões homoafetivas este instituto.

## **6 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E A FAMÍLIA RESGUARDADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

De pronto destaque-se que a normativa constitucional não evidencia um só modelo familiar. No *caput* do artigo 226 da CF, assevera-se que a família é a base da sociedade. Perquirindo os parágrafos deste mesmo artigo, constata-se que o legislador enumera as composições familiares partindo do casamento à união estável até a família monoparental.

Não pretendeu o constituinte, deste modo, estabelecer taxativamente as entidades familiares, tampouco elaborar uma hierarquia entre elas. Essa era a percepção jurídica de antanho, que ao segregar filhos entre legítimos e ilegítimos, reconhecia como família apenas aquela constituída pelo vínculo matrimonial (VECCHIATTI, 2012, p. 195-197).

Numa inovadora inspiração democrática, a Constituição atual destaca a pluralidade de famílias, assentindo o caráter meramente exemplificativo do rol presente nos parágrafos do artigo 226. Isto é, a ideia de família não se conforma apenas na tríade explícita deste dispositivo.

Contudo, nas uniões estáveis podemos perceber mais sobressalente, o aspecto indeclinável da entidade familiar, esculpido no parágrafo 3º do artigo 226, CF. Anteriormente, a união estável era entendida como concubinato puro, ainda que em havendo vínculo afetivo entre o casal, padeciam estes do status de entidade familiar, em razão da ausência de formalidades civis matrimônias.

Ante a discrepância no tratamento que privilegiava o casamento em detrimento do vínculo afetivo, em razão da inexistência de reconhecimento jurídico, o casal que constituía uma vida em comunhão, desamparados pelo matrimônio e conseqüentemente pelo Direito, restava menoscabado pelo regulamento jurídico, no tocante ao aspecto patrimonial, na separação dos

bens, inclusive na apuração de responsabilidades frente a credores. O juriconsulto encontrava, dessa forma, uma imensa dificuldade no deslinde dessas controvérsias.

A Constituição republicana, em atenção a essas questões que desrespeitavam a dignidade humana e a preservação das relações afetivas entre os jurisdicionados, instituiu no parágrafo terceiro do artigo 226, a união estável, com o fito de tutelar a realidade inconteste das relações afetivo-familiares. Dá-se um novo rumo ao direito de família, onde o aspecto relevante será “o amor existente na relação, que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura” (VECCHIATTI, 2012, p. 187).

É o amor o aspecto protegido pelo Estado nas entidades familiares. Assim, o escopo da constituição familiar se fundamenta no desenvolvimento dos anseios de cada um de seus integrantes. A família é, por fim, o espaço de desenvolvimento das potencialidades de seus integrantes.

No que concerne ao STF, a matéria relativa a incidência da união estável nas relações homoafetivas foi enfrentada no julgamento da ADPF 132 e ADI 4.277. Neste julgamento o Tribunal utilizou da interpretação conforme à constituição para corroborar que a expressão “é reconhecida união estável entre o homem e a mulher”, expressa no art. 226, parágrafo 3º da CF é meramente exemplificativa, consolidando a compreensão de que o referido parágrafo se aplica de forma analógica às uniões homoafetivas. Tal decisão foi amparada nos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da não discriminação, do pluralismo e da legalidade. O que demonstra equivalência das uniões homoafetivas com a axiologia da Carta Magna.

Interessante o posicionamento do Ministro Luiz Fux, ao afirmar o aspecto familiar da união homoafetiva. Para o ministro, o conceito ontológico de família é composto de 3 (três) requisitos, quais sejam, o “amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo”, a “comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum” e a “identidade, a certeza de seus integrantes quanto a existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade”. Todos esses requisitos estão presentes na união homoafetiva, motivo pelo qual é possível a aplicação analógica do art. 226, parágrafo 3º, da CF a essas famílias.

Analisamos o caso da equiparação das uniões homoafetivas à união estável no STF, devido a não haver na corte posicionamento em relação ao casamento civil homoafetivo. Entretanto, se observarmos as motivações do julgado, percebemos que o Tribunal tem o posicionamento favorável em relação ao casamento civil homoafetivo.

Em contrapartida, o STJ julgou o REsp nº 1.183.378/RS cuja matéria versava sobre o casamento civil homoafetivo. Neste julgado, o Tribunal asseverou que os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 do Código Civil de 2002 não traziam nenhuma vedação ao casamento civil homoafetivo, não podendo ser vislumbrada uma proibição implícita sem afrontar os princípios constitucionais da igualdade, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e do livre planejamento familiar. Por isso, a Corte entendeu ser aplicável a analogia, conforme o disposto no art. 4º da LINDB, para o reconhecimento do casamento civil de pessoas do mesmo sexo, “uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos”.

Apesar da importância de tais decisões, essa perspectiva só foi possível após uma interpretação lógico-sistemática que deixou de utilizar a analogia<sup>14</sup> entre as relações homoafetivas e a sociedade de fato, tendo em conta que se prevalece o *affectio maritalis*, expressão que caracteriza o profundo sentimento de amor pelo outro, desaguando numa comunhão plena de vida e interesses de forma pública, contínua e duradoura, frente ao instituto do direito empresarial caracterizado primordialmente pelo *affectio societatis*, marcado pelo vínculo entre indivíduos com escopo lucrativo.

Essas decisões se demonstram paradigmáticas, em especial a referente a ADPF 132 e da ADI 4.277 por possuírem eficácia “*erga omnes*”, devendo ser objeto de atenção dos juízes que julgarem casos semelhantes. Tais posicionamentos só se tornaram mais veementes com a edição da Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, do CNJ. Essa resolução, tendo por base as citadas decisões, vedou às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, tudo sob pena de imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para que sejam tomadas as providências cabíveis. Logo, não poderão ser mais negadas as celebrações de casamentos homoafetivos, consolidando o entedimento já exarado no STJ e STF.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela análise efetuada, constatamos que a sexualidade passou a ser entendida como um aspecto da identidade na modernidade, sendo utilizada como instrumento para se efetuar um

---

<sup>14</sup> O método analógico é aquele no qual o magistrado, ante uma lacuna na lei, se utiliza de legislação distinta, porém essencialmente semelhante ao caso concreto não previsto. Tal método é utilizado para garantir o direito a prestação jurisdicional, uma vez que o juiz não pode se eximir de julgar alegando a inexistência de lei específica para o caso apresentado. Entretanto, para a utilização da analogia deverá as semelhanças preponderarem sobre as diferenças entre o caso concreto e a legislação aplicada de forma analógica, evitando a propagação de juízos arbitrários.

controle sobre os sujeitos através de hierarquizações. Contudo, esses indivíduos escapam aos enquadramentos ou assumem essas identidades “periféricas” de maneira afirmativa, demonstrando as positivities dessa forma de vida para composição com a axiologia presente na Constituição Federal.

Neste contexto, as cortes superiores reconheceram a consonância das relações homoafetivas com as formações familiares, tendo em conta a existência do *affectio maritalis*, e da solidariedade familiar respaldada na existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum capaz de proliferar as potencialidades das diversas constituições familiares.

## REFERÊNCIAS

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero**. Feminismo e subversão da identidade. 9 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

DIAS, Rosa. **Nietzsche, vida como obra de arte**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

ENDJISO, Dag Oistein. **Sexo e religião**: Do baile de virgens ao sexo sagrado homossexual. São Paulo: Geração Editoria, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 25 ed. São Paulo: Graal, 2012.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1**: A vontade de saber. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015A.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 2**: O uso dos prazeres. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015B.

JÚNIOR, Enézio de Deus Silva. **Diversidade Sexual e suas nomenclaturas**. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. P. 97-115, 2011.

LOBO, Paulo. **Famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação**: Um perspectiva pós-estruturalista. 6 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2003.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim Falava Zaratustra**: um livro para todos e para ninguém. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

PLATÃO. **O Banquete**. 4 ed. São Paulo: Atena Editora, 1961.

SALIH, Sara. **Judith Butler e a teoria queer**. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2015.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: Para uma sociologia política da modernidade periférica. 2 ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.



# GP22

## PROPRIEDADES EM TRANSFORMAÇÃO

Coordenação:

Prof. Dr. Iagê Z. Miola (UNIFESP)

Prof. Dr. Diogo R. Coutinho (USP)

# TRANSFORMAÇÕES DA PROPRIEDADE FUNDIÁRIA EM FAVELAS: O DIREITO DAS FAVELAS NO CONTEXTO DAS POLÍTICAS DE REGULARIZAÇÃO

Alex Ferreira Magalhães

(UFRJ / IPPUR / Laboratório de Estudos das Transformações do Direito Urbanístico Brasileiro)

alexmagalhaes@ippu.ufrj.br

**RESUMO:** Este trabalho debate a especificidade da presença do Estado em favelas, especialmente do chamado Estado Legal, que se corporifica num conjunto de normas abstratas e genéricas e em órgãos e procedimentos criados para efetivá-las. Toma-se como ponto de partida do debate um exercício de análise de conteúdo de entrevistas realizadas ao longo dos anos de 2008 a 2010 com moradores de favelas situadas no Rio de Janeiro, que passavam, àquela época, por intervenções no sentido de promover sua regularização urbanística e fundiária, a fim de que, conforme a perspectiva oficial, viessem a ser “integradas à cidade”. As entrevistas tiveram como objetivo identificar as normas que de fato se encontram em operação no espaço da favela, no tocante às relações de vizinhança e ao uso e ocupação do solo, bem como a fonte dessa normatividade, no sentido de reconhecer se tais normas proviriam do Estado, se teriam sido elaboradas internamente pelos próprios moradores, ou se proviriam de alguma outra possível fonte, como uma combinação de fontes estatais e “comunitárias”. A partir disso, buscou-se debater teoricamente a natureza dessas normas, forjando uma interpretação sobre o caráter e o significado social da configuração da propriedade fundiária que nelas se materializa, assim como identificar os impactos socioespaciais provocados pelas intervenções de regularização.

**Palavras-chave:** Direito da favela. Pluralismo jurídico. Propriedade fundiária.

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo debate a especificidade da presença do Estado em favelas, especialmente do chamado *Estado Legal*, que se corporifica em um conjunto de normas abstratas e genéricas e em órgãos e procedimentos criados para efetivá-las. O debate é feito no contexto da cidade do Rio de Janeiro, constituindo um dos possíveis exemplos capazes de ilustrar as particularidades do Estado brasileiro.

Para a abordagem aqui pretendida, tomamos como ponto de partida o processo de consolidação de políticas públicas voltadas à melhoria das condições de moradia nas favelas, que, neste trabalho, são genericamente identificadas como *Políticas de Regularização*, uma vez que é desta forma que a maioria dos programas tem se autodenominado nas últimas três décadas, muito embora também seja recorrente o uso do termo “urbanização” para designar os mesmos programas. Notamos que a noção de *regularização* se converteu num dos grandes símbolos, e/ou eixos articuladores de políticas integradas de intervenção do Estado nas favelas, e junto a este conceito está uma série diversificada de medidas, algumas delas de difícil conjugação. Dentre elas, destacam-se aquelas que visam: (i) a formalização da propriedade da moradia; (ii) a dotação de infraestruturas urbanas na área sob intervenção; (iii) a adoção de medidas de legalização urbanística, edilícia e fiscal; e até mesmo (iv) a implementação de ações voltadas ao desenvolvimento econômico e social (Alfonsin, 1997).

Os programas de regularização em curso possuem um ponto relevante em comum: quase

todos eles têm por meta *integrar à cidade* os assentamentos objeto das intervenções. Tal meta tem por pressuposto a interpretação de que se encontram em ação mecanismos poderosos de segregação social e espacial, que se manifestam nas cidades por meio de fenômenos como o das favelas, engendrando uma dualidade no espaço urbano, o que, por sua vez, produz diversos problemas de alta gravidade, de natureza social, cultural, econômica e política. Assim, as políticas direcionadas às favelas se propõem constituir instrumentos de superação – ou, ao menos, de atenuação progressiva – dessa segregação, logo, de integração social e urbana.

A problemática da integração nos afigura uma questão ao mesmo tempo relevante, legítima, como também ampla, possuindo várias dimensões e aspectos dentro dos quais pode ser enfocada. Assim, indagar sobre “qual, ou quais, medidas seriam suficientes e capazes de promover a integração da favela à cidade” constitui uma questão de alta complexidade, que não possui uma resposta simples, possibilitando, e até mesmo exigindo, exame pormenorizado e particularizado de cada um de seus respectivos aspectos. No presente trabalho procuramos desenvolver uma dentre as várias possíveis reflexões a respeito do que consideramos um dos mais eloquentes aspectos da questão da integração das favelas à cidade: o aspecto jurídico. Pretendemos focar esse aspecto a partir da pergunta: “quais são as normas que, de fato, têm vigorado nas favelas da cidade do Rio de Janeiro, no que tange aos processos de apropriação e uso do solo?”.

O cerne desta questão não é novo no debate sociojurídico contemporâneo. Já se desenvolve há algumas décadas, especialmente no continente latino-americano, um debate sobre o *direito achado na rua* (Souza Junior, 1988), ou ainda o *direito vivo*<sup>1</sup> (Ehrlich, 1986), e inúmeras outros conceitos – que, em alguns casos, retroagem ao início do século XX – e que indicam a preocupação em conhecer empiricamente o fenômeno jurídico e, muito especialmente, a especificidade de sua operação no caso dos segmentos sociais subalternizados. Nessa tradição teórica, sobressai a obra de Boaventura de Souza Santos, de referência obrigatória no caso brasileiro, que teve impulso a partir de suas pesquisas realizadas, desde o início da década de 1970, nas favelas do Rio de Janeiro, nas comunidades tradicionais de Angola e nos grupos revolucionários portugueses no período da Revolução dos Cravos (Santos, 1977a, 1977b, 1980, 1988). É importante frisar, desde logo, que o fato de recorrermos e dialogarmos com essa importante corrente do pensamento jurídico contemporâneo não implica na aceitação acrítica da mesma como um todo, uma vez que buscamos nos distanciar das abordagens dualistas do

---

<sup>1</sup> O direito vivo, segundo o jurista austro-alemão Eugen Ehrlich, seria aquele que domina a vida apesar de não estar fixado em prescrições jurídicas, e pode constituir ou não algo legalmente reconhecido. Isto é, pode tanto consistir no uso que se faz das possibilidades de agir dadas pelo direito vigente, quanto pode ser algo ignorado ou até mesmo contrário a este (Ehrlich, 1986).



problema das relações entre o direito produzido pelo Estado e aquele que é fruto das relações sociais objetivas estruturadas no âmbito das favelas, limitação que nos parece comparecer nos primeiros trabalhos de Santos sobre o tema.

A questão delineada nos parágrafos anteriores tem sido amplamente revigorada e recolocada no processo de difusão, fortalecimento e institucionalização das políticas de regularização implantadas progressivamente no Brasil a partir da década de 1980, que demarcam um novo e necessário momento de reflexão a respeito dela. Uma das dimensões centrais dessas políticas consiste, precisamente, na formulação de uma legislação disciplinadora do uso do espaço, que deve ser concebida de modo plenamente adaptado às circunstâncias físico-territoriais e socioculturais das favelas. Dessa forma, se almeja garantir o desenvolvimento ordenado e racional desses espaços, bem como deixar marcado que o Estado não mais está ausente dessas áreas, que deixariam de se configurar como espaços literalmente excluídos do planejamento e ordenamento da cidade, sem qualquer espécie de esforço por parte do Estado de nelas exercer o seu poder de regulação legal. Assim, um dos objetivos de nossa pesquisa é o de debater teoricamente a natureza das normas que comporiam o “*direito achado nas favelas*”, forjando uma interpretação sobre o caráter e o significado social da regulação do espaço que nele se materializa.

Com base em entrevistas, observações e leituras realizadas ao longo de 2007-2010<sup>2</sup>, chegamos ao esboço de alguns campos da experiência jurídica na favela que nos parecem férteis para exploração em pesquisas empíricas e no debate teórico. Tais campos podem ser identificados e nomeados da seguinte forma: 1. o direito dos contratos de compra e venda de imóveis; 2. os sistemas de formalização da propriedade; 3. o direito das locações de imóveis; 4. o direito de construir e suas limitações; 5. o direito de vizinhança e os modos de resolução de conflitos entre vizinhos.

Cada um desses campos comporta e exige uma reflexão específica, passível até mesmo de constituir objeto de trabalho autônomo, sem prejuízo das íntimas conexões que guardam um com o outro, de modo que a contemplação desse conjunto se faria indispensável ao amadurecimento de hipóteses sobre as questões ora levantadas. No presente trabalho, enfocaremos, prioritariamente, o primeiro dos cinco campos acima indicados.

---

<sup>2</sup> Ao longo desse ano foram realizadas entrevistas (em geral, individuais) com dezenas de moradores, quase todas na própria favela, que se constituíram, também, em ocasião de conhecimento do espaço mediante observação. Além desses, foram entrevistados servidores públicos com atuação no local, a maior parte deles de formação superior (arquitetos, engenheiros ou assistentes sociais), o então Presidente e Vice-Presidente da Associação de Moradores, outros líderes locais, pesquisadores que fazem trabalhos de campo em outras favelas, e agentes da Pastoral de Favelas do Rio de Janeiro (uma organização de Igreja Católica, que desde a década de 1970 tem atuado na defesa dos favelados diante de ameaças de remoção forçada). As leituras realizadas tiveram por objeto documentos a respeito da favela, produzidos por órgãos do poder público, de planejamento, de habitação e de urbanismo.

## **2 A INTEGRAÇÃO SOB UM ÂNGULO SÓCIOJURÍDICO: O DIREITO CONTRATUAL E A COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NO CASO ESTUDADO**

### **2.1 O que se vende e como se paga**

Conforme informaram os depoimentos, nas favelas já consolidadas atualmente é muito escasso o acesso a imóveis por meio do apossamento puro e simples – muitas vezes designado como *ocupação* – predominando o acesso por mecanismos de mercado, notadamente compra ou locação. Em um dos depoimentos colhidos, a aquisição da casa se deu mediante doação, visto que a entrevistada e sua família foram vítimas de um incêndio que destruiu completamente a moradia, o que configurou uma situação de virtual indigência. Diante disso, um dos moradores doou a própria laje – isto é, o espaço aéreo disponível acima de sua casa, ou o que seria o 2º piso de seu imóvel – para que a entrevistada ali reconstruísse sua moradia, enquanto os demais vizinhos fizeram doações de material de construção, móveis e roupas. Trata-se de uma situação incomum à primeira vista, assim como a do comodato, que se verifica normalmente entre familiares, mas que pode guardar certas analogias com outras que relataremos adiante.

Com relação ao processo de compra e venda de imóveis, percebe-se, inicialmente, que são objeto dessa forma de acesso à moradia desde lotes vazios até terrenos edificadas, incluindo-se, nesse caso, a venda de lajes, tal como acima relatada, prática identificada desde a década de 1970, no início do processo de verticalização das favelas, no qual os tradicionais barracos de madeira ou materiais improvisados começaram a ser substituídos por construções em alvenaria e concreto armado. O processo de verticalização encontra-se amplamente desenvolvido nas favelas cariocas. Num dos casos estudados, verificamos que 82,6% dos lotes possuíam mais que um pavimento e que 35,75% possuíam três pavimentos. Dada a curva de crescimento do local, a tendência é de que, dentro de alguns anos, o padrão de quatro pavimentos seja o dominante (Prefeitura, 2006). De outro lado, não somente lotes edificadas são objeto de troca, mas também imóveis com barracos de madeira, ou ainda, construções precárias. Mesmo imóveis nessas condições adquirem valor de troca e são efetivamente vendidos, a exemplo do que nos relatou um dos entrevistados, que adquiriu sua casa, por compra, quando ela ainda era desprovida de teto.

Outro aspecto relevante do processo de compra e venda de imóveis em favelas diz respeito ao pagamento do preço. Em virtude da sub-remuneração e precarização das relações de trabalho que marca a sociedade brasileira, verificamos amplo recurso ao pagamento parcelado e sem incidência de juros e/ou correção monetária das prestações. Em geral, verificou-se que, para realizar a compra, o adquirente lança mão de verbas extraordinárias em relação à sua

remuneração mensal básica, a exemplo da indenização por motivo de demissão, férias, salário natalino (popularmente chamado no Brasil de “13º salário”), além do próprio “fundo de garantia”, uma espécie de poupança obrigatória para o trabalhador, instituída para aquisição de moradia própria ou para indenização em caso de demissão. No entanto, face às normas que regem a utilização do FGTS, que impedem a sua utilização para aquisição de imóveis cuja propriedade não esteja devidamente formalizada, verifica-se que empregados acordam com seus empregadores a realização de uma falsa demissão, a fim de viabilizar o saque de recursos deste fundo.

Em todos os depoimentos colhidos, o próprio vendedor operou como financiador, a exemplo do que também ocorre na venda de materiais de construção, uma vez que os compradores possuem escasso acesso ao crédito bancário. Houve mais de um relato em que o comprador até tentou obter financiamento junto ao banco estatal que tem por função oferecer o crédito habitacional – a Caixa Econômica Federal (CEF) – porém não obteve êxito, uma vez que não possuía bens suficientes ou hábeis a fornecer garantia do pagamento, sempre exigida pelo sistema bancário.

## 2.2 A interveniência da associação de moradores

Outro aspecto de suma importância, e que consideramos integrante do *direito consuetudinário* das favelas do Rio de Janeiro, consiste no fato de que a compra e venda de imóveis deve ser intermediada pela **Associação de Moradores**, isto é, a compra só seria válida e reconhecida publicamente se realizada perante o representante da Associação, via de regra, o seu próprio presidente. Segundo os depoimentos colhidos, essa norma vale para todo e qualquer imóvel vendido na área da favela, “até mesmo para o mais modesto barraquinho”, e constitui um procedimento reconhecido por todos e que oferece segurança consistente na legitimação do adquirente em face de todos os moradores atuais e futuros daquela favela. Tratar-se-ia, pois, de um ato que, à luz dos costumes locais, confere eficácia *erga omnes* à compra do imóvel.

Para esse fim, as Associações de Moradores de Favelas costumam criar e utilizar um formulário padronizado, do qual constam informações como declaração da venda; identificação das partes; endereço, medidas e número de cômodos do imóvel vendido; preço e condições de pagamento; data do negócio; assinatura das partes, seus cônjuges, testemunhas e do próprio presidente da Associação, esta última constituindo um aspecto indispensável à validade da venda dentro dos costumes locais. Ou seja, trata-se de uma compra e venda feita por *instrumento particular* – isto é, sem a participação de uma autoridade pública – porém, com uma espécie de interveniência obrigatória de um terceiro, que lavra e subscreve o documento contratual. A

atuação da Associação guarda analogia tanto com a função do Notário, pois redige o contrato, quanto com a função do Registrador, que são duas funções públicas exercidas por particulares mediante delegação do Estado, perante as quais os contratos de venda de imóveis devem ser formalizadas, conforme o direito estatal. Essa analogia se estabelece na medida em que a Associação anota essa venda no arquivo por ela mantido, e com base no qual é possível saber quem, segundo a Associação, é o proprietário de cada imóvel da favela.

À luz da legislação estatal em vigor, tal interveniência, conquanto não seja vedada ou vista como ilícita, não seria de forma alguma obrigatória, uma vez que a Associação de Moradores não é formalmente investida em qualquer função pública. “Tecnicamente”, a Associação de Moradores constitui uma pessoa jurídica de direito privado e sem fins lucrativos, caráter similar ao de outras organizações civis, tais como aquelas dedicadas à filantropia ou obras de caridade. No entanto, desde o seu aparecimento, por volta da década de 1960, o seu papel social real tem ido muito além disso. Elas têm operado como uma espécie de “governo da favela”, papel inclusive reforçado pelas funções que o próprio Estado tem delegado a elas. Num dos relatos que colhemos, o presidente da Associação teria afirmado categoricamente à nossa entrevistada que, sem a assinatura dele, o documento de compra do imóvel em poder da entrevistada “*não teria nenhum valor legal*”, o que, usando as categorias próprias do campo jurídico, equivaleria a afirmar a nulidade do título aquisitivo do comprador. Esta é uma das múltiplas ambiguidades que marcam o território das favelas, bem como uma particularidade das instituições e da *sensibilidade jurídica* desenvolvidas nas favelas cariocas.

Abrimos aqui um pequeno parêntese, a fim de justificar o termo *proprietário* tal como o compreendemos nesse trabalho. Optamos por inserir esse comentário no corpo do texto, e não em nota de rodapé, dada a sua relevância para nossa argumentação. A partir de um olhar, digamos, externo ao discurso dos envolvidos – por exemplo, à luz da legislação em vigor –, aqueles que a Associação de Moradores reputa proprietários seriam, em princípio, possuidores dos imóveis em que residem, ou, no máximo, titulares de direito real, caso tenham preenchido todos os requisitos para adquiri-lo mediante usucapião, conforme as características da posse. Dentro da tradição do direito privado ocidental, é secular e bastante conhecida a distinção entre posse e propriedade. Uma vez que nenhum dos moradores adquiriu seu lote perante proprietário anterior devidamente titulado, nenhum deles poderia transmitir um direito que não possui. No entanto, ainda dentro dessa mesma perspectiva, é possível afirmar que os moradores de favela, via de

regra, agem como se fossem proprietários, isto é, exercem posse com *animus tenendi*<sup>3</sup>, quiçá com *animus domini*<sup>4</sup>, o que, para aquela coletividade, é suficiente para permitir que a pessoa seja reconhecida como proprietária, por força da usucapião. Por fim, pode-se afirmar, com base nos depoimentos, que os moradores da favela estudada têm consciência de que aquilo que entendem por “proprietário”, para sua economia interna, não é um entendimento compartilhado pelo Estado ou por aqueles que não são moradores de favela. Vários depoimentos registraram com clareza a percepção de que existem critérios diferenciados para cada um dos casos, isto é, de que há regras, instituições, procedimentos e obrigações que são vigentes apenas fora da favela, não dentro, e vice-versa. Ou seja, é clara a percepção da dualidade, segmentação, ou ausência de integração entre os espaços interno e externo à favela, e não passa despercebida aos favelados (e não somente a eles!) a existência daquela situação que a teoria costuma denominar de *pluralismo jurídico*, no que tange ao conceito de propriedade (embora, de modo geral, esse fenômeno se verifique igualmente em outros tipos de relação jurídica).

Além das analogias já mencionadas entre instituições oficiais do Estado e instituições das favelas – que alguns costumam chamar de *comunitárias* – há mais uma analogia relevante a ser assinalada: à semelhança dos Registradores, que devem, por dever de ofício, observar o chamado *princípio da continuidade* no registro de qualquer fato novo relativo aos imóveis sob sua jurisdição, a Associação de Moradores demonstra ter o idêntico cuidado de somente aceitar e reconhecer uma venda caso seja realizada por aquela pessoa que, em seus registros, consta como proprietário do imóvel, isto é, aquela pessoa que tenha previamente adquirido tal imóvel e assinado o respectivo termo de venda perante a Associação. Conforme os depoimentos dos presidentes das Associações, costuma haver um rigor e cuidado acentuados quanto a esse aspecto, um deles tendo declarado que se recusou a reconhecer tentativas de venda em descumprimento dessa norma. Os depoimentos colhidos ainda não permitem fornecer uma explicação definitiva sobre quais fatores teriam determinado essa similitude de procedimentos, que a princípio surpreende o pesquisador, na medida em que não consta que os presidentes da Associação tenham qualquer formação em Direito dos Registros Públicos.

Uma hipótese mais rudimentar diria que tal semelhança se deve ao fato de ser uma espécie de *necessidade lógica* e/ou uma *necessidade operacional*, isto é, seria uma norma que decorre do bom senso na administração dos negócios imobiliários, sem o qual esta perderia a sua

---

<sup>3</sup> Vontade ou intenção de ter e de possuir um bem, agindo em relação a ele do mesmo modo que o legítimo dono procederá, como se fosse o próprio dono. Também designada por *affectio tenendi* (Silva, 2000).

<sup>4</sup> Vontade ou intenção de ser dono; intenção de ter e de possuir um bem como dono (Silva, 2000).

racionalidade. Outra hipótese, que a princípio nos parece ser mais digna de uma investigação, diria que tal fato constituiria um indicador da comunicação discreta e imperceptível, que estaria em curso historicamente (isto é, não haveria nada de “novo” nisso) entre os costumes vigentes na favela e os rituais e procedimentos legais definidos pelo Estado. Em outras palavras, a despeito dos inegáveis processos de segregação socioespacial, tal fator não é impeditivo de que ocorra certo intercâmbio e/ou apropriação de instituições oficiais do Estado por parte das coletividades favelizadas. Estas, na medida em que as suas organizações internas se consolidam – e, a nosso ver, se institucionalizam – estariam mais propensas a absorver, ainda que de maneira parcial e fragmentária, algumas técnicas e instrumentos de administração da vida coletiva desenvolvidos no núcleo da sociedade nacional, plenamente vigentes em suas regiões não segregadas. O próprio *nomen* conferido ao documento lavrado pela Associação de uma das favelas pesquisadas (*Termo de Transferência de Benfeitoria*) revela algum nível de incorporação da técnica jurídica, ao se referir à **benfeitoria** – isto é, apenas à edificação<sup>5</sup> – e não ao **próprio solo**, como objeto da venda. Se o solo não é de propriedade do vendedor, logo, este não poderia aliená-lo, ao contrário da construção, que pertence a ele, uma vez que foi ele próprio quem a fez, com seus próprios recursos.

Tal hipótese implica em afirmar que as favelas estariam mais integradas às cidades e à sua vida social do que aparentariam à primeira vista. Com isto, se reitera a crítica à interpretação dualista da sociedade, crítica que tem na obra de Francisco de Oliveira (Oliveira, 1988) uma de suas clássicas sínteses e referência teórica obrigatória no caso brasileiro. Implica, ainda, em afirmar uma determinada via, ou estratégia (talvez não rigorosamente consciente) de luta pela cidadania por parte dos segmentos sociais subalternizados, que, por meio da apropriação fragmentária das instituições do Estado, buscariam legitimar, interna e externamente, as suas próprias instituições. Por fim, registre-se que a separação, reproduzida nas práticas jurídicas dos moradores de favelas, entre o **direito de propriedade do solo** e o **direito de edificar sobre ele** constitui uma das formulações de última geração do direito contemporâneo, sendo muito debitada, por exemplo, à influência da Lei Italiana nº 10, de 1977, que se transformou num verdadeiro paradigma do direito urbanístico contemporâneo. Sob esse ângulo, o Direito das Favelas não apresenta déficit histórico ou conceitual em face do Direito Estatal.

### 2.3 O preço da intermediação

Outro aspecto relevante da intermediação da Associação na compra e venda de imóveis

---

<sup>5</sup> Que, rigorosamente, constitui acessão e não benfeitoria.

em favelas consiste no fato de que essa intermediação, em alguns casos, não é gratuita, isto é, há um preço a ser suportado pelo comprador, de maneira também análoga aos custos de lavratura de uma escritura pública e de seu registro, nos casos de compra de imóveis formalizados segundo as regras estatais. Em muitos dos *Termos de Transferência de Benfeitoria* que consultamos figura uma cláusula segundo a qual, em qualquer venda de imóvel situado na favela, o vendedor deverá arcar com o pagamento de um percentual sobre o valor de venda, em favor da Associação, a título de doação. Esse ônus, no entanto, é sistematicamente transferido ao comprador, tal como ocorre no mercado formal com as taxas de serviço cobradas pelos cartórios oficiais e/ou com os tributos incidentes sobre a venda de imóveis. Na mesma cláusula aparece a menção de que tal cobrança se fundamenta nos “Direitos do Costume”, vindo ao encontro do sentido que atribuímos a essas práticas jurídicas populares. Tal cláusula figura abaixo e após a assinatura das partes, o que seria algo inadequado segundo as técnicas usuais de redação contratual, no entanto não são conhecidos quaisquer questionamentos de nenhum dos agentes envolvidos nos atos de venda por força desse detalhe.

Num dos casos estudados, o formulário padrão utilizado pela Associação sugere que o percentual cobrado não é fixo, igual para todos os casos, mas pode variar. Isto porque, na cláusula em questão, figura um campo em branco, que deve ser preenchido com o percentual efetivamente cobrado em cada caso concreto, o que provavelmente é feito pelo presidente da Associação. Tal variação é corroborada pelas entrevistas realizadas, que se referem a pagamentos entre 2 e 5%, feitos nos seus respectivos casos. Pelas informações disponíveis, a variação no percentual se deve a diversas circunstâncias, tais como o fato de as partes serem ou não filiadas à Associação de Moradores, o valor do imóvel e a sua dimensão (alguns entrevistados relataram que um funcionário da Associação fez medição do imóvel antes da venda ser efetivada) ou até mesmo o poder de barganha das partes. Esta última variável foi claramente explicitada no seguinte depoimento, que, por sinal, permite que sejam levantadas diversas questões, a título de exercício analítico:

*Eu acho um absurdo você pagar um preço de cartório para botar uma casa no seu nome. Do valor da casa você paga 10%. Eu comprei minha casa por R\$ 6 mil e falei para ele que foi R\$ 4 mil para eu poder pagar R\$ 400,00. Ele (se refere a alguém da Associação, que faz as transferências dos imóveis, possivelmente o próprio presidente) vai lá no computador, muda o nome do dono, põe o seu nome, você assina, o dono assina e pronto, aí você paga. Ele falou: “tem que pagar R\$ 200,00”. Eu falei que não tinha esse dinheiro, de onde que eu vou tirar R\$ 200,00? Ele perguntou: “quanto você pode me dar?” Eu falei “R\$ 50,00”. Ele disse: “não, então R\$ 100,00”. Aí eu perguntei se não dava para passar aquele documento lá em casa, porque só ia gastar uma folha. Ele disse que não era pela folha, mas que tinha que constar na Prefeitura que é outra pessoa que mora. Eu falei: “todas as casas têm registro na Prefeitura?”. Ele disse: “todas não, mas a maioria tem; você não quer a sua casa legalizada?”. Eu falei: “quero”. E ele: “então?”. Eu falei: “eu vou ver se eu posso pagar*



*R\$ 200,00". Eu falei com meu marido e ele disse para pagar os R\$ 100,00, que ele não queria confusão. Eu paguei R\$ 50,00 no dia que ele passou o papel e deixei os outros R\$ 50,00 para pagar no outro mês, porque nem eu nem ninguém tem condição de pagar tudo de uma vez. Ele não assinou o papel e falou: "só assino quando me pagar os outros R\$ 50,00". Ele só assinou depois que eu paguei os outros R\$ 50,00. Ele me deu o papel, mas falou que sem a assinatura dele aquele papel não valia nada. Quando eu estava com os outros R\$ 50,00, eu fui lá, paguei e ele assinou. Meu marido falou: "esse dinheiro não vai nem para a Associação, não vai nem para ele comprar lâmpada para colocar nos postes, porque isso é serviço da Prefeitura". Se eles vão receber algum dinheiro, não custava nada eles comprarem as lâmpadas e falarem com o pessoal que trabalha na Associação para eles mesmos trocarem, porque eles têm aquelas escadas e não precisam ir na Prefeitura.*

Observe-se, primeiramente, que os moradores lançam mão de diversos recursos a fim de minimizar os custos da transação. No excerto acima, a entrevistada não somente declara um valor de compra menor do que aquele efetivamente avençado com o vendedor – expediente que também foi noticiado por outros entrevistados, sendo o valor declarado, em média, 33% menor do que o real – como também força a Associação a aceitar redução e parcelamento do preço da intermediação. Além desses *instrumentos* de redução dos custos, um entrevistado declarou não ter realizado a compra com a intermediação da Associação, realizando-a diretamente com o vendedor, sem submetê-la ao processo habitual de legitimação pela Associação, na qual seu imóvel ainda figura em nome do vendedor, conforme transcrição abaixo:

*Quando eu comprei uma casa lá na Rua 50, eu paguei R\$ 15 mil. A moça lá da Associação queria 500 contos para passar para o meu nome, aí eu não passei ué (os outros entrevistados riem). Eu ainda estou com o documento do rapaz que me vendeu, eu peguei o documento e depois eu vou lá no cartório, vou fazer um... entendeu? ... bonitinho, lá em casa no computador e vou levar no cartório para mim autenticar isso. Pô, pagar 500 contos...*

Pergunto: "Então você não registrou na Associação?"

*Está no nome do outro cara, ele registrou.*

Pergunto: "E o cara já foi embora?"

*Ele ainda mora lá no morro. Está por perto. Qualquer hora eu vou chamar ele para a gente trocar uma pedra, aí nós vamos lá e...*

Pergunto: "E não te dá problema não ter feito isso na Associação? Não traz risco?"

*Até agora não deu nada.*

Os depoimentos acima deixam nítida a racionalidade do *homo aeconomicus*, tal como já amplamente verificado nos estudos sobre a evasão tributária, que se vê sobremaneira alimentada em função da situação de baixa renda, amplamente predominante nas favelas. Num dos casos estudados, 63,08% dos titulares de imóveis declararam perceber renda mensal igual ou inferior a três salários mínimos brasileiros, sendo que é expressivo o percentual na faixa entre 0 e 1 salários mínimos (27%). (Prefeitura, 2006)<sup>6</sup>

De outro lado, pode-se verificar que se a legitimidade da intermediação da Associação não

---

<sup>6</sup> Em face da grande volatilidade do câmbio é difícil precisar um valor exato para o salário mínimo brasileiro, tendo o dólar como referência. Pode-se afirmar, no entanto, que esse valor tem oscilado entre US\$ 326 e US\$ 223, no período 2008-2016.



é questionada em princípio, pode passar a ser em função de circunstâncias como o seu custo ou mesmo os serviços prestados por ela aos moradores da favela, em retorno aos recursos arrecadados coletivamente. A relação entre os moradores da favela e a Associação, nesse caso, assume certa analogia com o modo como os contribuintes em geral se relacionam com o Estado-Fisco. Com relação a esse ponto, chama atenção a maneira pela qual certos dirigentes de Associação de Moradores justificam a cobrança da “taxa” de transferência do imóvel. Os argumentos aparentam conter certa ambiguidade, podendo tanto dar a entender que, mediante tal pagamento, a Associação se encarregará de promover a formalização da propriedade do imóvel junto à Prefeitura, como, ao contrário, que ele constitui condição necessária a uma futura formalização a ser feita pela Prefeitura, ou ainda, que cumprido o procedimento da Associação, a propriedade estará efetivamente legalizada. Em qualquer dos casos, no entanto, se abre mão de justificar a cobrança em função não somente dos serviços como do reconhecimento coletivo, que somente a validação da compra junto à Associação pode oferecer. Bem ou mal, a Associação tem a oferecer aos moradores da favela um grau de segurança da posse que o próprio Estado é incapaz de oferecer. Queira-se ou não, a Associação de Moradores, em muitos casos, detém um poder e uma legitimidade dentro da favela, que somente são contrastados pelo poder dos grupos armados nela eventualmente existentes. Seus registros e seu ativo envolvimento certamente serão indispensáveis a quaisquer esforços de formalização da propriedade realizados pelo Estado. Tais fatores, em tese suficientes para justificar a cobrança, não são acionados nos depoimentos que coletamos, o que constitui elemento importante na reconstrução da maneira como moradores e lideranças da favela representam a instituição *Associação* e seu papel no seio dessa coletividade.

De outro lado, o fato de um certo percentual (minoritário) de moradores não fazer a venda de seu imóvel por intermédio da Associação mostra como pode haver informalidade mesmo no interior de um sistema informal. Seria o que, grosso modo, provisoriamente, e à falta de categorias mais consistentes e satisfatórias, chamaríamos de *informalidade dentro da informalidade*. Nos casos estudados, salvo poucas exceções, toda a massa de negócios de venda envolvendo imóveis se desenrola sem que se cogite submetê-los aos procedimentos de escritura e registro criados pelo Estado, até porque esta última seria impossível na ausência de regularização fundiária de todo o sítio onde a favela se assenta. De fato, vigora o processo de chancela, reconhecimento, validação ou legitimação da propriedade perante a Associação de Moradores, cuja intermediação não pode deixar de ser vista como a formalidade instituída pelos costumes estabelecidos naquela parcela da cidade, válida e exigível específica e unicamente para os imóveis situados em sua jurisdição. Ora, nos depoimentos acima reproduzidos, observamos que mesmo

esta formalidade, de origem interna à favela, é evitada, driblada ou minimizada por alguns agentes que operam nesse universo e que continuam a agir em busca de formas livres de quaisquer intermediações, mais simples e menos onerosas, a fim de realizar os negócios de seu interesse. Trata-se de formalidade não estabelecida pelo Estado, mas sim pelos usos e costumes daquele próprio microcosmo, o que Boaventura Santos chamou de *formalismo popular*. Porém, mesmo este finda por ser burlado pelos moradores de favela em algumas circunstâncias específicas. Assim, a *informalidade dentro da informalidade* constituiria um processo de natureza socioeconômica por meio do qual os indivíduos desenvolveriam sucessivos meios de se furtarem aos controles burocráticos e mecanismos de formalização estabelecidos, mesmo aqueles originados em seu grupo social, supostamente mais simples, mais próximos e mais legítimos. Ela consistiria, assim, em uma eterna capacidade de se (re)constituírem procedimentos oficiosos, subterrâneos, paralelos e ocultos aos mecanismos institucionalizados para controlar a vida social, mesmo que estes, em princípio, nada tenham a ver com o Estado. Ou seja, a assim chamada ‘informalidade’ não se reduziria estritamente à fuga dos controles e formalidades de origem estatal, não se constituiria num processo relacionado à presença e ação da burocracia estatal, e parece ser relativamente indiferente à matriz dessas formalidades.

Também merece atenção outra nuance presente no relato da discussão entre Presidente da Associação e um morador da mesma favela, a respeito do valor a ser pago àquela a título de taxa de transferência do imóvel. De um lado, a Associação teria aceitado, de imediato e sem contestação, a barganha em torno do preço a ser cobrado por sua intermediação, assumindo tacitamente que se tratava de um valor “negociável”, não sujeito a critérios estritamente objetivos. De outro, a posição conciliadora do marido da entrevistada, que põe “panos quentes” no conflito de interesses com a Associação, assumindo que o seu recrudescimento seria o mal maior a ser evitado, aceitando pagar uma quantia que, mesmo parecendo excessiva, de imediato colocaria um fim ao conflito. Os dois lados mostram-se dispostos a fazer concessões, até certo limite, revelando um modo de administração do conflito que se, de um lado, não cede inteiramente à vontade da outra parte, de outro, não trata seus próprios interesses como direitos irrenunciáveis e indisponíveis. Teríamos, talvez, uma postura com certo grau de flexibilidade e de conformismo, que possivelmente se baseia na percepção pragmática da virtual inviabilidade de exigência estrita do que cada parte entende como seu direito, até porque este não seria nítido o suficiente para conferir força e poder de convencimento à sua arguição. O que dá à Associação o direito de cobrar aquele valor? O que dá ao morador o direito de contestá-lo se ele seria cobrado de todos os que estão na mesma situação? Na medida em que a resposta a essas questões não

emerge com clareza, a esfera do direito fica embaçada, tanto que nenhuma das partes verbaliza algo nesse sentido, sendo fatalmente remetidas ao plano da negociação, cujo desfecho seria bastante incerto e que poderia mesmo gerar tratamentos diferenciados a situações assemelhadas. Essa possibilidade, na medida em que multiplica as soluções *ad hoc*, por sua vez, pode comprometer a legitimidade dos procedimentos geridos pela Associação perante o conjunto dos moradores.

## 2.4 A insegurança do comprador em seus direitos

As entrevistas realizadas revelaram, ainda, a ocorrência de um incidente consistente na desistência por parte do vendedor, de maneira repentina e imotivada, de uma venda já concluída. Tal caso foi narrado da seguinte forma pela depoente:

*Passei dois anos numa casa; depois passei para outra que a gente pretendia comprar, até paguei a entrada e depois o moço não quis, quis desfazer o negócio. Ele falou que não queria mais vender, nós não podíamos ficar lá. Aí eu passei para a minha atual. Ele ficou insistindo para a gente comprar, que a casa era boa... Meu marido falou que não ia ter dinheiro para pagar na hora e ele dizia que esperava ele ir pagando aos poucos, dava uma entrada e podia ir morar na casa. Meu marido deu R\$ 2 mil a ele, a casa era R\$ 6 mil, para ficar pagando o restante aos poucos. Quando foi em dezembro, meu marido ia pagar mais R\$ 1 mil a ele com o 13º, aí ele falou que não queria mais. A gente só tinha falado de boca, ninguém assinou papel nem nada, aí pronto, o gato comeu... Aí a parte que a gente pagou ele devolveu, e a gente ficou pagando aluguel.*

Pergunto: “Por que vocês acham que ele desistiu?”

*Não sei. Depois a irmã dele ficou com a casa, não sei se foi porque a irmã pediu a ele a casa; ela andava comprando casa. Na realidade, ele só falou que não queria. Daí a gente ficou morando e, dali a uns seis meses, ele falou que queria a casa e que me dava 15 dias para desocupar. Eu falei que só saía quando arrumasse uma outra casa, que não tinha 15 dias, não tinha um mês, não tinha nada, o meu aluguel está em dia, o meu mês está pago e você não tem o direito de fazer isso. Meu marido, que não gosta de arrumar confusão com ninguém, chegou a dizer “deixa”, e eu disse: “deixa nada, o senhor nem volte daqui a 15 dias; quando eu desocupar a casa eu levo a chave para o senhor”. E ele não voltou. Eu fiquei igual a uma maluca procurando casa. Conheci todos os becos da favela. Uma amiga minha que me falou dessa casa onde estou morando agora. Ficamos três anos e alguns meses pagando aluguel e depois que fomos comprar.*

Pergunto: “Nessa tentativa de compra, não chegaram a pensar em fazer um contrato escrito?”

*Não, porque ele já era conhecido do meu marido há muitos anos, desde 1993, e meu marido confiou, achou que não ia acontecer nada. Ele devolveu o dinheiro, mas ficamos muito chateados com ele. Na hora ficamos muito chateados, mas depois passou.*

A partir da perspectiva da legislação em vigor, o casal comprador da casa não poderia ser compelido a desfazer o negócio, salvo se essa possibilidade tivesse sido expressamente acordada antes, uma vez que o comprador já havia iniciado o pagamento e, inclusive, recebido o imóvel objeto da compra, ou seja, tratava-se de ato jurídico perfeito, encontrando-se o contrato em franca etapa de cumprimento. O fato de ter sido ajustado verbalmente em nada o prejudica, ao menos na linha de princípio, uma vez que a lei admite, nesse e em vários outros casos, o contrato

verbal<sup>7</sup>. Ainda sob essa perspectiva, seria lícito que, o comprador exigisse do vendedor, além da devolução do que pagou, monetariamente corrigido, uma indenização a título de perdas e danos, já que tratava-se de uma ruptura sem motivo que a lei considere justo, bem como tal ruptura trouxe ao comprador o ônus de arcar com aluguéis, procurar outro imóvel e fazer sua mudança, o que não ocorreria caso o negócio fosse mantido. Ao invés disso, os compradores, bem ou mal, aceitaram o desfazimento exigido pelo vendedor de maneira arbitrária. Não lhes é vedado por lei assim agirem, uma vez que qualquer contrato bilateral entre particulares pode ser revogado por mútuo acordo dos contratantes, pelo que o ato de revogação, nos termos em que foi combinado, também pode ser classificado, à luz da lei civil, como um ato válido. No entanto, o aspecto relevante a ser aqui ressaltado é o de que, à semelhança do conflito em torno da “taxa de transferência” cobrada pela Associação, a dimensão jurídica do caso – isto é, os direitos que porventura pudessem ter, naquela situação – não constitui o aspecto determinante das decisões tomadas pelos interessados, pouco ou nada interferindo na administração que fizeram do conflito de interesses. Em suma, trata-se de uma dimensão praticamente alheia à maneira como as partes conduzem o caso.

O fato de se tratar de um contrato verbal, a julgar pelas palavras expressas dos entrevistados, levou as partes a crerem que o mesmo poderia ser desfeito a qualquer momento. Porém, esta não nos parece ser a única variável que determinou essa consideração. Levando-se em conta vários elementos dispersos no conjunto dos depoimentos colhidos, provavelmente também contribuiu para essa consideração o fato de se tratar de uma compra de imóvel dentro da favela, onde, segundo vários dentre os entrevistados, não vigoram as leis que valem fora dela. Tal situação se veria, ainda, agravada pelo fato de a compra ter sido feita a um conhecido de longa data dos compradores, o que faz com que as relações pessoais entre as partes se imiscuem na relação de compra e venda, pondo por terra uma das máximas que exprimem a racionalidade da economia de mercado, que prescreve que *“amigos são amigos; negócios à parte”*. Se estiver correta a consideração dos entrevistados que aponta para a clivagem de regras do *asfalto*, ou da *cidade*, e da *favela*, o comportamento desse casal, diante de idêntica situação, provavelmente seria diverso, caso tivessem atravessado a avenida que passa em frente à favela em que residem, a fim de adquirir imóvel nos conjuntos habitacionais existentes no entorno dela. Trata-se de uma hipótese bastante provocativa à reflexão, ainda a ser devidamente tratada nas pesquisas sobre o tema.

---

<sup>7</sup> Em face da grande volatilidade do câmbio é difícil precisar um valor exato para o salário mínimo brasileiro, tendo o dólar como referência. Pode-se afirmar, no entanto, que esse valor tem oscilado entre US\$ 326 e US\$ 223, no período 2008-2016.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, levantamos alguns problemas e situações relativas ao processo de compra e venda de imóveis nas favelas onde temos desenvolvido nossos trabalhos de campo. De um lado, trata-se de um fato social que merece ser mais bem conhecido em função da crescente relevância que tem assumido, uma vez que várias pesquisas e trabalhos jornalísticos recentes têm apontado para a acentuada mercantilização do acesso a terra nas favelas, nas últimas décadas. De outro lado, trata-se de um fato que se articula com nossa proposta de pesquisa na medida em que constitui um cenário privilegiado no qual pode ser captada a experiência jurídica em curso nas favelas. Desse cenário podem ser recolhidos elementos que contribuam para o esclarecimento das questões que movem nossa pesquisa, isto é, saber qual conjunto de normas de fato vigora nesses territórios e, a partir disso, avaliar quais transformações estariam acontecendo, ou não, no *direito de propriedade vivo nas favelas*, especialmente no tocante às suas eventuais clivagens para com o *direito da cidade*.

O cenário que nos serviu de base no presente trabalho possui a peculiaridade de constituir uma relação que, à luz da legislação em vigor, poderia ser classificada como uma relação de *direito privado*, não envolvendo a figura do Estado, mas referindo-se à coordenação de interesses particulares, muito embora a interveniência da Associação de Moradores no procedimento de venda dos imóveis confira a essas relações um relativo viés de publicização. Ela difere do cenário oferecido, por exemplo, pelo chamado *direito de construir*, em que se coloca a questão das limitações que o Estado impõe ao exercício da atividade edificadora pelos particulares. No entanto, acreditamos que tal diferenciação em nada retira a relevância daquelas, uma vez que uma parcela decisiva de questões socialmente relevantes é jogada em relações, ou situações, de natureza privada. A atuação do Estado, em muitas circunstâncias, representa uma tentativa de minimizar e corrigir os efeitos negativos da negação de direitos que se realiza na esfera privada.

Os dados revelados por nossa pesquisa parecem reforçar a tese de que as ordens jurídicas *do Estado e da Favela* se encontram em um contínuo e conflituoso processo de diálogo, havendo diversas formas em que uma é condicionada pela outra, ou em que uma se constitui recorrendo à incorporação de elementos originários da outra. Vemos nessas relações dialéticas um capítulo dos conflitos sociais mais amplos, próprios de sociedades capitalistas periféricas como a brasileira. Tratar dessas ordens jurídicas constitui nada mais do que um ângulo para observar como se constitui a ordem social como um todo. Não estamos, pois, diante de duas ordens estanques, isoladas entre si, o que representaria uma perspectiva dualista sobre o objeto estudado,

perspectiva da qual procuramos nos distanciar, em que pese, ao que nos parece, ela ter sido adotada em determinados momentos por alguns dos autores citados no presente trabalho – a exemplo tanto de O’Donnell (1990) como de Santos (1977; 1980). Pode-se afirmar, portanto, que estamos diante de uma *juridificação híbrida*, isto é, tratamos aqui não de uma *outra* ordem, inteiramente diversa e apartada da oficial – ou ainda, de uma ordem necessariamente em déficit perante a oficial – mas de uma ordem jurídica construída no embate, no diálogo, na contradição com aquela posta pelo Estado.

O fato de recusarmos tal *dualismo metodológico* não deve ser confundido com uma suposta negativa do reconhecimento da situação de subordinação à qual as coletividades favelizadas se encontram submetidas, posto que a comunicação e os fluxos existentes entre ambas essas ordens é profundamente desigual. Significa, diversamente, o abandono de uma noção arraigada de *exclusão* como ferramenta explicativa dos processos sob análise – o que deliberadamente ocorreu no presente trabalho –, uma vez que nossa interpretação caminha na perspectiva da *integração subordinada* (de que nos fala OLIVEIRA, 1988), que nos parece mais acertada e fértil ao trabalho analítico. A opção que fizemos apresentaria a vantagem de levar em conta a série de equipamentos e serviços públicos que chegaram às favelas nas últimas três décadas, além da própria institucionalidade popular que analisamos nesse trabalho, que culmina com o advento das Políticas de Regularização. Esse conjunto de fatores seria determinante de dinâmicas novas e mais complexas do que as tradicionais noções de exclusão e de segregação podem comportar. Também significa que recusamos uma perspectiva moral na abordagem das duas ordens, que promove a associação intrínseca de virtudes positivas a uma delas e negativas a outra, ou vice-versa. O fato de falarmos de uma ordem jurídica interna à favela não significa que ela seja necessária ou ontologicamente melhor ou pior, mais ou menos democrática, do que a ordem legal oficial.

O dualismo metodológico que ora criticamos parece comparecer nos trabalhos acadêmicos e jornalísticos que tratam do problema da não vigência de fato do Estado Legal, e/ou das ambiguidades do funcionamento do sistema legal como um problema restrito às favelas e às outras regiões definidas por O’Donnell (1990) como *áreas cinzentas*. Na verdade, este é um problema que diz respeito ao conjunto da cidade e ao Direito Urbanístico de modo geral, que têm sido historicamente marcados pelos efeitos paradoxais de suas instituições. Preferimos afirmar que o sistema legal, de maneira geral, apresenta gradientes e refrações em sua efetividade ao longo do tempo e do espaço, e que, em função de diversas circunstâncias, não se reduzem, pura e simplesmente, aos (mal) denominados “territórios de exceção”, como já se afirmou.

Nesse sentido, uma das hipóteses com as quais trabalhamos é a de que a grande diferença que marca a ordem jurídica nos distintos espaços sociais seja de natureza mais ideológica do que empírica. Isto é, seria bastante difundida socialmente a **imagem** das favelas como regiões essencialmente anômicas, isto é, espaços “*sem lei, nem ordem*”. Essa visão seria compartilhada, em certa medida, pelos próprios favelados, conforme demonstram as entrevistas aludidas neste trabalho. Em que pese o fato de que os próprios moradores de favelas façam distinções rígidas entre as normas que valem dentro e fora delas, o espaço da favela parece-nos ser amplamente regulado, neles se observando, inclusive, a presença relevante de diversas instituições oficiais, em alguns casos de maneira surpreendente. É o que vemos no caso exemplar da absorção, pela Associação de Moradores, do princípio legal da continuidade do registro de propriedade, que a nosso ver constituiria a “*ponta do iceberg*” de um processo de socialização das instituições oficiais, que discretamente vai introduzindo-as no senso comum e nos procedimentos sociais mais comezinhos. Por mais que algumas dinâmicas sociais representem um vetor que tende a fragmentar a cidade em duas (ou mais) partes, tal aspecto não pode ser transportado de forma acrítica para o plano da teoria, de forma a determinar a aceitação do dualismo metodológico, o que comprometeria os resultados analíticos.

O que deve ser objeto de atenção do pesquisador é, em primeiro lugar, o fato de que as soluções de força, por vezes arbitrárias e ao arrepio dos direitos que o sistema legal oficialmente reconhece, constituem um componente presente e relevante nas relações estudadas em nossa pesquisa. Isto é, as relações jurídicas nas favelas seriam marcadas, ao menos, por três determinações distintas: a) os usos e costumes locais, estabelecidos em processos de negociação; b) as apropriações do sistema legal estatal; c) as imposições e/ou soluções arbitrárias na solução de litígios, que exibem o aspecto de violência latente, que não deixa de estar presente nas mesmas relações jurídicas quando entabuladas fora das favelas. Vide, a título de exemplo, o caso das relações locatícias no mercado formal. Uma das questões para pesquisa futura, que se coloca a partir do advento dos programas de regularização de favelas, consistirá em saber que impacto esses programas estão produzindo sobre as três determinantes que acabamos de citar.

Dentre os elementos acima enunciados, aquele relativo ao Direito Consuetudinário é merecedor de reflexões mais específicas por parte da pesquisa jurídica. Desde a hegemonia do Direito Legislado ou Estatutário, que se consolida a partir do movimento das codificações do século XIX, pouca atenção tem sido dedicada a ele no sistema da *Civil Law*, crítica que comparece já na obra original de Eugen Ehrlich aqui citada, datada da primeira década do século XX. Merece destaque o fato de que os líderes das Associações de Moradores busquem precisamente no



Direito dos Costumes o fundamento de legitimidade e de juridicidade da intermediação das vendas de imóveis pela Associação, bem como da respectiva cobrança de uma “taxa” em favor dela, a ser custeada por uma das partes da venda. Este argumento, em que pese o seu valor político e analítico, pode apresentar alguns riscos, tais como o de classificar como Direito e, logo, naturalizar e trivializar, práticas que são abusivas e que esmaecem garantias contratuais já incorporadas à legislação. Essa constitui uma das questões a serem elucidadas na pesquisa futura, qual seja, quais as implicações teóricas e práticas podem advir do fato de as Associações de Moradores recorrerem à classificação de suas regras, instituições, rituais e práticas no âmbito do Direito Consuetudinário como discurso legitimador delas.

Em segundo lugar, deve ser ressaltada a importância da análise e interpretação, à luz do Direito estatal vigente, das relações jurídicas travadas no âmbito das favelas. Os contratos de compra e venda de imóveis nas favelas, mesmo que não transfiram propriedade, entendida no sentido técnico-jurídico mais estrito da expressão, geram, à luz da mesma ordem legal estabelecida, direitos e obrigações nas relações interpessoais, bem como no campo dos efeitos da transmissão da posse, tal como demonstrado no trabalho. Assim, as partes desse contrato são sujeitos de diversos direitos e obrigações, reconhecidos pela ordem jurídica oficial, alguns deles em processo de amplo fortalecimento na legislação, na teoria e na jurisprudência, havendo argumentos jurídicos para sustentá-los e veiculá-los, inclusive em juízo, na eventualidade de uma ação judicial. Em suma, dos negócios jurídicos realizados nas favelas decorrem diversas implicações jurídicas da ordem do Direito estatal, não constituindo um tema que deva ficar relegado ao plano *para* ou *extraestatal*. O problema concreto reside no não-reconhecimento claro disso por parte dos agentes do Estado e mesmo pela literatura jurídica, o que constitui elemento que reforça os obstáculos objetivos ao exercício pleno dos direitos por parte dos moradores de favelas, especialmente a aludida visão das favelas como regiões anômicas.

Não obstante esses obstáculos, o exercício de reconhecimento das implicações jurídicas atuais dos negócios ora em curso nas favelas constitui, em nosso ponto de vista, um exercício estratégico, quer do ângulo teórico-jurídico, quer do ângulo sociopolítico. Do ângulo teórico, tal exercício pode esclarecer as possibilidades de efetivação dos direitos, o que nos parece constituir um indicador indispensável para aquilatar a qualidade e/ou o grau da integração das favelas à cidade. Do ângulo sociopolítico, ele muito pode contribuir para a afirmação da cidadania e da condição de sujeito de direito por parte das coletividades objeto de segregação socioespacial. Julgamos que, até o presente momento, tal exercício foi pouco realizado (aquém do que seria necessário), sendo esse mais um dos efeitos da barreira ideológica de natureza dualista à qual nos



referimos anteriormente, que atira de forma acrítica a quase totalidade das relações e negócios jurídicos realizados entre pobres no terreno da extralegalidade, e que reproduz aquilo que Boaventura Santos (SANTOS, 1980) denominou “ilegalidade existencial”. Esta seria, provavelmente, uma das grandes barreiras para que se possa configurar a almejada integração das favelas à cidade, que configuraria a integração jurídica desses territórios urbanos de tão marcadas particularidades e potencialidades, a par das inúmeras formas de violência que lhes são impostas.

## REFERÊNCIAS

ALFONSIN, B. M. **Direito à moradia: instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras**. Rio de Janeiro: IPPUR / FASE, 1997.

CARVALHO, E. G. **O negócio da terra**. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1991. Dissertação submetida ao IPPUR para obtenção do título de mestre em Planejamento Urbano e Regional.

EHRlich, E. **Fundamentos de Sociologia do Direito**. Brasília: UnB, 1986.

O'DONNELL, G. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. **Novos Estudos**, São Paulo, v. 51, pp. 37-61, jul., 1998.

\_\_\_\_\_. Teoria democrática e política comparada. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 42, n. 4, 1999, pp. 577-654.

OLIVEIRA, F. **A economia brasileira: crítica à razão dualista**. 6. ed. Petrópolis: Vozes/Cebrap, 1988.

PREFEITURA da Cidade do Rio de Janeiro. Secretaria Municipal de Habitação; AGRAR. **Regularização urbanística, administrativa e fundiária dos imóveis da área denominada [...] – Ilha do Governador: relatório final**. Rio de Janeiro: agosto / 2006. 55p.

SANTOS, B. S. Notas sobre a história jurídico-social de *Pasárgada*. In: SOUTO, C.; FALCÃO, J. **Sociologia e Direito: textos básicos de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Pioneira, 1980, p. 109-117.


\_\_\_\_\_. **O discurso e o poder: ensaio sobre a Sociologia da retórica Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_. O Estado, o Direito e a questão urbana. In: FALCÃO, J. A. (org.). **Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas**. Rio de Janeiro: Forense, 1977a, pp. 1-77.

\_\_\_\_\_. The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada. **Law and society review**, Malden (Massachusetts, EUA), v. 12, n. 1, pp. 5-126, Outono, 1977b.

SILVA, P. **Vocabulário Jurídico**, 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SOUSA JR, J. G. (Org.). **O Direito achado na rua**. Brasília: UnB, 1988.



# TERRAS PÚBLICAS, FINANCEIRIZAÇÃO E ESTUDOS URBANOS: APONTAMENTOS SOBRE AS TRANSFORMAÇÕES RECENTES NA DESAPROPRIAÇÃO NA METRÓPOLE PAULISTANA

Débora Ungaretti  
(Universidade de São Paulo)  
debora.ungaretti@usp.br<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho busca contribuir para as reflexões acerca da mobilização de terras públicas no processo de financeirização do espaço urbano na metrópole paulistana. Em diálogo com a literatura nacional e internacional acerca do tema, e a partir da análise das transformações legais de um importante instrumento de atuação estatal na produção do espaço, a desapropriação, bem como da análise da sua utilização como instrumento da política urbana municipal no período recente, pretende-se identificar questões relevantes para uma agenda de pesquisa na interface entre Direito e Planejamento Urbano e Regional, necessária para se compreender *como e por meio de quais mecanismos* ocorre a mobilização de terras públicas no avanço do capital financeiro investido no imobiliário em São Paulo.

**Palavras-chave:** Terras públicas. Desapropriações.

## 1 INTRODUÇÃO<sup>2</sup>

Dois fenômenos têm sido apontados, embora por vezes de forma desconectada, nos estudos sobre o processo de transformação do espaço urbano no atual quadro do regime de acumulação: de um lado, a mobilização de terras públicas e da máquina estatal como formas de engajamento do Estado no processo de financeirização do espaço urbano; de outro lado, os impactos nos territórios populares, apontada como uma das facetas perversas deste mesmo processo, caracterizando uma das formas de acumulação por despossessão.

A desapropriação de terras é um mecanismo por meio do qual parece haver, em determinados casos, uma sobreposição dos dois fenômenos descritos. Quando realizadas no âmbito de processos de reestruturação urbana podem por um lado, constituir frentes de expansão para os capitais financeiros investidos no imobiliário, e, por outro, levar ao deslocamento forçado das populações ocupantes (moradoras ou que dali tiram seu sustento).

O esforço deste trabalho será no sentido de aprofundar um dos aspectos da situação acima descrita: a relação da desapropriação com o processo de financeirização do espaço urbano.

Uma primeira forma de identificar essa aproximação, cara ao campo do Planejamento Urbano e Regional, é a partir da sobreposição territorial da utilização da desapropriação com lançamentos imobiliários financiados pelo capital financeiro. Trabalho recente identificou as novas

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito e mestranda em Arquitetura e Urbanismo pela USP. Pesquisadora do Laboratório Espaço Público e Direito à Cidade da FAU-USP e do projeto Propriedades em Transformação: rumo a uma agenda de pesquisa interdisciplinar sobre o Brasil Contemporâneo, colaboração entre USP, Unifesp, Universidade de Bristol e CEBRAP.

<sup>2</sup> O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

frentes de expansão do complexo imobiliário-financeiro em São Paulo (SANTORO & ROLNIK, 2017), em que ficou evidente a relação entre determinadas frentes de expansão e obras públicas, e, portanto, desapropriações, embora não tenham sido abordadas especificamente na análise. O mapeamento e a territorialização de lançamentos ligados a fundos de investimento imobiliários e empresas globais mostraram a atuação em frentes com características distintas. Por um lado, a concentração na Marginal Pinheiros e na Avenida Luís Carlos Berrini em frentes “tradicionais”, com tipologias reconhecidas pelo capital internacional e intermediadas por instrumentos urbanísticos, em especial as operações urbanas. Por outro lado, a estruturação de uma frente de expansão logística ao longo do Rodoanel. Nos dois casos, a presença de instrumentos financeiros e atores globais coincidem com a intensa atuação do Estado na reestruturação do espaço urbano.

Uma segunda forma de se verificar a relação entre desapropriação com o processo de financeirização do urbano, mais próxima ao campo do Direito, é por meio da análise das transformações legais do instrumento ao longo do tempo, e da sua vinculação com outros instrumentos jurídicos, urbanísticos e financeiros, cuja criação e modelagem consolidam inflexões no processo de financeirização. Essa segunda abordagem será privilegiada neste trabalho, com a evidente ressalva nas limitações de seus resultados.

Para tanto, na próxima seção, será feita uma breve apresentação do tratamento que vem sendo dado ao tema na literatura nacional e internacional, pontos de contato e lacunas em relação ao tema da desapropriação, bem como algumas evidências empíricas de sua atualidade e do aprofundamento de processos identificados por diferentes autoras anteriormente. Na seção seguinte, serão identificadas as principais alterações ou tentativas de alterações na legislação relativa às desapropriações, bem como a aproximação do seu uso com instrumentos financeiros em novas formas de governança urbana.

## **2 EMPRESARIALISMO URBANO E FINANCEIRIZAÇÃO DA TERRA PÚBLICA**

A literatura internacional (Harvey, 2015; Christophers, 2017; Kaika & Ruggiero, 2016; Haila, 2016) e nacional (KLINK & DE SOUZA, 2017; SANTORO et al., 2018) vêm consolidando discussões empíricas e teóricas que apontam que uma das formas de engajamento do Estado no avanço do capital financeiro investido no imobiliário é por meio da mobilização de terras públicas. A atualidade do tema no Brasil e em São Paulo pode ser vista pela multiplicação de instrumentos financeiros, urbanísticos e parcerias público-privadas que utilizam a terra pública como base fundiária para exploração econômica, ou simplesmente em garantia.

Em 2017, o Estado de São Paulo criou o primeiro fundo de investimento imobiliário público

no Brasil, cuja finalidade é não só alugar e alienar bens públicos, como também servir de garantias em contratos de parcerias público-privadas. O modelo está sendo difundido para outros entes federativos. Fundamentada na Lei Federal nº 13.240/2015 e na Medida Provisória nº 852/2018, a União está reestruturando a gestão do patrimônio imobiliário por meio da criação de fundo de investimento imobiliário para fazer a gestão dos imóveis (BRASIL, 2018). No mesmo sentido, no Município de São Paulo, a empresa Elemental Desenvolvimento Imobiliário e Concessões - que tem em seu portfólio a concepção do Porto Maravilha, no Rio de Janeiro, dentre outros projetos de desenvolvimento imobiliário - foi contratada para elaborar propostas de estruturação de veículos societários ou instrumentos de mercado de capitais para a alienação ou exploração econômica que otimize o uso e retorno econômico de imóveis municipais (SÃO PAULO, 2018).

Os fundos de investimento imobiliário, por si só, já caracterizam transformações na lógica de gestão das terras públicas. O que se observa, ainda, é o imbricamento desses instrumentos financeiros com outros instrumentos jurídicos e urbanísticos, mais ou menos convencionais, resultando em novas formas de governança urbana. Ainda de maneira tímida, a literatura mais recente têm identificado esse fenômeno como uma possível transição para o empresarismo urbano financeirizado ou para o “neoliberalismo tardio” (LOON et al., 2018; PECK & WHITESIDE, 2016).

Ou seja, mais do que discutir a adequação ou não do termo “financeirização” às transformações que vem acontecendo, importa compreender como e por meio de quais mecanismos estão acontecendo transformações e quais consequências estão gerando. Da mesma forma, mais do que discutir os instrumentos isoladamente, o contexto impõe a necessidade de compreendê-los na sua relação.

Um dos casos emblemáticos para entender tais imbricações do Estado, do capital financeiro e do imobiliário no Brasil é o projeto do Porto Maravilha, no Rio de Janeiro. Terrenos públicos de titularidade da Municipalidade, do Estado e de diferentes entidades ligadas à União foram objeto de inúmeras legislações e procedimentos específicos criados para superar barreiras jurídicas e destravar os terrenos, que puderam, então, ser transferidos à Companhia de Desenvolvimento Urbano da Região Portuária do Rio de Janeiro, responsável pela coordenação da reestruturação da zona portuária; posteriormente ao Fundo de Investimento Imobiliário Porto Maravilha e, por fim, ao mercado imobiliário (PEREIRA, 2015).

Diversos aspectos da modelagem do Porto Maravilha estão sendo “exportados” para outros projetos, tais como a Operação Urbana Consorciada São Bernardo do Campo e a Operação Urbana Consorciada Bairros do Tamanduateí (DIAS, 2018).

Esses “grandes projetos urbanos 2.0” (KLINK & DE SOUZA, 2017, p. 389) representam uma nova geração das operações urbanas consorciadas, em que há maior complexidade da modelagem, bem como a sua relação com instrumentos financeiros. Antes, as operações urbanas já abriam frente para a expansão do capital financeiro no espaço urbano. No entanto, a mediação não era feita com a mediação de instrumentos financeiros. No caso da Operação Urbana Água Espreada, por exemplo, não houve, a transferência de terras públicas para incorporadoras ou outros agentes privados por meio de fundos de investimento imobiliário ou outros instrumentos financeiros. No entanto, as remoções forçadas das favelas existentes no perímetro da operação urbana, geradas, em parte, pelas desapropriações para a implantação da Avenida Jornalista Roberto Marinho, foram essenciais para garantir o seu sucesso, que dependia da expectativa de valorização da área pelos parceiros privados, que submetiam o desenvolvimento imobiliário à lógica financeira (FIX, 2001 e 2007; ROLNIK, 2015).

Nas próximas seções deste trabalho, pretendemos delinear uma agenda de pesquisa específica que resulta desse contexto, que se trata, por um lado, de examinar as possíveis relações das transformações recentes da desapropriação - um poderoso instrumento estatal de intervenção propriedade -, com o processo de financeirização do espaço urbano e, por outro lado, de identificar os impactos do uso desse instrumento no território e, sobretudo, nos territórios populares.

### **3 TRANSFORMAÇÕES RECENTES NO INSTRUMENTO DA DESAPROPRIAÇÃO (2013-2018)**

A desapropriação é o principal meio de aquisição de terras pelo poder público, e também “operativo e eficaz instrumento de ação na gestão urbanística” (BREGA, 2014): é uma das formas de intervenção estatal na propriedade, cujo procedimento viabiliza a transferência do bem imóvel para o ente estatal de forma compulsória para o proprietário. Historicamente, a desapropriação foi (e é) uma das formas de viabilizar a implementação de espaços e equipamentos públicos, bem como obras de interesse social. Apesar de promover objetivos de interesse público, há literatura que demonstra que, historicamente, parte dos investimentos públicos realizados através destas desapropriações atendem a interesses do mercado e de grupos de maior renda (VILLAÇA, 1998, 1999, 2011).

Por outro lado, também já há literatura e evidências que demonstram a conexão entre desapropriações e deslocamento de segmentos de menor renda. No início do século XX, por exemplo, foi implementado plano de higienização no Rio de Janeiro, em que “desapropriações e demolições de prédios antigos e cortiços, considerados anti-higiênicos, abriram espaço para a

construção de avenidas largas, como a Avenida Central (Rio Branco) e praças (...)” (CANTISANO, 2018, p. 19). O mesmo ocorreu com os chamados “planos de embelezamento” em São Paulo (ROLNIK, 2007). Por fim, trabalhos mais recentes continuam apontando para esta conexão, desta vez combinada com a implantação de operações urbanas (FIX, 2001).

Com a reabertura democrática e consequente introdução de novos elementos à ordem jurídico-urbanística na Constituição de 1988, o regramento da desapropriação, previsto no Decreto-Lei nº 3.365/1941 e na Lei nº 4.132/1962, não sofreu alterações substanciais, uma vez que a Constituição apenas delimitou os requisitos mínimos da desapropriação, por sua vez apenas mencionada no Estatuto da Cidade como um dos instrumentos jurídicos da política urbana (SILVA, 2006).

No período recente, a desapropriação vem sendo recorrentemente identificada como um dos fatores geradores de conflitos fundiários urbanos e remoções forçadas (ROLNIK et al., 2017; MILANO, 2017). Dada a abrangência das mudanças no arcabouço jurídico urbanístico brasileiro que se seguiu à Constituição de 1988, é surpreendente que a efetiva incorporação das pactuações democráticas seja inexistente ou apenas marginal em situações da utilização do instrumento da desapropriação em áreas marcadas pela precariedade habitacional.

Apesar da relevância das discussões para a produção do espaço, parte significativa da literatura jurídica sobre a desapropriação é encontrada nos manuais de direito administrativo ou nas discussões do direito de propriedade no âmbito do direito civil, enquanto a literatura do direito urbanístico privilegia, em sua maioria, as análises das inovações trazidas pelo capítulo de política urbana da Constituição e pelo Estatuto da Cidade, tais como os instrumentos indutores do cumprimento da função social da propriedade.

Também a literatura mais recente sobre financeirização e estudos urbanos tem dado relativamente pouca atenção a instrumentos mais convencionais como a desapropriação, apesar de ser representativa da ação regulatória do Estado, desnudando o teor de uma política pública.

As análises sobre a desapropriação com abordagem interdisciplinar, por sua vez, privilegiaram a questão dos altos valores de indenização, apontada como um fator de encarecimento da execução das intervenções públicas e de endividamento do Estado ao revés de conceitos como o justo valor e a função social da propriedade (MARICATO, 2001; SANTOS, 2008), um dos motivos pelos quais apontam a desapropriação como o principal gargalo à política de desenvolvimento urbano, e também às políticas de habitação (ANNENBERG & DE PAULA, 2016; SILVA, 2016).

Apesar de acertados, tais estudos, ao se propuserem a pensar na maior eficiência na utilização do instrumento para a aquisição de terras, não abordam, até em função do momento quem que foram produzidos, a economia política das transformações recentes do instrumento e as suas consequências para a produção do espaço urbano.

No período recente, tais “gargalos” dos processos de desapropriação têm sido utilizados por agentes públicos e privados, no período recente, para justificar transformações no instrumento da desapropriação realizadas no âmbito mais geral das reformas neoliberais da governança urbana. No Brasil e em São Paulo, se desenvolveu, a partir dos anos 1990, um novo marco regulatório com vistas a ampliar a intervenção direta dos agentes privados nos processos de transformação urbanística que criou condições para a realização de obras de infraestrutura e projetos de desenvolvimento urbano por meio de parcerias público privadas (NASCIMENTO et al, 2018). Podemos interpretar assim as várias reformas, ou tentativas de reformas, nos marcos legais da desapropriação que foram adotados no Brasil, em especial a partir de 2013, que ampliam consideravelmente não apenas o poder e controle dos privados sobre os processos de desapropriação, mas também operam no sentido de transformar o estado em um agente ativo desta privatização.

Destaca-se a previsão de possibilidade de revenda ou de utilização imobiliária de área desapropriada em projetos de urbanização na legislação geral sobre desapropriações. Tal inclusão no parágrafo único do artigo 4º do Decreto-Lei nº 3.365/1941 foi feita pela Lei nº 12.873, de 2013, mas em situação peculiar: a Medida Provisória nº 619, de 2013, que originou referida lei, relacionava-se à política agrícola nacional. A alteração ao Decreto-lei nº 3.365/1941 foi incluída pela comissão mista no projeto de lei de conversão da MP 691/2013, e, por isso, foi votada junto com o PLV em regime de urgência, mesmo sem ter relação com a matéria que estava sendo discutida na ocasião.

Em 2015, o instrumento voltou para o debate público em decorrência da edição da Medida Provisória nº 700/2015, não convertida em lei, que, dentre outras alterações, permitiria que empresas contratadas pelo poder público para executar obras e serviços de engenharia nos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral e contratação integrada, pudessem desapropriar sem autorização expressa em lei ou em contrato. Com isso, a MP buscava, conforme exposição de motivos, “estimular o investimento privado em infraestrutura no país, a partir da desburocratização da legislação relativa à desapropriação por utilidade pública”, para responder aos novos modelos de execução de obras, como o Regime Diferenciado de Contratação para as obras do Programa de Aceleração do Crescimento (BRASIL, 2015).

Diversas alterações em legislações e tentativas de responder, na prática, aos referidos entraves vêm sendo realizadas no âmbito federal, estadual e municipal. No âmbito federal, está tramitando no Congresso o Projeto de Lei nº 135, de 2017, que, se aprovado, irá permitir arbitragem para a definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública.

Em tentativa semelhante, no Estado de São Paulo adotou-se a desapropriação amigável como procedimento de aquisição de terras para a implantação do Rodoanel Mário Covas. Com isso, a DERSA - Desenvolvimento de Rodagens S/A, responsável pelas obras, buscou entrar em acordo direto com os proprietários para transferência dos terrenos, acreditando que os proprietários prefeririam negociar valores mais baixos para evitar litígios judiciais em que a quantia a ser paga e o prazo para recebimento da indenização eram imprevisíveis. Duas eram as vantagens para o Estado: a simplificação e maior controle dos procedimentos, e o menor custo na aquisição dos terrenos. As tentativas de negociação, no entanto, esbarraram em dificuldades marcadas por disparidades entre as ocupações reais do território e a sua situação formal, bem como pela precariedade dos registros de imóveis (RIGON, 2016). Somando-se a isso, dois fatos acabaram por contrariar o otimismo com a solução: a judicialização das desapropriações, que segundo a Dersa, motivaram atrasos nas obras; e as investigações de superindenizações (ROLNIK & UNGARETTI, 2018). Com efeito, a lista de desapropriações relacionadas às obras do Rodoanel Norte, disponibilizada na página do Governo Aberto do Estado de São Paulo, indica mais de quinhentas ações judiciais de desapropriações, número significativo considerando que a preferência seria pela negociação consensual.

Também no âmbito municipal buscou-se recorrer a formas consensuais de aquisição de terras pelo poder público. O Plano Diretor combina, em seus artigos 126 e seguintes, a desapropriação amigável com a transferência de potencial construtivo. Para imóveis que individualmente podem ser utilizados para a implantação de algum equipamento público, o instrumento pode se mostrar eficaz - como foi o caso do acordo do Parque Augusta (ROLNIK & ANEAS, 2018). Mesmo nesses casos, há questionamentos em relação ao valor equivalente ao potencial transferido que, além de poder favorecer em demasiado o proprietário, deixa de compor o Fundo de Desenvolvimento Urbano - FUNDURB (BONDUKI, 2018).

A aplicação do instrumento é ainda mais difícil quando envolve um número maior de imóveis e a consequente adesão de diversos proprietários, como é o caso da aquisição de imóveis pelo poder público para a implantação de melhoramento viário e corredor de ônibus. Por isso, apesar de ser visto com entusiasmo como inovação e alternativa institucional para a transformação urbana em São Paulo, em especial para a concretização dos Eixos de Estruturação



da Transformação Urbana (ANNENBERG & DE PAULA, 2016), até o momento não se tem notícias da sua efetiva utilização em substituição às desapropriações.

Há, ainda, previsões que permitem a revenda de terras desapropriadas, bem como a sua vinculação a instrumentos financeiros. A Lei da Operação Urbana Água Branca, além de alterar os poderes da SP Urbanismo para adquirir, alienar e promover a desapropriação de imóveis, também cria a possibilidade da empresa pública de participar como quotista ou instituir fundo de investimento imobiliário de natureza privada que poderá pleitear a desapropriação de imóveis para serem integralizados em seu patrimônio, com a finalidade de parcelamento de áreas da operação urbana. As cotas dos fundos imobiliários criados, por sua vez, podem ser utilizadas como garantia para as empresas privadas envolvidas na implementação de obras previstas em parceria da operação urbana (SANTORO et al, 2018).

Também na regulamentação dos Projetos de Intervenção Urbana (PIU), há previsão, nos incisos I e II do §1º e no §2º do artigo 6º do Decreto Municipal nº 56.901/2016, de alienação direta dos imóveis desapropriados ou dos direitos relativos a imissões na posse, bem como da utilização de imóveis desapropriados para fins de utilidade pública em incorporações imobiliárias. A Lei Municipal nº 16.703/2017 e o Decreto Municipal nº 58.066/2018 passam a permitir, também, a exploração comercial de edificações em áreas públicas - inclusive desapropriadas para implantação do projeto - no perímetro de abrangência de terminais de ônibus objeto de concessões urbanísticas como remuneração dos serviços e dos investimentos despendidos pela concessionária ou como fonte de receita acessória do contrato de concessão (D'ALMEIDA, 2018).

Com tais medidas, ora o poder público atua como agente imobiliário e financeiro, ora disponibiliza a máquina estatal para que agentes privados o façam. Esse modelo de governança se fortalece em um contexto em que os agentes privados têm cada vez mais ingerência na proposição, elaboração e implantação dos projetos urbanos, como é o caso dos Projetos de Intervenção Urbana (PIUs) propostos por meio de manifestação de interesse privado. Em tal articulação do setor imobiliário com o setor financeiro, com participação estatal, identifica-se uma “versão brasileira do complexo imobiliário-financeiro”, em que predomina um ativismo e forte participação do Estado (ROLNIK, 2015).

Nesses casos, contraditoriamente, o instrumento que *entrava* a realização de obras públicas se torna o instrumento que *destrava* projetos privados. A gravidade dessa situação fica ainda mais evidente quando, por meio da ativa atuação do Estado, de um lado, as favelas e populações inteiras são tiradas de cena e, de outro, tanto os proprietários quanto os agentes imobiliários e financeiros são duplamente premiados com a reintrodução dos terrenos no

mercado e intensa valorização decorrente das obras públicas realizadas capturados pelos altos valores de indenização e pela abertura de frentes de expansão do complexo imobiliário financeiro.

#### 4 CONCLUSÃO

Este trabalho buscou articular análises sobre as (tentativas de) transformações recentes no instrumento da desapropriação com a construção empírica e teórica acerca do processo de financeirização e estudos urbanos, de forma a delinear uma agenda de pesquisa que contribua com a literatura nacional e internacional acerca do tema.

Para tanto, foi feita breve contextualização do atual quadro empírico e teórico acerca da mobilização de terras públicas na expansão do capital financeiro na produção do espaço urbano, adentrando no caso brasileiro e, principalmente, paulistano. Ainda nesse contexto, apresentou-se a potencialidade da análise das transformações do instrumento da desapropriação e da sua relação com outros instrumentos jurídicos e urbanísticos, para compreender como, a partir de quais mecanismos e com quais consequências é feita a mobilização de terras públicas e do aparato estatal nesse processo.

Em seguida, a partir das alterações na legislação geral das desapropriações, das tentativas de dispensa do instrumento, e, por fim, do seu uso combinado com outros instrumentos urbanísticos e financeiros, foram traçados pontos de contato com processos de empresariamento urbano e de financeirização. Mais do que resultados conclusivos, abriu-se uma agenda de pesquisa teórica e empírica com hipóteses que podem contribuir para os estudos sobre financeirização e estudos urbanos na metrópole paulista.

#### REFERÊNCIAS

AALBERS, Manuel B.; FERNANDEZ, Rodrigo. Financialization and Housing: between globalization and varieties of capitalism. **Competition and Change**, v. 20, n. 2, 2016.

ANNENBERG, Flávia Xavier & DE PAULA, Pedro do Carmo Baumgratz. Inovações e alternativas institucionais para a transformação urbana em São Paulo. In: **Eixos de Estruturação da Transformação Urbana: inovação e avaliação em São Paulo**. IPEA. Cap. 7 (p. 251-284). 2016. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/160905\\_livro\\_eixos\\_de\\_estruturacao\\_cap6.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/160905_livro_eixos_de_estruturacao_cap6.pdf)>. Acesso em 02 dez. 2018.

BONDUKI, Nabil. Acordo do Parque Augusta precisa ser avaliado com cuidado. São Paulo: Folha de São Paulo. Publicado em 14 de agosto de 2018.

BRASIL. Medida Provisória nº 700, de 08 de dezembro de 2015: exposição de motivos. Brasília: Diário Oficial da União, 2015.

BRASIL. Consulta pública SPU nº 01/2018, de 16 de novembro de 2018. Brasília: Diário Oficial da União. Publicado no D.O.U. em 21 de novembro de 2018.

BREGA, José Fernando Ferreira. O público e o privado na implantação de planos de renovação urbana. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, v. 4, p. 167, 2014.

CANTISANO, Pedro Jimenez. Políticas urbanas, conflitos sociais e direito de propriedade no Brasil da virada do século XX. In: **Propriedades em Transformação**: abordagens multidisciplinares sobre a propriedade no Brasil. Ungaretti et al. 1ª ed. São Paulo: Blucher, 2018. Disponível em: <https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/propriedades-em-transformacao-abordagens-multidisciplinares-sobre-a-propriedade-no-brasil-1443>. Último acesso: 01 out 2018.

CHRISTOPHERS, Brett. The state and financialization of public land in the United Kingdom. **Antipode**, London, v. 49, n. 1, p. 62-85, 2017.

D'ALMEIDA, Carolina Heldt. A formação do regime de verdade da concessão do espaço urbano: os movimentos da aplicação dos projetos de intervenção urbana no desenho da concessão dos terminais municipais de ônibus em São Paulo. In: Débora Ungaretti; Marília Rolemberg Lessa; Diogo R. Coutinho; Flávio Marques Prol; Iagê Zendron Miola; Tomaso Ferrando. (Org.). **Propriedades em Transformação**: abordagens multidisciplinares sobre a propriedade no Brasil. 1ed. São Paulo: Blucher, 2018, v. , p. 217-240.

DIAS, Nílcio Regueira. A financeirização do solo criado? Uma reflexão sobre as “adaptações” das Operações Urbanas Consorciadas. In: Seminário Internacional Financeirização e estudos urbanos: olhares cruzados Europa e América Latina, 2018, São Carlos. São Carlos: IAU USP, 2018. v. 1. p. 356-374. Disponível em: <https://www.iau.usp.br/seminariofinanceirizacao/wp-content/uploads/2018/06/Anais-seminario-financeirizacao-min.pdf>. Último acesso em 02 dez 2018.

FIX, Mariana. **Parceiros da exclusão**. Duas histórias da construção de uma "nova cidade" em São Paulo: Faria Lima e Água Espraiada. São Paulo: Boitempo, 2001. v. 1. 256p.

\_\_\_\_\_. **São Paulo Cidade Global**: Fundamentos financeiros de uma miragem. São Paulo: Boitempo, 2007. 192p.

HARVEY, David. **Os limites do capital**. Boitempo Editorial, 2015. Publicação original de 1982.

HARVEY, D. **O novo imperialismo**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HAILA, Anne. Land as a financial asset: The theory of Urban Rent as a Mirror of Economic Transformation. **Antipode**: 1988. 20:2, pp. 79-000.

KAIKA, Maria; RUGGIERO, Luca. Land financialization as a “lived” process: The transformation of Milan’s Bicocca by Pirelli. **European Urban and Regional Studies**: 2016. 23 (1), pp. 3-22.

KLINK, Jeroen; DE SOUZA, Marcos Barcellos. Financeirização: conceitos, experiências e a relevância para o campo do planejamento urbano brasileiro. **Cadernos MetrÓpole** (online), v. 19, n. 39, p. 379-406, 2017.

LOON, J. Van; OOSERLYNCK, S.; AALBERS, M. B. Governing urban development in the Low Countries: From managerialism to entrepreneurialism and financialization. **European Urban and Regional Studies**. 2018. Forthcoming.

MARICATO, Ermínia et al. **Preço de desapropriação de terras**: limites as políticas públicas nas áreas de habitação, meio ambiente e vias públicas em São Paulo. Lincoln Institute Research Report: 2000. Relatório de pesquisa.

MILANO, Giovanna Bonilha. **Conflitos fundiários urbanos e Poder Judiciário**. 1ª ed. Curitiba: Editora Ithala, 2017. v. 1. 280p.

NASCIMENTO, Denise Morado; ROMEIRO, Paulo; ROSA, Sara Vieira; MOURA, Rafael Costa de; FRANZONI, Júlia Ávila; MENDONÇA, Pedro. O mecanismo da parceria público-privada como reforma do estado. In: Raquel Rolnik; Paula Santoro; Denise Morado Nascimento; Daniel Medeiros de Freitas; Natacha Rena; Luis Renato Bezerra Pequeno. (Org.). **Cidade Estado Capital**: reestruturação urbana e resistência em Belo Horizonte, Fortaleza e São Paulo. 1ed. São Paulo: FAUUSP, 2018, v. 1, p. 12-37.

PECK, Jamie; THEODORE, Nik; BRENNER, Neil. Mal-estar no pós-neoliberalismo. Tradução de Alexandre Barbosa de Souza, Maria Cristina Vidal Borba. **Novos estudos - CEBRAP** [online]. 2012, n. 92, pp.59-78. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002012000100005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002012000100005&lng=en&nrm=iso)>. Último acesso de 04 out 2018.

PECK, Jamie; WHITESIDE, Heather. Financializing Detroit. **Economic Geograph** 92(3): 235-286, 2016.

PEREIRA, Alvaro Luis dos Santos. **Intervenções em centros urbanos e conflitos distributivos**: modelos regulatórios, circuitos de valorização e estratégias discursivas. 308 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

RIGON, Aline. Cadastros Técnicos para Fins de Desapropriação: O caso do Rodoanel Mario Covas Trecho Norte. São Paulo/ Guarulhos/ Arujá 2012-2015 / A. Rigon -- São Paulo, 2016. 91 p. Monografia (Especialização em Planejamento e Gestão de Cidades) - Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. PECE – Programa de Educação Continuada em Engenharia.

ROLNIK, Raquel. **A Cidade e a lei**: legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo. 3ª ed. São Paulo: FAPESP, Studio Nobel, 2007.

\_\_\_\_\_. **Guerra dos lugares**: a colonização da terra e da moradia na era das finanças. São Paulo, Boitempo, 2015.

ROLNIK, Raquel; ANEAS, Augusto. São Paulo ganha o Parque Augusta, finalmente! E a luta continua! São Paulo: UOL, 10 de agosto de 2018.

ROLNIK, Raquel; COMARU, Francisco; LEITÃO, Karina; LINS, Regina Dulce (Coord). Observatório de Remoções 2015-2017: Relatório final de projeto. São Paulo: FAUUSP, 2017. 238p.

ROLNIK, Raquel; UNGARETTI, Débora. Investigação sobre obra do Rodoanel expõe escândalo das desapropriações. UOL, São Paulo, 03 jul. 2018.

SANTORO, Paula Freire; ROLNIK, Raquel. Novas frentes de expansão do complexo imobiliário-financeiro em São Paulo. **Cadernos Metrópole** (online). 2017, vol.19, n.39, pp.407-431. ISSN 1517-2422.

SANTORO, P. F.; UNGARETTI, D. ; MENDONCA, P. H. R. . '**Destruir**' terra pública no processo de **financeiriza o: o caso de São Paulo**. In: Seminário Internacional Financeiriza o e estudos urbanos: olhares cruzados Europa e América Latina, 2018, São Carlos. São Carlos: IAU USP, 2018. v. 1. p. 38-59. Disponível em: <https://www.iau.usp.br/seminariofinanceirizacao/wp-content/uploads/2018/06/Anais-seminario-financeirizacao-min.pdf>.  ltimo acesso em 02 dez 2018.

SANTOS, Cacilda Lopes dos. **Novas perspectivas do instrumento da desapropria o: a incorpora o de princípios urbanísticos e ambientais**. 231p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

SÃO PAULO (Município). Extrato de contrato - processo n  2018-0.021.832-6. São Paulo: Diário Oficial da Cidade de São Paulo, 2018. Publicado em 11 de agosto de 2018, p. 80.

SILVA, Patrícia Cez rio Silva. Aquisi o de terras e Habita o de Interesse Social. In: **Eixos de Estrutura o da Transforma o Urbana: inova o e avalia o em São Paulo**. IPEA. Cap. 6 (p. 217-249). 2016. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/160905\\_livro\\_eixos\\_de\\_estruturacao\\_cap6.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/160905_livro_eixos_de_estruturacao_cap6.pdf)>. Acesso em 02 dez. 2018.

VILLAÇA, Flávio. **Espaço Intra-urbano no Brasil**. São Paulo: Studio Nobel, 1998.

\_\_\_\_\_. Uma contribui o para a história do planejamento urbano no Brasil. In: DEÁK, C.; SCHIFFER, S. T. R. (orgs.). **O processo de urbaniza o no Brasil**. EdUSP, 1999.

\_\_\_\_\_. São Paulo: segrega o urbana e desigualdade. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 25, n. 71, p. 37-58. Abr. 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010340142011000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142011000100004&lng=en&nrm=iso)>.  ltimo acesso: 01 out. 2018.

# A PROPRIEDADE DESAGREGADA: DIMENSÕES, FUNÇÃO E EXEMPLOS

*Lucas Fucci Amato*  
(USP/ IDP-SP)  
lucasfamato@gmail.com

**RESUMO:** Este trabalho pretende analisar, sistematizar e discutir o conceito de propriedade desagregada, apresentado por Roberto Mangabeira Unger como alternativa à concepção de propriedade (unificada ou consolidada) que prevaleceria como forma institucional dominante em arranjos empresariais estatais, privados ou cooperativos. O texto defende que tal desagregação da propriedade pode ocorrer em três dimensões – quanto à extensão dos direitos (reais, intelectuais, societários ou financeiros), à sua duração ou condicionalidades e quanto aos tipos de titulares – capital estatal e/ ou privado, inclusive de trabalhadores. Esses movimentos são ilustrados por referência a políticas implementadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) na última década, dirigidas a capital de risco (*venture capital*), capital semente e empresas sustentáveis/ negócios de impacto.

**Palavras-chave:** Propriedade empresarial. Propriedade desagregada. Política industrial.

## 1 INTRODUÇÃO

O objetivo do trabalho é sistematizar e exemplificar o conceito de “propriedade desagregada” apresentado por Roberto Mangabeira Unger como alternativa à “propriedade consolidada” ou “unificada” que teria prevalecido no ocidente desde o século dezenove e sequer teria sido superada pela simples troca de donos em outros regimes de economia política: do capitalista privado (inclusive nas sociedades anônimas) a trabalhadores com empregos estáveis (na variante autogestionária) ou ao estado capitalista e burocrático (na variante do socialismo estatista).

O artigo apresenta os exemplos dados por Unger sobre a desagregação propriedade, relaciona esta forma institucional à função estatal de criar mercados ou inovar a economia de mercado e desdobra três dimensões de desagregação da propriedade: a dimensão material (quanto à extensão dos direitos reais ou intelectuais, societários ou financeiros), a dimensão temporal (duração da titularidade) e a dimensão social (perfis dos coproprietários). Essas dimensões são ilustradas por referências a políticas implementadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) na última década, voltadas a capital semente, capital de risco e empresas sustentáveis.

## 2 CONCEITO E EXEMPLOS

As formas proprietárias que teriam prevalecido na organização da atividade econômica – apenas a partir do século XIX – são analisadas por Unger como variantes de “um sistema de direitos de propriedade que assegure a descentralização econômica por meio de reivindicações quase absolutas sobre porções divisíveis do capital social – absolutas na amplitude do exercício e

na continuidade da sucessão temporal” (UNGER, 2001 [1987], p. 124). Essa forma de propriedade – “unificada” ou “consolidada” – congloba reivindicações políticas de gestão e titularidades patrimoniais sob um mesmo titular, seja ele o Estado, seja o empreendedor ou investidor privado (inclusive nas sociedades anônimas), sejam os trabalhadores (nas experiências autogestionárias). Inclusive esta última opção, em geral oposta à sociedade de capitais como alternativa de organização econômica desde o século XIX, é também vista como problemática e insuficiente.

Unger (2004 [1996], p. 190-5) diagnostica na organização das sociedades cooperativas alguns dilemas institucionais que poderiam ser contornados a partir de um esquema de desagregação da propriedade. O cenário adverso é composto por duas forças: temos, de um lado, os direitos enfeixados no conceito unitário de propriedade sendo meramente transferidos para a titularidade dos trabalhadores; de outro, as condições de mercado que, ora por fatores ligados à eficiência do empreendimento e à sua gestão, ora por contingências de setor ou conjuntura, levarão ao sucesso de algumas empresas autogeridas e à eliminação de outras. As duas vertentes de direitos proprietários que a forma societária desagrega – direitos patrimoniais e direitos políticos – permitem na cooperativa um maior controle sobre a remuneração individual (para além da dependência do salário) e sobre a organização do trabalho (hierarquia e funções). E, pelo princípio institucional basilar da sociedade cooperativa, as decisões de investimento voltam-se à expectativa não apenas do maior retorno, mas também de manutenção do emprego.

O resultado esperado é, de um lado, a concentração de capital que a democratização autogestionária pretendia suprimir (os empreendimentos de sucesso comprarão ou eliminarão seus concorrentes) e, de outro, a defesa dos pioneiros instituintes da cooperativa contra novos sócios e o enviesamento das decisões em favor da manutenção de suas posições e empregos, com tendências de subinvestimento crônico e subordinação do capital e da estratégia empresarial a interesses imediatos de percepção de rendas (como teria ocorrido na experiência iugoslava da década de 1970).

Em tempos de crise, há desincentivo a dispensas – já que os trabalhadores são também sócios. Em tempos de bonança, há desincentivo a contratações – já que os novos trabalhadores partilharão do montante de resultado financeiro comum. Cooperativas bem-sucedidas tenderão a buscar flexibilidade dividindo a força de trabalho – uma parcela são sócios, a outra são assalariados comuns. Mas então o princípio autogestionário se vê degradado.

Em resposta a esses dilemas, a obra do autor fornece, de maneira esparsa, exemplos de “desagregação da propriedade”. Apenas em obra recente, porém, tal conceito foi delimitado.

Que os elementos que compõem o direito de propriedade unificado podem ser desmontados e investidos em diferentes tipos de titulares, com pretensões concorrentes



sobre os mesmos recursos, é uma concepção comum na história do direito. De uma perspectiva histórico-comparada, o direito de propriedade unificado representa a exceção em vez da regra. A desagregação da propriedade frequentemente serviu para organizar uma forma hierárquica de divisão social do trabalho, como fez no feudalismo europeu. Ela adquire agora novo significado quando seu propósito é melhorar nossas chances de cooperar, permitindo-nos melhor combinar descentralização do acesso e iniciativa com economias de escala. Mais podem participar se cada um tiver uma pretensão sobre o mesmo conjunto de recursos que seja temporária, condicional ou de outro modo limitada. O direito de propriedade unificado pode continuar a prevalecer em algumas áreas da atividade econômica, permitindo a determinado empreendedor prosseguir a seu próprio risco e segundo suas próprias convicções. Em outras áreas, porém, inclusive aquelas centrais à economia que emerge na esteira do declínio da produção em massa, pode ser crucial prover pretensões paralelas e distintas sobre os mesmos recursos. O benefício direto é alargar o estoque de nossas formas de cooperação. A vantagem indireta é ajudar a criar as condições para uma economia de mercado que não seja mais presa a uma versão única de si mesma. O experimentalismo tem a ganhar tanto direta quanto indiretamente. (UNGER, 2017, p. 88)

Cabe pontuar os exemplos dados por Unger acerca da variedade desses arranjos proprietários.

## 2.1 Empresas comunidade-vila

Tal seria o caso das empresas chinesas do tipo “distrito-vila” ou “comunidade-aldeia” (*township-village enterprises*): no aspecto dos direitos políticos e da governança corporativa, elas combinam o princípio cooperativo de “uma pessoa, um voto” (para os trabalhadores) com o princípio capitalista de “uma ação, um voto”. Assim, trabalhadores, administradores e governos locais congregam direitos residuais em uma titularidade comum. Como alternativa à consolidação dos direitos de propriedade sob a administração central, esse “sistema acionista-cooperativo” poderia ser a base para a expansão de formas de associação entre governos locais, comunidades e empresários privados, sob regimes de alocação descentralizada dos recursos produtivos (UNGER, 1999 [1998], p. 89-91).

## 2.2 Holdings minoritárias

Outro exemplo fornecido por Unger (1999 [1998], p. 78-88) diz respeito a uma proposta para a Rússia pós-comunista: constituir uma série de empresas de participação (*holdings*) superpostas e concorrentes, com participações minoritárias e ampla distribuição das ações. Haveria, no nível nacional e subnacional, um conjunto de empresas de participação. Essas *holdings* participariam justamente das grandes empresas privatizadas, representando os interesses tanto de seus *insiders* (trabalhadores e administradores) quanto dos *outsiders*: governos locais, organizações sociais, acionistas minoritários, investidores estrangeiros. Não seriam meramente instituições transitórias do estatismo ao privatismo, mas sim moldura organizada de uma forma



mais continuada de dispersão da iniciativa econômica (não só como direito abstrato, mas como fruição efetiva), a minorar a dependência do dualismo entre concentração econômica e redistribuição compensatória ou, na escala da firma, entre capacidade competitiva e responsabilidade social.

Segundo a arquitetura imaginada, parcela considerável do parque produtivo teria um caráter de propriedade mista. Cada *holding*, de que participam investidores privados, agências públicas e trabalhadores, teria por sua vez participação considerável, mas não dominante (entre 10 e 30%, por exemplo), em determinadas empresas. Cada empresa seria titularizada por *holdings* com participações maiores e menores. É esclarecedor contrastar tal proposta com a solução autogestionária simples (cooperativa) ou mesmo com a participação direta de uma pluralidade de agentes de diferente perfil (investidores, trabalhadores, governos) no negócio produtivo.

Duas peças desse regime jurídico garantem maior espaço aos trabalhadores em coordenação com os administradores profissionais e os provedores do capital. A primeira consideração é que os trabalhadores são proprietários de ações das *holdings* na sua condição geral de cidadãos – essas *holdings* podem participar das empresas em que eles trabalham, mas não necessariamente. A segunda especificidade é que a força coletiva de trabalho de cada empresa deteria – como propriedade comum e inalienável – uma parcela da participação acionária (20%, por exemplo) na empresa, sendo o restante distribuído às *holdings* e acionistas individuais.

Assim, o mecanismo de teias societárias expande por mais um nível intermediário – uma multiplicidade de sociedades de participação – a dinâmica de múltiplos centros de iniciativa, característica variável de uma economia de mercado, que pode ser mais ou menos democratizada.

### **3 FUNÇÕES DO ESTADO EM UMA ECONOMIA DE MERCADO**

Pode-se considerar que o estado desempenha, em uma economia de mercado, três ordens de funções ou prestações – “serviços” que a política presta ao sistema econômico. Primeiramente, há uma função clássica de *garantia*: a manutenção da ordem de mercado exige uma competição regrada, seja na proteção jurídica – e judicial, se preciso – dos direitos contratuais e proprietários. A esta função se adiciona uma de *regulação*, de disciplina administrativa e quase-judicial, seja na regulação setorial (quanto a serviços especialmente relevantes), seja no controle da concentração econômica (antitruste). A essas funções contrapõem-se uma terceira, de *exceção* direta ao mercado, por meio do planejamento, de monopólios (“exclusivos”) estatais e de empresas estatais.

Em quarto lugar, há uma função de *compensação* do mercado. Essa função desdobra-se, por um lado, na política econômica propriamente dita, mais claramente no caso das políticas anticíclicas. Por outro lado, ocorre por meio da exclusão de certos serviços da provisão privada, ou mais comumente por sua provisão estatal em concorrência com a iniciativa privada. A rigor, essa provisão pode se dar diretamente pela burocracia estatal ou por alguma forma de compensação ou incentivo a organizações privadas que forneçam tais serviços e bens. Do mesmo modo podem ser políticas mais universalistas (incluindo “subsídios cruzados” para populações mais vulneráveis) ou mais focalizadas (apenas incluindo tais populações como beneficiárias). De qualquer forma, a justificativa é cobrir setores da população que poderiam ter maiores dificuldades em acessar tais bens ou serviços a preço de mercado.

O conceito de propriedade desagregada remete a formas institucionais voltadas à democratização da economia de mercado do lado da oferta – isto é, do acesso aos recursos para empreender. Aqui, o estado, em vez das funções de excepcionar o mercado (pela atuação como empreendedor e planejador), regulá-lo (estabelecendo marcos e incentivos para a iniciativa privada) ou compensá-lo (por políticas anticíclicas ou sociais), assume uma função de *inovação ou criação de mercado*, ajudando a descentralizá-lo, expandindo e qualificando os agentes.

Assim como pode expandir o mercado do lado da demanda, incluindo consumidores (por meio de crédito, transferências fiscais ou políticas que configuram “salário indireto”), o estado atua no desbravamento de novos nichos de mercado: por exemplo, quando financia a pesquisa tecnológica, básica ou aplicada, quando institucionaliza as formas do direito privado ou quando apoia (por coordenação estratégica, investimento direto, apoio gerencial, transferência tecnológica, proteções tarifárias, subsídios, incentivos ou isenções fiscais/ tributárias) a expansão de empreendimentos, como no clássico argumento da indústria nascente.

No caso, a desagregação da propriedade é uma forma institucional que permite desenvolver a colaboração entre múltiplos agentes – sobretudo na direção de uma economia mista. Essa ferramenta pode ser aplicada principalmente em vista da expansão das formas de capitalização de negócios de menor porte, destacado potencial inovativo e/ ou especial impacto na inclusão produtiva ou solução de problemas ambientais.

#### **4 DIMENSÕES DA DESAGREGAÇÃO PROPRIETÁRIA**

As políticas de propriedade (nas quais se inclui a ferramenta jurídica da desagregação) precisam dar respostas alinhadas ao entendimento de que o direito de propriedade – em geral identificado ao patrimônio de pessoas naturais ou jurídicas – não se reduz mais à dimensão

civilística de bens imóveis, nem à dimensão comercial do estabelecimento, da reputação e da propriedade intelectual. Inclui créditos, títulos, ações, garantias, valores mobiliários e ativos em geral.

Analiticamente, a proposta deste trabalho é desdobrar o conceito de desagregação da propriedade em três dimensões.

#### 4.1 Dimensão material

A primeira dimensão da desagregação proprietária, a dimensão material, diz respeito à amplitude dos direitos sobre um conjunto de ativos: pode ocorrer na forma da substituição da propriedade unificada por formas fragmentárias de direitos reais (ou, analogamente, quanto à propriedade intelectual<sup>1</sup>); na forma da constituição de diferentes espécies e classes de participação societária (como quando o estado mantém ações de classe especial – *golden shares* – em sociedades de economia mista); ou na forma do financiamento, com a constituição de diferentes fundos de capital de risco, investimentos de impacto ou *private equity*.

No plano do financiamento, como na proposta de um “fundo rotativo de capital”, de Unger (2001 [1987], p. 339-53, 364-7), trata-se de desdobrar a titularidade de ativos em três níveis, instituindo um nível crítico de mediação – em sua proposta, trata-se de fundos concorrentes instituídos pelo fundo central de capital. Os empreendedores privados buscariam recursos nesses fundos competitivos irrigados de recursos de um fundo central. Os fundos competitivos deteriam nos empreendimentos investidos faculdades parciais, originárias da decomposição do feixe de direitos unificados sob um direito de propriedade (RODRIGUEZ, 1998).

Um experimento realizado pouco tempo depois dessa teorização é bastante aderente a tal modelo e elucidativo sobre suas formas de implementação. Assim é que em 1994 a Finlândia instituiu, com recursos da privatização de companhias estatais, um fundo de capital de risco totalmente estatal; era um *fundo de fundos*, isto é, um investidor em fundos majoritariamente privados. Tal estratégia de diversificação dos investimentos permitia minorar os riscos e confiar nos controles informacionais de um regime competitivo. Ao mesmo tempo, foram estabelecidos fundos regionais de capital de risco. Arranjos semelhantes de *venture capital* liderado pelo estado eram visíveis nos anos 90 nas principais economias do norte global (OECD, 1997). Apenas onde há

---

<sup>1</sup> Unger (2018, p. 125-34) propõe que, entre o regime de propriedade intelectual unificada (patentes e *copyright*) e o regime de acesso aberto, domínio público e licença *Creative Commons*, possam se desenvolver formas de propriedade intelectual como fundos públicos não governamentais dos quais participassem os diversos coautores que contribuíram para determinada inovação (indivíduos, instituições de pesquisa, empresas); inclusive, tais fundos poderiam administrar prêmios de inovação. A propriedade intelectual absoluta, portanto, seria apenas uma das formas de incentivo e recompensa à inovação.

abundância de capital privado para investimento em diversas fases da empresa o governo pode cingir-se a uma atuação indireta, de regulação e estímulo sobre o mercado de capitais. As lacunas de financiamento exigem atuação direta, mas esta não se resume a uma intervenção que suprima o mercado e a gestão profissional em nome do planejamento ou da concentração estatizante.

Na política liderada pelo BNDES e estudada por Zanatta (2014), há posição análoga de um captador e gestor do fundo, a vincular investidores de primeiro grau (especialmente, capital público) e empreendedores em busca de capitalização para acelerar e dar escala a seus projetos. No caso brasileiro, temos um exemplo de política pública estruturada em arranjo com basicamente três níveis de organizações no programa CRIATEC. No primeiro nível, temos os investidores públicos iniciais, que aportaram cem milhões de reais no fundo de investimento mútuo: 80% a BNDESPAR (BNDES Participações S.A.) e 20% o Banco do Nordeste. O centro aqui é o fundo de investimentos, em torno do qual orbitam o gestor nacional selecionado, uma administradora financeira e a própria Comissão de Valores Mobiliários.

O nível intermediário é o dos consultores regionais, agentes privados responsáveis por identificar empreendimentos emergentes junto a ecossistemas de inovação, como universidades, feiras, associações, parques tecnológicos, agências de inovação, incubadoras e aceleradoras de empresas. É aqui que a política ganha capilaridade e descentralização (FERRAZ, 2013). A contratação dos consultores regionais obedeceu a decisão autorizada por assembleia dos quotistas (BNDES e BNB). A função desses consultores, contratados como pessoas jurídicas pelo fundo CRIATEC (também pessoa jurídica), foi não apenas prospectar os negócios a serem apoiados – como que especializando “fundos locais” para cada região –, mas também fornecer assessoria tecnológica, gerencial, contábil, jurídica às empresas investidas. Daí a necessidade de estarem próximos de cada firma a ser acelerada (terceiro nível).

Entretanto, o que se verifica neste caso é que o nível crítico de mediação – entre os recursos estatais e as empresas privadas investidas – não é composto por fundos múltiplos. Assim, os bancos estatais (BNDES e Banco do Nordeste) não funcionam como “fundo de fundos”, como que em um nível de segunda ordem do mercado financeiro (exemplificado pelo caso finlandês mencionado). Aqui, os dois bancos públicos apenas contrataram consultores privados em cada região para selecionar e apoiar as empresas investidas; esses consultores atuaram como uma *longa manus* dos bancos em seu papel de investidor relacional, ajudando as empresas a ganharem maturidade. Mas o princípio de fundos múltiplos não foi propriamente concretizado. A teia contratual – formada pelo regulamento do fundo de investimento, pelo acordo de acionistas e pelos contratos de investimento – não evoluiu na direção de uma propriedade compartilhada por

parte dos fundos intermediários; entretanto, garantiu ao estado e ao gestor privado do fundo participação em instâncias decisórias como os comitês de investimento, de gestão e de aconselhamento interno.

#### 4.2 Dimensão temporal

A segunda dimensão da desagregação é temporal. Faz referência a direitos temporários ou condicionais: como no caso dos fundos de capital semente e capital de risco, com cronogramas de investimento e desinvestimento alinhados à maturação do negócio.

Notem-se as dificuldades de consolidação das empresas portadoras de futuro no mercado brasileiro, em comparação com os Estados Unidos, onde a regulação limitou o papel dos bancos, os regimes de governança corporativa são mais coordenados e, ao mesmo tempo, o mercado de capitais é muito mais denso, disperso e garante maior liquidez aos papéis. Daí emergir a alternativa de posicionar o BNDES como o próprio capitalista de risco (*venture capitalist*), mimetizando a falta deste agente de mercado ao mesmo tempo em que estimula o surgimento desses agentes e produz paradigmas para sua atividade (SCHAPIRO, 2009).

Cooperando com investidores privados, parceiros em fundos de investimento, o banco lança as bases não apenas para atuar como investidor temporário no nível de cada empreendimento (com a dinâmica de desinvestimento típica do capital de risco), mas também preparando o terreno para ter uma atuação progressivamente supletiva, e não dominante, no mercado de capital de risco que ajuda a estruturar. Em vez de exceção ao mercado, a atuação deste ente público representa uma indução à criação de mercado, usa sobretudo instrumentos de direito privado e tem duração de médio prazo, com saída pré-planejada (desinvestimento). Daí a dupla atuação do BNDES: como investidor (por crédito, participação societária ou até recursos não reembolsáveis) e como organizador e indutor da auto-organização de um mercado de investimentos ainda carente de recursos. A participação acionária, com a expectativa de receber dividendos, pode ser até mais conveniente neste caso do que a assunção de dívidas, já que se trata de empresas ainda não estabelecidas, com poucas condições de dar garantias para empréstimos (SCHAPIRO, 2009).

A dosagem temporal dos investimentos e desinvestimentos é o ponto-chave desta dimensão de desagregação da propriedade. A participação estatal é programada para ocorrer apenas na fase de aceleração do negócio. Pode-se contrastar tal política com a alienação da propriedade em casos de estatização/ nacionalização ou de desestatização/ privatização, pensados como transferências de titularidade de uma vez por todas, agora e para sempre.

### 4.3 Dimensão social

A terceira dimensão da desagregação dos direitos proprietários é a social: diz respeito à variedade de titulares dos ativos, incluindo investidores privados, agências e bancos públicos e comunidades locais organizadas cooperativamente. Aqui, o caso das “parcerias público-privado-comunitárias (PPPCs)” emerge como experiência ilustrativa (AMATO, 2018). Elas surgem como forma institucional propícia à estruturação de um novo mercado financeiro: aquele dos “investimentos de impacto” (social e/ou ambiental).

Meu estudo de caso (KAETÉ INVESTIMENTOS, 2018; CAVALCANTE, 2017) diz respeito à atuação de uma gestora de fundos de investimentos privados (*private equity*, capitalização de empresas não listadas em bolsa de valores) em empreendimentos na região amazônica. A estruturação societária da companhia é programadamente dinâmica. Os diversos sócios são públicos, privados e comunitários, isto é, bancos e agências estatais (autarquias), investidores privados (fundo de investimentos constituído como condomínio fechado) e (sociedade) cooperativa. Participam do conselho gestor e da distribuição de dividendos, tendo voz na estratégia e no planejamento empresarial. No caso analisado, o BNDES foi o investidor-âncora no âmbito do primeiro Fundo de Investimentos em Participações em Empresas Sustentáveis na Amazônia, lançado em 2012. Tal modelo deu origem, por exemplo, a um empreendimento na cadeia produtiva da suinocultura e a outro na cadeia da piscicultura.

A estruturação de uma agroindústria de médio porte permite ultrapassar os limites de eficiência e competitividade da agricultura familiar ou da pequena empresa industrial. O impacto social produzido vai além da geração de emprego e renda na forma de salário ou pagamento por serviço. Além da remuneração assalariada, os trabalhadores elevam seus rendimentos por meio da participação acionária da cooperativa na sociedade anônima. Assim, é possível que tenham um retorno das etapas de maior agregação de valor no processo produtivo (*e.g.* processamento e comercialização da proteína animal) – para além das fases de criação dos animais (*e.g.* engorda do peixe) para as quais são contratados. Há, ainda, o impacto ambiental: a produção intensiva em tecnologia permite ocupar área reduzida em comparação com as atividades atrativas na região, como a exploração da madeira, o extrativismo tradicional ou a pecuária extensiva. Gera-se maior valor com a floresta em pé e reforça-se junto aos sócios-fornecedores a obrigação de não desmatar. Para não dependerem exclusivamente dos rendimentos do negócio e de suas oscilações sazonais (ambientais-naturais e econômicas), os fornecedores podem ser também pequenos produtores de outros bens e serviços integrados ao respectivo bioma; são, nesse sentido,

qualificados para implantarem em suas propriedades sistemas agroflorestais. E uma articulação do governo estadual permite a comercialização de serviços ambientais, com créditos de carbono geridos por bancos como o KfW, banco alemão de desenvolvimento (as reduções certificadas de emissões funcionam como derivativos negociáveis por contrato de *hedge*).

Note-se que aqui há uma pluralidade de formas proprietárias: a cooperativa é sócia do empreendimento, mas este dificilmente poderia atingir a escala que obteve e o acesso a distribuidores (como grandes cadeias de supermercado no país) apenas se atendo a tal formato de sociedade. Ao lado da cooperativa, o fundo de *private equity* e os entes estatais detêm participação acionária e são cruciais para prover recursos e acelerar o negócio.

Há até mesmo uma atenuação do contraste entre acionistas e partes interessadas (*stakeholders versus shareholders*), uma vez que considerável parcela dos interessados, daqueles envolvidos nas externalidades (positivas e negativas) geradas pelo empreendimento, está internalizada nos âmbitos de gestão – além de investidores externos, está representado o estado, potencialmente em diversos níveis de governo, assim como a comunidade local e os trabalhadores, na forma de empresários da região e da cooperativa sócia do empreendimento.

## 5 CONCLUSÃO

Aplicada ao setor produtivo, a forma de propriedade que unifica uma série de faculdades sob titularidade absoluta, perpétua e limitada, conferindo a um grupo reduzido de pessoas o domínio sobre recursos produtivos, permite ganhos de eficiência e economias de escala. Reproduz, porém, um grande contraste entre incluídos e excluídos: grandes empresas com acesso a mercados, crédito e tecnologia, mas empregabilidade decrescente; um vasto setor de desempregados, trabalhadores informais e precários, pequenas e médias empresas com baixa produtividade, escala artesanal e organização rudimentar, empreendedores sem capital para dar vazão produtiva a inovações e estratégias.

O desenvolvimento das formas de desagregação da propriedade pode levar à estruturação de um esquema multinível de financiamento (como no exemplo dos fundos rotativos de capital), com a participação temporária de certos investidores-chave (como fundos de investimento privados ou bancos públicos) e a combinação de investimentos e rentabilidade para uma série variada de empreendedores, investidores e trabalhadores (como no caso das parcerias público-privado-comunitárias).

Em geral, essas formas de desagregação proprietária são voltadas a contornar a dificuldade de obter a partir do mercado de capitais estabelecido recursos suficientes para empresas

pequenas e médias de potencial inovativo e/ou especial impacto social ou ambiental. As políticas aqui exemplificadas dão passos nessa direção. A forma avançada da desagregação da propriedade, porém, seria aquela que garantisse “regimes alternativos de propriedade privada e social” (UNGER, 2010 [2007], p. 183): da propriedade unificada, consolidada, em que apenas certos investidores ou empreendedores assumem por si todos os riscos do negócio, até as formas de desagregação da propriedade. Aqui, ter-se-ia que evoluir de programas governamentais e políticas públicas ocasionais para a instituição de mecanismos perenes de coordenação público-privada, com estruturação capaz de lhes dar competência técnica, higidez administrativa e legitimação democrática para agir na dispersão dos investimentos produtivos.

Assim organizada, a economia de mercado poderia se aproximar da visão republicana de uma democracia de cidadãos proprietários (*property-owning democracy*) (AMATO, 2016) – modelo segundo o qual o ideal seria que a renda de todos os cidadãos fosse em parte obtida no mercado e em parte derivada de juros, aluguel ou dividendos. Por um lado, essa ampla distribuição da riqueza, das titularidades de ativos, altera a distribuição primária da renda e da riqueza, contrapondo-se à redistribuição meramente compensatória, pela tributação progressiva e políticas sociais. Por outro lado, a forma institucional de expansão dessas titularidades vai além da pequena propriedade familiar, em geral retrógrada em termos tecnológicos, gerencias e mesmo culturais. Haveria uma expansão horizontal das formas de financiamento e de coordenação estratégica entre investidores e empreendedores.

Na prática (UNGER, 2018, p. 116-25; 1999 [1998], p. 149-62, 166-8), esses arranjos poderiam ser desenvolvidos a partir das políticas de concorrência cooperativa verificadas na agricultura e na indústria. Assim, entidades intermediárias de colaboração técnica e financeira entre estado e empresas privadas poderiam evoluir para a instituição de fundos que utilizassem recursos de poupança compulsória, como aqueles advindos do sistema previdenciário. Alguns fundos emprestariam recursos mantendo-se distanciados da zona de titularidade, risco e responsabilidade dos empreendedores – como no direito de propriedade tradicional; outros fundos poderiam atuar como investidores relacionais, compartilhando recursos financeiros, comerciais e tecnológicos.

## REFERÊNCIAS

AMATO, Lucas Fucci. Formas proprietárias para a inovação e inclusão produtiva: estudo de casos de política industrial. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)**, vol. 113, 2018.



\_\_\_\_\_. Os direitos de propriedade como instituição para o desenvolvimento democrático. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)**, Rio de Janeiro, n. 30, pp. 322-338, 2016.

CAVALCANTE, Yago Oliveira. **SROI, Social return on investment: o retorno social sobre investimento, uma abordagem na análise financeira de projetos de investimento**. 2017. Trabalho de formatura (Engenharia de Produção) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo.

FERRAZ, Max Benjoi. **O setor público e o venture capital: um estudo de caso do Criatec**. 2013. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

KAETÉ INVESTIMENTOS. **Investimentos**. Disponível em: <<http://www.kaeteinvestimentos.com.br/>>. Acesso em 21 mar. 2018.

OECD. **Government venture capital for technology-based firms**. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 1997.

RODRIGUEZ, Caio Farah. **Disaggregation with a purpose: Roberto Unger's rotating capital fund**. 1998. Dissertação (Mestrado em Direito) – Harvard University, Cambridge, MA.

SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos parâmetros para a intervenção do estado na economia: persistência e dinâmica na atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo.

UNGER, Roberto Mangabeira. **A economia do conhecimento**. Tradução de Leonardo Castro. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

\_\_\_\_\_. **O Movimento de Estudos Críticos do Direito: outro tempo, tarefa maior**. Tradução de Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017 [2014].

\_\_\_\_\_. **A reinvenção do livre-comércio: a divisão do trabalho no mundo e o método da economia**. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2010 [2007].

\_\_\_\_\_. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004 [1996].

\_\_\_\_\_. **Política: os textos centrais**. Edição de Zhiyuan Cui. Tradução de Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo; Chapecó: Argos, 2001 [1987].

\_\_\_\_\_. **Democracia realizada: a alternativa progressista**. Tradução de Carlos Graieb, Marcio Grandchamp e Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo, 1999 [1998].

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. **Direito, desenvolvimento e experimentalismo democrático: um estudo sobre os papéis do direito nas políticas públicas de capital semente no Brasil**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

# A EROÇÃO DO ITR: DA FUNÇÃO SOCIAL DO IMÓVEL RURAL À INEFICÁCIA TRIBUTÁRIA

*Marcelo Bloizi Iglesias*  
(Universidade Federal da Bahia - UFBA)  
marcelobiglesias@hotmail.com

*Arthur Tadeu Argôlo de Oliveira*  
(Faculdade Regional de Alagoinhas - UNIRB)  
arthurargolo11@gmail.com

**RESUMO:** Este artigo busca demonstrar o subaproveitamento do ITR e o desvirtuamento da sua função pelo Estado, por isso o fenômeno é chamado de erosão no presente trabalho. O objetivo desta pesquisa é demonstrar que o ITR é ineficaz, pois não contribui para a política agrária do país e sua arrecadação é irrisória. O marco teórico deste trabalho é a sociologia fiscal de Pedro Humberto Bruno de Carvalho Júnior. A pesquisa seguirá a linha crítico-metodológica e a vertente jurídico sociológico com a utilização do tipo jurídico diagnóstico no segundo capítulo por terem sido inseridas no texto percepções dos autores da pesquisa por ser uma abordagem preliminar de uma pesquisa que ainda está se desenvolvendo. A função social do imóvel rural é estudado no primeiro capítulo do desenvolvimento sob o viés da agroecologia, no segundo capítulo do desenvolvimento a eficácia sociológica do ITR é apresentada tanto pela ótica fiscal como da extrafiscal.

**Palavras-chave:** Direito Agrário. Função social do imóvel rural. Imposto sobre a propriedade territorial rural.

## 1 INTRODUÇÃO

O artigo tem como tema a discussão do Imposto sobre a propriedade territorial rural que é esquecido pela doutrina e ainda carece de maiores pesquisas no Brasil. Por a maioria da população brasileira assim como as faculdades de direito estarem nas regiões urbanas, são raras as pesquisas sobre o imposto a que se dedica este trabalho.

O potencial deste imposto para colaborar com a política agrícola do país é ponto nevrálgico nas discussões sobre direito a propriedade, função social da propriedade e seus desdobramentos sobre o imóvel rural. Assim a presente pesquisa tem o condão de trazer reflexões sobre a função social do imóvel rural e a sua aplicação para uma tributação do ITR em conformidade com a Constituição Federal. As tensões entre os atores sociais dentro da administração pública na Bahia, mantendo a tradição dos *caudillos* do nordeste, foram diagnosticadas para os problemas com a tributação do ITR na região.

No primeiro capítulo de desenvolvimento será apresentada a função social do imóvel rural na lei e um diagnóstico sobre o que pode ser considerado função social, mas que não deveria ser considerado. A legislação será utilizada para a apresentação dos requisitos dispostos nela para a sua aplicação na seara tributária.

No segundo capítulo do desenvolvimento a ideia de função social do imóvel rural será trazida para o contexto do ITR. Serão apresentadas as dificuldades de aplicação do Imposto nos moldes da Constituição Federal e legislação específica.

O Imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR) se submete a um aumento de alíquotas por sua função extrafiscal quando considera o grau de utilização da terra. Assim, o problema que esta pesquisa busca entender o que é a função social da propriedade, diretamente vinculada à extrafiscalidade do ITR, e os reflexos na sua arrecadação.

O objetivo da pesquisa é demonstrar que a extrafiscalidade do ITR está uma norma ineficaz, assim como a sua exação para a formação da poupança tributária pela administração pública que não alcança seus objetivos sociais e econômicos do Estado Social.

A hipótese que se parte neste trabalho é que a função social do imóvel rural deve observar o aproveitamento racional e adequado do solo, portanto, as formas de exploração de atividade econômica que prejudique o solo devem ser desconsideradas, ainda que a fiscalização do uso pela administração pública não esteja sendo feito de maneira satisfatória.

A pesquisa seguirá a linha crítico-metodológica e a vertente jurídico sociológico porque o fenômeno jurídico será compreendido de forma mais ampla ao dialogar com outras áreas do conhecimento. No segundo capítulo do desenvolvimento a pesquisa foi do tipo jurídico diagnóstico por conter percepções dos autores.

## **2 FUNÇÃO SOCIAL DO IMÓVEL RURAL**

A função social da propriedade rural é o centro da discussão no direito agrário, quiçá a propriedade seja a função social, mas, com certeza, elemento estrutural do conceito de propriedade (MARQUES; MARQUES, 2017, p. 35). O fortalecimento da função social da propriedade como princípio de dimensão constitucional, após ser inserido explicitamente no sistema jurídico pelo Estatuto da Terra criado no início do governo militar. Esta mesma lei concentrou na seara federal a promoção de política agrícola do país, com um discurso desenvolvimentista da propriedade rural com a criação dos Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (IBRA) e Nacional de Desenvolvimento Agrário (INDA), que, posteriormente, foram substituídos pelo Instituto Nacional da Colonização e Reforma Agrária (INCRA) (FARIAS et al, 2018, p. 398), que concentrou as suas atribuições.

Os requisitos legais previstos no Estatuto da Terra para que se verificasse a atribuição de função social à propriedade estão previstos no §1º do artigo 2º e tratam de bem estar de proprietários e trabalhadores que trabalham naquela terra, produtividade da terra em níveis satisfatórios, conservação de recursos naturais e obediência à legislação trabalhista nas relações estabelecidas no imóvel rural (BRASIL, 1964). Na Constituição Federal de 1988 a função social da

propriedade rural está no artigo 186 em que os requisitos previstos no Estatuto da Terra são reafirmados.

O que se verifica é que, muito embora esteja em voga no campo jurídico a discussão sobre a função social da propriedade, como lei esta não alcançou o seu objetivo dentro de uma Constituição Federal dualista, pois a reforma agrária nunca aconteceu no Brasil ao tempo que o incentivo à produção pelos proprietários sobre latifúndios se fortaleceu no país.

A concentração de terras desde 1988 tem aumentado no país pela possibilidade de aquisição de terras por pessoas jurídicas com sede no Brasil e de capital majoritariamente estrangeiro que passaram a ter mesmo tratamento que as pessoas jurídicas de capital nacional e pessoas físicas brasileiras, o que se identifica como um processo de liberalização econômica experimentada pelo país nas décadas de 1990 e 2000 (COUTINHO *et al*, 2018, p. 223). Somado a esta possibilidade de investimento, o Estado da Bahia sofre com a grilagem de terras através de novas formas como o georreferenciamento (ASSOCIAÇÃO DE ADVOGADOS DE TRABALHADORES RURAIS NO ESTADO DA BAHIA, 2017, p. 20-23).

Ainda que a doutrina utilize o termo função social da propriedade rural, entende-se que o uso da palavra propriedade é restritivo, porque muitas das relações estabelecidas no imóvel rural não são de propriedade e, ainda sim, atribuem à terra função social ao imóvel rural. Os contratos de arrendamento e de usufruto sobre o imóvel rural, por exemplo, trazem a função social ao imóvel e não ao direito de propriedade que pode sequer existir na relação firmada, razão pela qual, nesta pesquisa decidiu-se, daqui por diante pela utilização do termo função social do imóvel rural.

Pois bem, delimitada a questão terminológica passemos ao exame do seu conteúdo. A função social do imóvel rural está inserida no Sistema Constitucional Tributário brasileiro, pois tem impacto extrafiscal nos impostos sobre a propriedade imobiliária e rural. Como está na Constituição Federal que a função social do imóvel rural significa o aproveitamento racional e adequado.

A abertura semântica trazida por esses termos é proposital para a historicização dos mesmos. Neste diapasão, o cultivo de Eucalipto na região de Alagoinhas/BA pode ser considerado aproveitamento racional e adequado do imóvel rural? Reitere-se que, o capital que investe na criação desses desertos verdes é o mesmo das elites locais que ocupam os cargos da administração pública.

A função social do imóvel rural decorre das relações com a terra que não podem satisfazer apenas os interesses econômicos de particulares, mas da coletividade. Deste modo, o plantio de

culturas que prejudicam o solo e que não vêm acompanhadas de um tratamento adequado repercute no patrimônio jurídico de um número indefinido de pessoas, afinal, o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado é garantido constitucionalmente no artigo 225, como direito coletivo.

Assim, a exploração de culturas vegetais como o eucalipto, para esta pesquisa, não representa o cumprimento do requisito da função social da propriedade do imóvel rural, pois, o plantio desacompanhado de um trabalho de recuperação do solo traz mais efeitos deletérios à sociedade do que benefícios com a circulação de riquezas promovidas pelo titular dos direitos sobre aquela terra. A função social do imóvel rural deve ser compreendido pelo viés da agroecologia e não pelo uso irresponsável do agronegócio.

Com isso, a discussão sobre a função social do imóvel rural e a delimitação sobre o conteúdo, apenas se fez um diagnóstico nesta pesquisa de que a utilização para fins comerciais do imóvel rural com plantio de eucalipto não pode ser considerado atribuição de função social, somente quando for acompanhado por um trabalho de recuperação do solo.

### **3 A INEFICÁCIA DO ITR**

A função social do imóvel rural é de grande importância para as discussões a respeito do ITR, afinal, trata-se de um imposto extrafiscal e a sua quantificação oscila de acordo com a utilização do imóvel. Neste sentido, a utilização deve obedecer ao aproveitamento racional e adequado da propriedade.

O ITR tem como função precípua a colaboração com a política agrícola do país, portanto, uma função extrafiscal que, por sua vez, tem por fim induzir comportamento dos administrados que se relacionam com o imóvel rural. A sua extrafiscalidade está atrelada à atribuição de função social ao imóvel rural, desde o Estatuto da Terra que permitia a progressividade e regressividade tributária (FARIAS et al, 2018, p. 399).

O ITR, por outro lado, pode ter também uma função fiscal, que consiste na arrecadação de imposto para os cofres públicos. Esta pode ser mais aguda e contribuir com a arrecadação e formação da poupança estatal, não obstante o sistema tributário brasileiro privilegie a tributação sobre o consumo e circulação de riquezas. A tributação da propriedade da terra, seja ela urbana ou rural, não representou 0,44% de participação da arrecadação em relação ao Produto Interno Bruto no Brasil no ano de 2014 (CARVALHO JÚNIOR, 2017, p. 213). Estes números seguem o fluxo do que os países em desenvolvimento fazem, já que existe a dificuldade de cobrança do imposto, fiscalização e da avaliação da propriedade tributada (BIRD; SLACK, 2006).

No estado da Bahia, mais especificamente na região de Alagoinhas, situada a aproximadamente 120 quilômetros ao norte de Salvador, a tributação da propriedade rural tem sido ineficaz em relação ao ITR. A aplicação deste imposto tem sido feita com a função meramente fiscal, o que desvirtua o disposto no sistema constitucional tributário brasileiro sobre a forma como este tributo deve ser exigido, qual seja, em consonância com a política agrícola de modo a evitar a permanência de imóveis rurais improdutos.

O imposto territorial rural é de competência federal, mas pode sofrer um processo de descentralização quando a responsabilidade tributária é transferida para o município. Como o país tem dimensões continentais, a municipalização do ITR apareceu como uma alternativa para facilitar o processo de fiscalização e arrecadação tributária. É de se destacar que, os municípios que formalizarem a opção pela celebração do convênio do ITR com a Receita Federal ficarão com a receita integral do imposto, o que é garantido pela Constituição Federal e farão o lançamento tributário de ofício o que, se bem feito, pode ter um impacto importante para o desenvolvimento do país, não só pelos recursos arrecadados, mas pelas informações que a administração pública terá a sua disposição sobre os imóveis do país.

Deste modo, o problema da municipalização do ITR é verificado pela vontade política em avocar a função e permanecer inerte quanto a adequada fiscalização dos imóveis rurais da região, uma vez que há uma verdadeira confusão de interesses entre quem gere a administração pública, esta última titular do crédito público a ser perseguido, e os latifundiários da região que não atribuem função social à propriedade, mas são os coronéis no interior da Bahia. Mais grave ainda, se valem da abertura semântica que o termo função social da propriedade, leia-se, imóvel rural, e destroem o solo causando danos à coletividade.

Atualmente, o fenômeno da municipalização do ITR não tem gerado os resultados esperados para a otimização da arrecadação para evitar a manutenção de imóveis rurais improdutos. A utilização dos dados dos cartórios de registro de imóveis, que é municipal, mas ainda muito precários na região de Alagoinhas e interior da Bahia, não conseguem alimentar com dados suficientes a municipalidade para a exação tributária.

Caso o município escolha não celebrar o convênio acima mencionado, o ITR continua sob responsabilidade da União através da Receita Federal do Brasil. Deste modo, o lançamento do ITR ocorre por homologação quando a administração pública necessita que o contribuinte, anualmente, preste informações essenciais e necessárias para a constituição do crédito tributário. Essas informações podem nem mesmo serem fiscalizadas, já que a homologação do lançamento ocorre tacitamente após o quinquênio legal.

O contribuinte que declara o ITR no sítio virtual da Receita Federal do Brasil preenche informações no sistema que alimentam um banco de dados chamado Cadastro de Imóveis Rurais (CAFIR) onde estão cadastrados 7.442.515 imóveis junto à Receita Federal (FARIAS et al, 2018, p. 404). Já o INCRA tem o seu banco de dados que é o Sistema Nacional de Cadastro Rural do Incra (SNCR) onde estão cadastrados apenas 5.766.542 imóveis. A lacuna entre os bancos de dados federais sobre imóveis rurais é imensa e demonstra que eles não se comunicam entre si, o que seria essencial para a apuração mais próxima da realidade.

A progressividade de alíquotas do ITR deve observar a área do imóvel rural. A extrafiscalidade, por seu turno, considera o grau de utilização do imóvel rural para aumentar alíquotas de modo a forçar o contribuinte a atribuir função social à propriedade através do maior aproveitamento da área. Em suma, deve ser atribuído tratamento isonômico aos contribuintes, observando a sua capacidade econômica desde que não haja expropriação tributária (FARIAS *et al*, 2018, p. 400), com isso os imóveis rurais improdutivos serão desestimulados (LOUBET, 2017, p. 403).

Ora, já que se trata de um imposto extrafiscal, como definir se a alíquota aplicada progressivamente para desestimular a manutenção de imóveis rurais é confiscatória se o Imposto sobre Produto Industrializado (IPI) incidente sobre cigarros é de 361%? Os efeitos sociais da concentração fundiária no país são graves a ponto de justificar o aumento de alíquotas do ITR para além dos 20% previstos na Lei Ordinária n. 9.393/96. Os dados do Censo Agropecuário do IBGE de 2006 estimam que 47,86% dos imóveis rurais possuem menos do que 10 hectares e ocupam 2,36% das terras, por outro lado 0,91% dos estabelecimentos rurais com mais de 1000 hectares concentram 44,42% das terras (BUFFON, 2014, p. 230).

O ITR foi instituído com o Estatuto da Terra em 64, portanto, antes mesmo do Código Tributário Nacional. Antes da Lei n. 9.393/96 que foi criada de modo a privilegiar o Agronegócio, a alíquota máxima diminuiu de 36% para 20%, assim como extinguiu o Valor da Terra Nua mínimo (VTNm) e, por fim a substituição de três tabelas de alíquotas para apenas uma, o que implicou na desconsideração da regionalização do ITR. As normas extrafiscais tem como fundamento a redução das desigualdades regionais (BOMFIM, 2015, p. 92-93), motivo pelo qual a substituição das tabelas por uma para todo o país foi prejudicial para as regiões com menor desenvolvimento econômico, uma vez que as dinâmicas das relações ali estabelecidas foram desconsideradas.

Com a exploração predatória do solo e concentração de riquezas pelo capital nacionalizado, o retorno da arrecadação do ITR é ínfimo em relação ao seu potencial, já que representou apenas 0,04% da carga tributária brasileira no ano de 2011 segundo dados do DIEESE

e SINDIFISCO NACIONAL (2013, p. 15). Já nos anos de 2016 e 2017 a participação relativa do ITR no total das receitas federais arrecadadas foi de apenas 0,10% segundo dados fornecido pela própria Receita Federal do Brasil.

A extrafiscalidade do ITR é criticada por parcela da doutrina quando esta alcança o efeito confiscatório que, como princípio, tem o conteúdo constantemente historicizado para se adequar à realidade espacial e temporal. A tradição jurídico-formal do direito tributário, que se extrai da interpretação do artigo 118 do Código Tributário Nacional, é aparentemente um limitador para a intromissão do Estado no patrimônio do particular, contudo, a definição do que é tributação com efeito confiscatório varia com o tempo.

O principal substrato econômico da tributação no Brasil é a renda como nos países de tradição liberal na economia, quando os cidadãos tem a liberdade de consumo por deterem os meios de produção. Quanto ao segundo substrato econômico da tributação ele pode ser o consumo ou o patrimônio. É comum os países com viés liberal adotarem o consumo como substrato secundário de tributação com a alíquotas aplicadas sobre os produtos negociados e desconsiderando a capacidade econômica do contribuinte. Os países que adotaram o modelo de Estado Social tendem a tributar o patrimônio de forma mais gravosa e menos intensamente o consumo, modelo que privilegia a capacidade econômica dos contribuintes pela manutenção de um patrimônio.

O Brasil, com modelo econômico dualista, adotou um modelo de tributação típico dos Estados de viés liberal, entretanto, há fundamento na Constituição Federal para a virada e estabelecimento de um sistema de tributação próprio dos Estados Sociais. Com esta mudança será possível majorar as alíquotas do ITR para além dos 20% que foram estabelecidos atualmente para os casos em que a função social do imóvel rural não seja estabelecido.

O que se verifica, portanto, é que o ITR não tem função fiscal e cumpre com o objetivo de colaborar com a política agrícola do Brasil. No entanto, diante da ausência de fiscalização regular dos municípios para lançar de ofício e arrecadar os tributos o ITR pouco contribui para o desenvolvimento da política agrícola do país. Quando a responsabilidade fiscal sobre ITR permanece com a União, a ausência de comunicação entre Receita Federal e INCRA traz inconsistências para as informações colhidas que prejudicam mais do que contribuem. Somado a isto, a legislação do ITR foi modificada para diminuir o ônus fiscal sobre aqueles que não atribuíam função social ao imóvel rural com a diminuição de alíquotas.

Com isso, sociologicamente é perceptível a erosão do conteúdo do ITR que não contribui de maneira substancial para a formação da poupança da administração pública, bem como não



consegue induzir os latifundiários a atribuir função social ao imóvel rural devido os problemas de fiscalização e arrecadação tanto na esfera federal como quando ocorre a municipalização da capacidade tributária ativa.

#### **4 CONCLUSÕES**

Diante do que foi apresentado é possível concluir que:

- 1 – a função social do imóvel rural só é cumprida mediante aproveitamento racional e adequado da terra, o que implica a não aceitação das plantações que prejudiquem o solo;
- 2 - caso o cultivo de alguma cultura prejudicial ao solo seja realizada no imóvel rural, só será considerada cumprida a sua função social se for acompanhada de um projeto de recuperação do solo;
- 3 – o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental de terceira dimensão, deve ser considerado quando se tratar do tema função social do imóvel rural;
- 4 – a extrafiscalidade tributária prevista no ITR é constitucionalmente prevista para evitar a manutenção de propriedades improdutivas, portanto, que não cumpram com a função social do imóvel rural;
- 5 – a fiscalização do ITR no âmbito federal é falha pela inconsistência nos bancos de dados da SNCR e do INCRA onde se infere uma diferença de aproximadamente 1,8 Mi de imóveis cadastrados;
- 6 – a fiscalização do ITR pelos municípios do interior da Bahia é falha pela precariedade das estruturas administrativas, dos cartórios de imóveis e pelo conflito de interesses entre o gestor público que é o latifundiário da região;
- 7 – a arrecadação do ITR é irrisória no país;
- 8 – das duas funções possíveis que o ITR pode ter, a fiscal e a extrafiscal, ambas são mal aplicadas, principalmente quando observado o nordeste brasileiro, cujo solo improdutivo sofre com a mesma erosão que o imposto.

Por fim, houve dificuldade para o acesso das informações junto à administração pública municipal de Alagoinhas/BA para a obtenção de informações acerca do ITR como o lançamento e a arrecadação, tanto pela distância entre os pesquisadores e o município que ocorreu por circunstâncias alheias à vontade deles, principalmente pelo rompimento do vínculo do pesquisador com a instituição de ensino superior em que o aluno/orientando estuda. Os próximos passos da pesquisa são a formalização do pedido de acesso às informações acima apontadas com base na Lei de Acesso à Informação, principalmente por se tratarem de informações relevantes

que necessitam de transparência por parte da administração pública e participação da população no orçamento público.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DE ADVOGADOS DE TRABALHADORES RURAIS NO ESTADO DA BAHIA. **No rastro da grilagem** – formas jurídicas da grilagem contemporânea: casos típicos de falsificação na Bahia. Salvador: AATR, 2017.

BIRD, R M & SLACK, E. *The role of the property tax in financing rural local governments in developing countries. International Studies Program, Working Paper 06-40, Atlanta*: Andrew Young School of Policy Studies, Georgia State University. Haskell P. Wald “*Reform of Agricultural taxation to promote economic development in Latin America*”, 2006.

BONFIM, Diego. **Extrafiscalidade: identificação, fundamentação, limitação e controle**. São Paulo: Noeses, 2015

BRASIL. **Relatório do Resultado da Arrecadação**. Disponível em < <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/relatorios-do-resultado-da-arrecadacao>>. Acesso em 20 de nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 4.504 de 30 de novembro de 1964**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm)> . Acesso em 20 de nov. 2018.

BUFFON, Marciano; MATOS, Mateus Bassani de. **Tributação no Brasil no Século XXI: uma abordagem hermenêutica crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

CARVALHO JÚNIOR, Pedro Humberto Bruno de. **Property Tax Performance and potential in Brazil**, 259 f. Trabalho de conclusão de Tese de Doutorado (PhD em tax Policy) – *Faculty of Economic and Management Sciences – University of Pretoria*. 2017.

COUTINHO, Diogo R. et al. *Brazil for sale: As transformações do regime jurídico da aquisição de terras por estrangeiros*. In: UNGARETTI, Débora et al (Edit.). **Propriedades em Transformação: abordagens multidisciplinares sobre a propriedade no Brasil**. São Paulo: Blucher, 2018. p. 217-240.

DIEESE. **10 ideias para uma Tributação mais justa**. São Paulo: DIEESE. 2013

FARIAS, Fátima Maria Gondim Bezerra; SILVA, Raimundo Pires; LEITE, Acácio Zuniga. Imposto sobre a propriedade territorial rural. In FAGNANI, Eduardo (org.). **A Reforma Tributária necessária: diagnósticos e premissas**. Brasília: ANFIP: FENAFISCO: São Paulo: Plataforma Política Social, 2018, p. 394-411

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LOUBET, Leonardo Furtado. **Tributação Federal no Agronegócio**. 1. Ed. São Paulo: Noeses, 2017, p. 403

MARQUES, Benedito Ferreira; MARQUES, Carla Regina Silva. **Direito agrário brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2017.



# NOTAS DA HISTÓRIA INTELECTUAL DA PROPRIEDADE A PARTIR DOS DIREITOS HUMANOS

*Marília Nascimento de Sousa*

(Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Bolsista de Doutorado do CNPq)  
mariliansousa@outlook.com

**RESUMO:** Este artigo propõe indicar elementos para caminhos de análise da história intelectual da propriedade desde os direitos humanos. O aporte teórico e metodológico capta na história das ideias e intelectual processos sociais e institucionais de estruturação dos relatos sobre a fundamentação da propriedade. Para tanto, trazem-se notas da história intelectual da propriedade com considerações sobre a historicidade dos direitos humanos, delineando no discurso intelectual a natureza humana proprietária com John Locke. Discorre, ainda, sobre a propriedade e a ordem econômica para tratar da racionalidade da ordem do mercado, a constituição de mito, como condição de possibilidade da garantia da propriedade. Com isso, objetiva traçar reflexões críticas da história intelectual da propriedade enquanto direito humano.

**Palavras-chave:** Propriedade. Intelectuais. Ordem Econômica.

## 1 INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho é indicar possibilidades de análise de uma história intelectual da propriedade enquanto direito humano, apreendendo na história das ideias e intelectual formas de edificação fundantes da propriedade.

Para esse propósito, colaciona aporte teórico que questiona a base de fundamentação tradicional da propriedade para desvelar o encobrimento dos sujeitos históricos da periferia global por parte da sociedade moderna.

Destarte, a partir de uma compreensão da dinâmica de desenvolvimento de uma racionalidade moderna que fundamenta esses direitos, serão delimitados os contornos das influências sócio político-econômico que se impõem nos fundamentos desse direito.

Ao tratar sobre a propriedade, é imperiosa a observância da construção de uma história desses direitos a partir da existência de uma natureza humana encetada pelos tradicionais relatos eurocêntricos.

Para considerações sobre a história das ideias e história dos intelectuais, colaciona críticas de historiadores da Escola de Cambridge com Quentin Skinner sobre as premissas de uma sabedoria intemporal e trata de formas de pesquisa que entrelaçam uma história das ideias com a sua dimensão linguística.

Pontua a criação de mitologia das doutrinas. Na primeira forma, há a transformação de observações de um teórico clássico em “doutrina”. A segunda forma é a mitologia da coerência, sendo o erro procedimental de atribuição de doutrinas a um teórico.

O termo “intelectual” com Chaubet François abrange o comprometimento humano com a cultura e a política, bem como as repercussões nas formas de representação do pensamento e sensações.

No terceiro momento, com John Locke, Hobbes, Oscar Correas há notas da história intelectual da propriedade a partir de considerações sobre os direitos humanos. Delineia o estudo do discurso intelectual sobre a natureza humana proprietária, com John Locke a partir do relato percorrido até a justificação da propriedade. Indicando o subsídio conferido por essa natureza a constituição do direito de propriedade.

O ultimo item deste trabalho objetiva pontuar o direito de propriedade e a ordem econômica. Com Pierre Dardot e Christian Laval trata sobre a racionalidade da ordem do mercado, sobre o mito que possibilita a garantia da propriedade nos termos do mundo moderno.

Tendo, assim, uma política que cria e preserva as condições para o funcionamento dessa ordem econômica. Sendo o capitalismo uma máquina que exige vigilância e regulação permanente, e não um produto da natureza.

Desse modo, pensar a história do direito enquanto discurso crítico para compreender as formas reguladoras do jurídico e desveladora da lógica jurídica. Para tanto, discorre-se sobre a história das ideias e intelectual para detectar caminhos dessa tarefa investigativa. Com isso, percorre os emaranhados discursivos basilar da propriedade a partir dos direitos humanos.

## **2 HISTÓRIA DAS IDEIAS E HISTÓRIA DOS INTELECTUAIS**

Para uma história intelectual da propriedade forjada pela história das ideias, empreendem-se críticas contra uma história abstrata de ideias. Nestas advertências, colacionam-se contribuições de uma história dos intelectuais sociais para compreendê-la a partir de significados, funções e usos de obras ou atividades intelectuais.

Tendo em vista que na tarefa ao interprete de um cânones de textos clássicos, tende-se a captura de “ideias universais” para constituir uma “sabedoria intemporal”. E, não sendo as obras contemporâneas ao leitor, com a identificação de “elementos atemporais” derivaria o benefício dessa tarefa para se concentrar no que o autor diz sobre cada “conceitos fundamentais” e “questões perenes”.

A captura dessa sabedoria intemporal se daria em não desviar a atenção para as questões sociais ou a origem dos contextos intelectuais. Essas são as premissas evidenciadas pela crítica de Quentin Skinner (2017, p. 360) ao tratar das histórias de diferentes atividades intelectuais.

As críticas contra uma história abstrata de ideias colacionam contribuições de uma história dos intelectuais sociais para compreendê-la a partir de significados, funções e usos de obras ou atividades intelectuais.

A história intelectual enfatiza os modos de argumentação ou a identificação de elementos específicos. O estudo de contextos históricos e dos questionamentos de uma época continua sendo o maior desafio para essa história.

Chaubet François (2009, p. 180) ao retornar à trajetória da história dos intelectuais, toma o termo “intelectual” no sentido estrito do homem comprometido com a cultura e política, bem como, no sentido amplo, do homem de cultura cujas produções e atividades políticas e intelectuais tem um impacto nas formas de representar o pensamento e senti-lo.

Para tanto, essa tarefa faz-se a partir de aportes teóricos, como de historiadores da Escola de Cambridge com Quentin Skinner, que trata de dois tipos de pesquisa com o entrelaçamento de uma história das ideias com a sua dimensão linguística ao articulá-la a um contexto que define uma história cultural de ideias. Essa proposta perpassa pelo estabelecimento de um contexto amplo, sendo que o contexto representa um quadro de possibilidades.

Skinner sobre a tarefa de estudar o que cada autor diz:

A relevância desse dilema para a história das ideias – e, especialmente, para a afirmação de que historiadores deveriam se concentrar no que os textos clássicos dizem sobre os temas canônicos - é clara. É impossível estudar simplesmente o que um autor tenha dito (especialmente em uma cultura estrangeira) sem trazeremos à tona nossas próprias expectativas e pré-julgamentos sobre o que eles possam estar dizendo. Esse é um dilema, conhecido pelos psicólogos, como o fator determinante do conjunto mental do observador. Nossas experiências passadas “determinam nossa percepção dos detalhes de uma maneira específica”, e quando essa estrutura de referência se estabelece, “o processo consiste em estar preparado para perceber ou reagir de determinada forma”. O dilema resultante pode ser exposto, para os propósitos deste texto, na forma de um axioma onde os modelos e concepções através dos quais organizamos e ajustamos nossas percepções e pensamentos tendem a atuar como determinantes daquilo que pensamos e percebemos. Devemos classificar, com o fim de entender, e somente podemos classificar o que não nos é familiar de acordo com o que nos é familiar. O perigo constante nas tentativas de alargar nosso conhecimento histórico reside em permitir que nossas expectativas sobre aquilo que alguém está dizendo ou fazendo determinem nosso entendimento sobre aquilo que os agentes fizeram, transformando sua ação em algo que eles não aceitariam – ou sequer poderiam aceitar – como uma descrição do que realmente faziam. (SKINNER, 2017, p. 361).

Sob diversas formas, a formulação histórica cria a mitologia das doutrinas a partir da expectativa dos clássicos sobre temas. O primeiro perigo é transformar observações aleatórias em “doutrina” que gera dois efeitos absurdos históricos com o foco nos pensamentos individuais como característico de biografias ou história do pensamento e o foco em alguma “ideia-unidade”, característico da história das ideias.

Portanto, a primeira forma da mitologia das doutrinas consiste na confusão de observações para constituir a “doutrina” de um teórico clássico. A segunda forma é o erro em criticar um teórico que não apresenta uma doutrina delineada, todavia, a principal versão é a atribuição de doutrinas consideradas próprias de sua matéria. Isso decorre no procedimento percorrido pelo exegeta que tem a função de descobrir a coerência interna até um alto grau de consistência para apresentar as ideias de forma coerente, é a mitologia da coerência.

É preciso detectar essas considerações, por vezes ignorada. Quentin Skinner aponta como forma de estudo da história do pensamento para o entendimento de textos deve-se propor uma explicação do sentido do dito, o significado, e o que poderia ter pretendido dizer, a força da intenção. Sem ter o objetivo de indicar qual interpretação deve ser escolhida, aponta para inadequação da metodologia nas interpretações revisionistas.

Precisamos, assim, concentrar-nos não só naquilo que as pessoas estão dizendo, mas também naquilo que estão fazendo ao dizê-lo. Estudar o que os pensadores disseram sobre tópicos canônicos na história das ideias é, em resumo, realizar somente a primeira de duas tarefas hermenêuticas, cada uma delas indispensável se nosso objetivo é atingir um entendimento histórico sobre o que escreveram. Para além de nos atermos àquilo que disseram, devemos, ao mesmo tempo, compreender o que pretendiam dizer ao dizê-lo. (SKINNER, p. 390).

Como forma de decodificar as intenções de um autor, resultam duas conclusões, uma sobre o método para o estudo das ideias que pressupõe o entendimento da pretensão como significado e como deveria ser recebido, e a articulação entre o pronunciamento e seu contexto linguístico mais amplo.

Abordagem alternativa de uma espécie de hermenêutica estrutural (ALEXANDER; SMITH, 2003, p. 24) com considerações sobre a autonomia da cultura e a captura das teias da vida social, bem como atenta a instituições e atores funda uma sociologia robusta. Uma hermenêutica estruturalista entende a cultura não apenas como um texto (à la Geertz), mas também como um texto sustentado por sinais e símbolos relacionados.

Tendo em vista que o foco é essencialmente linguístico e a metodologia adequada atenta à recuperação das intenções, o estudo do contexto social de um texto é o melhor marco para delinear significados. A crítica de Skinner (2001, p. 397) sugere, como principal conclusão, o valor filosófico do estudo da história das ideias no diálogo entre a análise filosófica e a evidência histórica. Sendo a afirmação como a materialização de uma intenção específica em uma situação específica, os textos correspondem as suas próprias perguntas.

(...) Um conhecimento da história de tais ideias pode nos mostrar a medida na qual estas características e nossas próprias organizações, que estamos dispostos a aceitar como verdades “atemporais”, podem ser pouco mais do que contingências de nossa história local e nossa estrutura social. Descobrir, a partir da história do pensamento, que de fato

não existem tais conceitos atemporais, mas somente a variedade de conceitos diferentes que existiram em diferentes sociedades, é descobrir uma verdade geral não só sobre o passado, mas sobre nós mesmos. (SKINNER, 2001, p. 398).

No sentido marxista, sendo lugar comum os limites invisíveis impostos por nossa sociedade, o estudo das ideias precisa mais do que “ideias metafísicas antiquadas”. A lição oferecida pela história do pensamento de aprender com o passado é compreender uma das chaves para a autoconsciência, não para a falácia de solução de problemas imediatos.

A retomada do estudo do discurso intelectual empreendida pela escola de Cambridge salienta os poderes da linguagem. Postulam-se pelo menos dois caminhos metodológicos para uma história contextual a partir de uma história interna das ideias e uma história cultural das ideias. Tem-se a união de uma abordagem receptiva das ideias e das condições controversas do debate intelectual.

Com isso, ligam-se diferentes ordens de realidade em relação extradiscursiva que se articula com a dimensão política e cultural para uma investigação global. A qualidade reside na localização do papel da obra intelectual e artística no seio da história geral. A visão geral parte de uma história dos significados para uma história intelectual que foca, principalmente, em um estudo das funções e usos. Essa história intelectual articula os três tipos de abordagens (CHAUBET, 2009, p. 190).

### **3 NOTAS DA HISTÓRIA INTELECTUAL DA PROPRIEDADE**

Na história sintética do pensamento, ao estudioso da história do estado é rudimentar atribuir significado e intenção às observações de John Locke para encontrar uma “teoria do contrato social”. Enquanto a história das ideias modela uma morfologia de uma doutrina, o contrato social, em que a formulação de uma linguagem descritiva torna as suas ideias pressupostas. Na história das ideias há dois absurdos históricos a tentativa de aproximações a um tipo ideal e de demonstração de uma previsão de doutrinas posteriores.

Destarte, far-se-á um estudo do discurso intelectual para delinear a maneira como a natureza humana se fez proprietária de uma parcela. Locke faz um relato do movimento até a propriedade privada, que ele mesmo o disse entregue em comum ao gênero humano. Conforme a narração, primeiro perpassa o aumento da população e, depois à invenção do dinheiro. Com isso, a natureza subsidiou o direito de propriedade. Seguido, a instituição do uso do dinheiro. Sem dizer o que é, tudo sai da originária natureza humana.

John Locke (2014, p. 427) não vislumbra a questão que é a propriedade da terra e da existência do valor agregado pelo trabalho nas coisas que a natureza forneceu em comum. Tendo



a natureza fixada na medida da propriedade de extensão do trabalho e da conveniência de vida, e o trabalho, no princípio, subsidiou o direito de propriedade. Posteriormente, através de um consentimento mútuo, teria ocorrido a instituição do uso do dinheiro, como na América, sem equivalente no mundo inteiro que respaldasse as proporções diferentes de posses.

Desse modo, não compreende os despossuídos, tendo em vista que homens se veem diante da conveniência de defender suas propriedades e, por acordo, abdicam de parte de sua propriedade (vida ou liberdade ou propriedade) a um poder que julgará violações de forma imparcial. Resulta do próprio movimento ou “história” da natureza humana essa sociedade civil ou política de Locke.

Enquanto representante da teoria da natureza humana benigna, John Locke, antes de Adam Smith, juntamente às contribuições de uma razão pura – a universalidade prática de Immanuel Kant (2003) – arquiteta a teoria basilar, na mente dos colonizados da América, das desiguais relações entre a propriedade e o poder, com a opressão de sujeitos históricos nas sociedades periféricas.

Rousseau também indica a natureza benigna do homem que nascia livre, até que se inventou a propriedade privada, e os rumos das sociedades se alteraram. Difere da tradição revolucionária de pensar que a solução estaria nas mudanças das relações sociais. Ele apenas indica que na governança da vontade geral, derivada da formulação de um Estado, seria o ponto final da narrativa encarregada da natureza humana (CORREAS, 2006, p. 281).

De outro modo, o clássico Hobbes (2000) indica que a inclinação geral da humanidade é a busca de poder, cessando somente com a morte. Antes do suposto contrato não há justiça nem propriedade. Esta como um produto do pacto, torna-se o terceiro direito fundamental da burguesia.

Essa formulação da propriedade é curiosa: não advém da natureza, e sim da artificialidade de um pacto político (“político”, porque trata do poder). Ademais, essa artificialidade é fruto do movimento do herói do relato, surgindo após o pacto.

No contexto de invasão da América, Oscar Correias (2006, P. 278) observa que se mostra um discurso legitimador da apropriação das terras. Locke pressupõe um acordo geral, uma entrega de parte de sua propriedade (vida ou liberdade ou propriedade) a um poder que terá o poder imparcial. Por conseguinte, o argumento que a natureza humana é naturalmente proprietária.

#### 4 DIREITOS DE PROPRIEDADE E A ORDEM ECONÔMICA

A transformação da lei do mercado em uma lei natural leva à reflexão sobre os limites na regulamentação da propriedade. Pensando sobre as redefinições do liberalismo, Dardot e Laval (2016, p. 82), quanto a essas transformações, pontuam que o naturalismo manifesto nas teorias jurídico-políticas iniciais estava destinada a mutação dogmática e conservadora na medida em que instaurou uma ordem de mercado.

Tendo o mito desses direitos naturais como ficções liberais que possibilitaram garantir a propriedade e favorece a condutas de acumuladores privilegiados. Com isso, indicam que essa análise, aos moldes da posição dos fundadores franceses da sociologia do século XIX, apresenta um grande defeito do liberalismo econômico que era partir de uma teoria essencialmente negativa.

Essa seria a novidade do neoliberalismo “reinventado” que pensa a ordem de mercado como uma ordem construída, um programa político traduzido em uma agenda que objetiva seu estabelecimento e conservação permanente.

O título de propriedade enquanto criação da lei articula-se com o trabalho dos juristas na definição, enquadramento, o regime dos direitos e obrigações da propriedade. Portanto, consistiria em um conjunto jurídico produzido por esse direito.

Em um contexto de questionamento sobre os direitos de propriedade no mundo moderno, há um movimento inibidor de qualquer mudança nos direitos. Uma transformação para a manutenção da ordem.

Portanto, a agenda do liberalismo reinventado pressupõe uma ordem jurídica que adapta permanentemente o homem a condições cambiantes. O objetivo é o restabelecimento das condições da livre concorrência desviada por lógicas sociais (LAVAL; DARDOT, 2016, p. 86).

Esse capitalismo não é produto da natureza, mas uma máquina que requer vigilância e regulação permanente. É uma política que objetiva criar e preservar as condições para o funcionamento dessa ordem econômica.

Então a transformação permanente, expressa em revolução dos métodos e das estruturas, corresponderia à adaptação permanente dos modos de vida e das mentalidades. Tendo com os neoliberais duas constatações, o capitalismo instaurou um período de revolução permanente na ordem econômica e, com isso, justifica uma política de adaptação da ordem social (LAVAL; DARDOT, 2016, p. 90).

Há, assim, a defesa da propriedade, baseada no acordo inicial, e a privação dos demais de suas propriedades, em sentido amplo (vida ou liberdade ou propriedade). Enquanto, para suas violações, existe um poder julgador formulado nessa racionalidade econômica.

Os despossuídos tem alienado toda a sua propriedade, não detendo domínio sob suas vidas, liberdade ou propriedade. Nesse sentido, a crítica da historicidade dos direitos humanos que compreende a propriedade como um desses direitos.

Como indica Oscar Correias, a morfologia fundacional desses direitos na teoria da natureza humana como ponto de chegada da narrativa deriva na formulação da propriedade como artificialidade de um pacto político implementado pelo herói.

## **5 CONCLUSÃO**

Ao apontar para a inadequação da metodologia nas interpretações revisionistas, Quentin Skinner aponta para a proposta de explicação do sentido do dito, o significado, e a força da intenção. O foco é essencialmente linguístico e a metodologia atenta à recuperação das intenções. Direciona, assim, ao valor filosófico do estudo da história das ideias no diálogo entre a análise filosófica e a evidência histórica.

A forma de decodificar as intenções de um autor se daria através do método para o estudo das ideias e a articulação entre o pronunciamento e seu contexto linguístico mais amplo. Enquanto com abordagem alternativa de uma espécie de hermenêutica estrutural, fundando uma sociologia robusta, tem-se a cultura como um texto e, também, como um texto sustentado por sinais e símbolos relacionados.

Portanto, a retomada do estudo do discurso intelectual ressaltam os poderes da linguagem. A qualidade dessa tarefa consiste no papel da obra intelectual e artística no seio da história geral com a articulação das ordens de realidade em relação extradiscursiva e a dimensão política e cultural para uma investigação global.

As notas da história intelectual da propriedade partem da reflexão da historicidade dos direitos humanos com Locke, derivando na concepção de propriedade que não compreendeu os despossuídos, no acordo inicial, nem em sua amplitude (vida ou liberdade ou propriedade).

Com isso, a teoria da natureza humana subsidia as desiguais relações entre a propriedade e o poder, como no contexto de invasão da América. Oscar Correias observa esse discurso legitimador da apropriação das terras advindo do pressuposto de Locke no acordo geral, com uma entrega de parte de sua propriedade (vida ou liberdade ou propriedade) a um poder imparcial.

A naturalização empreendida pela ordem econômica é pontuada no último item, de forma breve. Dardot e Laval ao tratar sobre as redefinições do capitalismo, tendo sido instaurada uma ordem de mercado, notam que o mito dos direitos naturais foi condição de garantia da propriedade e das condutas de acumuladores privilegiados.

Tendo o neoliberalismo “reinventado”, a ordem de mercado como uma ordem construída, o objetivo de estabelecimento e conservação permanente. Com isso, o título de propriedade enquanto criação da lei articula-se com a jurisdição na definição, no enquadramento, no regime dos direitos e obrigações da propriedade. Essa lógica de mercado pressupõe uma ordem jurídica adaptável com o objetivo do restabelecimento de suas condições desviada por lógicas sociais

A propriedade, no sentido amplo (vida ou liberdade ou propriedade), submete-se ao poder julgador de suas violações que absorve uma racionalidade econômica da lógica de mercado construída.

Por isso, discorreu-se sobre a crítica da historicidade dos direitos humanos para indicar que a formulação da propriedade como fruto artificial de um pacto político decorre na privação de propriedade dos despossuídos, no sentido amplo.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDER, J. C. e SMITH, P. The strong program in cultural sociology. Elements of a structural hermeneutics. In: ALEXANDER, Jeffrey. **The meanings of Social Life**. A Cultural Sociology. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 11-26.

CHAUBET, François. **Histoire des intellectuels, histoire intellectuelle. Bilan provisoire et perspectives**. Vingtième Siècle. Revue d'histoire 2009/1 (n° 101), p. 179-190.

CORREAS, Oscar. **Los derechos humanos. entre la historia y el mito**. Revista Crítica Jurídica. Nº 25. Jul/Dic 2006.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**, ou , A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Bauru: EDIPRO, 2003.

LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o governo civil**. BAURU: EDIPRO, 2014.

SKINNER, Quentin. Significado e interpretação na História das Ideias. Tradução de Marcus Vinícius Barbosa. Tempo e Argumento, Florianópolis, v. 9, n. 20, p. 358 - 399. jan./abr. 2017. Tradução de: Meaning and Understanding in the History of Ideas. In: SKINNER, Quentin. **Visions of Politics**. Londres: Cambridge University Press, 2001, vol. I, cap. 4, p. 57-89.



# O TERMO TERRITORIAL COLETIVO COMO ALTERNATIVA EMANCIPATÓRIA À APLICAÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA CLÁSSICA: UMA MUDANÇA DE PERSPECTIVA

*Tarcyla Fidalgo Ribeiro*  
(IPPUR/UFRJ)  
tarcylafidalgo@gmail.com

*Renata Cristina do Nascimento Antão*  
(IPPUR/UFRJ)  
renata.antao@gmail.com

**RESUMO:** O trabalho pretende apresentar o instrumento do Termo Territorial Coletivo enquanto transformador do próprio direito de propriedade em seus moldes mais tradicionais, pois subverte sua gestão e uso a partir de um paradigma coletivo. Trata-se de uma possibilidade construída no âmbito interno do instituto, ou seja, sem exigir uma mudança substancial do que se entende por propriedade privada, que promove sua adaptação para um paradigma coletivo e com maior potencial de garantia de direitos de populações vulnerabilizadas, bastante afinado com as necessidades atuais de nossas cidades.

**Palavras-chave:** Propriedade coletiva. Segurança da posse. Termo territorial coletivo.

## 1 INTRODUÇÃO

A propriedade privada se instituiu como um dogma capitalista desde os seus primórdios. Sua institucionalização jurídica acompanhou as exigências do novo modo de produção, dando à propriedade um caráter de direito individual absoluto, que dava ao proprietário plenos poderes de utilização de seu bem, com amplos poderes de recuperação em caso de qualquer esbulho e poucas hipóteses legalmente autorizadas de perda deste direito.

Associada a esta formatação institucional, a propriedade privada foi alçada a uma condição de status social, parte de uma ideologia proprietária que se capilarizou rapidamente entre as sociedades, tornando-a elemento de desejo e dificultando qualquer movimento de relativização de suas prerrogativas.

Este caráter absoluto do direito de propriedade foi sendo abrandado institucionalmente ao longo do tempo, pela necessária problematização de sua função social. No Brasil, exemplos claros deste abrandamento estão na positivação dos direitos de vizinhança e da função social da propriedade, esta última sendo interpretada não como uma limitação, mas como um componente do direito de propriedade sem o qual este deixa de existir.

No contexto urbano, o direito de propriedade ganha dimensão especialmente relevante no que se refere ao aspecto fundiário/imobiliário. Isto porque, em um cenário de grave irregularidade fundiária e, conseqüentemente, de grandes áreas ocupadas informalmente, a aquisição da propriedade passa a ser vista como a forma privilegiada de garantia da permanência dos moradores destas áreas ocupadas informalmente, o que nem sempre se mostra verdadeiro.

Apesar de sua remodelação institucional no sentido de conformação a uma necessária funcionalidade social, a propriedade privada urbana se mostra, muitas vezes, como elemento facilitador da saída destes moradores, em especial os mais pobres, por fatores como o aumento do custo de vida que acompanha a formalização e o assédio do mercado, especialmente presentes em áreas informais localizadas em zonas valorizadas das cidades.

Apesar destes riscos trazidos pela formalização dos imóveis via propriedade privada, percebe-se nos moradores o desejo pela “casa própria”, pela obtenção do registro de propriedade que por vezes é visto mesmo como a garantia de uma condição igualitária de cidadania em relação aos demais cidadãos. Neste sentido, Holston (2013), ao discutir os avanços da cidadania brasileira no pós 1988 é enfático ao ressaltar a importância da propriedade da terra enquanto categoria de autoestima e de importância política, que acaba dividindo os brasileiros e principalmente os vulnerabilizados e de baixo poder econômico entre proprietários (adquirentes da terra) e ocupantes ou invasores, grupos antagônicos e, no caso dos ocupantes, vetor de diversos outros preconceitos como o da suposta marginalidade.

Esta valorização da propriedade também é explorada dentro de um imaginário de que o “legítimo proprietário” tem segurança familiar e autonomia pessoal. Sendo assim, está formado um impasse: por um lado, a propriedade privada é opção desejada pelos moradores de áreas informais urbanas na formalização de suas moradias, por outro, sabe-se dos riscos que esta opção traz para a permanência destes próprios moradores.

Motivadas pela busca de uma solução para este impasse, que se coloca de forma ainda mais urgente após a edição da Lei 13.465/17 que elege a propriedade privada como forma preferencial de titulação em hipóteses de regularização fundiária, bem como por experiências de aplicação bem sucedidas ao redor do mundo, pretendemos apresentar neste trabalho a ferramenta do Termo Territorial Coletivo, que se coloca como alternativa viável para o desfazimento deste imbróglio e incremento do potencial de garantia da segurança da posse das populações que habitam em áreas informais na cidade.

## **2 O TERMO TERRITORIAL COLETIVO**

Termo Territorial Coletivo é a denominação dada para o que seria um modelo brasileiro de Community Land Trust. A tradução do termo para a língua portuguesa é controversa e envolve mais do que a busca por palavras cujo significado seja mais próximo dos termos trazidos pela língua inglesa. Dada sua origem nos Estados Unidos da América, que adota o sistema jurídico da

common law, baseado mais em precedentes judiciais em detrimento de textos legais, a figura do "Land Trust" não é reprodutível ao passível de tradução ao português.

Muitos traduzem o termo como fundos de posse coletiva, enquanto há quem traduza como fideicomisso fundiário. Ambas as opções apresentam problemas. O fideicomisso é figura do direito brasileiro relacionada ao direito de sucessões, e sua utilização tenderia a gerar confusão de institutos. Por sua vez, o termo "fundo de posse" parece trazer duas imprecisões em relação ao modelo em tela: a primeira é a de que seria a figura jurídico financeira relativa a aplicações financeiras, e a segunda é que, ao trazer apenas a ideia de posse no conceito, a nomenclatura pode deixar de traduzir a complexidade inerente ao caráter misto do instrumento, inclusive enfraquecendo-o em um cenário de valorização cada vez mais exacerbada da propriedade.

Deste modo, prefere-se trabalhar com a tradução de Termo Territorial Coletivo, evocando o aspecto consensual e comunitário do instrumento.

As primeiras experiências foram realizadas nos Estados Unidos da América na década de 60, ligadas aos movimentos por direitos civis e localizadas, na sua totalidade, em áreas rurais. No início, o projeto enfrentou a resistência dos moradores e poucos foram efetivamente implantados neste primeiro momento. O primeiro CLT urbano apenas foi organizado em 1980, na cidade de Cincinnati (DAVIS, 2010).

Os primeiros CLTs fracassaram, especialmente por dificuldades relacionadas à obtenção de recursos para a aquisição das terras. Com o passar do tempo, o modelo dos CLTs foi se aperfeiçoando e a demonstração de resultados começou a vencer as desconfianças iniciais, dando-lhe mais força: em 1995 haviam cerca de 100 CLTs nos Estados Unidos da América, enquanto que em 2005 haviam mais de 200, com uma estimativa de 12 novos sendo constituídos a cada ano. Atualmente, os CLTs estão em operação em 45 estados e em outros países como Canadá, Inglaterra, Escócia, Austrália e Quênia (DAVIS, 2010). Muito desta expansão se deve ao fato dos CLTs terem deixado as fronteiras rurais e passado a ter aplicação expressiva nas cidades nas quais, de fato, as situações de vulnerabilidade são múltiplas e graves.

A difusão dos CLTs fez com que sua modelagem se tornasse maleável, para que pudesse se adaptar às diversidades locais. Nas palavras de Davis (2010):

*"The CLT has been reinvented repeatedly over the years, adapting to new audiences, conditions, and applications. Such flexibility has been a perennial source of renewal and vigor, helping the CLT to spread far and wide. A deeper appreciation for the model's evolution may encourage today's practitioners to continue the experimentation that gave rise to the model in the first place"* (pág.10)

Os arranjos jurídicos e institucionais dos CLTs de fato passaram a variar conforme a realidade de cada uma das localidades em que se instaura. No entanto, é possível definir algumas

características comuns às ações que se colocam sob o título de CLT, que são: (i) terra de propriedade coletiva; (ii) construções/moradias de propriedade individual; (iii) sustentabilidade na manutenção do CLT; (iv) gestão participativa e (v) ingresso voluntário.

Embora não haja um enfrentamento frontal da ideologia e dos arranjos jurídicos e institucionais da propriedade privada, há uma utilização dos mesmos de forma a empoderar os moradores e garantir sua permanência em territórios dos quais, de outro modo, já teriam sido expulsos por forças estatais ou mercadológicas.

### **3 POSSIBILIDADES DE UM MODELO DE TERMO TERRITORIAL COLETIVO NO BRASIL**

A primeira e mais clara possibilidade, a partir inclusive de experiências bem sucedidas de implantação como a do Caño Martín Peña em Porto Rico, é a elaboração de um projeto de lei, a partir de debates com diversos membros da sociedade - entre técnicos, membros das comunidades interessadas e parlamentares - com o objetivo de formatar um instrumento perfeitamente adequado para os objetivos comunitários, relacionados com a garantia da segurança da posse dos moradores e com o empoderamento das comunidades.

Esta possibilidade esbarra em dificuldades burocráticas e políticas, relacionadas com a estrutura em si do poder legislativo brasileiro e com o atual momento político que se revela especialmente turbulento e delicado. Apesar disso, a conjuntura atual parece revelar aberturas interessantes para a apresentação de uma proposta, em especial pela oposição importante que foi feita à aprovação do novo marco normativo nacional de regularização fundiária, Lei 13.465/17.

Em linhas gerais, houve a difusão de uma preocupação de que com a nova Lei, que prestigia a regularização sob seu aspecto registral e de titulação em detrimento dos aspectos urbanísticos e sociais, se incentivassem processos de expulsão mercadológica de populações vulneráveis situadas em áreas de interesse econômico, violando ainda mais a segurança da posse destas pessoas.

Neste cenário, é possível identificar espaço para a propositura de um modelo que se mostra promissor não apenas para a garantia da segurança da posse, mas para a integração da comunidade e incremento de sua capacidade de autogestão e negociação política. No entanto, a aprovação efetiva de uma lei estruturando tal modelo certamente levaria anos.

Sendo assim, buscou-se pensar um arranjo alternativo a partir dos instrumentos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, capaz de fornecer a base para a implementação de um modelo brasileiro de Community Land Trust, a partir das especificidades e necessidades locais. Neste sentido, foi desenvolvida uma estrutura jurídica a partir de uma metodologia de circuito,



que consiste na utilização conjunta de diversos instrumentos para a construção de um modelo de Community Land Trust no Brasil, por etapas. Cabe destacar que estas etapas não são necessariamente progressivas, de modo que podem obedecer a lógica temporal de implantação diversa da aqui desenhada.

A primeira etapa seria a da regularização fundiária. A realidade dos assentamentos informais brasileiros, bem como da maioria do seu território, é de terras não regularizadas, que por vezes não têm sequer registro. Considerando que o Community Land Trust pressupõe a transferência da terra para uma entidade que então fará o desmembramento entre terrenos e construções, a regularização fundiária se coloca como pressuposto indispensável para a implantação de qualquer modelo que pretenda seguir os mesmos moldes.

Com a regularização dos imóveis quanto a sua propriedade, pode-se passar à segunda etapa do circuito, que seria a constituição da pessoa jurídica que ficará responsável pela gestão do território.

Conforme afirmado anteriormente, esta etapa não necessariamente deve ser precedida ela anterior. Para fins organizativos, uma comunidade pode primeiro discutir formas de associação e estruturar sua pessoa jurídica, para que quando a regularização da terra ocorra a estrutura jurídica já esteja pronta para permitir o avanço do projeto.

Existem diversas formas associativas reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para a instituição de um modelo de Community Land Trust podemos destacar as associações, fundações e cooperativas.

As duas primeiras são formas de pessoas jurídicas já consolidadas no Brasil e as principais diferenças entre elas são de duas ordens. A primeira se refere à gestão: as associações permitem arranjos de maioria que podem alterar a finalidade inicialmente estabelecida para si e seus bens. Deste modo, acaba padecendo de uma fragilidade que exigirá esforços para sua correção, ao mesmo tempo que é a forma que tem o processo menos burocrático de estabelecimento. A segunda se refere à necessidade de que, para a criação de uma fundação, já exista patrimônio a ser destinado para suas atividades fins. Ou seja, no caso de criação de uma fundação para modelar um CLT, esta fica condicionada à possibilidade de disposição dos imóveis no momento de seu surgimento, não podendo ser feita antes da etapa da regularização fundiária descrita anteriormente.

Quanto às cooperativas, sua regulamentação jurídica ainda se revela insuficiente no Brasil, embora seja o instrumento preferencial dos movimentos sociais em sua organização interna. Um dos problemas encontrados para a utilização desta figura jurídica é a necessidade de comprovação

de um fim econômico, exigência para a criação de uma cooperativa. Apesar disso, por estar capilarizada entre os movimentos sociais, é uma opção que não deve ser desconsiderada.

Superadas essas duas etapas, chega-se ao momento de realizar o processo de separação entre a propriedade da terra (sob gestão da pessoa jurídica anteriormente criada, que por sua vez deve ser gerida de forma coletiva pela comunidade e interessados) e a propriedade das construções (individual dos moradores), sendo esta uma característica básica a todos os modelos inspirados nos Community Land Trusts.

Nesta etapa, mais uma vez contamos com diversos instrumentos à disposição no ordenamento jurídico brasileiro, sendo o mais adequado o direito de superfície, utilizado também na experiência porto-riquenha.

Este instrumento permite que a propriedade da terra e das construções seja separada quanto a sua propriedade. Deste modo, no contexto de um TTC, a propriedade da terra ficaria com a pessoa jurídica responsável por sua gestão enquanto que a propriedade das construções ficaria com os moradores individualmente. Este arranjo permite uma conformação entre o interesse coletivo na segurança da posse e o interesse individual de transacionar com o bem (vender, hipotecar, etc.).

No Brasil, o direito de superfície deve ser fixado por tempo determinado, embora este prazo possa ser grande o suficiente para trazer segurança para as famílias, como a fixação por 99 anos prorrogáveis.

Com a separação da propriedade, encerram-se as etapas da constituição jurídica de um modelo de TTC, sendo certo que cada uma destas etapas deve ser alimentada pelos objetivos e necessidades das comunidades que estejam construindo o modelo. Assim, o que se apresenta aqui é apenas uma modelagem jurídica básica, que oferece diversas opções aptas a servir às mais diversas necessidades que se apresentem na realidade.

Chegando ao fim desta sequência jurídica, o TTC estará apto a exercer todas as suas potencialidades no território. Especialmente a partir de um modelo de gestão coletiva desenhado pela comunidade conforme suas necessidades e especificidades, o TTC estaria apto a valorizar as experiências e soluções locais e fortalecê-las em busca da promoção de melhorias territoriais.

O TTC seria, portanto, neste formato, o produto final da aplicação por etapas de diversos instrumentos presentes no ordenamento jurídico brasileiro, se diferenciando deles exatamente por uni-los em um produto final inovador e com enorme potencial de empoderamento das comunidades e garantia de sua permanência no território de origem, inclusive com melhoramentos.

Assim, instrumentos classicamente conhecidos no Brasil, na luta pelo direito à moradia e a segurança da posse, como a usucapião coletiva ou a concessão de uso, comporiam parte do circuito necessário para a criação de um TTC, conforme acima explicitado.

Este formato de circuito libera as eventuais iniciativas de aplicação do TTC da necessidade de aguardar ou depender da aprovação de uma legislação específica sobre o tema, o que pode levar um tempo longo, especialmente considerando o instável cenário político brasileiro. Apesar da construção deste modelo com base nos instrumentos já existentes, reitera-se a indicação para que a luta por uma legislação específica sobre o tema se faça em paralelo a uma eventual aplicação do instrumento a partir da metodologia proposta.

#### **4 CONCLUSÃO**

O instrumento do TTC apresenta um potencial emancipatório em termos de aplicação do instituto do direito de propriedade. Isto porque, sem romper com seu caráter privado, o caráter individualista da propriedade é mitigado, uma vez que o TTC é inovador em termos de gestão coletiva e de sustentabilidade para a manutenção da segurança da posse de populações vulnerabilizadas.

Acredita-se que o investimento técnico e acadêmico sobre um modelo de TTC, aplicável no Brasil a partir dos instrumentos já existentes em seu ordenamento jurídico, é fundamental no sentido de buscar a superação prática da visão individualista do direito de propriedade com privilégio não apenas de sua função social, mas de arranjos emancipatórios populares que possam mesmo superar o objetivo inicial de garantia de segurança jurídica dessas populações, constituindo-se em verdadeira via de empoderamento e coletivização da gestão territorial a partir de uma nova forma de encarar e lidar com a propriedade privada.

Neste sentido, espera-se que o presente trabalho contribua como uma espécie de "pontapé inicial" para a discussão do tema das necessárias transformações do direito de propriedade no sentido de sua coletivização, que parece ser o melhor arranjo para a garantia de direitos constitucionalmente estabelecidos por meio da propriedade, informado por um instrumento que já conta com relevante validação empírica e que demonstra viabilidade de aplicação no contexto fático e jurídico brasileiro.

#### **REFERÊNCIAS**

BUNCE, S. Pursuing urban commons: politics and alliances in community land trust activism in East London. In: **Antipode**, vol. 48, n.1, 2016.

DARDOT, Pierre e LAVAL, Christian. **Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI**. São Paulo: Boitempo, 2017.

DAVIS, John Emmeus. **The Community Land Trust Reader**. Massachussets: Lincoln Institute of Land Policy, 2010.

\_\_\_\_\_ e Jacobus, R. **The city-CLT partnership: municipal support for Community Land Trusts**. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy, 2008.

HARVEY, David. **A produção capitalista do espaço**. São Paulo: Editora Annablume, 2005.

HOLSTON, James. **Cidadania insurgente: Disjunções da democracia e da modernidade no Brasil**. Tradução Claudio Carina. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

LÉFÈBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2001.

MOORE, T. e MCKEE, K. Empowering local communities? An international review of community land trusts. In: **Housing Studies**, n. 27, 2012.

MORRIS, David. **Making affordable housing permanently affordable**. 2017. Disponível em: [https://www.huffingtonpost.com/entry/making-affordable-housing-permanently-affordable\\_us\\_5a037a0ee4b0c7511e1b397d](https://www.huffingtonpost.com/entry/making-affordable-housing-permanently-affordable_us_5a037a0ee4b0c7511e1b397d). Acesso em: 20 de março de 2018.

PIRES, Breiller. Brasil despenca 19 posições em ranking de desigualdade social da ONU. In: **El País**. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490112229\\_963711.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490112229_963711.html). Acesso em: 05 de fevereiro de 2018.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

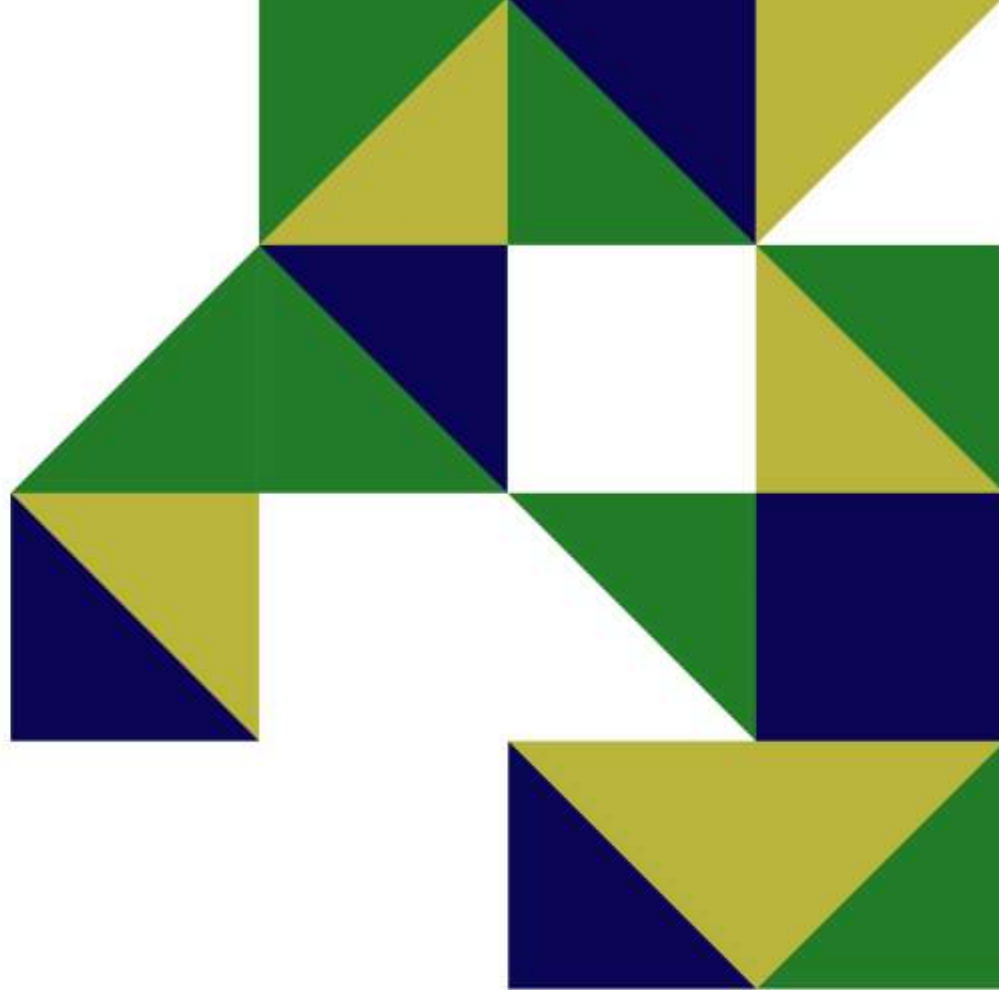
ROLNIK, Raquel. Estatuto da Cidade: instrumentos para as cidades que sonham crescer com justiça e beleza. In: **Estatuto da Cidade: novas perspectivas para reformas urbanas**. São Paulo: Polis, 2001.

ROWE, Mike e SOUTHERN, Alan. Community land trusts, affordable housing and community organizing in low-income neighborhoods. In: **The International Journal of Housing Policy**, 18:1, 2016.

SOTTO, Debora. **Redescobrimo o direito de superfície através dos Community Land Trusts: alternativas para a realização do direito à moradia adequada no Brasil**, 2017. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/323548192\\_Redescobrimo\\_o\\_direito\\_de\\_superficie\\_a\\_traves\\_dos\\_Community\\_Land\\_Trusts\\_alternativas\\_para\\_a\\_realizacao\\_do\\_direito\\_a\\_moradia\\_adequada\\_no\\_Brasil](https://www.researchgate.net/publication/323548192_Redescobrimo_o_direito_de_superficie_a_traves_dos_Community_Land_Trusts_alternativas_para_a_realizacao_do_direito_a_moradia_adequada_no_Brasil). Acesso em 13 de março de 2018.

WEST, D. **Valuation of Community Land Trust homes in New York State**. In: Journal of Property Tax Assessment and Administration, n. 8.





ISSN 2358-4270